



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2891

Madrid, martes 9 de noviembre de 2010



## TS SOCIAL

2010/145243

TS Sala 4ª, Sentencia 25 mayo 2010. Ponente: D. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

### Rechazo de revisión de base reguladora de prestación por maternidad

*Estima la Sala General del TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión de la trabajadora accionante sobre superior base reguladora de prestación de maternidad. Señala el Tribunal que en el supuesto debatido el hecho nuevo que, en su caso, podría haber generado una nueva y superior base reguladora de la prestación de maternidad, consistente en la cotización adicional efectuada por el empresario, se produjo casi un año antes de que la trabajadora presentara la solicitud de revisión, por lo que se había superado ampliamente el plazo de tres meses previsto en el art. 43.1 LGSS, lo que supone que no le corresponde el derecho a la revisión solicitada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 15 de los de Madrid dictó sentencia el 14 de mayo de 2008, autos 63/08, estimando la demanda formulada por Dª Verónica frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, declarando su derecho a que la base de cotización, correspondiente al mes de mayo de 2005, se integre con la cotización efectuada en cuantía de 904'52 euros y, en consecuencia, su derecho a que la base reguladora de la prestación de maternidad reconocida se aumente en la cantidad diaria de 30'15 euros, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración, así como a que abonen a la demandante la cantidad de 3.376'60 euros, en concepto de diferencias de la prestación de maternidad reconocida. Tal y como resulta de dicha sentencia la actora, que viene prestando servicios para la empresa Inverseguros Gestión S.A., dio a luz el 13-6-05, habiendo cotizado la empresa citada en el mes anterior

la cantidad de 1.897'13 euros, siéndole reconocida la prestación de maternidad con efectos económicos de 13-6-05 hasta el 2-10-05, en cuantía del 100% de su base reguladora diaria de 63'24 euros. En el mes de febrero de 2006 la empresa efectuó una liquidación complementaria de los trabajadores de su plantilla, correspondiéndole a la actora por el mes de mayo de 2005 la cantidad de 904'52 euros, habiendo solicitado el 3-12-07 la revisión de la base reguladora, que le fue denegada por resolución de la Dirección Provincial del INSS de 13-12-07.

Recurrida en suplicación por la demandada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 26 de febrero de 2009, recurso 3990/08, desestimando el recurso formulado, confirmando la sentencia de instancia. La sentencia razona que, si bien es cierto que el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en redacción dada por la disposición tercera 1 de la Ley 42/06, establece que en el supuesto de que el conteni-

do de una prestación ya reconocida resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de la solicitud, al tratarse de una prestación temporal, ya extinguida en el momento en que se produce el hecho causante de la revisión, la aplicación de dicho precepto haría imposible la revisión de la base reguladora, pues la liquidación complementaria se produjo en febrero de 2006, siendo así que la prestación se había extinguido el 2 de octubre de 2005 y la solicitud de revisión se efectuó el 3 de diciembre de 2007, cuando no había transcurrido aun el plazo de cinco años para reclamar, establecido en el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada Instituto Nacional de la Seguridad Social, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de octubre de 2008, recurso 3112/08, firme en el momento de publicación de la recurrida pues, tal como resulta de la certificación expedida por la señora Secretaria de la citada Sala, adquirió firmeza el 25 de noviembre de 2008.

La parte actora no ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 30 de octubre de 2008, recurso 3112/08, estimó el recurso formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 30 de los de Madrid, de fecha 15 de abril de 2008,

## SUMARIO

### TC

CONSTITUCIONAL

Constitucionalidad del art. 148,4 CP 95 **6**

### TS

CIVIL

Reposición de actuaciones por inexistencia de prescripción de acción derivada de accidente de circulación **10**

PENAL

Absolución de los delitos de encubrimiento y revelación de secretos **12**

ADMINISTRATIVO

Transmutación de los terrenos de dominio público en propiedad privada una vez finalizada la concesión a perpetuidad **14**

SOCIAL

Rechazo de revisión de base reguladora de prestación por maternidad **1**

Pensión de viudedad concedida a primera esposa que convive como pareja de hecho con otra persona **4**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

en los autos seguidos ante el mismo, a instancia de D<sup>a</sup> Montserrat, en reclamación por maternidad, revocando la expresada resolución y absolviendo a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formuladas. Consta en dicha sentencia que a la actora le fueron reconocidas prestaciones por maternidad desde el 21 de julio de 2005 hasta el 9 de noviembre de 2005, sobre una base reguladora diaria de 44'01 euros. En febrero de 2006 la empresa realizó cotizaciones adicionales, correspondientes al mes de junio de 2005, en cuantía de 929'27 euros, que suponen 30'98 euros al día, habiendo solicitado la demandante revisión de su base reguladora el 5 de diciembre de 2007, siéndole denegada por la Dirección Provincial del INSS. La sentencia entendió que no estamos ante un error inicial de cálculo imputable a la entidad gestora en el cómputo de la base reguladora correspondiente, sino en un desfase sobrevenido por error de una cotización posterior de la empresa y, lo que cabe entender en estas condiciones es que el nuevo periodo trimestral era aplicable a la actora a partir del 1 de enero de 2007 y que disponía del mismo y no de otro más amplio desde esa fecha, porque no existe derecho adquirido alguno a uno diferente, al no establecer la norma reformadora una precisión al respecto.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambos casos se ha extinguido la prestación por maternidad, con posterioridad a dicha extinción la empresa efectúa una cotización adicional con posible repercusión en el importe de la base reguladora y la beneficiaria solicita la revisión transcurrido más de un año desde que la empresa efectuó dicha cotización, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios, pues en tanto la recurrida entiende que procede la revisión de la prestación, la de contraste niega que exista tal derecho.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- El recurrente, en el primer motivo del recurso, alega infracción por interpretación errónea del artículo 43.1, 133 bis y 133 quarter de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 44.2 del citado cuerpo legal.

Aduce, en esencia, que en virtud de lo establecido en el artículo 44.2 de la Ley General de la Seguridad Social el derecho al percibo de cada mensualidad, cuando se trate de prestaciones periódicas, caducará al año de su respectivo vencimiento, por lo que si la liquidación complementaria tuvo lugar en febrero de 2006, la actora disponía del plazo de un año para reclamar, como lo hizo en diciembre de 2007 ya había transcurrido con creces el plazo de caducidad, y únicamente si hubiera reclamado dentro del año se aplicaría el plazo de retroactividad de tres meses.

La Sala no puede examinar este motivo de recurso ya que se trata de una cuestión nueva no planteada, ni por ende decidida, en la sentencia recurrida. No obstante conviene recordar que, tal y como mantiene una constante jurisprudencia, entre otras la sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 2007, recurso 4985/05, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de una pensión ya reconocida -diferencia que obviamente no había sido reconocida en el acto inicial de concesión de la pensión- se está reclamando contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido-supuesto en el que sería aplicable el plazo de caducidad de un año-, razonado la citada sentencia lo siguiente: "La aplicación de estos mandatos exige una distinción entre prestaciones reconocidas y aquellas que, estándolo ya solo penden de la reclamación de su efectividad mensual por parte del beneficiario. Nuestra sentencia de 1 de febrero 1999 (Recurso 2019/1998) expresaba la anterior afirmación en los siguientes términos: "La doctrina científica -y también la del Tribunal Central de Trabajo, que era el que conocía de estas materias en régimen de suplicación, al no ser susceptibles de casación por razón de la cuantía- viene precisando, como regla general aplicable a las prestaciones, que tratándose del derecho a cobrar las ya reconocidas, las mensualidades de las periódicas caducan al año de su vencimiento, según resulta de lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley, que resuelve el supuesto del pago mensual de prestaciones ya concedidas o reconocidas, o que comenzaron ya a pagarse ("concesión" de las prestaciones, dice el artículo 55.1); mientras que el artículo 54.1 contempla el caso en que sea preciso decidir si se tiene o no derecho a la prestación, con la retroacción de los efectos del reconocimiento a los tres

meses ya dichos en el punto 1 de este fundamento. Esto permite sostener que la caducidad de la pensión periódica supone el previo reconocimiento de la prestación, pues sólo caducan las prestaciones reconocidas". En el caso enjuiciado hay dos actos de reconocimiento de la prestación: el inicial y el posterior derivado de la aplicación de una nueva base averada por una resolución judicial y la duda interpretativa deriva de si ha de considerarse que el reconocimiento de nueva cuantía de una prestación equivale a aquel reconocimiento a que se refieren los art. 43 y 44.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

El tema ya ha sido objeto de solución en nuestras sentencias de 25 marzo de 1993 y la posterior, dictada en Sala General de 7 de julio de 1993, en la que decíamos que "Esta Sala ha tenido que enfrentarse reiteradamente a las lagunas legales que con respecto a la regulación de la prescripción existen en la Ley General de la Seguridad Social. Así, en materia de equivocaciones de las entidades gestoras a la hora de reconocer derechos y fijar la cuantía de los mismos a favor de beneficiarios, ha tenido que fijar también el plazo de prescripción con respecto a la devolución de prestaciones o cantidades indebidamente percibidas. Dada la igualdad de supuestos, al tratarse en ambos casos de diferencias originadas por errores de las entidades gestoras, variando sólo la posición de la gestora y beneficiario, que en el caso ahora contemplado es de deudora y acreedor mientras que en esos otros supuestos es de acreedora y deudor, resulta coherente aplicar idéntica solución. Y así, basta remitirse a la Sentencia de esta Sala de 12-2-1992 que, tras un análisis de las Sentencias precedentes de 22 mayo y 15 julio 1986, concluye que ha de mantenerse la prescripción quinquenal, que es la que establece el art. 54 de la Ley General de la Seguridad Social, aun cuando este precepto se refiera expresamente a la "prestación", y no a la determinación de la cuantía, y también el art. 1966 del Código Civil".

Tesis la anterior que fue ratificada por la sentencia de 28 de mayo de 2001 (Recurso 4003/2000) precisamente de supuesto de subsidio por incapacidad temporal y que volvió a razonar extensamente la de 24 de octubre de 2005 que añadía que "para que juegue el supuesto del artículo 44 es esencial constatar la pasividad del beneficiario, al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora

bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, es evidente que se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos, por tanto, en el supuesto del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social -prescripción de cinco años- y no en el supuesto del artículo 44 -plazo de un año-."

En el supuesto examinado, teniendo en cuenta que la reclamación se refiere al reconocimiento de diferencias de la base reguladora de la prestación de maternidad, el plazo aplicable no sería el de un año, establecido en el artículo 44.2 de la Ley General de la Seguridad Social, pues el mismo, tal como ha quedado razonado, se aplica para exigir el pago de prestaciones ya reconocidas.

CUARTO.- En el segundo motivo del recurso, el recurrente aduce infracción del artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los artículos 133 bis y 133 quarter de ese mismo texto, sosteniendo que la nueva cuantía de la maternidad, ya reconocida a la demandante, desde el 13 de junio de 2005, solo puede abonarse con efectos de los tres meses anteriores a la solicitud -5 de diciembre de 2007- y como en dicha fecha ya se había extinguido la prestación litigiosa -el 2 de octubre de 2005- nada había que abonar.

Procede determinar, en primer lugar, si resulta aplicable el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción originaria o en la redacción dada al mismo por la Ley 42/2006 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

La cuestión se plantea porque las fechas relevantes, en orden a la resolución del presente pleito son tres, a saber, el periodo de descanso por maternidad -de 13-6-05 a 2-10-05-, la fecha en que la empresa para la que prestaba servicios la trabajadora realizó la cotización adicional, correspondiente al mes de mayo de 2005 -febrero de 2006- y la fecha en la que la trabajadora solicitó la revisión de la base reguladora de la prestación de maternidad -3 de diciembre de 2007-.

La cuestión ha sido abordada por la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 2010, recurso 1641/2009, que ha resuelto que la fecha que ha

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

de tomarse en consideración, a efectos de determinar la norma aplicable es la fecha en la que el interesado solicita la revisión, con las siguientes consideraciones:

“II. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente de la Sala (sentencias de 31-1-07 (rcud 2633/2005), 20-11-07 (rcud. 3453/2006) y 22-1-08 (rcud. 3444/2006) para jubilación; de 28-11-07 (rcud 5083/2006) para viudedad; y de 10-2-09 (rcud 1318/2008), para IPA) ya cuidó de advertir que se mantenía dicha doctrina tradicional, porque -en función de la fecha en que la solicitud revisora se había efectuado- no resultaba aplicable, por razones cronológicas, la DF Tercera Ley 42/2006.

III. Pero cuando la solicitud de revisión se plantea con posterioridad al 1 de enero de 2007, (como es el caso) si resulta ya aplicable la indicada DF Tercera que ese día y con vigencia indefinida, ha modificado el art. 43 LGSS, añadiéndole el siguiente párrafo: “Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45”.

Aplicando la doctrina anteriormente consignada, por evidentes razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley, se ha de concluir que el precepto aplicable en el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en redacción dada por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, ya que la petición de revisión se efectuó el 3 de diciembre de 2007.

QUINTO.- Para una recta comprensión de la cuestión debatida procede la transcripción del precepto aplicable, el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo segundo párrafo fue redactado por Ley 42/2006, de 28 de diciembre. Dispone el precepto:

“1.- El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos

económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud”.

El precepto tiene dos párrafos perfectamente diferenciados, que regulan cosas diferentes.

A) En efecto, el primer párrafo mantiene la regulación tradicional de la prescripción del derecho al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social. El plazo de prescripción es amplio, ya que el mismo, salvo en los supuestos excepcionales de imprescriptibilidad (prestación contributiva de jubilación -art. 164 LGSS - o prestaciones por muerte y supervivencia -art. 178 LGSS -), se establece en cinco años, período durante el cual el beneficiario de una prestación que no le ha sido reconocida puede reclamar la misma.

En cuanto al plazo de prescripción aplicable a los supuestos en los que lo que se reclama no es el reconocimiento de una prestación -ya ha sido reconocida- sino diferencias en el importe de la base reguladora de la misma, constituye doctrina consolidada de esta Sala, plasmada en las sentencias de sala general de 24 de marzo de 2010, recursos 1130/09 y 1934/09, la siguiente:

“3.- Por otra parte, cuando se trata de la acción de revisión del contenido económico de prestaciones de Seguridad Social ya reconocidas, como es dable deducir del art. 43.1.II LGSS y jurisprudencia que lo interpreta en su redacción efectuada con vigencia a partir del 1-enero-2007, resulta que: a) en cuanto a su plazo de ejercicio, no existe un límite temporal para el mismo (no siendo, por tanto, aplicable el de cinco años fijado en la sentencia de contraste, como se ha indicado)”, (recurso 1130/09).

B) El segundo párrafo del precitado artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social regula los efectos económicos de una prestación ya reconocida, que resulta afectada en su cuantía, con ocasión de una solicitud de revisión, disponiendo que en este caso los efectos económicos tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud.

En definitiva, el titular de una prestación reconocida que interesa la revisión de la misma, no tiene límite temporal alguno para el ejercicio de la acción tendente a la modificación de la cuantía de la misma, sin embargo, los efectos económicos de tal revisión solo tendrán una retroactividad de tres meses.

La revisión de una prestación ya reconocida puede obedecer a dos causas claramente diferenciadas, una, que en el momento de reconocimiento de la prestación -por un error de la Entidad Gestora (no material, de hecho o aritmético), una defectuosa interpretación jurídica o cual-

quier otra causa- ya concuerrieran los datos y circunstancias que posteriormente dieron lugar a la solicitud de revisión de la misma, otra, que con posterioridad al reconocimiento de la prestación sobrevenga un hecho nuevo, no presente en el momento del reconocimiento, que provoca la solicitud de revisión.

En el primer supuesto la aplicación literal del artículo 43.1, párrafo segundo de la Ley General de la Seguridad Social resulta indiscutible y plenamente ajustada a derecho. Por contra, el beneficiario al que le corresponde una distinta base de la prestación ya reconocida, por el acaecimiento de un hecho posterior a tal reconocimiento, no pudo solicitar la revisión en el momento del reconocimiento, sino a partir de que sobreviniera el nuevo hecho.

La recta interpretación del precepto conduce a la Sala a concluir que en los supuestos en que se inste la revisión de una prestación ya reconocida -sea vitalicia o temporal- como consecuencia de un hecho acaecido con posterioridad a tal reconocimiento, el “dies a quo” para el cómputo del plazo de tres meses es aquel en que se produce el nuevo hecho que desencadena la revisión de la prestación ya reconocida, es decir, a partir del día en que acaece este nuevo hecho el beneficiario de la prestación dispone de tres meses para solicitar la revisión de la base reguladora reconocida, en cuyo supuesto los efectos económicos se retrotraerían al momento inicial en el que, conforme con los nuevos datos, corresponde aplicar la nueva base reguladora. De no efectuarlo en dicho plazo, sino en otro posterior, los efectos económicos se retrotraerían únicamente a los tres meses anteriores a la solicitud.

Hay que poner de relieve que son numerosos los supuestos en los que se produce una liquidación complementaria de cuotas correspondientes a mensualidades anteriores, sin que haya mediado error, retraso ni infracotización voluntaria por parte de la empresa, a cuyo efecto resultan sumamente ilustrativas las sucesivas ordenes anuales que desarrollan las normas de cotización contenidas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, que prevén en su disposición adicional primera esta eventualidad, presentando idéntica redacción, en la Orden TAS 77/2005, de 18 de enero, Orden TAS 29/2006, de 18 de enero y Orden TAS 31/2007, de 16 de enero, que desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, para los años 2005, 2006 y 2007 respectivamente.

La disposición adicional primera de cada una de dichas normas dispone lo siguiente:

“Primera. Cotización en los supuestos de abono de salarios con carácter retroactivo.

1. Cuando hayan de abonarse salarios con carácter retroactivo, el ingreso de las liquidaciones que haya de efectuarse a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, como consecuencia de los mismos, se realizará en los plazos señalados en el artículo 56.1.c) del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

2. En dichos supuestos, el ingreso se efectuará mediante la correspondiente liquidación complementaria, a cuyo fin se tomarán las bases, topes, tipos y condiciones vigentes en los meses a que los citados salarios correspondan.

3. De igual forma se liquidarán aquellas gratificaciones que no puedan ser objeto de cuantificación anticipada total o parcialmente, a efectos del prorrateo establecido en el artículo 1 de la presente Orden, a cuyo fin las empresas deberán formalizar una liquidación complementaria por las diferencias de cotización relativas a los meses del año ya transcurridos, e incrementar, en la parte que corresponda, las cotizaciones pendientes de ingresar durante el ejercicio económico del año 2005.

4. Las liquidaciones complementarias a que se refieren los números anteriores se confeccionarán con detalle separado de cada uno de los meses transcurridos.”.

SEXTO.- En el supuesto debatido ocurre, sin embargo, que el hecho nuevo, que en su caso podría haber generado una nueva y superior base reguladora de la prestación de maternidad -la cotización adicional efectuada por el empresario- se produce en febrero de 2006 y no es sino hasta el 3 de diciembre de 2007, cuando la trabajadora presenta la solicitud de revisión, por lo que se había superado ampliamente el plazo de tres meses, entendido en el sentido que quedó anteriormente consignado, lo que supone que no le corresponde el derecho a la revisión solicitada.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso formulado por los fundamentos contenidos en esta resolución.

Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Jus-

ticia de Madrid de fecha 26 de febrero de 2009, recaída en el recurso de suplicación núm. 3990/08 y, en consecuencia casamos y anulamos la mencionada sentencia y, resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos la demanda formulada por D<sup>a</sup> Verónica contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en reclamación de diferencias de la base reguladora de la prestación de maternidad. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- Jordi Agustí Julia.- José Luis Gilolo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- María Lourdes Arastey Sahun.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Rosa María Viroles Piñol.

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

2010/153367

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 7 julio 2010. Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

La denegación por esta causa es discriminatoria

## Pensión de viudedad concedida a primera esposa que convive como pareja de hecho con otra persona

*Frente a sentencia que reconoció a la codemandada, primera esposa del causante fallecido en atentado terrorista, pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia, recurre en casación para la unificación de doctrina la actora, viuda de aquél, alegando que a la primera no le corresponde tal derecho por tener una convivencia de pareja de hecho en el momento del hecho causante. El TS desestima el recurso basándose en la declaración de inconstitucionalidad, por vulneración del art.14 CE, del art. 174.3*

LGSS, en su referencia a la concreta causa de extinción de la pensión establecida en el art. 101 CC de "vivir maritalmente con otra persona". Indica la Sala que si la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento, de este hecho no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, pues esta circunstancia no es justificación objetiva y razonable que explique un diferente trato con respecto al cónyuge viudo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por el Juzgado de lo Social número 33 de los de Madrid se dictó Sentencia el 28 de septiembre de 2004, en autos 734/2004, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda formulada por D<sup>a</sup> Josefa, revoco la resolución dictada por el INSS el 29-4-04, reconociéndola como única beneficiaria de la prestación de viudedad causada por el fallecimiento de su marido D. Braulio en atentado terrorista, condenando a INSS a que le abone una prestación del 104% de la base reguladora de 2.341,29 euros mensuales, y con efecto de 11-3-04. Condeno a la codemandada D<sup>a</sup> María Teresa a estar y pasar por esta resolución, y sin perjuicio del derecho que asiste a la gestora de interesar el reintegro de la prestación que se le ha venido abonando."

2.- Como resulta de los hechos probados de dicha sentencia, D. Braulio falleció el pasado 11 de marzo de 2004 en atentado terrorista. El Sr. Braulio había contraído con la codemandada D<sup>a</sup> María Teresa el 9 de noviembre de 1974, dictándose sentencia de separación el 18 de febrero de 1986 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Alcalá de Henares, y sentencia posterior de divorcio, concretamente, el 25 de noviembre de 1996 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 2 de la misma localidad. El Sr. Braulio contrajo nuevo matrimonio con la demandante D<sup>a</sup> Josefa el 31 de enero de 1998, encontrándose en vigor el vínculo en el momento del atentado. La codemandada Sra. María Teresa desde 1991 convive establemente con D. José Miguel y son padres de una hija, Silvia de 12 años. No figuran inscritos como parejas de hecho en el registro de la CAM.

3.- Recurrída en suplicación la mencionada sentencia tanto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como por la codemandada D<sup>a</sup> María Teresa, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 10 de marzo de 2005, (recurso 642/2005), estimando ambos recursos, revocando la sentencia de instancia, y desestimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Josefa. En resumen, la sentencia, con

cita de otra anterior de 6 de noviembre de 2003, entendió que la aplicación del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, que remite a los supuestos establecidos en el artículo 101 del Código Civil, no puede ser entendida, como alega la recurrente, en el sentido de que al haber convivido "more uxorio" con otra persona, la primera esposa del causante no tenga derecho a la parte correspondiente de la pensión de viudedad, ya que el citado precepto del Código Civil fue objeto de interpretación integrada por la sentencia del Tribunal Constitucional 125/03, de 19 de junio, que declaró inconstitucional la norma 5<sup>a</sup> de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 de 7 de julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil, de vivir maritalmente con otra persona, sin que el citado precepto -174.3 de la LGSS- haya experimentado modificación importante tras la introducida por el artículo 34 de la Ley 24/2001, ni tampoco en el Real Decreto 1465/2001, de 17 de diciembre, dado el mantenimiento de la remisión al artículo 101 del Código Civil.

4.- Contra esta sentencia se interpuso por la citada demandante recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, en cumplimiento del proveído de esta Sala de 3 de abril de 2009, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en fecha 15 de marzo de 2002, en recurso 930/2001.

5.- Tanto el Instituto Nacional de la Seguridad Social demandado como la codemandada D<sup>a</sup> María Teresa han impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que lo estima improcedente.

SEGUNDO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, dictada -como ya se ha dicho- por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en fecha 15 de marzo de 2002, en el recurso 930/2001, examinó al igual que la recurrente, si procede repartir la cuantía de la pensión de viudedad entre la viuda del causante y su anterior cónyuge, al mantener esta última desde hace años y vigente en la actualidad una relación de convivencia no matrimonial con otra persona. Esta sentencia desestimó la pretensión ejercida por la cónyuge divorciada del causante fallecido sobre la base de lo dispuesto en el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social,

en relación con el artículo 101 del Código Civil, que ponen de relieve que el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, en concreto, por vivir maritalmente con otra persona.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral pues en ambos supuestos se examina el derecho a la pensión de viudedad de quien se encuentra legalmente separada o divorciada del causante y convive "more uxorio" con otra persona, manteniéndose en la fecha de fallecimiento del causante. Es irrelevante que la sentencia recurrida se dictara, una vez el Tribunal Constitucional había declarado la inconstitucionalidad del apartado quinto de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, y la de contraste antes de dicha declaración, pues ambas sentencias, la recurrida y la de contraste aplican el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, habiendo llegado a resultados contradictorios, pues en tanto la sentencia recurrida entiende que no se extingue el derecho a percibir pensión de viudedad por convivir "more uxorio" con otra persona, la de contraste entiende que dicha convivencia extingue el derecho a la pensión de viudedad.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- 1.-La recurrente denuncia la infracción del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en redacción dada por el artículo 17 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, y la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 26 de mayo de 2004 (recurso 3103/2003). Se alega, en esencia, que a la codemandada, D<sup>a</sup> María Teresa no le corresponde percibir pensión de viudedad al existir una convivencia de pareja de hecho en el momento del hecho causante de la misma, el fallecimiento del que fue su esposo.

2.- Pues bien, en primer lugar hay que señalar que la redacción dada por la Ley 52/03, de 10 de diciembre al artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social es irrelevante para la resolución de la cuestión debatida, pues dicha norma modificó el apartado 1 del artículo 174 y la cuestión controvertida gira en torno a los apartados 2 y 3 del precitado artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social.

La redacción del artículo 174 de la LGSS, dada por la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, aplicable al supuesto examinado, teniendo en cuenta la fecha del hecho causante, se encuentra dividido en tres apartados, que se refieren a los requisitos de la pensión de viudedad del cónyuge sobreviviente (apartado 1), a la pensión de

viudedad “en los supuestos de separación o divorcio y nulidad matrimonial (apartado 2) y a la pérdida de los derechos derivados del apartado anterior -supuestos de separación, divorcio y nulidad recogidos en el apartado 2- (apartado 3)”. El apartado 2 establece: “En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”.

El pasaje inicial del precepto identifica determinados beneficiarios de la pensión (“quien sea o haya sido cónyuge legítimo”); el siguiente expresa una causa impeditiva de la adquisición del derecho (haber contraído “nuevas nupcias”); el siguiente indica el criterio de cálculo de la pensión reconocida (“cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido”); y el último incluye la inexistencia de causas impeditivas, atendiendo a los motivos de la separación o el divorcio (“con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”).

A la vista del enunciado del precepto queda clara su finalidad que no es otra que, con independencia de las causas que provocaran la separación, nulidad o divorcio, el matrimonio genera un derecho expectante a una eventual pensión de viudedad que solo desaparece cuando el ex-cónyuge contrae nuevas nupcias. Este derecho a la pensión de viudedad se concibe como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges, bien por toda la vida en común, bien mientras dura el matrimonio, a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación “en interés de la familia” a que les obliga el estado de casados, artículos 67 y 68 del Código Civil /STS de 26 de mayo de 2004, recurso 3103/2003).

3.- Tal y como ha señalado la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2004, recurso 3103/2003: “Cuando se devenga o materializa a la muerte del causante, el contenido del derecho expectante o en curso de adquisición del ex cónyuge divorciado (o del cónyuge separado) no equivale a la pensión de viudedad íntegra sino a una pensión proporcional al tiempo vivido con el ex cónyuge (o cónyuge separado) fallecido. La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha aplicado este criterio de proporcionalidad tanto al supuesto de pensión asimilada de viudedad en favor de ex cónyuge divorciado que no concurre con otro beneficiario o beneficiaria de pensión de viudedad (STS ud 14-7-1999, 23-7-1999, 17-1-2000, 20-3-2000, entre otras) como al supuesto de concurrencia de pensión en favor

del viudo o viuda propiamente dichos con pensión en favor de ex cónyuge divorciado (STS ud 21-3-1995, 10-4-1995, 26-4-1995, 10-11-1999, 27-1-2004, entre otras).

Este segundo supuesto de concurrencia de pensión de viudedad con pensión asimilada a viudedad da lugar a una distribución o reparto de la cuantía de la pensión de viudedad entre los dos (o más) pensionistas concurrentes, de acuerdo con determinadas reglas que se ha encargado de precisar la primera de las sentencias de unificación de doctrina citadas, de 21 de marzo de 1995, que fue dictada en Sala General. Por cierto, el reparto o distribución de la pensión de viudedad entre pensionistas concurrentes había sido ya previsto por el legislador para las situaciones particulares generadas por la Ley de reconocimiento del divorcio, respecto de las parejas de hecho o convivientes more uxorio que no pudieron contraer matrimonio “por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha” (normas 2ª y 3ª de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio).

A la vista de los anteriores razonamientos parece forzoso concluir que a Dª María Teresa le correspondería la pensión de viudedad, en proporción al tiempo de duración del matrimonio, tal como ha establecido la sentencia recurrida.

CUARTO.- 1.-Ahora bien, ocurre, sin embargo, que el artículo 174.3 de la LGSS, vigente en el momento del hecho causante establece que: “Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio”. Por lo tanto, los derechos de pensión de viudedad del cónyuge divorciado o separado se extinguen o quedan sin efecto en los supuestos previstos en el artículo 101 del Código Civil.

Dicho precepto, que regula el cese de la pensión que, de acuerdo con el artículo 97 del Código Civil se puede fijar en la resolución judicial de separación o divorcio a favor del cónyuge separado o del ex-cónyuge divorciado, dispone la extinción de dicha pensión en tres supuestos:

- 1) El cese de la causa que lo motivó.
- 2) Contraer nuevo matrimonio.
- 3) Vivir maritalmente (el acreedor de la pensión) con otra persona.

2.- Como ha señalado la STS de 26 de mayo de 2004, recurso 3103/2003: “El mandato por remisión de extender a las posibles futuras pensiones sociales de viudedad, que son por hipótesis pensiones mortis causa, de los motivos de pérdida del derecho previstos para las even-

tuales pensiones civiles de divorcio o separación legal, que son por hipótesis pensiones inter vivos causadas en favor del ex-cónyuge divorciado (o del cónyuge separado), suscita ciertos problemas de ajuste, que han de resolverse con los instrumentos de la interpretación jurídica Uno de estos problemas, que no hace al caso que debemos resolver ahora, referente al primer supuesto de extinción de la pensión, consiste en que la pensión social de viudedad es en principio “vitalicia” (art. 174.1 LGSS), por lo que no se encuentra para ella una situación homóloga a la que puede motivar “el cese de la causa” de la pensión “civil” en favor del ex-cónyuge divorciado o del cónyuge separado, pensión que es en principio temporal, en cuanto depende de que subsista el desequilibrio económico en relación con la posición matrimonial anterior que la ha originado”.

Otros posibles problemas del mandato de remisión del artículo 174.3 LGSS son los que aluden a la extinción de la pensión por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. Este último supuesto es el que concurre en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, por lo que, de aplicarse el precepto automáticamente, la Sala habría de resolver en forma contraria a como se apuntó en el fundamento de derecho anterior, es decir, negar el derecho a la codemandada Dª María Teresa a percibir pensión de viudedad.

QUINTO.- 1.- La cuestión ha sido examinada por la sentencia del Tribunal Constitucional 22/2010, de 27 de abril, dictada resolviendo cuestión de inconstitucionalidad 176/06, planteada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, mediante auto de 16-12-2005, dictado en el recurso 4481/03. La citada sentencia ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud ha declarado inconstitucional y nulo el artículo 174.3 de la LGSS, con el siguiente razonamiento:

“4. Como ya ha quedado señalado, y se aduce tanto en el Auto de planteamiento de la cuestión como en las alegaciones del Fiscal General del Estado, este Tribunal Constitucional declaró en su STC 125/2003, de 19 de junio, la inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil de “vivir maritalmente con otra persona”.

La referida disposición adicional establecía lo siguiente: Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

1ª A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en

esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

2ª Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente.

3ª El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

4ª Los que se encuentren en situación legal de separación tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.

5ª Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del Código Civil”.

Como se observa, a salvo de pequeñas variaciones de orden sistemático, cuyas diferencias con el texto ahora analizado únicamente podrían afectar -reforzándola- a la interpretación ya efectuada del mismo, el precepto declarado inconstitucional por este Tribunal era idéntico, tanto en su contenido como en su finalidad, al ahora cuestionado, sin que, sin embargo, puedan alcanzar a éste los efectos de la inconstitucionalidad ya declarada, al tratarse de dos normas jurídicas diferentes. Resultará, por ello, oportuno reiterar brevemente los argumentos de aquella Sentencia para obtener, en ésta, idéntica conclusión.

Decíamos en el fundamento jurídico 6 de la STC 125/2003, de 19 de junio, lo siguiente: “Es evidente que la regulación antes descrita conduce, como hemos dicho, a la aplicación de normativas distintas para regular un mismo tipo de pensiones: la Ley General de Seguridad Social de 1974 para los viudos stricto sensu convivientes con el causante en el momento de la muerte de éste (independientemente de que lo sean de un causante que hubiera contraído un único matrimonio con dicho viudo, o que hubiere contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio), y la Ley 30/1981 para los cónyuges del causante cuyos matrimonios se

hubieran extinguido por divorcio así como los legalmente separados de aquél.

Y es evidente también que la diferencia entre los regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho (la convivencia more uxorio del titular de la pensión de viudedad), en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados) y no en otros (en los de viudos no separados, lo sean de un matrimonio único del causante, y por tanto sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiarios, o lo sean de un matrimonio del causante al que precedieron otros extinguidos por divorcio).

La constatación de un panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supérstites, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia more uxorio pueda aplicarse en unos casos y no en otros. Como pone de relieve el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, si la convivencia more uxorio con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esta circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo.

A lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del art. 14 CE, y en particular de la prohibición de discriminación en

función de 'cualquier otra condición o circunstancia personal o social' a la que aquel precepto se refiere.

Como señalara la STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2, 'el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados'. De este modo, dada la unidad de la pensión, en los supuestos examinados la diferenciación legal, al establecer dos sistemas de extinción distintos, incurre en una discriminación prohibida por el art. 14 CE, careciendo de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requerida por nuestra doctrina."

Con idéntico fundamento y remitiéndonos íntegramente a la fundamentación jurídica de la indicada Sentencia, debemos por tanto declarar ahora igualmente la inconstitucionalidad del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil de "vivir maritalmente con otra persona", por vulnerar el art. 14 CE. "

SEXTO.- 1.- Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso formulado, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral).

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Fernando Luján de Frías, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Josefa, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 10 de marzo de 2005, en el recurso de suplicación número 624/2005, interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y D<sup>a</sup> María Teresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid el 28 de septiembre de 2004, en autos núm. 734/2004, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Josefa contra D<sup>a</sup> María Teresa, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de viudedad. Sin 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. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Jordi Agusti Julia.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.

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



TC Sala 3<sup>a</sup>, Sentencia 22 julio 2010. Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio

Sobre la violencia de género

## Constitucionalidad del art. 148,4 CP 95

*Se plantean las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas por el Jdo. de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al art. 148,4 CP 95 en la redacción dada al mismo por el art. 36 de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La Magistrada del juzgado, presenta dudas respecto de la constitucionalidad del artículo citado, en cuanto a su eventual incompatibilidad con el principio de igualdad, por introducir la diferencia de trato por razón de sexo, que conllevaría una discriminación para el varón al ver agravada la pena de dos a cinco años de prisión por el delito de lesiones, cuando sea sujeto activo del hecho y éste se cause a una mujer que sea o haya sido su esposa o haya mantenido análoga relación de afectividad, frente a la pena más leve, de seis meses a tres años, que correspondería a la mujer por hechos idénticos cometidos sobre un varón. El Tribunal desestima las cuestiones vertidas, entre otros motivos, porque entiende que no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima, cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento, de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Emiten votos particulares los Magistrados D. Javier Delgado Barrio y D. Ramón Rodríguez Arribas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los procesos acumulados que se analizan, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete cuestiona la constitucionalidad del art. 148.4 CP, en su vigente redacción, dada por el art. 36 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, "en cuanto tipifica un subtipo agravado de violencia de género, respecto del tipo básico de lesiones del art. 147.1 CP", por considerarlo contrario a los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE. El Fiscal General del Estado se opone a la admisión de las cuestiones por considerarlas notoriamente infundadas y subsidiariamente interesa su desestimación. El Abogado del Estado solicita la desestimación íntegra de las cuestiones acumuladas.

El art. 148.4 CP establece que las "lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado

causado y al riesgo producido... si la víctima fuere o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia".

SEGUNDO.- Antes de abordar el examen de la cuestión de fondo se ha de resolver la duda de orden procesal planteada por el Fiscal General del Estado, quien considera que las cuestiones acumuladas deberían inadmitirse por ser notoriamente infundadas. A su juicio, la aplicación del precepto cuestionado no es prescriptiva para el órgano judicial, de manera que a los hechos declarados probados podría aplicarse el tipo básico del delito de lesiones, recogido del art. 147 CP, sobre el que no se plantean dudas de constitucionalidad.

a) Con carácter preliminar, hemos de recordar que no existe impedimento para realizar un pronunciamiento de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad en esta fase del proceso, puesto que, al care-

cer el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC de carácter preclusivo, es posible apreciar mediante Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 133/2004, de 22 de julio, FJ 1; 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 2; y 224/2006, de 6 de julio, FJ 4; 166/2007, de 4 de julio, FJ 5; 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2).

b) Una vez dicho esto, es preciso señalar que el motivo de inadmisión planteado no radica tanto en que la cuestión sea notoriamente infundada, cuanto en si satisface las exigencias que se derivan del denominado juicio de relevancia. En efecto, los reparos a la admisibilidad de la cuestión que suscita el Fiscal General del Estado y a los que se ha hecho referencia no atañen a la existencia o entidad de las dudas sobre la constitucionalidad del precepto formuladas por el Juzgado, sino más bien a la circunstancia de que el precepto cuestionado sea aplicable de manera facultativa a los hechos declarados probados, y, con ello, a la relevancia que pueda tener la validez de la disposición de cara a la resolución del caso, que es, junto con la relativa a la aplicabilidad de la norma a los hechos enjuiciados, una de las exigencias que se encuentran expresamente previstas en el art. 35.1 LOTC.

Como recuerda la reciente STC 115/2009, de 18 de mayo, FJ 2, “la norma cuestionada debe superar el denominado “juicio de relevancia”, o lo que es lo mismo, la justificación de la medida en que la decisión del proceso depende de su validez, habida cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 6; AATC 42/1998, de 18 de febrero, FJ 1; 21/2001, de 30 de enero, FJ 1; 25/2003, de 28 de enero, FJ 3; 206/2005, de 10 de mayo, FJ 2; y 360/2006, de 10 de octubre, FJ 2).”

c) En cuanto al alcance del control realizado por el Tribunal Constitucional sobre el juicio de relevancia, de nuestra doctrina se deriva la necesidad de atender a los dos criterios siguientes. Por un lado, es a los órganos judiciales que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, prima facie, corresponde expresar el juicio de relevancia, de modo que el Tribunal Constitucional no puede sustituir o rectificar el criterio judicial salvo en los casos en los que éste sea manifiestamente irrazonable y resulte “evidente que la

norma legal cuestionada no es, en modo alguno, aplicable al caso” (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 1; 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 2), y en los supuestos en los que “de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se advierte que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia carece de consistencia” (entre otras, SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; 106/1986, de 24 de julio, FJ 1; 142/1990, de 20 de septiembre, FJ 1; 189/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 174/1998, de 23 de julio, FJ 1; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 2; y 51/2004, de 13 de abril, FJ 1)” (STC 81/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

Por otro lado, también hemos manifestado que, en relación con la apreciación de los requisitos de admisibilidad vinculados al juicio de relevancia, procede seguir un criterio flexible “que se justifica por la conveniencia de que las cuestiones planteadas por los órganos judiciales encuentren, siempre que sea posible, solución por Sentencia con el objeto de contribuir a la depuración del Ordenamiento jurídico de preceptos presuntamente inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la Constitución gracias a la cooperación entre los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional” (SSTC 203/1998, de 15 de octubre, FJ 2; 67/2002, de 21 de marzo, FJ 2; y 133/2004, de 22 de julio, FJ 1).

TERCERO.- Atendiendo a tales parámetros de enjuiciamiento debemos rechazar la alegación del Fiscal General del Estado y considerar satisfecho el citado requisito de procedibilidad:

a) El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete argumenta en los Autos de cuestionamiento la inconstitucionalidad del precepto una vez que lo ha considerado aplicable al caso por entender que en los hechos declarados probados concurren todos los requisitos necesarios para ello, no sólo por satisfacer los elementos del tipo básico del delito de lesiones (art. 147 CP), sino también de la modalidad agravada recogida en el precepto cuestionado (art. 148.4 CP). Asimismo, según se ha expuesto en los antecedentes el órgano judicial desarrolla una argumentación específica dirigida a justificar que la constitucionalidad y, con ella, la validez de la disposición cuestionada son determinantes para la resolución del caso que tenía ante sí planteado.

b) Pues bien, frente al juicio de relevancia formulado por el órgano judicial no cabe oponer reproche de irrazonabilidad manifiesta o falta notoria de consistencia, únicos supuestos en los que, como se ha afirmado, podría este Tribunal enmendar el criterio formulado por aquél a la hora de realizar el juicio de relevancia. En particular, no puede compartirse la tesis sostenida por el Fiscal General

del Estado, referida a que la validez del precepto cuestionado no es relevante por ser de aplicación facultativa para el órgano judicial, de modo que éste, en consecuencia, podía haber optado por la aplicación del tipo básico del delito de lesiones. Por un lado, lo que el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete está cuestionando es, precisamente, la constitucionalidad de la alternativa consistente en la aplicación al caso de la modalidad agravada que le ofrece el legislador para supuestos en los que se dieran sus elementos típicos.

A ello debe añadirse, por otro lado, que la opción sugerida por el Ministerio público de no aplicar el precepto ante su eventual inconstitucionalidad no se adecua a la configuración del control de la validez de las leyes previsto en la Constitución, pues supondría poner en manos del juez ordinario la decisión última sobre la constitucionalidad de la norma, y, elevada a regla general, privaría a este Tribunal de la posibilidad de fiscalizar la constitucionalidad de todos aquellos preceptos cuya aplicación fuere facultativa para el Juez, consecuencia que se revela difícilmente sostenible. En definitiva, una vez que el órgano judicial ha considerado que el precepto es aplicable al caso y que su constitucionalidad es determinante para su resolución, declarar inadmisión la cuestión planteada porque pudiera haber optado por una calificación jurídica distinta supondría en este caso, por no concurrir ninguno de los supuestos señalados, una indebida intromisión por parte de este Tribunal en el ejercicio de funciones que no le corresponden (art. 117.3 CE).

CUARTO.- Una vez sentado lo anterior procede abordar las alegaciones formuladas en los Autos de interposición de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, para cuya correcta comprensión es preciso tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La primera de las dudas vertidas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete respecto de la constitucionalidad del art. 148.4 CP se refiere a su eventual incompatibilidad con el principio de igualdad (art. 14 CE), por introducir una injustificada diferencia de trato por razón de sexo, que conlleva una discriminación para el varón al ver agravada la pena de dos a cinco años de prisión por el delito de lesiones cuando sea sujeto activo del hecho y éste se cause a una mujer que sea o haya sido su esposa o haya mantenido análoga relación de afectividad, frente a la pena más leve, de seis meses a tres años, que correspondería a la mujer por hechos idénticos cometidos sobre un varón.

b) Por otro lado, las quejas relativas a la vulneración de los arts. 1 y 10 CE, que fundan los Autos en que tal discriminación supondría una conculcación de los valores de la li-

bertad, la dignidad de la persona y la justicia, deben entenderse tributarias de la primera y principal denuncia, quedando englobadas en ella a los efectos de su estudio conjunto. Lo mismo ocurre en el caso de la alegación relativa al art. 9 CE, tanto por lo que respecta a la supuesta “discriminación positiva” de la mujer respecto al varón, como en lo que atañe a la vulneración del principio de seguridad jurídica, que en los Autos se considera una derivación de la lesión del valor de la justicia como consecuencia del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres.

c) En segundo lugar, el art. 148.4 CP generaría, además, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del principio de culpabilidad, al presumir, sin posibilidad de prueba en contrario, que toda acción lesiva del varón hacia la mujer posee una finalidad discriminatoria, razón que justificaría la mayor gravedad de la conducta.

d) La queja relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) se fundamenta en la indeterminación semántica de la expresión “personas especialmente vulnerables”, si bien la misma no forma parte del precepto cuestionado, el art. 148.4 CP, sino del apartado siguiente, que, de modo independiente de la anterior, establece una agravación facultativa de la pena en caso de que las lesiones se ocasionen a personas que reúnan tal particular circunstancia y que convivan con el autor. Sin embargo, ni la constitucionalidad de este apartado quinto ha sido cuestionada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, ni sus Autos contienen tampoco una argumentación específica dirigida a justificar su aplicabilidad y relevancia (art. 35.1 LOTC), motivos por los cuales no procede analizar el fondo de la alegación relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

e) En definitiva, al igual que hemos señalado en recientes pronunciamientos de este Tribunal en los que se han resuelto las dudas planteadas sobre la constitucionalidad de diversos preceptos penales incorporados al Código Penal, como el que ahora nos ocupa, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (así, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, u 81/2008, de 17 de julio, entre otras, que resuelven diversas cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas respecto al primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge el delito de maltrato ocasional; la STC 45/2009, de 19 de febrero, en la que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, sobre el delito de amenazas leves; o la STC 127/2009, de 26 de mayo, respecto del delito de coacciones leves recogido en el art. 172.2 CP), son dos las dudas centrales de constitucionalidad

que formula aquí el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete: la primera es si el precepto incorpora un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo que sería contrario al art. 14 CE y, por extensión, a los arts. 1.1, 9 y 10.1 CE; y la segunda es si el precepto contiene una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación. Procede a continuación analizar cada una de ellas.

QUINTO.- En relación con la duda relativa a si el precepto cuestionado vulnera o no el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE, nuestro análisis debe partir de las siguientes consideraciones de alcance general:

a) Por un lado, hemos de comenzar “recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador al que compete “la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)”. Por ello, nuestro análisis del precepto cuestionado “no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa” (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 6; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

b) Por otro lado, debe también precisarse que el canon de enjuiciamiento a aplicar es el propio del principio general de igualdad y no el de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que es el que utiliza el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al expresar su duda, puesto que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección inte-

gral contra la violencia de género, tampoco en el caso del art. 148.4 CP “constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada” (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

c) Finalmente, resta señalar que, desde la perspectiva que se deriva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma cuestionada exige “que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas” (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4). Al igual que ocurría en el caso de las Sentencias de este Tribunal a las que se ha hecho referencia, la aplicación de este canon de constitucionalidad al art. 148.4 CP exige verificar sucesivamente que la norma que incorpora la diferenciación persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan un control de proporcionalidad (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

SEXTO.- El primero de los presupuestos de la razonabilidad de la diferenciación es el relativo a la legitimidad del fin que persigue la norma que la incorpora.

a) Al igual que hemos afirmado en resoluciones anteriores sobre otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de la exposición de motivos y del articulado de esta última se deduce que el art. 148.4 CP “tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su ob-

jetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales” (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En esas mismas resoluciones hemos declarado que, “tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador” (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

SÉPTIMO.- El segundo presupuesto de la razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada se refiere a la adecuación o funcionalidad de la medida que la incorpora respecto de la consecución del fin perseguido por el legislador, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las lesiones cuando éstas son cometidas por un varón contra quien es o fue su mujer, o tenga o haya tenido análoga relación afectiva, pues sólo entonces resultará razonable que deba imponerse una pena más grave para prevenirlas.

Aplicando este criterio al precepto cuestionado también debemos considerar satisfecho este segundo requisito porque, de acuerdo con nuestra doctrina, “no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la

sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que eso fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

OCTAVO.- Además de la razonabilidad de la diferenciación, que se concreta en los dos presupuestos anteriores, el principio general de igualdad exige también que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional.

a) Con carácter general, es preciso tener en cuenta, por una parte, que este control de proporcionalidad que se deriva del art. 14 CE exige valorar “tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue” (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

b) Por otra parte, el “baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12)”, de manera que “sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)” (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

c) Conviene recordar, en fin, que el presente es “un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional” (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

NOVENO.- A la vista de todo ello, la norma cuestionada tampoco ha de merecer reproche constitucional alguno en relación con esta terce-

ra exigencia del principio de igualdad. El art. 148.4 CP establece una pena mínima de dos años de prisión que, ciertamente, supone una considerable agravación con respecto a la mínima de seis meses de prisión que prevé el tipo básico, recogido en el art. 147.1 CP; y su límite máximo se eleva hasta los cinco años, frente al máximo de tres años de prisión que contempla la modalidad básica de lesiones. Sin embargo, al igual que hemos afirmado ante la agravación de falta a delito prevista en los arts. 171.4 CP para las amenazas leves y 172.2 CP para las coacciones leves, dicha diferencia no genera como consecuencia un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” del tratamiento penal contemplado en ambos supuestos, en virtud de los tres motivos que a continuación se exponen.

a) En primer lugar, debe insistirse, siguiendo lo declarado en las ya citadas Sentencias, en la particular trascendencia de la finalidad de la diferenciación incorporada por la norma, que, como hemos señalado, se encuentra razonablemente encaminada a la tutela de la libertad, la integridad y la dignidad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja, así como a combatir la desigualdad y neutralizar la subordinación a la que las mujeres han estado sometidas tradicionalmente en dicho ámbito (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En segundo lugar, ha de señalarse también que el art. 148.5 CP incorpora una modalidad agravada de lesiones, con idéntica pena que la anterior, para los casos en que la víctima sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, lo que permite, eventualmente, equiparar la respuesta penal dispensada a las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su pareja femenina a la prevista para otras lesiones graves acontecidas “en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora” (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

c) En tercer lugar, a los efectos del juicio de proporcionalidad no puede desconocerse la opción seguida por el legislador de dejar al arbitrio del juez la aplicación de la agravante, siendo la misma, a tenor de su redacción típica, de imposición facultativa, debiendo atenderse para ello “al resultado causado y al riesgo producido”. Ello supone que para la aplicación del art. 148.4 CP no sólo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas -que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor-, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor des-

valor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.

En definitiva, los tres motivos señalados conducen a descartar que las consecuencias derivadas del tratamiento diferenciado previsto por el art. 148.4 CP sean desproporcionadas y, por tanto, a rechazar la alegación relativa a su inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

DÉCIMO.- Esta conclusión ha de extenderse a otras alegaciones que, según se ha indicado ya, los Autos de promoción de las cuestiones de inconstitucionalidad hacen descansar en las consecuencias que se derivarían del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres en relación con otros preceptos.

a) Por una parte, una vez descartada la alegación relativa a la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), cabe hacer lo mismo, por los mismos motivos, respecto de la vulneración del art. 9 CE, y ello tanto por lo se refiere a la supuesta “discriminación positiva” de la mujer respecto del varón, como por lo que respecta a la vulneración del principio de seguridad jurídica a raíz del carácter supuestamente discriminatorio del precepto impugnado.

b) Por otra parte, en el marco de la argumentación de la duda relativa al principio de igualdad (art. 14 CE), los Autos de cuestionamiento también aluden a la posible oposición del art. 148.4 CP a los valores relativos a la justicia y la dignidad de la persona (arts. 1.1 y 10.1 CE) en cuanto que presumiría que la mujer es en todo caso una persona especialmente vulnerable y el hombre “un maltratador nato”. Esta objeción no puede ser acogida, no sólo porque ya se ha rechazado la lesión principal a la que se vincula, relativa al derecho a la igualdad, sino también porque no cabe acoger su presupuesto. Por un lado, el precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y, por otro lado, tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Según hemos afirmado recientemente en relación con otras disposiciones del Código penal modificadas a raíz de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de

diciembre, la disposición impugnada “procede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos “a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (STC 59/2008, FJ 9; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5)” (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 5).

UNDÉCIMO.- Por último, tampoco podemos compartir que la previsión normativa analizada desconozca el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el principio de culpabilidad, puesto que, frente a lo alegado en los Autos de promoción de estas cuestiones, el art. 148.4 CP no se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación, sino que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos penales cuyo origen se encuentra en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, “lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas” (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11; 81/2008, de 17 de julio, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 6).

De igual modo, tampoco cabe considerar que se castigue al concreto autor por hechos cometidos por otras personas, al modo de una culpa colectiva, ni tampoco cabe estimar la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un “Derecho penal de autor”. Tal y como afirmamos en la STC 59/2008, de 14 de mayo, para rechazar idéntica alegación, “que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción” (FJ 11).

#### FALLO

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2755-2007 y 7291-2008.

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

Dada en Madrid, a veintidós de julio de dos mil diez. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Vicente Conde Martín de Hijos.- Javier Del-

gado Barrio.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.

#### VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado D. Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 22 de julio de 2010, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 2755-2007 y 7291-2008 y al que se adhiere D. Vicente Conde Martín de Hijos.

La indicada Sentencia reitera la doctrina establecida por este Tribunal a partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, por lo que, puesto que mantengo mi discrepancia, me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

Y en este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil diez.

Voto particular que formula el Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 22 de julio de 2010 dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2755-2007 y 7291-2008.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

Único. Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al art. 148.4, del Código penal, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE, en la redacción dada por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría. Discrepo abiertamente del Fallo de la Sentencia en cuanto a la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2755-2007 y 7291-2008, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005, concretamente en los ordinales 2 a 4.

Madrid, a 22 de julio de dos mil diez.



2010/113285

TS Sala 1ª, Sentencia 25 mayo 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Cómputo del plazo desde la firmeza de la sentencia sobre grado de invalidez

## Reposición de actuaciones por inexistencia de prescripción de acción derivada de accidente de circulación

*El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, ordena reponer las actuaciones al momento anterior a dictar dicha sentencia con el fin de que la AP, no pudiendo apreciar la prescripción de la acción, dicte nueva sentencia. La Sala entiende que la reclamación de la indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente de circulación por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por la jurisdicción social la concreta incapacidad que afectaba al interesado y considera que, según su propia jurisprudencia al respecto, ha de tomarse como día inicial del plazo de prescripción anual el de la firmeza de la sentencia dictada por dicha jurisdicción sobre el grado de invalidez y no el de la resolución del instituto nacional de la seguridad social sobre incapacidad permanente absoluta del actor a consecuencia del expresado accidente sufrido por éste.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1.- Con fecha 30 de noviembre de 1984 tuvo lugar un accidente de circulación consistente en la salida de la calzada del vehículo en el que viajaba como ocupante D. Miguel. A resultas del siniestro, el señor Miguel sufrió lesiones consistentes en fractura acuñaamiento D6, D7 y D8, fractura conminuta de muñeca, costales y de escápula derechas, por las que recibió asistencia facultativa. Seguido juicio de faltas, el mismo terminó con sentencia absolutoria para el conductor denunciado, al considerarse fortuito el accidente, y se dictó título ejecutivo (auto de 17 de noviembre de 1986) en virtud del cual el perjudicado fue indemnizado por la aseguradora Mutua General Agropecuaria (a la que luego sucedió la demandada, Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija) con el importe máximo señalado en dicha resolución (128 00 pesetas/769,30 euros), cantidad, correspondiente a 160 días de incapacidad a razón de 800 pesetas diarias, que se calculó con base en el informe de sanidad obrante en las actuaciones penales (de fecha 25 de noviembre de 1985) en el que el médico forense indicaba que el lesionado había curado totalmente sin defecto ni deformidad. El perjudicado no impugnó en

su día el citado informe ni mostró oposición al título ejecutivo en el trámite de alegaciones.

2.- Según informe de vida laboral aportado por la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez dado de alta por las lesiones sufridas por el accidente el perjudicado continuó desempeñando trabajos por cuenta ajena para distintas empresas de manera prácticamente ininterrumpida hasta mediados del año 2001, acumulando durante dicho periodo un total de 6355 días trabajados.

3.- El 27 de enero de 2000 se inició un proceso de incapacidad temporal por recidiva del mencionado siniestro, consistente en aplastamiento de D6, D7 y D8 y más marcada de D7, con aumento de la cifosis dorsal y fusión de costillas con apófisis laterales izquierdas. Fue intervenido en febrero de 2000 con reducción instrumentada de la cifosis y artrodesis posterior desde D3 a D9.

4.- Incoado expediente administrativo para determinar la existencia de algún grado de incapacidad, el Equipo de Valoración de Incapacidades emitió informe de valoración médica en el que, tras exploración del aparato locomotor, se aprecian como deficiencias más significativas: «secuelas fractura vértebras dorsales, considerándole limitado para sobrecargas moderadas- ligeras del raquis

dorsal». Atendiendo a dicha valoración, por Resolución de 13 de julio de 2001 la Dirección Provincial de Huelva del INSS le declaró afecto de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente absoluta derivada del accidente de trabajo sufrido en 1984, con derecho a una pensión vitalicia mensual de 369 159 pesetas (2 218,69 euros).

Esta resolución fue recurrida por la Mutua ante la jurisdicción social que demandó la declaración de invalidez parcial o subsidiariamente total, concluyendo el proceso definitivamente por sentencia de 14 de marzo de 2003 del TSJ de Andalucía, declarada firme el 30 de abril de 2003, por la que, desestimándose el recurso de duplicación, se confirma la resolución dictada por el Juzgado de lo Social, que, a su vez, había desestimado la demanda de la Mutua y ratificado los términos de la Resolución del INSS.

5.- El 8 de marzo de 2004 el actor formuló demanda de juicio declarativo ordinario en ejercicio de acción directa del artículo 76 LCS contra Mapfre en reclamación de 285 596,77 euros como indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente ocurrido en el año 84, -a razón de 41 247,59 euros por los días de incapacidad, 83 033,64 euros por las secuelas sufridas y 161.315,54 como indemnización por Invalidez-, aplicando para el cálculo de dichas sumas las cuantías correspondientes a 2003, publicadas por Resolución de la DGS de 20 de enero de 2003.

6.- La aseguradora demandada opuso las excepciones de prescripción y de pago, por cuanto había satisfecho el importe máximo fijado en el auto de cuantía máxima que siguió al juicio penal. En cuanto a la prescripción, entendió que el plazo de un año del artículo 1968.2.º CC había transcurrido a fecha de la demanda, pues debía computarse, bien desde la fecha en que fue conocida la supuesta recaída (noviembre de 1999) o, en todo caso, desde que el Equipo de Valoración de Incapacidades propuso una incapacidad permanente absoluta en base a las secuelas no inicialmente apreciadas (4 de julio de 2001).

Con carácter subsidiario rechazó la culpa del asegurado, por haberse producido el accidente de manera fortuita, tal y como apreció la sentencia absolutoria dictada en el juicio de faltas, y negando que las secuelas tuvieran relación de causalidad con el siniestro.

En cuanto a la cuantificación de la indemnización mostró también su oposición a la aplicación de las cuantías correspondientes a 2003 por entender que debían aplicarse las correspondientes a la fecha del accidente, en concreto las contenidas en el Real Decreto 2690/1983, de 13 de octubre, que sólo contemplaba como

concepto indemnizatorio la gran invalidez y no la incapacidad laboral.

7.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestimaron la demanda apreciando la excepción de prescripción. La sentencia de la Audiencia declara que el perjudicado tuvo conocimiento definitivo de su recaída cuando se le notificó la Resolución del INSS (mediados del 2001) momento en que, por conocer el alcance de las lesiones y secuelas vinculadas al siniestro, estaba en disposición de deducir la acción de responsabilidad por culpa extracontractual del artículo 1902 CC. Añade que dicho instante es el que debe tomarse en cuenta como día inicial del cómputo del plazo de prescripción fijado en el artículo 1968.2.º CC, el cual se encontraba ampliamente superado cuando el interesado presentó la demanda iniciadora del presente procedimiento (marzo de 2004).

8.- Contra la sentencia de apelación se interpone recurso de casación la representación del demandante al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC por medio de dos motivos, de los cuales solo ha sido admitido el que denuncia la infracción de los artículos 1968.2.º y 1969 CC.

SEGUNDO. - Enunciación del motivo de casación.

El único motivo admitido se introduce con la siguiente fórmula:

«Con el presente recurso se denuncia la infracción de los artículos 1968.2.º y 1969 del Código Civil».

El motivo se funda, en síntesis, en que, para reclamar daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual es imprescindible en la LEC -cuyo artículo 219 no admite condenas con reserva de liquidación- conocer con exactitud la entidad del daño y su cuantificación, razón por la cual, en el presente caso, ha de tomarse como dies a quo (día inicial) del plazo de prescripción anual el de la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (30 de abril de 2003) y no el de la resolución del INSS.

Esta tesis, según explica, no solo se compadece mejor con la interpretación restrictiva de la prescripción, sino también con la circunstancia, a su juicio impeditiva para deducir con anterioridad la demanda, de que hasta el 2 de marzo de 2004 no se supo por la parte demandante quién era la aseguradora civilmente responsable de los daños que se reclaman.

El motivo debe ser estimado

TERCERO.- Día inicial del plazo de prescripción para la reclamación por secuelas a las que no resulta aplicable el Sistema de Valoración de daños personales en accidentes de circulación.

A) Los daños objeto del proceso no están sujetos en su valoración al Sistema de Valoración establecido en la LRCSCVM, por ser el siniestro de circulación muy anterior a la implantación del expresado sistema del año 1995.

Dicho sistema, según la jurisprudencia de esta Sala, comporta un régimen especial en orden al momento de determinación del valor del punto aplicable, el cual debe fijarse en el momento del alta definitiva, entre otras razones, porque este es el «momento en que las secuelas, el propio accidente han quedado determinadas (...), momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala», lo que no excluye que en atención a las circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse que el plazo de prescripción se inicia en un momento posterior por resultar necesarias ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de las secuelas (como ocurre en el caso resuelto en la STS de 20 de mayo de 2009, RC núm. 328/2005).

B) Según reiterada jurisprudencia, de la que es reciente ejemplo la STS de 27 de mayo de 2009, RC núm. 2933/2003, la determinación del día a quo para el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones corresponde en principio a la Sala de instancia, en cuanto está estrechamente ligada a la apreciación de los hechos que entra dentro de sus facultades exclusivas. Este juicio fáctico solo es susceptible de ser revisado por el cauce procesal pertinente, que, como señala la STS de 15 de octubre de 2008, RC núm. 2127/2003, no es el propio de este recurso de casación, sino el extraordinario por infracción procesal cuando proceda.

Sin embargo, junto al aspecto fáctico, la determinación del día a quo para el cómputo del plazo de prescripción presenta una dimensión eminentemente jurídica, relacionada con la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables.

Ejemplo de ello lo encontramos en relación al cómputo de la prescripción cuando se trata de responsabilidad extracontractual por lesiones sufridas por una persona de las que derivan secuelas, respecto del cual la decisión de la sentencia de instancia ha sido revisada por esta Sala en varias ocasiones.

En estos casos, es reiterada la doctrina jurisprudencial de que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad, sino la de la determinación del efecto de invalidez de las secuelas, es decir, el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se conoce su alcance no

puede reclamarse con base en ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento preciso de la entidad de los perjuicios (SSTS de 20 de mayo de 2009, 14 de julio de 2008, 3 de octubre de 2006, 20 de septiembre de 2006, 22 de julio de 2003, 13 de febrero de 2003, 22 de enero de 2003 y 13 de julio de 2003).

En el caso examinado se presenta la particularidad de la existencia de una decisión inicial declarando la incapacidad laboral, la cual resulta controvertida, incluso mediante su impugnación ante la jurisdicción social.

Se plantea la cuestión de si ha de entenderse agotado el conocimiento del daño en el primer momento o por el contrario, debe esperarse para computar la prescripción a la fecha en que recayó resolución firme resolviendo la controversia.

En torno a esta segunda cuestión, que es sobre la que gira la controversia planteada en este recurso, la doctrina de esta Sala, presente entre otras, en las SSTS de 20 de septiembre de 2006, RC núm. 4546/1999, y 22 de julio de 2008, RC núm. 430/2002 entiende que cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador ha de estarse a la resolución que resuelve definitivamente esta cuestión, pues solo entonces el perjudicado dispone definitivamente de un dato «valoración de la incapacidad» que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido y, por ende, a la reclamación de la indemnización.

Esta doctrina obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento (SSTS 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 30 de noviembre de 1999, 3 de marzo de 1998 y 12 de junio de 2009, RC núm. 2287/2004).

CUARTO. - Aplicación de la doctrina al caso objeto de enjuiciamiento.

La aplicación de la anterior doctrina, ante la necesidad de optar entre dos fechas declaradas probadas, la fecha de la resolución del INSS (13 de julio de 2001) y la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral (14 de marzo de 2003), que se plantea la sentencia recurrida en el sentido de que desde que se dictó resolución por la Seguridad Social sobre incapacidad permanente absoluta del actor a consecuencia de recidiva del accidente sufrido en el año 1984 el interesado tuvo perfecto conocimiento del daño para su salud deri-

vado del accidente, lo que situaría en ese instante el comienzo del plazo de un año al que se refiere el artículo 1968.2.º CC, sin necesidad de esperar a que la jurisdicción social se pronunciara sobre el grado de invalidez, pues la resolución del INSS se impugnó solo por la Mutua y de la resolución judicial solo dependía la cuantía de la prestación o pensión que debía percibirse.

La Sala no comparte este criterio, pues entiende que la reclamación de la indemnización por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por el orden social la concreta incapacidad que afectaba al interesado, pues, por más que los parámetros de la indemnización puedan ser distintos en cada jurisdicción, o que la social tome en consideración el grado de invalidez a efectos prestacionales, la invalidez, como manifestación del daño para la salud y, por ende, en cuanto concepto susceptible de ser indemnizado también en vía civil por la referida compatibilidad (el Sistema de Valoración introducido por el Anexo de la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, contempla las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima dentro de la Tabla IV, como un factor de corrección cuya cuantificación depende de su graduación) debía ser determinada en sus términos más precisos a fin de que el conocimiento exacto del perjuicio sufrido permitiera al interesado reclamar detalladamente su resarcimiento.

No puede operar en contra del lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera cuando, como acontece, la impugnación en la jurisdicción social es promovida por otra persona o entidad ajena al trabajador lesionado (en este caso la Mutua), ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria.

QUINTO. - Estimación del recurso.

De conformidad con el artículo 487.2.º LEC, al tratarse de un recurso de casación formulado al amparo del número 2.º del apartado 2 del artículo 477, entendiéndose fundado el mismo, procede casar la resolución impugnada. Es procedente devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas.

La reposición de actuaciones encuentra justificación en el artí-

culo 487.2 LEC, que no la excluye para los recursos de casación de los números 1.º y 2.º del artículo 477.2 LEC y en la consideración de que una solución distinta traería consigo que el asunto quedara privado de la segunda instancia.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no procede imponer las costas del recurso.

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

### FALLO

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Miguel, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, en el rollo de apelación número 164/05, de fecha 15 de junio de 2005, dimanante del juicio ordinario núm. 124/04, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Palma del Condado, cuyo fallo dice literalmente:

«Fallamos.

»Desestimar el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Miguel, contra la sentencia dictada el quince de febrero de dos mil cinco en el asunto a que se refiere el rollo de Sala arriba citado, por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Palma del Condado y confirmarla íntegramente. Con imposición al apelante de las costas de su recurso».

2. Casamos la anterior sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, ordenamos reponer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial, no pudiendo apreciar la prescripción de la acción, dicte nueva sentencia.

4. No ha lugar a imponer las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Roman García Varela. Francisco Marin Castan. José Antonio Seijas Quintana. Encarnación Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.

Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.



2010/15990

TS Sala 2ª, Sentencia 1 marzo 2010. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Al no ser suficientes los indicios para autorizar intervención telefónica

## Absolución de los delitos de encubrimiento y revelación de secretos

*Se estima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de encubrimiento y revelación de secretos. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve a los recurrentes de los expresados delitos, pues los elementos indiciarios que se manejaron para autorizar la intervención telefónica no son lógicamente suficientes para enervar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de los recurrentes, sean éstos policías, o delincuentes comunes, pues la ley no hace distinciones al respecto. Y así es de ver que en la sentencia recurrida se analiza esta cuestión en un amplísimo fundamento jurídico que, sin embargo, no llega a profundizar, en modo alguno, sobre las razones o datos expuestos en el oficio policial inicial, o en el auto judicial de intervención, y ninguna argumentación específica se expone a estos fines, fuera de las generalizaciones sobre el contenido del derecho que se proclama en el art. 18,3 CE.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, condenó a Valentín y a José Alfredo como autores criminalmente responsables de un delito de revelación de secretos y otro de encubrimiento, y absolvió de los mismos a Pedro Manuel, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación la representación procesal de los dos primeros.

**SEGUNDO.-** Todos los reproches casacionales se fundamentan en la invocación de vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y alegan la infracción del art. 18.3 de nuestra Carta Magna, al haberse lesionado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, lo que conectan con la necesaria motivación para la adopción jurisdiccional de tal injerencia, que se fundamenta en exigencias constitucionales, invocando igualmente el contenido del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que arrastraría la nulidad de las pruebas tenidas en consideración por la Sala sentenciadora de instancia.

Por lo que hace a la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones (véanse nuestras Sentencias

988/2003, de 4 de julio, y 530/2004, de 29 de abril, entre otras muchas posteriores), tanto los autos iniciales que la autorizan, como los dictados sucesivamente como ampliación de los primeros o los de prórroga, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 167/2002, de 18 de septiembre, con cita de los numerosos precedentes jurisprudenciales del mismo Tribunal aplicables al caso), “tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida”.

Deben expresarse los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona; número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas; tiempo de duración; quiénes han de llevarla a cabo y cómo; y los periodos en los que debe darse cuenta al juez para controlar su ejecución, particular relevancia tiene la necesidad de exteriorizar los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, señalándose que “los indicios son

algo más que simples sospechas pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento” o “sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo” (SSTC 171/99, 299/2000 o 14 y 202/2001).

Estos últimos han de manifestarse en el doble sentido de ser accesibles a terceros y de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito.

Sigue diciendo la sentencia señalada en primer lugar (fundamento jurídico segundo) que ello es necesario para apreciar la conexión referida más arriba, pues el control constitucional exige verificar su razonabilidad y dicha relación se manifiesta en las sospechas, que no son circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para ser fundadas apoyarse en datos objetivos que, insistimos, sean accesibles a terceros y tengan una base real sobre la comisión del hecho delictivo, sin que puedan consistir en valoraciones sobre la personas. La STC 299/2000, como recuerda la STC 167/2002, apunta igualmente a este respecto que “el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no puede ser la misma cosa”.

Por ello habrá que indicar al menos en qué han consistido las investigaciones y sus resultados (elementos objetivos indiciarios), sin que por ello basten afirmaciones como “por investigaciones propias de este Servicio se ha tenido conocimiento.”.

Como dice la jurisprudencia de esta Sala, no puede exigirse que el juez adopte un “acto de fe”, ante un escrito que no es sino una mera jaculatoria, y aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos se exteriorice directamente en la resolución judicial, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios.

**TERCERO.-** A la luz de la doctrina legal que dejamos expuesta, hemos de analizar las razones que aduce la Audiencia de instancia para su justificación, junto a la motivación que contiene el Auto del Instructor, de fecha 2 de agosto de 2005, dictado en las Diligencias Previas 5363/05, del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Málaga.

El Auto indicado carece de cualquier razonamiento al caso enjuiciado, siendo de implantación informática, salvo para señalar que “en el presente caso nos encontramos con indicios fundados de la comisión de hechos que pueden ser constitutivos de un delito de cohecho, omisión del deber de perseguir determinados delitos, blanqueo de capitales”; y “pue-

de afirmarse lo anterior, a la vista de cuanto se narra en el oficio presentado por el Grupo I de la Unidad de Asuntos Internos de la Dirección General de la Policía”.

Ningún otro razonamiento más se expresa, ni apoyatura argumental alguna, lo que conduce al análisis del oficio policial.

Y todo ello teniendo en consideración de que los hechos juzgados en esta causa se refieren a las relaciones resultantes entre los ahora recurrentes (Valentín y José Alfredo) con Marco, “un conocido narcotraficante italiano afincado en Bedalmádena que venía siendo investigado desde hace años por las autoridades italianas y que, a pesar de ello, habría actuado como confidente para la unidad policial dirigida por Valentín, con el que llegó a forjar unos estrechos lazos de amistad”.

Fruto de tales relaciones, se localizan los dos hechos delictivos imputados a los mismos, consistentes en proporcionarle determinada información relativa a la matrícula de sendos vehículos aparcados frente a vivienda controlada por aquél, y por otro lado, conseguir el encubrimiento del tal Marco, ante la constatación de una orden europea de detención y entrega, mediante las gestiones que se describen en el factum.

Hemos relatado tales imputaciones judiciales, porque -como veremos- no guardan relación alguna con lo informado por la Unidad de Asuntos Internos del Cuerpo Nacional de Policía, que da lugar al inicio de estas actuaciones.

En efecto, veamos los datos expuestos por el oficio policial. En él se dice que han tenido conocimiento por “informaciones llegadas a esta Unidad”, que los llamados Valentín y José Alfredo, “habrían exigido y estarían cobrando regularmente cantidades de dinero a empresarios propietarios de determinados restaurantes, locales de ocio y clubes de alterne ubicados en varias localidades” de la provincia de Málaga, y que como contraprestación les estarían ofreciendo protección, información e inmunidad, de manera que “pudiera continuar sus actividades con la promesa de que las mismas no van a ser investigadas por la Policía”.

De tal manera que los propietarios extorsionados, no sólo desarrollarían su actividad empresarial, sino que “formarían parte desde hace tiempo de organizaciones perfectamente estructuradas y dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes”. Tales empresarios para “blanquear” los beneficios obtenidos, habrían adquirido un club de alterne, una discoteca y un restaurante italiano.

Al finalizar el oficio, se insiste en otro grupo organizado y “perfectamente estructurado” de ciudadanos

británicos dedicados al tráfico de sustancias estupefacientes y blanqueo de capitales, "a los que probablemente estarían facilitando informaciones acerca de si están siendo investigados por los diversos cuerpos de seguridad del Estado".

Respecto a las gestiones realizadas, se narra que lo han sido localizar a los funcionarios a quienes hacen referencia dichas "informaciones" -llegadas a la Unidad solicitante-, y la física localización de tales locales, así como sus propietarios o personas que puedan encontrarse al frente de los citados negocios.

En tal apartado, se reseña la filiación de los investigados y se describen los tres locales, exponiendo las personas que figuran como titulares en el registro mercantil.

En cuanto a vigilancias y seguimientos, únicamente se da cuenta de que han sido vistos jugado una partida de "paddel" con un ciudadano francés y una mujer rubia de unos 35 años, de la que "solo se sabe se llama Yolanda", y que, uno de ellos, ha entrado en el restaurante italiano de referencia, mediante la utilización de su teléfono móvil, al encontrarse éste cerrado.

Tras su abandono, unos 45 minutos después, "salieron otras personas del establecimiento, que permanecía cerrado, y que abandonaron el lugar en diferentes direcciones, sin que fuera posible determinar a dónde se dirigieron y qué vehículos utilizaron".

Sobre el principal titular de ese restaurante italiano, Paolo, es de ver que terminó siendo archivada la investigación, solicitando la Unidad Policial el cese de las intervenciones telefónicas de dicha persona el día 30 de noviembre de 2005.

Tales elementos indiciarios no son lógicamente suficientes para enervar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de los recurrentes, sean éstos policías, o delincuentes comunes, pues la ley no hace distinciones al respecto. Y así es de ver que en la sentencia recurrida se analiza esta cuestión en un amplísimo fundamento jurídico primero que, sin embargo, no llega a profundizar, en modo alguno, sobre las razones o datos expuestos en el oficio policial inicial, o en el auto judicial de intervención, a los que nos acabamos de referir.

Ninguna argumentación específica se expone en la sentencia recurrida a estos fines, fuera de las generalizaciones sobre el contenido del derecho que se proclama en el art. 18.3 de nuestra Carta Magna.

Es más, la resolución judicial recurrida se extiende en reflejar todos los avatares procesales de las intervenciones telefónicas, con

cita pormenorizada de las fechas de los autos de prórroga, de los números de los teléfonos intervenidos, de las personas de sus titulares o usuarios, y de las notificaciones al Ministerio Fiscal, pero sin un análisis de los indicios o datos relativos a sospechas en ninguna de tales resoluciones, y sobre todo, de la resolución judicial inicial, que es la que ahora nos interesa, como ya hemos dejado expuesto.

De tal manera que, tras una cita general, termina concluyendo que "la aplicación de la doctrina citada al caso que nos ocupa no puede sino llevarnos a entender correcta la motivación de los oficios policiales y autos cuya nulidad se pretende."

Pues, bien, no solamente son insuficientes (inexistentes, deberíamos decir) los indicios que se ponen de manifiesto ante el juez instructor, sino que ni siquiera se realizó previamente una investigación patrimonial de tales sospechosos, de todo punto necesaria en las pesquisas por corrupción, ni se comprobó de forma alguna la verosimilitud de la confidencia por medios que hayan sido puestos de manifiesto en el oficio policial, y tan es así, que los hechos que finalmente se les imputan, nada tienen que ver -ni remotamente- con lo aducido en un primer momento para justificar tan ilegales escuchas.

Recuérdese que en el oficio inicial se hablaba de "estructuradas" organizaciones criminales, cuyo sustento fáctico quedaba totalmente vacío de contenido, sin que el juez de instrucción exigiera -como debió haber hecho- una mínima comprobación indiciaria sobre la veracidad de lo que ante él se afirmaba.

Repetimos una vez más, no por tratarse de policías los investigados se han de reducir o relajar los controles de legalidad constitucional a los que el juez está vinculado, siendo las facultades invasivas en tal derecho fundamental de idéntica índole y protección que las correspondientes a los demás delincuentes.

Así las cosas, procede que declaremos la nulidad de la afectación del derecho fundamental, y correlativa expansión al resto del material probatorio, conforme exige el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues las declaraciones a las que son sometidos los primeramente interrogados, están viciadas igualmente de tal nulidad, al producirse mediante la audición de tales escuchas telefónicas.

Y de ese modo, el material probatorio ha quedado infectado de nulidad, de manera que no es posible otra determinación que la absolución de los ahora recurrentes, que es como esta Sala Casacional ha operado cuando la calidad del cua-

dro probatorio ha sido contaminada por la nulidad de las escuchas telefónicas.

Pero tal conclusión absoluta (formal), en absoluto confirma -ni reprocha- la regularidad de la conducta profesional de estos recurrentes, sino que simplemente afirma que las pruebas que tuvo en consideración la Sala sentenciadora de instancia han de tenerse por nulas, al estar viciadas de vulneración constitucional, aspecto éste que protege a todos los inculcados, cualquiera que sea su inicial vinculación laboral.

De este modo, es ya innecesario el estudio de los restantes reproches casacionales.

CUARTO.- Las costas procesales se declaran de oficio (ex art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación legal de los acusados Valentín y José Alfredo, contra Sentencia núm. 180 bis/2009, de 8 de abril de 2009 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

En consecuencia casamos y anulamos la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta, a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Luciano Varela Castro.- Joaquín Delgado García.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de marzo de dos mil diez.

El Juzgado de Instrucción núm. 11 de Málaga incoó P.A. núm. 80/2007 por delitos de encubrimiento y revelación de secretos contra Valentín, con DNI núm..G, nacido el 22 de octubre de 1947 en Burgos, hijo de Atilio y Jacinta, con domicilio en Urbanización G., calle C., 3 de Marbella (Málaga), sin antecedentes penales, José Alfredo, con DNI núm..B, nacido el 2 de noviembre de 1955 en Burgos, hijo de Alfredo y de Jovita, con domicilio en la calle T., núm., con anteceden-

tes penales no computables a efectos de esta causa, y Pedro Manuel, con DNI núm..R, nacido el 18 de octubre de 1950 en Melilla, hijo de Pedro y de Isabel, con domicilio en Comisaría de Policía de Algeciras (Cádiz), sin antecedentes penales, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 8 de abril de 2009 dictó Sentencia núm. 180 bis/2009, la cual ha sido recurrida en casación por las representaciones legales de los acusados Valentín y José Alfredo, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES

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

SEGUNDO.- Hechos Probados.- No se aceptan los hechos probados de la Sentencia recurrida, al no haberse acreditado la participación delictiva de Valentín y de José Alfredo, por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones aducidas en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de absolver a Valentín y de José Alfredo, de los acusados delitos de revelación de secretos y de encubrimiento, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos a Valentín y de José Alfredo de los delitos acusados, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

Y se mantiene la absolución de Pedro Manuel.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Luciano Varela Castro.- Joaquín Delgado García.

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



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/153277

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 7 julio 2010. Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

Vigente la Ley de Puertos de 1880

### Transmutación de los terrenos de dominio público en propiedad privada una vez finalizada la concesión a perpetuidad

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso administrativo deducido contra la resolución que declaró la caducidad de la concesión otorgada a perpetuidad por Real Orden de 4 septiembre 1909, con destino al saneamiento de terrenos de marismas, situadas en el término municipal de Huelva, para destinarlos a la plantación y cultivo de eucaliptos en sus distintas variedades y después al establecimiento de locales para industrias y casas económicas para obreros. Admitida la legitimación de la corporación recurrente, la Sala considera que la sentencia impugnada vulnera la doctrina jurisprudencial según la cual cuando la concesión se hizo a perpetuidad, bajo el imperio de la Ley de Puertos de 1880, para sanear marismas y destinarlas a la acción urbanizadora, se produce, una vez realizada la urbanización, la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada, requisitos que se cumplen al quedar acreditado que la finalidad última de la concesión de los terrenos para la desecación de la marisma fue la de urbanizar la zona, y al haberse cumplido el doble fin de la concesión para la desecación de la marisma y la urbanización de la zona.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Asegura en el primer motivo de casación la representación procesal de la Administración municipal recurrente que la Sala sentenciadora ha inaplicado lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1778/1994, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos administrativos para el otorgamiento, modificación o extinción de autorizaciones a la Ley 30/1992, ya que el procedimiento seguido para la declaración de caducidad de la concesión había caducado por haberse superado con creces el plazo que el mencionado precepto establece para resolverlo.

El Abogado del Estado se opone a la admisión de este motivo de casación con el argumento de que constituye una cuestión nueva, al no haber sido invocada la aplicabilidad de dicho precepto en la instancia, lo que ha impedido que pudiese haber contradicción al respecto.

Esta causa de inadmisibilidad es rechazable por cuanto la caducidad del procedimiento fue una cuestión ampliamente debatida en la instancia y minuciosamente examinada en el fundamento jurídico quinto de la

sentencia recurrida, recogido en el antecedente tercero de esta nuestra, al que ahora nos remitimos a fin de no reiterar lo declarado en el mismo, de manera que no resulta inadmisibile que el recurrente cuestione en casación la pretendida inaplicación de un precepto que considera debió ser tenido en cuenta por el Tribunal a quo para resolver.

Dicho lo anterior y entrando en el análisis de este primer motivo de casación alegado, debemos señalar que, como la propia representación procesal de la recurrente indica, el artículo 3 del Real Decreto 1778/1994 contempla el plazo máximo para resolver los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, y, aunque éstas deban ser entendidas en un sentido amplio, la concesión no es una autorización debido a la naturaleza contractual de aquélla, de modo que, objetivamente, no se encuentra dentro del ámbito del precepto invocado, sin que en la sentencia de esta Sala, de fecha 3 de marzo de 2004, se considere aquél aplicable a las concesiones sino, antes bien, todo lo contrario.

En cualquier caso, como también reconoce la recurrente, la Ley 30/1992, antes de su modificación

por Ley 4/1999, no preveía plazo de caducidad en los procedimientos iniciados de oficio, cual es el tramitado para declarar la caducidad de una concesión, y, por consiguiente, el precepto contenido en un Real Decreto no puede contradecir lo establecido en una norma con rango de ley, pues, de lo contrario, se vulneraría el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución), razones ambas por las que este primer motivo de casación no puede prosperar.

**SEGUNDO.-** Afirma también la misma representación procesal de la Gerencia Municipal de Urbanismo que el Tribunal a quo ha infringido la doctrina jurisprudencial, recogida en las sentencias de esta Sala, que cita y transcribe, sobre las concesiones para la desecación de marismas otorgadas a perpetuidad en 1909, y, por consiguiente, la Disposición Transitoria Segunda, dos, de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, dado que se ha acreditado la pérdida de las características físicas de las marismas en cuestión y esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 9 de octubre de 1992, declaró que las concesiones a perpetuidad, bajo el imperio de la Ley de Puertos de 1880, para sanear marismas y destinarlas a la acción urbanizadora, producen, una vez realizada la urbanización, la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada, como se deduce de la legislación aplicable (artículos 65 de la Ley de Aguas de 1966, 55 de la Ley de Puertos de 1880, 22 del Real Decreto 20-8-1883 y 5-5 de la Ley de Costas de 1969 y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencias 23-3-1972, 25-4-1977 y 7-2-1984), de modo que el destino, al que vaya unida la concesión para desecar marismas, puede llegar a impedir que se produzcan los efectos traslativos de dominio propios de este tipo de concesiones cuando sea esa finalidad la causa o razón de ser del otorgamiento de la concesión así como de su supervivencia, lo que no sucede en este caso, en el que se ha acreditado que la construcción de los locales industriales y de las casas económicas para obreros se llevó a cabo.

**TERCERO.-** Antes de adentrarnos en el examen de este segundo motivo de casación, debemos declarar probados algunos hechos a los que ya se alude en la sentencia recurrida y otros que, debidamente acreditados, no han sido recogidos en ella, para lo que haremos uso de la facultad, que nos confiere el apartado tercero del artículo 88 de la Ley de esta Jurisdicción, de integrar los hechos.

Hemos de recordar, en primer lugar, que, a tenor del título, la finalidad de la concesión fue el saneamiento de unas concretas marismas en los sitios del direccion000 y de direccion002 (direccion001 se dice después) del municipio de Huelva para dedicar tales terrenos a la plan-

tación de eucaliptos primero y más tarde para el establecimiento de locales para industrias y casas económicas para obreros en una superficie de 26.177 metros cuadrados, mediante la presentación de los oportunos proyectos, y ello a perpetuidad sin perjuicio de tercero (Real Orden de 4 de septiembre de 1909, publicada en la Gaceta de Madrid de 3 de septiembre de 1909, páginas 473 y 474).

Según se recoge en la propia sentencia recurrida (fundamento jurídico primero) y se declara en la misma resolución administrativa impugnada, "hoy en día, la superficie concesional forma parte del viario urbano de la ciudad de Huelva y en parte registra algunas ocupaciones destinadas a diversos tipos de industrias. En ningún caso parece que subsistan características marismeñas en los bienes concedidos, quedando bastante distanciados del borde de ésta" (folios 30, 34, 143, 149 y 150 del expediente administrativo).

De los informes periciales, presentados con la demanda y admitidos como tal prueba pericial por la Sala de instancia, se deduce que la zona de El Humilladero se integra en la trama urbana como equipamiento de zona verde -plaza con fuente-, mientras que direccion001 sustenta algunas naves industriales y es objeto de actuaciones para el desdoblamiento de la carretera Huelva-Gibralfé, de manera que la pérdida del carácter marismeño de los lugares conocidos como direccion000 y direccion001 es irreversible, por cuanto (se afirma en el dictamen del Instituto de Desarrollo Local, Grupo de Investigación de la Universidad de Huelva) se han incorporado superficialmente a su estructura geológica nuevos materiales: rellenos infraestructuras de ferrocarril y basuras, se ha aumentado la altitud y cambiado las posibilidades de la red de drenaje, aumentando las posibilidades de evacuación del agua de lluvia con el desmantelamiento del ferrocarril Zafrá-Huelva, se ha constatado que no son zonas inundables por agua de mar, aunque pueden serlo, en raras ocasiones, por aguas dulces, se han instalado comunidades vegetales, ya sean ruderales o antrópicas, impropias de la marisma, se ha intervenido, de forma dura, incorporando los espacios a la ciudad, ya sea mediante equipamientos urbanos o viario, se han usado, desde 1889, como aprovechamientos no acordes con las características de la marisma, ya sea como espacio soporte, equipamiento o industrial, y se pretende incorporarlos a un proyecto ambicioso de recuperar la ribera del río Odiel para la ciudad, donde los lugares citados puedan servir como plataforma para mejorar y dignificar la vida de Huelva, y en el informe del Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, D. Valeriano, se asegura que las fincas del direccion000 y direccion001 no son actualmente inundables por agua de mar o como producto de la acción mareal, de manera que la recuperación de la marisma,

que ocupó remotamente dichas fincas, no se va a producir de forma natural, tratándose de espacios que por su integración en el casco urbano, sus condiciones actuales, por estar parcialmente ocupados por desarrollos urbanos y por estar rodeados de infraestructuras lineales de transporte, tienen una clara vocación urbana, como se refleja en la calificación que les asignan los últimos Planes Generales de Ordenación Urbana.

En el folio 315 del expediente administrativo aparece un acta de reconocimiento y recepción parcial de las edificaciones construidas en los terrenos situados en la margen izquierda del río Odiel, término municipal de Huelva, concedidos por Real Orden de 4 de septiembre de 1909, levantada el día 7 de agosto de 1941, en la que un Ingeniero de Caminos de la Jefatura de Obras Públicas y un Ayudante de Obras Públicas hacen constar que se procedió al reconocimiento de las obras de edificación construidas, que fija el párrafo A, apartado c) de la Real Orden de 31 de marzo de 1920 en relación con el proyecto aprobado por la Jefatura en veinticinco de agosto de 1920, resultando que se han construido las dos casas para obreros y los dos locales para pequeñas industrias señalados en el proyecto con características sensiblemente análogas a las proyectadas.

CUARTO.- El relato de hechos que acabamos de realizar, deducidos de las pruebas practicadas, resulta imprescindible para enjuiciar el segundo motivo de casación alegado por la Administración municipal recurrente, en el que se reprocha al Tribunal a quo no haber respetado la doctrina jurisprudencial, según la cual, cuando la concesión se hizo a perpetuidad, bajo el imperio de la Ley de Puertos de 1880, para sanear marismas y destinarlas a la acción urbanizadora, se produce, una vez realizada la urbanización, la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada (Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1992).

De dicha doctrina jurisprudencial se hace eco la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2002 (recurso de casación 5003/1996), cuyos fundamentos jurídicos quinto, sexto y séptimo se transcriben literalmente en la sentencia recurrida.

Pues bien, en esa sentencia de esta Sala (Sección Tercera) de fecha 8 de julio de 2002 se declara que "es cierto que, según a continuación analizaremos, una parte de las concesiones de este género, en concreto las otorgadas a perpetuidad bajo el imperio de la legislación precedente para sanear marismas y destinarlas a la acción urbanizadora, podían producir, una vez realizada la urbanización, la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada " y más adelante la misma sentencia, en el apartado d) de su

fundamento jurídico octavo declara que " En las sentencias de 9 de octubre de 1992 (Castro Urdiales), 16 de julio de 1993 (4811/1990, playa del Sardinero, en Santander) y 5 de mayo de 1994 (Castro Urdiales) se hace la afirmación, ulteriormente repetida en numerosas ocasiones, de que "las concesiones concedidas a perpetuidad bajo el imperio de la Ley de Puertos de 1880 para sanear marismas y destinarlas a la acción urbanizadora producen, una vez realizada la urbanización, la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada", tesis que tiene su apoyo "(...)" en los artículos 65 de la Ley de Aguas de 1879, 55 de la Ley de Puertos de 1880, 22 del Real Decreto de 20 de agosto de 1883 y 5-5 de la Ley de Costas de 1969, en la propia Jurisprudencia de este Tribunal (...), y en las cláusulas mismas de las concesiones entonces examinadas (algunas de las cuales eran tan expresivas como la que decía, por ejemplo, que "si por rotura de los muros de cierre, vuelven a penetrar aguas del mar en la marisma, ésta vuelve a pasar al dominio público".

Idéntico criterio ha sido mantenido por esta Sala del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 19 de diciembre de 2002 (recurso de casación 1810/97), 2 de julio de 2003 (recurso de casación 2537/98), 18 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1131/2000), 15 de enero de 2004 (recurso de casación 5154/2000) y más recientemente en la de 5 de marzo de 2009 (recurso de casación 7859/2009, fundamento jurídico quinto).

QUINTO.- La cuestión, por tanto, está en determinar si en este caso nos encontramos ante la concesión para desecar una marisma a perpetuidad con la finalidad de urbanizar y bajo el imperio de la Ley de Puertos de 1880.

Que esta Ley regía cuando se otorgó el título concesional que nos ocupa nadie lo ha puesto en duda y que aquél lo fue para sanear unos concretos terrenos de marismas y destinarlos a plantación de eucaliptos en sus distintas variedades y más tarde para el establecimiento de locales industriales y casas económicas para obreros tampoco, al igual que resulta explícito el otorgamiento de la concesión "a perpetuidad".

La cuestión o conflicto está en si esa finalidad remota, para establecer locales industriales y casas para obreros debe o no considerarse un destino de los terrenos concedidos para ser urbanizados y si dicha finalidad se ha cumplido, pues, de concurrir ambas condiciones, los terrenos habrían devenido, como pretende la Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva, en propiedad privada, en contra de lo declarado por la Sala de instancia.

SEXTO.- En cuanto a lo primero, es decir a si la finalidad última de la concesión de los terrenos para la desecación de la marisma fue la de ur-

banizar la zona, a esta Sala no le cabe duda alguna de que ello es así, pues no cabe construir locales para industrias y casas para obreros sin urbanizar la zona a fin de establecer en ésta esos usos industrial y residencial.

Respecto a si se ha cumplido el doble fin de la concesión para la desecación de la marisma y la urbanización de la zona, tampoco hay la menor duda a la vista del resultado de las pruebas practicadas en la instancia, del que hemos dejado constancia en el precedente fundamento jurídico tercero, lo que, además, había admitido la propia Administración del Estado cuando en vía previa señaló que la superficie concesional forma parte del viario urbano de la ciudad de Huelva, está ocupada por diversas industrias y no subsisten características marismeñas.

SÉPTIMO.- Dado el régimen jurídico por el que se ha de regir la concesión que nos ocupa, el objeto de la misma y el cumplimiento de su finalidad urbanizadora, sólo cabe llegar a la conclusión de que el segundo de los motivos de casación alegados es estimable, al haber incurrido la Sala sentenciadora en las infracciones denunciadas en el mismo, lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, nos impone el deber de resolver lo que corresponda dentro los términos en que aparece planteado el debate.

OCTAVO.- La representación procesal del Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva dirigió su acción anulatoria frente a la resolución de 28 de febrero de 2003, por la que se declaró la caducidad de la concesión otorgada por Real Orden de 4 de septiembre de 1909, sobre una superficie de 26.177 m<sup>2</sup> en los sitios del direccion000 y de direccion001 (en el título se decía direccion002), al no ser tal resolución ajustada a derecho por haberse transmutado dichos suelos de dominio público en propiedad privada.

Con arreglo a las razones ampliamente expuestas para estimar el segundo de los motivos de casación alegados, es procedente, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 63.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 31.1, 68.1 b, 70.2 y 71.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquella y la anulación de la resolución administrativa impugnada, ya que la causa de inadmisión aducida en la instancia por el Abogado del Estado, con base en el apartado b) del artículo 69 de la propia Ley Jurisdiccional, es rechazable por las razones expresadas por la Sala a quo en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, que hemos transcrito en el antecedente segundo de esta nuestra y que damos por reproducidas.

NOVENO.- La estimación del segundo de los motivos de casación alegados es determinante de que no formulemos expresa condena respecto de las costas procesales causadas con el mismo, según establece el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes, al no apreciarse en su actuación temeridad ni mala fe, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

#### FALLO

Que, con estimación del segundo motivo de casación alegado y desestimando el primero, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva, contra la sentencia pronunciada, con fecha 21 de abril de 2006, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 541 de 2003, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, con estimación del recurso contencioso-administrativo sostenido por la misma representación procesal de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva contra la resolución, de 28 de febrero de 2003, del Director General de Costas, dictada por delegación del Secretario de Estado de Aguas y Costas, por la que se declaró la caducidad de la concesión otorgada a perpetuidad por Real Orden de 4 de septiembre de 1909 a D. Heraclio y D. Julián, con una superficie total de veintiséis mil ciento setenta y siete (26.177) metros cuadrados, con destino al saneamiento de terrenos de marismas, situadas entre las zonas del ferrocarril de Zafra a Huelva y carretera de tercer orden de Huelva a Sanlúcar de Guadiana, en los sitios del direccion000 y la direccion001 (en el título se dice direccion002), en el término municipal de Huelva, para destinarlos a la plantación y cultivo de eucaliptos en sus distintas variedades y después al establecimiento de locales para industrias y casas económicas para obreros, debemos anular y anulamos también dicha resolución administrativa impugnada por no ser ajustada a derecho, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. Eduardo Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Oro-Pulido López.- Rafael Fernández Valverde.

(...)



## RESEÑA

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



TS  
CIVIL

2010/145103

TS Sala 1ª, Sentencia 14 julio 2010.  
Ponente: D. Román García Varela

### Inoponibilidad de sentencia judicial frente a tercero en desahucio por precario

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de apelación que estimó la acción de desahucio por precario ejercitada por la actora, propietaria de la vivienda, frente a la demandada, ex-esposa del hijo de aquella a quien se había atribuido el uso de la misma en sentencia de separación. La Sala confirma que el uso de la vivienda debe calificarse de precario ya que la actora cedió a su hijo y a su entonces nuera el disfrute de la misma a título gratuito, y declara que no constituye título hábil de oposición la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a la ex-esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes.

2010/185016

TS Sala 1ª, Sentencia 19 julio 2010.  
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

### Obligación de rendición de cuentas del heredero

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que acordó requerir al demandado para que rindiera cuentas respecto a la posesión de la finca rústica que formaba parte del caudal hereditario y que habían permanecido en su poder durante la indivisión. Declara la Sala que el recurrente está incurriendo en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, porque tanto la sentencia de apelación como la de primera instancia consideraron probado que nunca rindió cuentas ni al administrador del abintestato ni a los demás coherederos, por lo que, no apreciándose la excepción de prescripción de la acción, está obligado a abonar la parte que corresponda de las rentas y frutos percibidos tras la oportuna rendición de cuentas.



TS  
PENAL

2010/102581

TS Sala 2ª, Sentencia 13 abril 2010.  
Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

### Evaluación de la eficacia probatoria de las declaraciones del coimputado por delitos de estafa y falsedad

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos continuados de estafa y falsedad en documento mercantil. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de los expresados delitos, ya que su condición de administrador único y de persona que concertó la línea de descuento, la póliza de afianzamiento y la cuenta de crédito, tampoco fortalece la versión inculpativa aportada por el coacusado, por cuanto no consta que, al tiempo de aquella apertura, alguien albergara ya el propósito fraudulento, y porque de la testifical a que acude la Audiencia, no se deriva sino que era el otro condenado quien gestionaba los libramientos de medios de cobro.

2010/102583

TS Sala 2ª, Sentencia 14 mayo 2010.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

### Nulidad de intervenciones telefónicas determinante de absolución del delito de tráfico de drogas

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues es claro que no se ha podido verificar ese control sobre la autorización inicial de intervención telefónica, y que ese extremo fue oportunamente denunciado, por lo que su actual denuncia no es sino reiteración de la efectuada en la instancia que no fue atendida. Y la consecuencia es clara, la nulidad de toda la intervención telefónica, nulidad

que arrastra a todas las pruebas derivadas de esa intervención, y como esta fue la única fuente de conocimiento que guió toda la encuesta judicial, la nulidad de las intervenciones arrastra a todo lo obtenido en los seguimientos y registros domiciliarios porque fueron prueba vicaria de la intervención.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2010/122381

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 9 junio 2010.  
Ponente: D. Carlos Lesmes Serrano

### Inexistencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el hundimiento de un pesquero

El TS no ha lugar al recurso de casación deducido contra la sentencia de la AN que declaró ajustada a derecho la resolución denegatoria de una solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el recurrente a raíz del hundimiento de un pesquero debido a posibles deficiencias constructivas no denunciadas en los documentos oficiales. La Sala considera que tanto el art. 106, 2 CE, como el art. 139, 1 Ley 30/1992, exigen la existencia de relación de causalidad entre la actuación u omisión administrativas y la lesión padecida, por lo que, habiendo declarado la sentencia que tal relación causal no está acreditada, ninguna infracción de dichos preceptos puede apreciarse.

2010/153194

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 20 julio 2010.  
Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

### Indemnización por la minusvaloración de la finca subastada por la Administración Tributaria

El TS estima el recurso de casación deducido por la representación procesal de la entidad mercantil contra la sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional, en el recurso deducido contra la resolución de la Agencia Es-

tatal de Administración Tributaria desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado. La recurrente había constituido una hipoteca sobre un inmueble en garantía por el aplazamiento de pago de varias deudas tributarias, y que ante el incumplimiento de las condiciones del aplazamiento fue adjudicado en subasta posteriormente anulada, por lo que la Administración entregó al recurrente el precio obtenido más intereses. La Sala considera que la ausencia de notificación en forma a la parte recurrente de las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de subasta comportó que no pudiera formular alegaciones respecto a una notable minusvaloración (casi de un 50%) de la propiedad inmueble respecto a su valoración inicial, seis años antes al constituirse la hipoteca a favor del Estado. Tal actuación administrativa, luego anulada, conllevó que la significativa diferencia de tasación le perjudicara notablemente, y no cabe sostener que la suma obtenida en una subasta forzosa respondiera al valor del mercado, dados los estrechos límites de la subasta forzosa y las condiciones en que se realizó. Por todo ello, procede el abono de la diferencia entre la tasación de la finca en el momento de la constitución de la hipoteca inmobiliaria a favor de la Agencia Tributaria y la valoración que sirvió de base para la subasta forzosa así como el abono de intereses de demora.



TS  
SOCIAL

2010/145238

TS Sala 4ª, Sentencia 17 junio 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

### Contratos de trabajo de inserción

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por los auxiliares de ayuda a domicilio accionantes contra sentencia que convalidó la extinción de sus contratos por obra o servicio por parte de la corporación local demandada. Señala el Tribunal que el objeto de los contratos venía constituido por la realización de una obra o servicio de interés general o social cuyo desarrollo era competencia de la administración demandada, enmarcado en el seno de los programas públicos de la comunidad autónoma, programas que sirvieron a dichos contratos de base de funcionamiento imprescindible y justificación de su propia existencia, dentro también de la exigible finalidad legal de formación para las trabajadoras como un medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad, cuya duración, por otra parte, no se extendió más allá del límite legal previsto para esa modalidad contractual, en coherencia con esa finalidad formativa, que era de tres años.