

**CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Año Judicial 2008-2009

ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
SALA PRIMERA	
1. OBLIGACIONES Y CONTRATOS	35
1.1 Nulidad de donación de inmueble disimulada bajo escritura pública de compraventa	35
1.2. Mora del deudor en caso de interpelación judicial. Se produce con la interposición de la demanda, si esta es luego admitida.....	36
1.3. distinción entre comodato y precario. Doctrina jurisprudencial.....	37
1.4. Contrato de descuento bancario. La obligación del banco descontante de devolver los títulos representativos del crédito al descontatario cuando no pudieron hacerse efectivos a su vencimiento surge en el momento en que este último reintegra efectivamente su importe al banco descontante.....	38
1.5. Contrato atípico en cuya virtud los padres atribuyen bienes a sus hijos y estos se comprometen a alimentarlos, convivir con ellos y asistirlos. Semejanza con el contrato de vitalicio. Validez de dicho contrato.....	38
2. SEGUROS	39
2.1. Seguro marítimo de buques. Aplicación supletoria del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro al seguro marítimo.....	39
3. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	39
3.1. Prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo cometido por un menor de edad inimputable y sujeto a los Tribunales de Menores.....	39
3.2. Accidente de circulación. Sistema de valoración de daños corporales en accidente de circulación. Al pro-	

	genitor único de la víctima en accidente de circulación fallecida sin hijos ni hermanos le corresponde el total de la indemnización reconocida a los «padres» en la Tabla I del Anexo LRCSVM.....	40
3.3.	Responsabilidad civil profesional. Procuradores. No comunicación de sentencia de primera instancia al abogado e imposibilidad de recurrir. Fijación de la indemnización en función de las circunstancias del caso como daño patrimonial teniendo en cuenta las probabilidades de éxito de la acción. Control en casación.....	40
3.4.	Compatibilidad entre indemnización por responsabilidad extracontractual y constitución de capital coste para garantizar recargo en las prestaciones de Seguridad Social por infracción de las normas de seguridad laboral. Se desestima el recurso	41
3.5.	Responsabilidad extracontractual. Desestimación de la prescripción con acto interruptivo de sociedad demandada que alcanza a la codemandada, por tratarse de causa única e inescindible determinante de los daños producidos al perjudicado	42
3.6.	Responsabilidad civil. Registradores. No es imputable al registrador el daño causado por la confianza en una anotación preventiva de demanda indebidamente practicada y manifiestamente improcedente por carecer de trascendencia real, que no pudo oponerse a una anotación preventiva posterior.....	42
4.	PROPIEDAD INDUSTRIAL	43
4.1.	Cambio de forma en el uso de la marca registrada. Límite. Concurrencia de las Leyes de Marcas y de competencia desleal	43
4.2.	Marcas: Vulgarización de la marca por la actividad de su titular	44
5.	DERECHOS FUNDAMENTALES	45
5.1.	Derecho al honor: La inclusión en un registro de morosos, erróneamente, sin que concurra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor.....	45
5.2.	Derecho al honor: Acción penal y acción civil derivada de unos mismos hechos. La acción penal por delito privado se extingue por el ejercicio de la acción civil, pero no a la inversa; sin embargo la acción civil fundada en la LO 1/82 caduca a los cuatro años aunque haya	

actuaciones penales pendientes por los mismos hechos; si la sentencia penal acaba siendo condenatoria y el perjudicado se ha reservado la acción civil para ejercitarla por separado, ésta no será ya la de la LO 1/82 sino la derivada del delito o falta, aunque para fijar la indemnización se tengan en cuenta los criterios de dicha Ley Orgánica	45
5.3. Grabación de la imagen y voz en una consulta mediante cámara oculta. Publicación del reportaje en televisión. Honor, intimidad y propia imagen	46
6. PROPIEDAD HORIZONTAL.....	47
6.1. Necesidad del acuerdo unánime en la Junta de Propietarios para la instalación por los titulares de una vivienda de un aparato de aire acondicionado en la azotea de un edificio, prohibida genéricamente por los Estatutos	47
6.2. Doctrina interpretativa de los artículos 7 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal	47
6.3. Presencia de consentimiento tácito en las obras realizadas unilateralmente por el titular de la vivienda en la fachada del edificio de la Comunidad, implícita aquiescencia a tal situación, sin que durante un largo período de tiempo se hubiera efectuado impugnación alguna pese a su notoriedad	48
6.4. Aplicabilidad del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal a los complejos inmobiliarios existentes siempre que los propietarios ostenten, con carácter inherente a su derecho privativo, una titularidad compartida sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.....	48
6.5. Reforma de la LPH por la Ley 8/99 en relación con la instalación de ascensor en edificio de planta baja y cinco pisos siendo requerido para la habitabilidad del inmueble. El apartado 1 del art. 11 atiende a la «naturaleza y características» del inmueble, por tanto declara la inaplicabilidad del apdo. 2 del art. 11 en favor del disidente y la obligatoriedad para todos los copropietarios	48
7. HONORARIOS DE LETRADO	48
7.1 . Impugnación de honorarios por indebidos. No son indebidos, pese a que con posterioridad a las actuaciones procesales y antes de la sentencia, falleció el defendido	48

	<i>Página</i>
8 DERECHO CONCURSAL	49
8.1. Forma de computar los créditos concursales tributarios a efectos de clasificarlos como privilegiados con privilegio general (art. 91.4.º Ley Concursal) o como ordinarios (art. 89.3 LC). Recargos tributarios de apremio: procedencia de su calificación como créditos subordinados (art. 92 LC).....	49
8.2. Quiebra. Nulidad de hipoteca constituida dentro del período de retroacción. Perjuicio para los acreedores del quebrado. El acreedor hipotecario no queda amparado por el artículo 34 de la ley hipotecaria.....	50
9. ARRENDAMIENTOS	51
9.1. Acción de impugnación recogida en el artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, vigente en la actualidad. Discordancia en las posiciones de varias Audiencias Provinciales sobre la vigencia, eficacia y aplicabilidad del citado precepto. Declaración de doctrina jurisprudencial	51
9.2. El artículo 53 LAU 1964 debe ser aplicado, cuando se trata de arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985, sometidos a las excepciones contempladas en la DT Segunda LAU, siempre que, concurriendo los requisitos expresados en el citado artículo, el precio de la transmisión exceda de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino a los tipos fijados por el artículo, aun cuando se acredite que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa y el precio fijado sea el correspondiente al mercado o inferior a él	52
10. DERECHO PROCESAL.....	53
10.1. Interpretación del artículo 135 de la Ley de de Enjuiciamiento Civil sobre plazos procesales para la presentación de escritos en relación con la caducidad en el ejercicio del retracto.....	53
10.2. Nulidad de Sentencia por falta de motivación a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional	54
10.3. Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de reclamación de aportaciones formulada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería contra el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Pontevedra	55

	<i>Página</i>
10.4. Jurisdicción. Competencia del orden civil para conocer de la reclamación contra la Administración como consecuencia de la promesa de compra de acciones de una sociedad anónima como garantía de un préstamo mercantil. Incongruencia extra petita. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal	55
11. SOCIEDADES.....	56
11.1. Responsabilidad del auditor por deficiente cumplimiento de su prestación profesional. Daños a terceros. Relación de causalidad.....	56
12. Recurso de casación civil y recurso de revisión	57
12.1. Fraude casacional: Suma de cantidades improcedente para obtener la cuantía que permita acceder al recurso de casación.....	57
12.2. Revisión civil: Documentos recuperados. Improcedencia de la revisión por falta de carácter decisivo de los documentos que son insuficientes para demostrar la inexistencia de un crédito por el que se condenó. Inexistencia de maquinación fraudulenta.....	57
13. INCAPACIDAD	58
13.1. Incapacidad. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona.....	58
14. JUEGOS DE SUERTE, ENVITE O AZAR	59
14.1. Consecuencias civiles de la infracción por la empresa explotadora del casino de la prohibición administrativa de hacer préstamos a los jugadores. Inexigibilidad de la cantidad prestada para jugar y pérdida por el jugador. Rectificación de la jurisprudencia sobre la materia	59
15. REGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	60
15.1. Interpretación de una escritura de capítulos matrimoniales y la de liquidación de la sociedad de gananciales: los vendedores de cuotas indivisas de un bien inmueble deben pagar «las posibles consecuencias fiscales de la venta» en proporción a sus cuotas.....	60
16. TERCERÍAS.....	60
16.1. Tercería de mejor derecho. Derecho de prenda sobre deuda especial del Estado representada por anotación	

en cuenta hecha en embargo posterior de la Agencia Tributaria. La intransmisibilidad de la anotación se concreta a la ejecución de la prenda. La anotación en Registro no es constitutiva.....	60
16.2. Tercería de mejor derecho. Póliza de crédito en cuenta corriente versus póliza de contrato de leasing, siendo preferente ésta, atendiendo a la fecha de otorgamiento de la póliza.....	61
17. SUCESIONES.....	61
17.1. Fideicomiso de residuo.....	61

SALA SEGUNDA

I. DERECHO PROCESAL PENAL.....	69
1. PROCESO PENAL.....	69
1.1. Principios procesales. Igualdad. Scusatorio. Inmediación.....	69
1.2. Autoría y ejecución del delito: tentativa de inducción y complicidad; desistimiento y delito imposible.....	73
1.3. Concursos delictivos: supuestos varios.....	76
1.4. Competencia: Jurado y Audiencia; Audiencia Provincial y Audiencia Nacional.....	76
1.5. Prescripción: faltas.....	78
1.6. Prueba. Interpretación constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Prueba electrónica. Confesión. Coimputado. Intervenciones telefónicas. Pericial. Testifical. Prueba ilícita.....	79
1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia penal. Límites del control casacional.....	86
1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Alcance de las competencias de los jurados. Motivación. Razonabilidad de los juicios de inferencia. Competencia en delitos conexos..	87
2. JUICIO ORAL.....	89
2.1. Cuestiones anteriores al juicio. Derecho de defensa....	89
2.2. Sentencia. Costas del proceso. Sentencia de conformidad. Auto de aclaración.....	89
2.3. Penalidad. Supuestos varios.....	90
2.4. Responsabilidad civil. Art. 116 CP. «Exceptio doli». Intereses indemnizatorios. Responsabilidad civil subsidiaria.....	92

	<i>Página</i>
II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO	94
1. CUESTIONES GENERALES.....	94
1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Circunstancia mixta	94
1.2. Culpabilidad. Dolo. Error	97
2. AGRESIÓN SEXUAL.....	99
3. ABORTO.....	100
4. APROPIACIÓN INDEBIDA.....	102
5. ATENTADO	102
6. CONTRABANDO.....	103
7. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA	105
8. DELITOS CONTRA LOS EXTRANJEROS	106
9. DELITO PUBLICITARIO.....	108
10. DETENCIÓN ILEGAL.....	109
11. ÉSTAFA	111
12. FALSEDADES	114
13. HOMICIDIO.....	115
14. INCENDIO	118
15. INSOLVENCIAS PUNIBLES	119
16. LESIONES	122
17. PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	124
18. PREVARICACIÓN.....	125
19. QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA.....	128
20. REVELACIÓN DE SECRETOS	130
21. SALUD PÚBLICA.....	131
22. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.....	137
23. TERRORISMO	138
24. VIOLENCIA FAMILIAR	139

SALA TERCERA

I. ADMINISTRATIVO.....	152
1. ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	152
1.1. La propuesta del Parlamento de Cataluña de modificación de Ley Orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña no se considera acto sujeto al Derecho Administrativo, ni se considera a la Mesa del Parlamento como Administración Pública ...	152

1.2.	Litigios entre Administraciones Públicas. Naturaleza jurídica del «requerimiento» del artículo 44 LJCA. Inaplicabilidad de la regla del artículo 110 LRJ-PAC.....	153
1.3.	Interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.....	154
2.	COLEGIOS PROFESIONALES.....	155
2.1.	Colegio de Abogados. Prohibición de establecimiento de cuota litis en sentido estricto. Conducta prohibida: fijación de precios mínimos contraria al Derecho de la competencia.....	155
3.	CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	156
3.1.	Sentido del silencio administrativo ante peticiones deducidas por el contratista durante la vigencia del contrato.....	156
3.2.	Contrato de gestión del servicio público de cocina y elaboración de comidas para pacientes de Hospital público. Cesión de personal al servicio de la Administración a la empresa concesionaria.....	157
3.3.	Fianza depositada en cuenta bancaria equivocada; subsanabilidad del cumplimiento defectuoso de requisitos.....	158
4.	DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.....	159
4.1.	Telecomunicaciones.....	159
4.1.1.	Impugnación del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.....	159
4.1.2.	Impugnación del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable.....	159
4.1.3.	Impugnación del Decreto 361/2002, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el sistema de señalización orientativa de los programas de televisión.....	160
4.2.	Derecho de la competencia.....	160

	<i>Página</i>
4.2.1. Operaciones de concentración. Suspensión de derechos políticos por no formulación de OPA..	160
4.3. Industria y energía.....	161
4.3.1. Impugnación del Real Decreto número 1634/2006, de 29 de diciembre, sobre la tarifa eléctrica para 2007.....	161
4.3.2. Impugnación del Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural.....	162
5. DERECHOS FUNDAMENTALES.....	162
5.1. Derechos a la intimidad del domicilio: vulneración por falta de acción de la Administración para evitar el ruido producido por el sobrevuelo de aviones	162
5.2. Derecho a la libertad de expresión y de información, y derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos: denegación de intervención de Partido político en debates celebrados en la televisión pública	163
5.3. Personal militar: retribuciones. Tratamiento diferenciado no razonable	164
5.4. Educación. Módulos de los ciclos formativos de formación profesional. Discriminación para los centros privados respecto de los públicos	165
5.5. Educación. Asignatura de «educación para la ciudadanía». Objeción de conciencia	166
5.6. Libertad religiosa y protección de datos personales. Petición de cancelación de anotación de bautismo en el libro de bautismos de la parroquia. los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99	168
6. EXPROPIACIÓN FORZOSA	169
6.1. Proyecto de ramal ferroviario aprobado por RENFE para acceder a un polígono industrial en Zaragoza. No lleva aparejado la declaración de la utilidad pública ni la urgente ocupación	169
6.2. Expropiación del derecho a constituir una servidumbre de paso para Oleoducto. Instalación de cable de fibra óptica junto al oleoducto no prevista en el correspondiente proyecto: deber de reflejar en el proyecto de obras y servicios todos los aspectos para los que se	

	requiere la expropiación, y necesidad de que el justiprecio comprenda también este segundo destino del derecho de servidumbre	170
6.3.	Solicitud de retasación: naturaleza jurídica. Régimen del silencio administrativo	171
6.4.	Expropiación de gasolinera ubicada en terrenos de dominio público. El derecho de ocupación del suelo público no ha sido puesto en cuestión, por las vías adecuadas para ello, antes de la iniciación del procedimiento expropiatorio, por lo que es preciso incluirlo entre los bienes y derechos expropiados y, por consiguiente, incluir su valor en el justiprecio	172
6.5.	Radial 2 Tramo Eje Norte-Sur. Clasificación de terrenos expropiados como suelo urbanizable programado. Consiguiente valoración según art. 27.2 de la Ley 6/98	173
7.	EXTRANJERÍA Y ASILO	175
7.1.	Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios de que la recurrente sufre un temor fundado de persecución y extorsión por los grupos paramilitares en Colombia, y no se ha demostrado que pueda sustraerse a ello cambiando de residencia en su propio país. Doctrina sobre el llamado «desplazamiento interno»	175
7.2.	Reconocimiento del derecho de asilo a mujer procedente de Nigeria por apreciarse indicios suficientes de que la recurrente sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que le impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital.....	176
7.3.	Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios suficientes de persecución por parte de grupos no identificados pero con organización permanente y constante en el tiempo, cuyas acciones la Administración Pública de Colombia no puede prevenir. Importancia capital concedida a un informe de la policía colombiana	178
7.4.	Revocación del derecho de asilo. Revocación respecto de la concesión del derecho por los Tribunales. Causas de denegación y revocación. Prueba para revocación por razones de seguridad nacional	179
8.	FUNCIÓN PÚBLICA	181
8.1.	Falta de asistencia a la segunda prueba de un proceso selectivo para ingreso en el Cuerpo de Titulados Supe-	

	<i>Página</i>
riores de la Generalidad de Cataluña. Apreciación de fuerza mayor	181
8.2. Período de prácticas para acceso a la función pública. Necesidad de motivación tanto del informe desfavorable como de la resolución que declara la pérdida del derecho a ser nombrado funcionario de carrera.....	182
8.3. Pruebas selectivas para ingreso en Cuerpo Superior de Funcionarios de Comunidad Autónoma. Exigencia de un idioma. No se trata de un requisito desproporcionado o irrazonable.....	183
8.4. Ingreso en el Cuerpo de Gestión de la Generalidad de Cataluña. Valoración como mérito de la experiencia profesional. Válida utilización de un concepto jurídico indeterminado si la convocatoria ofrece elementos para su individualización	184
8.5. Establecimiento de comisiones de seguimiento reservadas a los firmantes de un Acuerdo. Derecho a la libertad sindical de los sindicatos no firmantes. Vulneración si las comisiones tienen funciones normativas.	185
8.6. Acatamiento de la Constitución. Obligación de carácter individual por cada miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Aplicación a la ertzaintza. Deber del Gobierno vasco de exigir dicho cumplimiento	186
9. PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	186
9.1. Ingreso en la Carrera Judicial. Convocatoria Cuarto turno para plazas de lo Social. Cómputo de méritos....	186
9.2. Objeción de Conciencia del Juez Encargado del Registro Civil respecto de los expedientes matrimoniales de personas del mismo sexo.....	187
9.3. Medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales. Potestad organizativa del CGPJ previa ponderación global de intereses y necesidades de la Administración de Justicia	189
9.4. Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Protocolo de Funcionamiento y Actuación de las Oficinas de Señalamiento Inmediato. Inadmisión por no resultar actividad administrativa susceptible de recurso contencioso-administrativo. Distinción entre actuaciones propias de la Administración de la Administración de Justicia y de las propias del gobierno interno de Tribunales y Juzgados	190

9.5. Acuerdo de la Comisión de Selección de las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal. Convocatoria de plazas para las Carreras Judicial y Fiscal. Reserva de plazas para personas con discapacidad	191
9.6. Sanción disciplinaria impuesta a Magistrado por manifiesta falta de motivación de las sentencias. Análisis del concepto	193
10. PROPIEDADES ESPECIALES	194
10.1. Propiedad industrial: patentes y marcas. Obligación de notificar el contenido íntegro del acto, incorporando al expediente la acreditación de la notificación efectuada en los procedimientos seguidos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas	194
11. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	196
11.1. Responsabilidad de la Administración por los perjuicios irrogados a un establecimiento hotelero durante la realización de obras de ampliación del metro de Madrid a las puertas del hotel	196
11.2. Reclamación de resarcimiento hecha valer por el gremio de productores de aceite de oliva, a raíz de la anulación judicial de la alerta alimentaria sobre los aceites de orujo de aceituna, declarada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en julio de 2001	197
11.3. Posición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores frente a la gestión de los intereses patrimoniales de los inversores.....	198
11.4. Indemnizabilidad de los honorarios satisfechos al Letrado que consigue, en nombre de su cliente, la revocación de liquidaciones, bien en la vía de gestión, bien en la económico-administrativa	199
11.5. Deber de la Administración contratista de manifestarse sobre la imputación de responsabilidad, en relación con los daños ocasionados a terceros en la ejecución del contrato de obra. Sentido del silencio administrativo frente a la reclamación del tercero perjudicado	201
12. TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL	202
12.1. Real Decreto 62/2006, de 27 de enero por el que se modifica el Reglamento General de Conductores aprobado por Real Decreto 772/1997. «Pérdida de puntos»: naturaleza jurídica y régimen de su impugnación	202
13. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE.....	203

	<i>Página</i>
13.1. Medio ambiente	203
13.1.1. Aprobación de los Planes Directores de los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares. Omisión de trámite de audiencia a la asociación que agrupa a los municipios afectados.....	203
13.1.2. Acuerdo de asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007. Anulación por falta de motivación.....	204
13.1.3. Competencias de las Comunidades Autónomas para establecer medidas de protección ambiental en las aguas exteriores o mar territorial	205
13.1.4. Declaración de Lugar de Importancia Comunitaria (LIC). La propuesta dirigida por una Comunidad Autónoma a la Comisión Europea es susceptible de impugnación autónoma y directa ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	205
13.2. Urbanismo.....	206
13.2.1. Distinción entre el suelo urbano consolidado y el no consolidado	206
13.2.2. Régimen del silencio administrativo en las licencias urbanísticas.....	206
13.2.3. Usos urbanísticos lucrativos permisibles en la zona de servicio de los puertos de interés autonómico.....	207
13.2.4. Obligación de reiterar el trámite de información pública en la aprobación de los planes.....	207
13.2.5. Suspensión cautelar de instrumentos de planeamiento urbanístico impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.....	208
13.2.6. Derecho de la junta de compensación a exigir el reintegro por las empresas suministradoras de agua y energía eléctrica de los costes de ejecución de las redes de abastecimiento previstas en el proyecto de urbanización.....	209
13.2.7. Extensión y transmisión de la acción pública urbanística en la impugnación de planes.....	210
13.2.8. Obligación de publicar las «fichas de características» de los distintos ámbitos de gestión del	

	<u>Página</u>
plan general de ordenación urbana como presupuesto necesario para su entrada en vigor.....	211
13.2.9. Alcance de la suspensión de licencias derivada de la aprobación inicial de la modificación del planeamiento. No comprende las de instalación de antenas de telefonía móvil.....	211
II. TRIBUTARIO	212
1. IRPF. VENTA DE ACCIONES DE «LA CRUZ DEL CAMPO, SA.». INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CONFORME A LA INTENCIÓN DE LAS PARTES. NEGOCIO INDIRECTO, MANDATO Y FIDUCIA. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN	212
2. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO DE ALZADA DEL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN DE LA AEAT	213
3. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. LA REMUNERACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN SÓLO RESULTA DEDUCIBLE CUANDO LOS ESTATUTOS HAYAN ESTABLECIDO SU CUANTÍA DE FORMA DETERMINADA O PERFECTAMENTE DETERMINABLE. DICHA REGLA RESULTA APLICABLE INCLUSO RESPECTO DE LOS CONSEJEROS QUE, DESARROLLANDO ÚNICAMENTE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE SU CARGO, HAYAN SIDO DADOS DE ALTA POR LA SOCIEDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL	215
4. EXTENSIÓN DE EFECTOS DE SENTENCIAS EN MATERIA TRIBUTARIA...	217
5. TASA A LOS OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL. LEGALIDAD DE LA ORDENANZA FISCAL DEL AYUNTAMIENTO DE BADALONA QUE IMPONE UNA TASA POR UTILIZACIÓN PRIVATIVA O APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL REALIZADA POR EMPRESAS OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL	220
III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	223
1. INADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 51 LJCA. SU APLICACIÓN NO SE LIMITA A UN MOMENTO PROCESAL CONCRETO Y TASADO.....	223
2. REQUERIMIENTO DEL ARTÍCULO 44 LJCA. REGLAS PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE DOS MESES QUE EN ÉL SE ESTABLECE.....	224
3. NO APORTACIÓN POR LA MERCANTIL ACTORA DEL DOCUMENTO QUE ACREDITE QUE EL ÓRGANO SOCIETARIO FACULTADO PARA ELLO HUBIERA DECIDIDO EJERCITAR LA ACCIÓN. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 45.2.D), 45.3 Y 138 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN EN LO	

RELATIVO A SI PERMITEN QUE EL JUEZ O TRIBUNAL, SIN HACER UN PREVIO REQUERIMIENTO DE SUBSANACIÓN, ACOJA EN SU SENTENCIA UNA CAUSA DE INADMISIBILIDAD COMO ESA CUANDO LA MISMA SÍ FUE ALEGADA EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA	224
4. VÍA DE HECHO: DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO	226

SALA CUARTA

INTRODUCCIÓN	239
I. DERECHO DEL TRABAJO	244
1. ANTIGÜEDAD	244
2. CONTRATO DE TRABAJO Y FIGURAS AFINES	245
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL	246
3.1. Cesión ilegal de trabajadores y empresas de trabajo temporal	246
3.2. Contratación temporal en la Administración	248
3.3. Contratación temporal y contratas	249
3.4. Contratos por obra o servicio determinado	251
3.5. Encadenamiento de contratos y cómputo de antigüedad	252
4. CONVENIOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA	252
4.1. Alcance del deber de negociar	252
4.2. Aprobación del convenio	253
4.3. Convenios extraestatutarios: alcance y validez	253
4.4. Ámbito de aplicación	254
4.5. Negociación del convenio	255
4.6. Cláusula «rebus sic stantibus»	255
4.7. Concurrencia de convenios	256
4.8. Representación de los trabajadores. Comité de empresa europeo	257
5. DESPIDOS Y EXTINCCIONES DE LA RELACIÓN LABORAL	257
5.1. Despido por vulneración de derechos fundamentales: profesores de religión católica	257
5.2. Despido y embarazo	259
5.3. Despido objetivo	260
5.4. Despido y edades de jubilación fijadas en convenio ...	262
5.5. Derecho de opción entre readmisión e indemnización atribuida por convenio al trabajador	265

	<i>Página</i>
5.6. Efectos económicos del despido: más cuestiones sobre indemnizaciones y salarios de tramitación	267
5.7. Extinción del contrato por causa de fuerza mayor.....	268
5.8. Extinción del contrato por voluntad del trabajador. «Doctrina objetiva» del incumplimiento empresarial..	269
6. LIBERTAD SINDICAL.....	270
6.1. Contenido de la libertad sindical: Tutela	270
6.2. Contenido esencial: Igualdad de trato.....	270
6.3. Contenido adicional	271
7. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.....	272
7.1. Movilidad geográfica.....	272
7.2. Modificación sustancial	272
8. PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL	274
9. PERIODO DE PRUEBA	276
10. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL: ALTA DIRECCIÓN	278
11. SALARIO.....	278
11.1. Absorción y compensación.....	278
11.2. Principio de igualdad retributiva: Doble escala salarial	279
11.3. Condición más beneficiosa	280
11.4. Complementos salariales	281
11.5. Retribución de diferencias salariales por realizar funciones de superior categoría.....	282
11.6. Alcance de la responsabilidad del FOGASA.....	283
11.7. Diversas cuestiones relacionadas con el salario y la estructura salarial	284
12. TIEMPO DE TRABAJO: MODIFICACIÓN DE HORARIO SIN REDUCCIÓN DE JORNADA	286
II. SEGURIDAD SOCIAL	287
1. DERECHO COMUNITARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	287
1.1. Determinación de la pensión de jubilación de un trabajador que acredita parte de su carrera de seguro en Suecia, habiendo cotizado en España con anterioridad a su incorporación a la Unión Europea. Carácter más beneficioso del Convenio bilateral aplicable	287
2. RECARGO POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL	288
2.1. Recargo de prestaciones por accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de salud y seguridad laboral. Responsabilidad	

	<i>Página</i>
de la empresa principal en caso de contratas que se dedican a la «propia actividad».....	288
3. DESEMPLEO	289
3.1. Desempleo en su nivel contributivo. Derecho a una nueva prestación por desempleo cuando la anterior se ha suspendido en diversos períodos, ninguno de los cuales alcanzó los doce meses de duración, pero sí la suma de ellos.....	289
3.2. Prestación por desempleo reconocida a trabajador que fue readmitido por opción empresarial ante el despido declarado improcedente, pero cuya relación se extingue posteriormente por la vía del incidente de no readmisión. Responsabilidad de la empresa o del trabajador en orden al abono de las prestaciones indebidamente percibidas.....	289
3.3. Incapacidad temporal tras la extinción del contrato de trabajo con posterior reconocimiento de incapacidad permanente total. Fecha de inicio de la prestación por desempleo	290
3.4. Derecho al desempleo asistencial para mayores de 52 años por trabajadores españoles retornados que percibieron prestaciones por desempleo conforme a la legislación alemana pero que no han efectuado cotización alguna en España.....	291
3.5. Derecho a devengar subsidio por desempleo en el nivel asistencial por parte de quien percibió una indemnización superior a la legal en virtud de ERE afectante a la empresa Telefónica de España, SA.....	291
3.6. Subsidio por desempleo. Inclusión del nieto como miembro de la unidad familiar.....	292
3.7. Derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Trabajadora que, tras percibir el subsidio por desempleo para emigrantes retornados, se mantiene siempre inscrita como demandante de empleo. Alcance del concepto de situación asimilada al alta.....	292
3.8. Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Reconocimiento del derecho a trabajador a tiempo parcial que percibe rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional.....	293
4. INCAPACIDAD TEMPORAL.....	294

4.1.	Incapacidad temporal por recaída, cuando no se ha agotado el período máximo previsto en la legislación vigente. Determinación del momento relevante para entender cumplidos los requisitos de carencia y alta o situación asimilada al alta	294
5.	INCAPACIDAD PERMANENTE E INVALIDEZ	295
5.1.	Incapacidad permanente total. Concepto de «profesión habitual». Policía local que realiza sólo funciones administrativas tras sufrir accidente laboral	295
5.2.	Determinación de la incapacidad permanente parcial de una funcionaria de policía local. Efectos sobre la declaración del grado de incapacidad permanente del pase a la segunda actividad. Concepto de profesión habitual...	295
5.3.	Derecho a prestación de incapacidad permanente cuando por las mismas lesiones ya se había denegado con anterioridad la misma por falta de carencia, y habiendo cotizado posteriormente en distinto Régimen de Seguridad Social.....	296
5.4.	Gran invalidez. Revisión del grado de invalidez por realización de trabajos compatibles con la capacidad residual del perceptor de la prestación. Necesidad de que concurra mejoría.....	297
5.5.	Incapacidad permanente. Revisión de grado que confirma el anterior: necesidad de fijar plazo para instar una nueva revisión tras la entrada en vigor de la Ley 52/2003	297
5.6.	Derecho a revisar una pensión de incapacidad permanente parcial antes del plazo fijado en la resolución de reconocimiento de la prestación.....	298
5.7.	Trabajadores a tiempo parcial. Cómputo de los «días cuota» a los efectos de determinar el cumplimiento del período de carencia requerido para causar una pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común.....	298
5.8.	Incapacidad permanente por enfermedad profesional. Determinación de la base reguladora. Inclusión de la cuantía anual de las pagas extraordinarias y no la parte proporcional del tiempo trabajado	299
6.	JUBILACIÓN	299
6.1.	Expediente de regulación de empleo que afecta a toda la plantilla de una empresa y, en consecuencia, a traba-	

	<i>Página</i>
jador jubilado parcialmente y a trabajador relevista. Obligación de la empresa de proceder a abonar la prestación de jubilación parcial hasta su jubilación ordinaria o anticipada.....	299
6.2. Contrato de relevo con trabajador que se encuentra en situación de desempleo pero que realiza a su vez una prestación a tiempo parcial para otro empleador.....	300
6.3. Determinación del carácter voluntario de trabajador prejubilado de Telefónica de España, SA que es contratado temporalmente por un período corto de duración antes de cumplir la edad de jubilación. Coeficiente reductor aplicable.....	300
6.4. Sacerdotes o religiosos que causan una pensión de jubilación parcial con anterioridad a cumplir los sesenta y cinco años de edad. Posibilidad de solicitar que esta se incremente en función de los períodos de actividad religiosa asimilados.....	301
6.5. Derecho a la jubilación parcial por parte de un trabajador por cuenta ajena que se encuentra de alta en el Régimen General en el momento de solicitar la misma, pero que no alcanza en dicho Régimen cotizaciones suficientes en dicho Régimen, debiendo causar la prestación de jubilación en el RETA.....	302
6.6. Pensión de jubilación anticipada respecto de trabajador que no tiene la condición de mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967 y que ha de causar la pensión en el RETA por no acreditar cotizaciones suficientes en el Régimen General.....	303
6.7. Pensión de jubilación en su nivel no contributivo. Cómputo a efectos del cumplimiento del límite de ingresos de una indemnización por accidente de circulación.....	303
6.8. Inclusión como renta de la unidad familiar de una subvención por adquisición de vivienda habitual concedida a favor de la hija de una perceptora de pensión de jubilación no contributiva.....	304
7. MUERTE Y SUPERVIVENCIA.....	305
7.1. Cuantía de la pensión de orfandad de hijo extramatrimonial pese a que viva la madre. Inclusión en la misma de la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad.....	305

	<i>Página</i>
7.2. Derecho a pensión de viudedad a favor de quien convivía «more uxorio» con otra persona del mismo sexo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/05	306
8. MEJORAS VOLUNTARIAS	306
8.1. Derecho a mejora de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo, y habiéndose declarado con posterioridad que la extinción constituía despido improcedente.....	306
8.2. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. El Acuerdo de exteriorización de los compromisos por pensiones de 14 de noviembre de 2000 no se aplica a los trabajadores que estaban en excedencia voluntaria, siempre que no vuelvan a prestar servicios en activo	307
9. RÉGIMENES ESPECIALES.....	307
9.1. Baja por maternidad en el RETA solicitada en el período de noventa días posteriores a cursar la baja en dicho Régimen	307
9.2. Régimen Especial de Trabajadores autónomos. Aplicación del mecanismo de invitación al pago a la incapacidad temporal.....	308
9.3. RETA. Mecanismo de invitación al pago. Imputación del pago de las cantidades debidas a otras cuotas correspondientes al Régimen General	308
9.4. Subsidio por desempleo en el Régimen Especial Agrario. Trabajadora cuyas rentas superan el salario mínimo interprofesional, pero sin que el conjunto de la unidad familiar supere el límite previsto al respecto ...	309
9.5. Minería del Carbón. Incapacidad permanente declarada tras la jubilación. Cálculo de la base reguladora en función de los salarios reales. Determinación de los mismos en función de los fijados para la categoría profesional en el convenio colectivo de aplicación o en función del promedio de los salarios percibidos por los trabajadores de la misma categoría profesional	309
10. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	310
10.1. Cómputo del mes de agosto a los efectos de que la entidad gestora comunique a la autoridad judicial el inicio del procedimiento de reintegro de prestaciones de desempleo previsto en el art. 145 bis LPL	310

	<i>Página</i>
10.2. Prestación de renovación de prótesis por accidente de trabajo. Determinación de la entidad gestora responsable del abono de la prestación.....	311
10.3. Reintegro de prestaciones indebidas. Dies a quo para el inicio del cómputo del plazo de tres meses al que se refiere el art. 3.1 RD 148/96	311
III. DERECHO PROCESAL LABORAL.....	312
1 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA	312
1.1. Requisitos preprocesales: Reclamación previa.....	312
1.2. Cuestión prejudicial contencioso-administrativa.....	312
1.3. Competencia del orden social en materia de acuerdos «privados» relacionados con derechos sindicales.....	313
1.4. Competencia del orden social en materia de descuentos compensatorios del IRPF decididos unilateralmente por el empresario.....	313
1.5. Competencia en materia de deportistas profesionales ..	314
1.6. Competencia para la reclamación de un complemento no incluido en la relación de puestos de trabajo	314
1.7. Incompetencia en materia de Expedientes de Regulación de Empleo	314
1.8. Incompetencia para declarar la laboralidad de servicios concluidos antes de la presentación de la demanda, para ser utilizada la sentencia en un procedimiento administrativo de selección.....	316
2. PROCESO ORDINARIO.....	316
2.1. Las partes. Litisconsorcio pasivo necesario.....	316
2.2. Adecuación/inadecuación del procedimiento	317
3. MODALIDADES PROCESALES.....	318
3.1. Procesos de Seguridad Social	318
3.2. Tutela de la libertad sindical	318
3.3. Proceso de conflicto colectivo	322
3.4. Impugnación de convenios	327
3.5. Proceso especial de despido.....	329
3.6. Acumulación de acciones	331
4. SENTENCIA Y EJECUCIÓN	332
4.1. Condena en costas.....	332
4.2. Condenas de futuro	332
4.3. Efecto de cosa juzgada.....	333
4.4. Ejecución de sentencia. Cambio de partes.....	334

	<i>Página</i>
4.5. Ejecución de sentencias firmes por despido	335
4.6. Intereses procesales.....	335
5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN	335
5.1. Resoluciones recurribles	335
5.2. Afectación general	338
5.3. Consignación para recurrir.....	339
5.4. Imposibilidad de apreciación de oficio de la prescripción en fase de suplicación	340
6. CASACIÓN UNIFICADORA	340
6.1. Falta de contradicción.....	340
6.2. Idoneidad de sentencia de proceso individual como referencial en conflicto colectivo.....	342
6.3. Idoneidad como sentencia de contraste de sentencia dejada sin efectos por una transacción.....	343
6.4. El incumplimiento formal como causa de inadmisión..	343
7. RECURSO DE REVISIÓN. ALCANCE DEL COHECHO, LA VIOLENCIA Y LA MAQUINACIÓN FRAUDULENTO	343

SALA QUINTA

I. PENAL.....	349
1. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.....	349
Abandono de destino. Deber de motivación. Devolución de la Sentencia al Tribunal de instancia.....	349
2. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.....	349
Circunstancia eximente de miedo insuperable: al recurrente, a causa de la hostilidad fuerte e insuperable que recibió de sus compañeros de Unidad, no le era exigible una conducta distinta a la que realizó.....	349
3. DELITO CONTRA LOS DEBERES DE CENTINELA	351
Incumplimiento de los deberes de centinela: delito de riesgo/ resultado	351
4. DELITO CONTRA LA DISCIPLINA	352
Abuso de Autoridad. Maltrato de obra a subordinado. Objeto del proceso penal. Principio Acusatorio. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.....	352
5. DELITO CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO.....	353
Delito de deslealtad: doctrina. Elementos. Especial referencia a los elementos subjetivos del injusto. Ánimo de engañar:	

	<i>Página</i>
se estima. No hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia.....	353
6. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.....	354
Delito de Deserción. Artículo 120 del Código Penal Militar. Ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de obligaciones militares. Prueba indiciaria	354
7. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.....	355
Conformidad. Consentimiento no informado en cuanto a las consecuencias sobre cese en las FAS	355
8. DELITO CONTRA LOS DEBERES DE PRESENCIA.....	356
Abandono de destino: no exigibilidad de otra conducta	356
9. DELITO CONTRA LA DISCIPLINA	357
Insulto a superior. Revisión de Sentencia por aplicación de la Disposición Transitoria 2. ^a .2 LO 12/2007 y art. 7. bis CPM. Denegación. Jurisprudencia de la Sala.....	357
II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO	359
1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES.....	359
Falta leve de «la falta de respeto a superiores» del art. 7.12 LO 8/1998. Doctrina sobre las reservas (la reserva formulada en 1979 a los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo surte sus efectos desde la entrada en vigor de la LO 8/98 a la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa el 23.05.2007). Libertad de expresión de los militares y sus límites. Falta de proporcionalidad de la sanción (en cuanto cuestión de legalidad ordinaria puede alegarse en procedimiento preferente y sumario). Cuestión de inconstitucionalidad	359
2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES.....	361
Falta leve de respeto a superior (art. 7.12 LO 8/1998). Divulgación hecha por escrito de expresiones irrespetuosas para un superior, proferidas por quien no es militar.....	361
3. DENUNCIA JUDICIAL CONTRA SUPERIOR.....	362
Falta grave. artículo 8.17 «Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y basadas en aseveraciones falsas». Sólo admite la forma dolosa. Presunción de inocencia en el ordenamiento disciplinario militar. Denuncia judicial contra superior. No consta la falsedad de las aseveraciones.....	362
4. RÉGIMEN TRANSITORIO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL.....	364
Aplicación retroactiva de Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil: revisión de oficio y	

aplicación de la nueva Ley cuando para el sancionado se derivarán efectos más favorables. Consumo ocasional de drogas (arts. 8.22 LO 11/1991 y 8.26 LO 12/2007)	364
5. FALTA LEVE DE EMBRIAGUEZ	365
Presunción de inocencia: vacío probatorio.....	365

SALA DEL ART. 61 LOPJ

INTRODUCCIÓN	371
1. SENTENCIA DE ILEGALIZACIÓN DEL PARTIDO COMUNISTA DE LAS TIERRAS VASCAS.....	371
2. SENTENCIA DE ILEGALIZACIÓN DEL PARTIDO POLÍTICO ACCIÓN NACIONALISTA VASCA	372
3. EJECUCIÓN SOMETIDA AL PRINCIPIO DISPOSITIVO.....	375
4. ANULACIÓN DE PROCLAMACIÓN DE LAS CANDIDATURAS PRESENTADAS POR D3M A LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO VASCO CONVOCADAS POR DECRETO 1/2009 DE 2 DE ENERO.....	375
5. ANULACIÓN DE LA PROCLAMACIÓN DE LAS CANDIDATURAS PRESENTADAS POR EL PARTIDO POLÍTICO ASKATASUNA A LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO VASCO CONVOCADAS POR DECRETO 1/2009 DE 2 DE ENERO.....	377
6. ANULACIÓN DE LA PROCLAMACIÓN DE LA CANDIDATURA PRESENTADA POR INICIATIVA INTERNACIONALISTA-LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS PUEBLOS A LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO, CONVOCADAS POR REAL DECRETO 482/2009, DE 3 DE ABRIL, DE LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO	378
7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 30 DE JUNIO DE 2009	380

SALA PRIMERA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
1. OBLIGACIONES Y CONTRATOS	35
1.1 Nulidad de donación de inmueble disimulada bajo escritura pública de compraventa.....	35
1.2. Mora del deudor en caso de interpelación judicial. Se produce con la interposición de la demanda, si esta es luego admitida.....	36
1.3. distinción entre comodato y precario. Doctrina jurisprudencial.....	37
1.4. Contrato de descuento bancario. La obligación del banco descontante de devolver los títulos representativos del crédito al descontatario cuando no pudieron hacerse efectivos a su vencimiento surge en el momento en que este último reintegra efectivamente su importe al banco descontante.....	38
1.5. Contrato atípico en cuya virtud los padres atribuyen bienes a sus hijos y estos se comprometen a alimentarlos, convivir con ellos y asistirlos. Semejanza con el contrato de vitalicio. Validez de dicho contrato.....	38
2. SEGUROS	39
2.1. Seguro marítimo de buques. Aplicación supletoria del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro al seguro marítimo.....	39
3. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	39
3.1. Prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo cometido por un menor de edad inimputable y sujeto a los Tribunales de Menores.....	39
3.2. Accidente de circulación. Sistema de valoración de daños corporales en accidente de circulación. Al progenitor único de la víctima en accidente de circulación	

	fallecida sin hijos ni hermanos le corresponde el total de la indemnización reconocida a los «padres» en la Tabla I del Anexo LRCSVM.....	40
3.3.	Responsabilidad civil profesional. Procuradores. No comunicación de sentencia de primera instancia al abogado e imposibilidad de recurrir. Fijación de la indemnización en función de las circunstancias del caso como daño patrimonial teniendo en cuenta las probabilidades de éxito de la acción. Control en casación.....	40
3.4.	Compatibilidad entre indemnización por responsabilidad extracontractual y constitución de capital coste para garantizar recargo en las prestaciones de Seguridad Social por infracción de las normas de seguridad laboral. Se desestima el recurso	41
3.5.	Responsabilidad extracontractual. Desestimación de la prescripción con acto interruptivo de sociedad demandada que alcanza a la codemandada, por tratarse de causa única e inescindible determinante de los daños producidos al perjudicado	42
3.6.	Responsabilidad civil. Registradores. No es imputable al registrador el daño causado por la confianza en una anotación preventiva de demanda indebidamente practicada y manifiestamente improcedente por carecer de trascendencia real, que no pudo oponerse a una anotación preventiva posterior.....	42
4.	PROPIEDAD INDUSTRIAL	43
4.1.	Cambio de forma en el uso de la marca registrada. Límite. Concurrencia de las Leyes de Marcas y de competencia desleal	43
4.2.	Marcas: Vulgarización de la marca por la actividad de su titular	44
5.	DERECHOS FUNDAMENTALES	45
5.1.	Derecho al honor: La inclusión en un registro de morosos, erróneamente, sin que concurra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor.....	45
5.2.	Derecho al honor: Acción penal y acción civil derivada de unos mismos hechos. La acción penal por delito privado se extingue por el ejercicio de la acción civil, pero no a la inversa; sin embargo la acción civil fundada en la LO 1/82 caduca a los cuatro años aunque haya actuaciones penales pendientes por los mismos he-	

chos; si la sentencia penal acaba siendo condenatoria y el perjudicado se ha reservado la acción civil para ejercitarla por separado, ésta no será ya la de la LO 1/82 sino la derivada del delito o falta, aunque para fijar la indemnización se tengan en cuenta los criterios de dicha Ley Orgánica	45
5.3. Grabación de la imagen y voz en una consulta mediante cámara oculta. Publicación del reportaje en televisión. Honor, intimidad y propia imagen	46
6. PROPIEDAD HORIZONTAL.....	47
6.1. Necesidad del acuerdo unánime en la Junta de Propietarios para la instalación por los titulares de una vivienda de un aparato de aire acondicionado en la azotea de un edificio, prohibida genéricamente por los Estatutos	47
6.2. Doctrina interpretativa de los artículos 7 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal	47
6.3. Presencia de consentimiento tácito en las obras realizadas unilateralmente por el titular de la vivienda en la fachada del edificio de la Comunidad, implícita aquiescencia a tal situación, sin que durante un largo período de tiempo se hubiera efectuado impugnación alguna pese a su notoriedad	48
6.4. Aplicabilidad del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal a los complejos inmobiliarios existentes siempre que los propietarios ostenten, con carácter inherente a su derecho privativo, una titularidad compartida sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.....	48
6.5. Reforma de la LPH por la Ley 8/99 en relación con la instalación de ascensor en edificio de planta baja y cinco pisos siendo requerido para la habitabilidad del inmueble. El apartado 1 del art. 11 atiende a la «naturaleza y características» del inmueble, por tanto declara la inaplicabilidad del apdo. 2 del art. 11 en favor del disidente y la obligatoriedad para todos los copropietarios.....	48
7. HONORARIOS DE LETRADO	48
7.1 . Impugnación de honorarios por indebidos. No son indebidos, pese a que con posterioridad a las actuaciones procesales y antes de la sentencia, falleció el defendido	48

	<i>Página</i>
8 DERECHO CONCURSAL	49
8.1. Forma de computar los créditos concursales tributarios a efectos de clasificarlos como privilegiados con privilegio general (art. 91.4.º Ley Concursal) o como ordinarios (art. 89.3 LC). Recargos tributarios de apremio: procedencia de su calificación como créditos subordinados (art. 92 LC).....	49
8.2. Quiebra. Nulidad de hipoteca constituida dentro del período de retroacción. Perjuicio para los acreedores del quebrado. El acreedor hipotecario no queda amparado por el artículo 34 de la ley hipotecaria.....	50
9. ARRENDAMIENTOS	51
9.1. Acción de impugnación recogida en el artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, vigente en la actualidad. Discordancia en las posiciones de varias Audiencias Provinciales sobre la vigencia, eficacia y aplicabilidad del citado precepto. Declaración de doctrina jurisprudencial	51
9.2. El artículo 53 LAU 1964 debe ser aplicado, cuando se trata de arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985, sometidos a las excepciones contempladas en la DT Segunda LAU, siempre que, concurriendo los requisitos expresados en el citado artículo, el precio de la transmisión exceda de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino a los tipos fijados por el artículo, aun cuando se acredite que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa y el precio fijado sea el correspondiente al mercado o inferior a él.....	52
10. DERECHO PROCESAL.....	53
10.1. Interpretación del artículo 135 de la Ley de de Enjuiciamiento Civil sobre plazos procesales para la presentación de escritos en relación con la caducidad en el ejercicio del retracto.....	53
10.2. Nulidad de Sentencia por falta de motivación a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional	54
10.3. Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de reclamación de aportaciones formulada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería contra el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Pontevedra	55

10.4. Jurisdicción. Competencia del orden civil para conocer de la reclamación contra la Administración como consecuencia de la promesa de compra de acciones de una sociedad anónima como garantía de un préstamo mercantil. Incongruencia extra petita. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal	55
11. SOCIEDADES.....	56
11.1. Responsabilidad del auditor por deficiente cumplimiento de su prestación profesional. Daños a terceros. Relación de causalidad.....	56
12. Recurso de casación civil y recurso de revisión	57
12.1. Fraude casacional: Suma de cantidades improcedente para obtener la cuantía que permita acceder al recurso de casación.....	57
12.2. Revisión civil: Documentos recuperados. Improcedencia de la revisión por falta de carácter decisivo de los documentos que son insuficientes para demostrar la inexistencia de un crédito por el que se condenó. Inexistencia de maquinación fraudulenta.....	57
13. INCAPACIDAD	58
13.1. Incapacidad. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona.....	58
14. JUEGOS DE SUERTE, ENVITE O AZAR	59
14.1. Consecuencias civiles de la infracción por la empresa explotadora del casino de la prohibición administrativa de hacer préstamos a los jugadores. Inexigibilidad de la cantidad prestada para jugar y pérdida por el jugador. Rectificación de la jurisprudencia sobre la materia	59
15. REGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	60
15.1. Interpretación de una escritura de capítulos matrimoniales y la de liquidación de la sociedad de gananciales: los vendedores de cuotas indivisas de un bien inmueble deben pagar «las posibles consecuencias fiscales de la venta» en proporción a sus cuotas.....	60
16. TERCERÍAS.....	60
16.1. Tercería de mejor derecho. Derecho de prenda sobre deuda especial del Estado representada por anotación	

en cuenta hecha en embargo posterior de la Agencia Tributaria. La intransmisibilidad de la anotación se concreta a la ejecución de la prenda. La anotación en Registro no es constitutiva	60
16.2. Tercería de mejor derecho. Póliza de crédito en cuenta corriente versus póliza de contrato de leasing, siendo preferente ésta, atendiendo a la fecha de otorgamiento de la póliza	61
17. SUCESIONES	61
17.1. Fideicomiso de residuo	61

La crónica de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo perteneciente al año judicial 2008-2009 contiene una recensión de las Sentencias más relevantes dictadas en este periodo de tiempo. Destaca el amplio número de Sentencias que han sido dictadas tras la celebración de Plenos Jurisdiccionales con objeto de establecer una doctrina autorizada sobre cuestiones de especial importancia. La presente crónica pretende hacer llegar al lector los criterios jurisprudenciales más novedosos plasmados en las citadas resoluciones mediante un breve resumen de su contenido y alcance.

1. Obligaciones y Contratos

1.1. La STS 04-05-09 (Rc 2904/2003), de Pleno, plantea el tema de la nulidad de donación de bien inmueble disimulada bajo escritura pública de compraventa; en concreto, la cuestión litigiosa se centra en determinar si la donación de inmueble disimulada bajo escritura pública de compraventa es o no nula. La Sala reconoce en primer lugar que al examinar la causa del negocio y la sanción contemplada en los artículos 1275 y 1276 del Código Civil, la doctrina jurisprudencial ha distinguido entre la simulación absoluta —caracterizada por un inexistente propósito negocial por falta de la causa—, y la relativa —en los casos donde el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado; y, asimismo, recuerda que en otras ocasiones ha manifestado que la nulidad

La elaboración de la Crónica de la Sala Primera ha sido realizada por D.^a María Inmaculada GONZÁLEZ CERVERA, Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la coordinación del Ilmo. Sr. D. Jaime MALDONADO RAMOS, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, y la supervisión general del Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RÍOS, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

de una compraventa por simulación relativa de la causa, no priva «*per se*», de eficacia jurídica a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, y encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante. **No obstante, opta por la posición actual, plasmada en la sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, mediante Sentencia de 11 de enero de 2007, que declaró lo siguiente:** *«Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo «animus donandi» del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 del Código Civil, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquellos. Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el «animus donandi» del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico.»*

1.2. La STS, 20-01-2009 (Rc 2693/2003), de Pleno, analiza el momento en que se produce la mora del deudor en los casos de interpe-lación judicial a la luz del artículo 1.100 del Código Civil y concluye la Sala que la mora tiene lugar con la interposición de la demanda, siempre que la misma sea después admitida. Afirma la Sala que, como la reclamación judicial está sujeta a unas reglas específicas de naturaleza procesal, las cuales establecen cuando hay que entender que una preten-sión se encuentra sometida a la futura decisión del Tribunal y, por ello, cuando cabe hablar de litispendencia, son numerosas las sentencias que declaran producida la mora no con el emplazamiento del demandado,

sino con la mera interposición de la demanda, aunque ello signifique, se diga o no, negar la naturaleza recepticia de tal modalidad de interpelación. **Y es esta interpretación sobre el momento en que debe entenderse producida la reclamación judicial, la que es mantenida por la Sala y completada con lo que dispone el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con respecto al comienzo de la litispendencia —que tiene lugar con la interposición de la demanda, siempre que la misma sea después admitida—.**

1.3. La STS 13-04-2009 (Rc 1624/2005) versa sobre los contratos de comodato y precario. El litigio tiene su origen en la reclamación por una usufructuaria de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal o de convivencia se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges o convivientes. La Sala afirma que la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado, y si existe, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamar su posesión. Reconoce la Sala que en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, **pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos aparezcan con claridad, y los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso.** Paralelamente, afirma que **cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa —lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal—, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista; y, en fin, concluye, que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio,** en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el

matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.

1.4. La STS 20-05-2009 (Rc 701/2004) se refiere al contrato de descuento bancario, que carece en nuestro Derecho de una regulación específica, y lo define como aquel por el que el Banco anticipa a una persona el importe de un crédito pecuniario que ésta tiene contra un tercero, con deducción de un interés o porcentaje y a cambio de la cesión del crédito mismo salvo buen fin, refiriéndose normalmente a créditos incorporados a determinados títulos, de lo que constituye claro reflejo la mención que hace el artículo 178 del Código de Comercio al descuento «de letras, pagarés u otros valores de comercio». Cuando se descuentan títulos de crédito, prosigue la Sala, la transmisión de estos al Banco se hace siempre con fines liberatorios (*pro solvendo*), pero «salvo buen fin», por lo que el cliente queda obligado a devolver efectivamente al Banco su importe cuando el crédito objeto de descuento no es pagado a su vencimiento por el deudor; de modo que el Banco no se obliga a actuar contra el deudor aunque sí a presentar el crédito oportunamente al cobro y a realizar los actos necesarios para su conservación y, si no lo hiciera, dejando que se perjudiquen los efectos no pagados, el descontatario queda liberado de su obligación de devolver el importe del crédito. Y concluye que la obligación del banco descontante de devolver los títulos representativos del crédito al descontatario cuando no pudieron hacerse efectivos a su vencimiento surge en el momento en que este último reintegra efectivamente su importe al banco descontante.

1.5. La STS 25-05-2009 (Rc 2420/2004) se centra en la interpretación del contrato celebrado entre unos padres y sus hijos, relativo a la distribución de los bienes pertenecientes a los primeros y la asunción de determinadas obligaciones de alimentos, cuidados y asistencia por parte de los segundos. Se trata de un contrato en el que ambos propietarios, los padres de los ahora litigantes, disponen en favor de sus hijos, de una finca propiedad ganancial de ambos. Considera la Sala que las estipulaciones pactadas pueden identificarse con el contrato de vitalicio, ya que hay transmisión de bienes de presente y asunción de obligaciones como consecuencia de dicha transmisión, declarando en consecuencia la validez de dicho contrato.

2. Seguros

2.1. La STS 12-01-2009 (Rc 2884/2001), de Pleno, versa sobre seguro marítimo de buques, y concretamente sobre la aplicación supletoria del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro al seguro marítimo. Se plantea así la Sala, con ocasión de este recurso, si el artículo 20 de la Ley 50/1.980, de Contrato de Seguro, es aplicable al seguro marítimo y en qué casos. Parte al respecto de que el artículo 2 de la Ley 50/1.980 no contiene excepción expresa ni implícita alguna de la que pueda beneficiarse el artículo 20 y concluye que, como regla general, **el citado precepto debe ser aplicado al seguro marítimo en cuanto norma supletoria, esto es, en defecto de las del Código de Comercio sobre dicho contrato, las cuales siguen vigentes, según resulta de la disposición final de la propia Ley.** Ello no obstante, reconoce que la regulación del seguro marítimo contenida en el Código de Comercio contempla un amplio ámbito a la libertad de pacto, razón por la que el resultado de un ejercicio no extralimitado de la autonomía de la voluntad de los contratantes podrá eliminar la laguna y convertir en innecesaria su integración mediante la Ley 50/1.980. Finalmente, hace hincapié en que como la Ley 50/1.980 vino a establecer unas disposiciones generales sobre el contrato de seguro y a regular sólo algunas clases o tipos del mismo, sin referirse a otros, entre ellos el seguro marítimo —por ser voluntad del legislador respetar las particularidades del mismo—, las normas de dicha Ley deben aplicarse con preferencia a los principios generales que no estén incorporados a alguna norma positiva preferente y sólo sean susceptibles de ser identificados mediante la «*analogía iuris*».

3. Responsabilidad Civil

3.1. La STS 14-01-2009 (Rc 2927/2001), de Pleno, afronta el tema de la prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo cometido por un menor de edad inimputable y sujeto a los Tribunales de Menores. Y llega a una primera conclusión: la incoación del procedimiento en dicha jurisdicción tiene **efectos prejudiciales**, de modo que, al igual que ocurre con la instrucción de diligencias penales en los procedimientos ordinarios, se interrumpe el plazo de prescripción durante la incoación del procedimiento, lo que demuestra que esta Sala, en este punto, ha asimilado el procedimiento de menores a los ordinarios. Y aplica la regla según la cual al

tratarse de un hecho delictivo de un inimputable que ha sido objeto de sanción en la jurisdicción competente de menores, debe aplicarse la doctrina sostenida por esta Sala en relación al plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil por daños derivados de hechos delictivos y, por tanto, **el plazo será de 15 años por aplicación del artículo 1964 CC**. Por último, añade que la aplicación de este plazo requiere que haya habido una resolución de la jurisdicción de menores declarando que los hechos probados están tipificados como delito y que han sido cometidos por un menor no imputable.

3.2. La STS 27-04-2009 (Rc 749/2003), de Pleno, en materia de responsabilidad civil derivada de accidente de circulación, se centra en el sistema de valoración de daños corporales en estos tipos de accidente, y concretamente en la indemnización correspondiente al progenitor único de la víctima en accidente de circulación fallecida sin hijos ni hermanos. Comienza señalando que dicha cuestión tiene su razón de ser en una imperfección del texto legal, ya que en la Tabla I del Anexo LRCSVM 1995 se contempla únicamente la concurrencia de los dos padres de la víctima y no se prevé el supuesto de premoriencia, exclusión o no concurrencia de uno de los progenitores, y de manera contradictoria se introduce en la nota 5, como factor diferenciador, la convivencia o no con la víctima, y pone de manifiesto cómo ante la imperfección del texto legislativo resulta difícil atenerse a una interpretación que sea acorde con principios tan contradictorios. **En consecuencia, opta la Sala, como solución más coherente, por atenerse a la literalidad del texto legal, que configura la indemnización como cuantía total asignada a la categoría integrada por los «padres», independientemente del número de los llamados a percibirla, de forma que al progenitor único de la víctima en accidente de circulación fallecida sin hijos ni hermanos le corresponde el total de la indemnización reconocida a los «padres» en la Tabla I del Anexo LRCSVM.** Señala la Sala en favor de esta solución el principio *in dubio pro damnato*, el cual constituye uno de los principios capitales del Sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación, como corolario del principio que figura como uno de los «Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización» contenidos en el Anexo primero, 7 («asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados»).

3.3. La STS 12-05-2009 (Rc 1141/2004) versa sobre la responsabilidad civil profesional de los Procuradores, centrándose el objeto

del litigio en la falta de comunicación de una sentencia de primera instancia al Abogado y consiguiente imposibilidad de recurrir. La Sala comienza por analizar la calificación jurídica que corresponde a la relación entre un Procurador y su cliente afirmando su carácter contractual, y pone de relieve cómo la falta de un modelo central de la relación de gestión determina que doctrinal y jurisprudencialmente se construya, quizá de manera necesariamente no del todo satisfactoria, con elementos del mandato y del arrendamiento de servicios, que responden ambos a momentos históricos y necesidades sociales diferentes. En todo caso, concluye que **también en el caso que nos ocupa el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias** y que la responsabilidad por negligencia o morosidad concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber concurrido circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos. A continuación, reitera que **la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales —en el caso examinado, por responsabilidad contractual imputable a un Procurador respecto de su cliente— no tiene acceso a la casación**, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, y cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, **el daño deba calificarse como patrimonial** si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones —y, desde luego, en el caso enjuiciado— tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza. Por último, matiza que **no puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción** (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales.

3.4. La STS 23-04-2009 (Rc 2441/2004), de Pleno, analiza el tema de la compatibilidad entre la indemnización por responsabilidad extracontractual y la constitución de un capital coste para garantizar

el recargo en las prestaciones de Seguridad Social por infracción de las normas de seguridad laboral. El litigio trae causa de la demanda de responsabilidad extracontractual por los daños físicos y psíquicos sufridos por el actor como consecuencia de accidente de trabajo. Con carácter previo a resolver sobre el fondo del asunto la Sala señala, a efectos de afirmar su propia competencia, que cuando el lesionado no tiene relación laboral con una de las empresas demandadas, no existiendo, en definitiva, contrato de trabajo entre el actor y la citada empresa, como ocurre en el presente caso, en que el trabajador accidentado realizó los trabajos para la empresa del lugar del accidente por indicación de la otra empresa codemandada, con la que sí mantenía relación laboral, **resulta competente para el conocimiento de la litis esta jurisdicción civil.** Y entrando a resolver el fondo del asunto la Sala afirma que **el capital coste constituido para garantizar el pago de los recargos por incumplimiento de las medidas de seguridad no puede ser compensado o restado de la indemnización procedente en virtud de responsabilidad civil extracontractual, por culpa o negligencia de la empresa.**

3.5. La STS 16-12-2008 (Rc 853/2002), de Pleno, sobre responsabilidad extracontractual y concretamente sobre la interrupción de la prescripción, sienta como doctrina que **cuando a todos los demandados les alcanza la responsabilidad solidaria, la actividad interruptora de la prescripción producida con relación a uno sólo de los responsables solidarios alcanza a los demás con respecto a los que esa actividad no se haya producido, como consecuencia de lo normado en el párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil.** Ello lleva a la Sala a la desestimación del recurso, en atención de la responsabilidad «in solidum», toda vez que las sociedades codemandadas vinculadas por relación contractual han concurrido en una única causa, indiscernible por tanto su cuota de aportación al resultado, al hecho ilícito determinante de la responsabilidad que la demandante ha interesado y que las sentencias de instancia han estimado.

3.6. La STS 02-03-2009 (Rc 152/2004) trata sobre la responsabilidad civil profesional de los Registradores de la Propiedad. Argumenta la Sala que son tres de los elementos cuya concurrencia es necesaria para la existencia de responsabilidad civil en estos casos: *a)* la existencia de una conducta profesional negligente por parte del demandado; *b)* la existencia de un daño resarcible; y *c)* la existencia de nexo de causalidad entre la primera y el segundo. La Sala considera que **la disminución de la garantía producida por un error en un asiento del Re-**

gistro puede constituir un daño resarcible. Sin embargo, no aprecia que pueda establecerse la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del Registrador que calificó erróneamente el mandamiento judicial, dando lugar a una anotación preventiva de demanda que realmente carecía de efecto alguno, y el daño. Y ello por cuanto el nexo de causalidad no puede ser establecido únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito científico suele llamarse imputación objetiva. Y en el caso examinado aprecia la Sala que los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizan a imputar al Registrador el daño producido, no obstante la negligencia en la que incurrió, concluyendo que **los efectos de la función calificadora del Registro no pueden extenderse hasta el extremo de justificar la existencia de un grado absoluto de confianza de los interesados en la validez y eficacia de asientos registrales practicados de conformidad con su solicitud, al menos en los casos en que sólo en virtud de un error de carácter venible y, por consiguiente, imputable a quien lo padece, la solicitud formulada puede considerarse apta para producir un asiento eficaz.**

4. Propiedad Industrial

4.1. La STS 15-01-2009 (Rc 3708/2000), de Pleno, en materia de marcas, se plantea el cambio de forma en el uso de la marca registrada, centrándose la cuestión litigiosa en si la marca «Bio Kaiku» varía al usarla la entidad Iparlat, SA e invade el ámbito de protección conferido a la prioritaria marca «Bio» de Danone SA. Se trata en definitiva de determinar, no si la presentación de los productos lácteos de Iparlat, SA imita la de los similares de Danone, SA, sino si con la modificación —en los envases de leche fermentada con bífidos activo— de la forma de la marca «Bio Kaiku», destacando la primera palabra respecto de la segunda, la demandada lleva a cabo un acercamiento intolerable a la marca «Bio» de Danone, SA. La Sala, a este respecto, concluye que, de conformidad con el artículo 4.2.a) de la Ley 32/1.988, **el titular de una marca supera el límite de la protección nacida de la concesión y usa otro signo cuando se cumplen dos condiciones: la primera es que use la**

marca *«en forma que difiera»* de aquella *«bajo la cual se halle registrada»*; la segunda es que la diferencia entre la forma de uso y la de registro recaiga en elementos que alteren la última *«de manera significativa»*. Señala que la cualidad significativa de esta alteración debe determinarse en relación con el carácter distintivo de la marca, tal como establece el artículo 10.2.a) de la Directiva 89/104/CEE, a la luz de la cual debe interpretarse el artículo 4.2.a) de la Ley 32/1.988. Y sostiene que **para afirmar cumplida ésta segunda condición es necesario llevar a cabo un juicio de naturaleza sustancialmente jurídica, de subsunción de los hechos probados bajo un concepto jurídico indeterminado**, operación calificadora, de naturaleza normativa, que es susceptible de ser revisada en casación. De todo ello la Sala deduce que Iparlat, SA. no ha alterado significativamente la forma registral de la marca *«Bio Kaiku»* y, en consecuencia, ha hecho un uso legítimo de la misma porque los cambios introducidos en el signo no merecen la calificación de significativos que la sentencia de apelación les atribuye.

4.2. La STS 22-12-2008 (Rc 3549/2001), de Pleno, vuelve a tratar el tema de las marcas, y concretamente de la vulgarización de la marca por la actividad de su titular, a propósito también de la denominación «Bio» de Danone. Comienza señalando que para que pueda apreciarse la vulgarización se exige en primer término **un elemento objetivo, consistente en que la marca se haya convertido en la designación usual del producto o servicio para el que fue registrada**, lo cual concurre en el caso que se examina ya que los hechos declarados probados por la sentencia recurrida demuestran la concurrencia del presupuesto objetivo exigido por la norma aplicable, pues según aquella la marca 'bio' se ha convertido en la designación usual del tipo al que pertenecen los productos para los que fue registrada, calificados por una determinada cualidad (yogures fermentados con bífidos activo.) Y afirma la Sala que **el hecho de que se haya producido un aumento del prestigio de la marca no es argumento suficiente, salvo que se haga supuesto de la cuestión, para sostener que no ha perdido su carácter distintivo**, pues la vulgarización de una marca se produce habitualmente en estrecha relación con el aumento del prestigio comercial del producto que designa y de lo que se trata es precisamente de determinar si ese aumento de prestigio va acompañado de su vulgarización sin que sea necesario que la vulgarización de la marca se haya producido de manera exclusiva como consecuencia de la actividad del titular, sino que basta con que este haya contribuido de manera relevante a la vulgarización o a consolidar

sus efectos, si bien considera la Sala, citando a la doctrina, que la situación más frecuente de vulgarización de la marca se produce ante la pasividad o inactividad del titular de la misma.

5. Derechos fundamentales

5.1. La STS 24-04-2009 (Rc 2221/2002), de Pleno, sobre derecho al honor, afronta la inclusión de una persona en un registro de morosos, erróneamente, y sin que concurra veracidad. Y concluye que dicha inclusión lesiona el derecho al honor ya que por sí misma constituye una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. La Sala afirma que la persona, ciudadano particular o profesionalmente comerciante, que se ve incluido en dicho Registro, se encuentra afectado directamente en su dignidad, interna o subjetivamente, e igualmente le alcanza, externa u objetivamente, en la consideración de los demás, ya que se trata de un imputación de un hecho consistente en ser incumplidor de su obligación pecuniaria que, como se ha dicho, lesiona su dignidad y atenta a su propia estimación, como aspecto interno y menoscaba su fama, como aspecto externo. **Y considera la Sala intrascendente el que el Registro haya sido o no consultado por terceras personas,** ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido, y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Si además, añade, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito), **sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la mencionada Ley de 5 de mayo de 1982.**

5.2. La STS 29-04-2009 (Rc 325/2006), nuevamente sobre derecho al honor, plantea la cuestión de la caducidad y extinción de la acción, y tras reconocer la Sala que la materia de que se trata está necesitada de una cierta clarificación, fija la siguiente doctrina, siempre en relación con actuaciones penales previas al proceso civil por delitos perseguibles sólo a instancia de parte: 1.º) **El plazo de cuatro años establecido en el art. 9.5 de la LO 1/82 es de caducidad, como claramente expresa el propio precepto, y por tanto no se interrumpe por la in-**

coacción de actuaciones penales por los mismos hechos. Se reitera, en consecuencia, la jurisprudencia de esta Sala al respecto que en su momento fue declarada conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional. 2.º) **Si la acción civil fundada en la LO 1/82 se ejercita antes de transcurrir dicho plazo de cuatro años, no procederá apreciar su caducidad ni tampoco su extinción.** Se rectifica, por tanto, el criterio aplicado por algunas sentencias de esta Sala, y se coincide así con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 236/2006, de 17 de julio. **En cambio, si la demanda civil fundada en la LO 1/82 se interpone después de vencido el referido plazo de cuatro años, procederá apreciar su caducidad aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos.** Por tanto, si dichas actuaciones penales finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la LO 1/82 habrá caducado. Finalmente, añade la Sala, **si hubiera mediado reserva expresa de la acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal y éste hubiera terminado por sentencia condenatoria, entonces la acción civil ejercitable por el perjudicado, haya transcurrido o no el plazo de cuatro años, no será ya la fundada en la LO 1/82, por más que sus criterios sean aplicables para fijar la indemnización (art. 1.2), sino la nacida del delito o falta declarada por la jurisdicción penal;** es decir, la contemplada en el art. 1092 CC, que en la mayoría de las ocasiones estará sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el art. 1968-2.º del mismo Cuerpo legal para la acción de responsabilidad civil por injuria o calumnia.

Finalmente esta resolución plantea la **necesidad de una nueva sentencia de segunda instancia cuando el recurso de apelación hubiera planteado cuestiones de fondo, fácticas y jurídicas, sobre las que no se pronunció el tribunal de apelación por haber apreciado falta de acción del demandante.**

5.3. La STS 16-01-2009 (Rc 1171/2002), de Pleno, versa sobre el **derecho al honor, intimidad personal y propia imagen;** y en concreto plantea la **cuestión de la grabación de la imagen y voz en una consulta mediante cámara oculta haciéndose pasar por paciente y posterior publicación del reportaje en televisión.** Afirma la Sala que en este caso se produjo una **intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la demandante** con base en que la repor-

tera demandada, para filmar legítimamente la visita, debió contar con el consentimiento de la otra parte de la relación objeto de la grabación, lo cual no sólo lo exige el artículo 2.2 en relación con el 7.1 de la Ley 1/1.982 y resultaba del reconocimiento social de un valor de convivencia, sino que la necesidad de dicha autorización se evidencia por el dato de que la intromisión hubiera sido posible gracias a la utilización del engaño. En efecto, señala, **es la expresión de un engaño intencionado que, en último caso, sería invalidante de la voluntad formada con tan grave vicio**, y añade que el consentimiento que el artículo 2.2 de la Ley 1/1.982 convierte en causa excluyente de la ilicitud de la intromisión es sólo aquel que tiene por objeto el que recae sobre el ámbito invadido, el cual —en el caso que se enjuicia— no era la inviolabilidad del domicilio —artículo 18.2 de la Constitución Española— sino fundamentalmente la intimidad de la demandante, de ahí que **la autorización que la actora dio a la periodista demandada para que entrara en su consulta no pueda ser interpretada como consentimiento a la grabación y, menos, a la publicación del programa por medio de televisión, pues no cabe hablar de aceptación cuando quien habría de prestarla desconoce aquello sobre lo que tendría que consentir**. En cuanto a la intromisión ilegítima en el derecho al honor, respecto de la divulgación del reportaje, afirma la Sala que no concurre tal intromisión pues si bien el mismo no merece ser calificado como neutral, las opiniones expresadas durante el desarrollo del programa televisivo, aunque afecten a la reputación de la demandante, no son impertinentes ni innecesarias para la exposición de una crítica plenamente tolerable que, a mayor abundamiento, resultaba socialmente útil.

6. Propiedad Horizontal

6.1. La STS 22-10-2008 (Rc 245/2003) declara la necesidad del **acuerdo unánime en la Junta de Propietarios para la instalación por los titulares de una vivienda de un aparato de aire acondicionado en la azotea de un edificio**, prohibida genéricamente por los Estatutos.

6.2. La STS 26-11-2008 (Rc 861/2004) establece como doctrina interpretativa de los artículos 7 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal la **necesaria autorización de la comunidad de propietarios, respecto a la colocación de aparatos de aire acondicionado**, con especial consideración de si se alteran los elementos comunes del inmueble, debiendo

tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso, entre las que se incluyen que se hayan realizado obras de perforación.

6.3. La **STS 23-10-2008 (Rc 1332/2003)** concluye afirmando la presencia de consentimiento tácito en las obras realizadas unilateralmente por el titular de la vivienda en la fachada del edificio de la Comunidad, habida cuenta de que del comportamiento de las partes resulta implícita su hubiera efectuado impugnación alguna pese a su notoriedad. Igualmente, en el ámbito de la propiedad horizontal.

6.4. La **STS de 27-10-2008 (Rc 2690/2003)** fija como doctrina jurisprudencial que **el artículo 21 LPH, sobre aplicación del procedimiento monitorio para el pago de las cuotas pendientes, es aplicable, con el carácter supletorio que establece el artículo 24.4 LPH y con subordinación a los pactos que establezcan entre sí los propietarios, a los complejos inmobiliarios existentes siempre que los propietarios ostenten, con carácter inherente a su derecho privativo, una titularidad compartida sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.**

6.5. La **STS 21-10-2008 (Rc 1751/2002)** sobre reforma de la LPH por la **Ley 8/99 en relación con la instalación de ascensor** en edificio de planta baja y cinco pisos con cinco viviendas en cada uno, resuelve que dicho servicio es **de los requeridos para la adecuada habitabilidad del inmueble** y que, por tanto, no es una innovación inexigible que exima al disidente de contribuir cuando la cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades, máxime cuando el edificio del presente caso consta de planta baja y cinco pisos con cinco viviendas en cada uno y el apartado 1 del art. 11 atiende a la **«naturaleza y características» del inmueble. Por tanto, declara la inaplicabilidad del apdo. 2 del art. 11 en favor del disidente y la obligatoriedad para todos los copropietarios.**

7. Honorarios de Letrado

7.1. La **STS, 26-05-2009 (Rc 1571/2000)**, en sede de impugnación de honorarios de Letrado por indebidos, tiene su origen en una tasación de costas tramitada de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, e impugnada por considerar indebidos los honorarios del Letrado por «nulidad radical de la tasación», por razón de que la parte recurri-

da vino actuando en representación de un fallecido. La Sala determina que **no son indebidos los honorarios impugnados, pese a que con posterioridad a las actuaciones procesales, y antes de la sentencia, falleció el defendido**, ya que simplemente se ha producido una sucesión procesal por fallecimiento posterior a la admisión a trámite del recurso de casación y de la actuación procesal del Letrado, presentando su escrito de impugnación del recurso y anterior a la sentencia. Por tanto, concluye, mientras realizó el Letrado las actuaciones que precisamente han sido las minutadas, lo hacía en defensa del cliente que no había fallecido.

8. Derecho Concursal

8.1. La STS 21-01-2009 (Rc 842/2007), de Pleno, en materia de Derecho Concursal, se plantea la forma de computar los créditos concursales tributarios a efectos de clasificarlos como privilegiados con privilegio general (art. 91.4.º Ley Concursal) o como ordinarios (art. 89.3 LC). También lo hace respecto de los recargos tributarios de apremio, a efectos de que proceda o no su calificación como créditos subordinados (art. 92 LC). El litigio tiene su origen en la demanda incidental formulada por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria sobre impugnación de la lista de acreedores elaborada por la administración concursal de la entidad concursada. Las cuestiones básicas de discrepancia con dicha lista se resumen en tres apartados: a) que el límite cuantitativo del 50% no es aplicable a las retenciones tributarias a las que se reconoce un privilegio general en la clasificación de créditos en el art. 91.2 de la Ley Concursal; b) que se excluye el recargo de apremio del concepto de crédito privilegiado, incluyéndolo entre los ordinarios del art. 89.3 de la LC [la Administración concursal los había clasificado como subordinados]; y, c) que la base de cálculo del límite del privilegio del art. 91.4, inciso segundo —«hasta el 50 por ciento de su importe»— debe referirse al conjunto de los créditos concursales que ostenta la Hacienda Pública, y no limitarse a los créditos tributarios, por lo que deben computarse la totalidad de los créditos. Pues bien, la Sala acoge el criterio de la Audiencia Provincial que se resume en que *«la correcta interpretación de la norma impone excluir de la suma total del crédito concursal los importes que gozan de privilegio especial del art. 90.1 LC, los beneficiarios del privilegio general del art. 91.2.º LC, y el crédito que se califica como subordinado conforme al art. 92.4.º, atribuyendo el privilegio*

general del art. 91.4.º al 50% del crédito concursal resultante». Sostiene así la Sala que para determinar la base a que debe aplicarse el porcentaje del cincuenta por ciento no cabe tomar en cuenta los créditos incardinables en los arts. 90, 91 y 92 LC, porque los mismos ya están clasificados con una u otra condición, y, por consiguiente, quedan fuera de la categoría genérica de los no clasificados, y ello no sólo es coherente con un argumento de lógica formal del sistema, sino que además evita el sin sentido de una doble calificación de los créditos ya clasificados.

En relación con la **impugnación de la clasificación de los recargos de apremio como créditos subordinados**, la Sala comparte igualmente el criterio de la resolución recurrida que **califica el crédito concursal por recargo tributario de apremio como crédito subordinado del art. 92 LC**. Y fundamenta la Sala su decisión en que la inclusión de los recargos ejecutivos en el art. 92.4.º LC resulta reforzada, por un lado, por los términos de la Exposición de Motivos en cuanto se refiere a «sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social», y, por otro lado, por la amplitud de la expresión legal «los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias», y ello hasta el punto de que, de limitarse en materia tributaria el ámbito del precepto a las sanciones del Título IV LGT, la norma sería redundante, porque, según el art. 185.2 LGT, las sanciones tributarias pecuniarias consisten («podrán consistir») en una multa fija o proporcional.

8.2. La STS 11-02-2009 (Rc 2608/2003) se plantea la nulidad de una hipoteca constituida dentro del período de retroacción de la quiebra y el perjuicio para los acreedores del quebrado. Justifica la Sala en la **oposición al interés general de los acreedores la sanción de nulidad de los actos efectuados dentro del período de retroacción, que aun cuando se entienda que no opera ipse legis potestate et auctoritate como se derivaría de la aplicación del criterio de interpretación más riguroso, no exige la concurrencia de mala fe o consilium fraudis por parte de quien contrató con el quebrado.** Y recuerda la Sala la Sentencia de 13 diciembre 2005 que se expresa en los siguientes términos: «*tal grado de invalidez, por otra parte, suscita la cuestión de su alcance a los actos o negocios de disposición de bienes realizados por el quebrado durante el período de retroacción que hayan sido seguidos por los adquirentes del quebrado de modo que, al declararse la quiebra, se encuentren los bienes o derechos objeto de disposición en poder de terceros de buena fe a quienes, en principio, habría que tener por protegidos en base a preceptos como los que se contienen en los artículos*

*1295 II CC y 34 LH. La tesis de la inoperancia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria frente al rigor del artículo 878 II CCom., sostenida por Sentencias como las de 17 de marzo de 1958, 15 de noviembre de 1991, 16 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 2000, ha sido matizada por la de 22 de mayo de 2000 para destacar que **no puede amparar al adquirente directo del quebrado**, así como que «una aplicación indiscriminada del art. 34 LH acabaría con la eficacia del artículo 878 II CCom, pues posibilitaría transmisiones rápidas por parte del quebrado que serían ya inatacables, y que los términos en que se protegen los derechos del tercero de buena fe por el artículo 34 LH son de muy difícil incidencia en el riguroso régimen del artículo 878 CCom, pues el derecho de quien transmite al tercero no se anula o resuelve por una causa que pudiera constar en el Registro de la Propiedad, sino precisamente por la sola circunstancia de haberse adquirido ese derecho en un tiempo anterior que se fija retroactivamente por el Auto judicial de declaración de la quiebra, de suerte que en rigor no cabría hablar de inexactitud del Registro»...»*

Afirma la Sala que esta es la situación que se presenta en el caso presente y que determina que el que adquiere el derecho directamente del quebrado no pueda, conforme a la doctrina jurisprudencial ya señalada, pretender el carácter inatacable de su derecho al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

9. Arrendamientos

9.1 La STS 15-01-09 (Rc 1555/2002), de Pleno, se refiere a la acción de impugnación recogida en el artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. La cuestión litigiosa se suscitó cuando el demandante ejercitó la acción de impugnación recogida en el artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Texto Refundido aprobado por Decreto de 20 de diciembre de 1964, respecto de la transmisión efectuada de la vivienda por él ocupada a título de inquilino, y solicitó la declaración de que, por exceder el precio de la misma de la capitalización legal, no pueden las adquirentes demandadas denegar la prórroga del contrato con base en la causa de necesidad determinada en el artículo 62.1.^a de dicha Ley.

La Sala, tras poner de manifiesto la discrepancia existente al respecto entre distintas Audiencias Provinciales, **mantiene la vigencia y correc-**

ta aplicación del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 para los contratos sometidos a dicha Ley, con la argumentación de que no cabe aquí el abuso de derecho si un inquilino ejercita una acción prevista en la normativa vigente, habida cuenta de lo establecido en el artículo 2.2 del Código Civil y, por consiguiente, la aceptación de un criterio distinto constituiría una conculcación del principio de seguridad jurídica determinado en el artículo 9.3 de la Constitución. Aparte de que dentro del concepto de tutela judicial efectiva debe encuadrarse la obligación ineludible de que las resoluciones judiciales se diriman a tenor del contenido concreto de la norma y según el sistema de fuentes predeterminado (artículo 1.7 del Código Civil), con la finalidad de que el ciudadano conozca en todo momento y con la debida certeza cuál va a ser el contenido de los preceptos aplicables. Resalta que, cualquiera que sea el sistema interpretativo utilizado en el marco de lo mandado por el artículo 3.1 del Código Civil, **la intención del legislador es clara al haber mantenido incólume la citada regla, por lo que cualquier solución contraria a la misma o que suponga un vaciamiento de su contenido significaría un exceso hermenéutico que acarrearía la indeseada consecuencia de diluir los nítidos límites existentes entre la labor legislativa y la propiamente judicial.**

9.2. La STS 15-01-2009 (Rc 2097/2003), de Pleno, y en la misma línea de la anterior, sostiene que el artículo 53 de la LAU 1964 debe ser aplicado, cuando se trata de arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985, sometidos a las excepciones contempladas en la DT Segunda LAU 1994, siempre que, concurriendo los requisitos expresados en el citado artículo, el precio de la transmisión exceda de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino a los tipos fijados por el artículo, aun cuando se acredite que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa y el precio fijado sea el correspondiente al mercado o inferior a él. Argumenta que el citado precepto se halla en vigor y no puede entenderse derogado por las disposiciones posteriores, especialmente si se tiene en cuenta que la DT Segunda LAU 1994 establece que los preceptos de la Ley de 1964 son aplicables a los arrendamientos concertados antes del día 9 de mayo de 1985, con excepciones entre las cuales no figura la acción contemplada en el citado artículo. Y respecto de la postura contraria a esta premisa, declara la Sala, entre otras consideraciones, que: *«a) se opone al tenor literal del precepto, y b) se funda en que su única finalidad es la de garantizar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por parte del*

inquilino, cuando no puede asegurarse que su finalidad no sea también la de evitar que mediante una transmisión sujeta a un valor de mercado especulativo o correspondiente a un incremento notable de valor de los inmuebles a lo largo del tiempo se transmita el inmueble a un nuevo propietario dispuesto —por hallarse en condiciones de denegar el derecho de prórroga por necesidad— a sufragar en todo o en parte la plusvalía de la que resulta privado el propietario durante la vigencia del arrendamiento sometido a prórroga forzosa.»

10. Derecho Procesal

10.1. La STS 29-04-2009 (Rc 511/2002), de Pleno, en relación con el ejercicio del derecho de retracto arrendaticio urbano, se plantea la interpretación del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre cómputo de plazos en la presentación de escritos. Parte la Sala de reconocer que el plazo de sesenta días que establece el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 para el ejercicio de la acción de retracto por el arrendatario de viviendas urbanas es **de caducidad**, lo que exige que el derecho se ejercite en un período determinado, transcurrido el cual decae, y la institución de la caducidad opera, en principio, en el ámbito propio del Derecho material o sustantivo y no en el del Derecho procesal, en cuyo cómputo se incluyen los días inhábiles, a diferencia de los plazos propios del proceso, tal como establece el art. 5 del Código Civil. Ahora bien, acto seguido reconoce que **la acción judicial que pone en movimiento el derecho de retracto solo se materializa a través de la presentación de una demanda que formula el titular del derecho ante el órgano jurisdiccional, y este acto de presentación es un acto de naturaleza procesal que da lugar con su admisión a la iniciación del proceso —y consiguiente litispendencia— en el que ha de ventilarse necesariamente el derecho frente a quien lo niega.** Como tal, sostiene la Sala, **está sujeto a las normas que regulan el procedimiento, incluidas las del artículo 135 de la LEC, pues se trata de la presentación de un escrito mediante el que actúa procesalmente el derecho a partir del día siguiente en que concluye el plazo civil que tenía para hacerlo efectivo, aproximando de una forma justa y razonable unos y otros plazos.** La Sala aclara que no es, por tanto, un problema de plazos, pues su computación no se ve alterada, ni se prolongan los sesenta días de los que dispone el interesado, sino que se trata de permitir al titular de un derecho cuyo ejercicio se encuentra sometido a

plazo de caducidad disponer del mismo en su integridad, con perfecto ajuste a lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil que aunque no menciona si el día final del cómputo ha de transcurrir por entero habrá de entenderse que es así pues no excluye aquel precepto en su texto el día de su vencimiento a diferencia de lo que dispone sobre el día inicial.

10.2. La STS 06-05-2009 (Rc 1858/2004) se refiere a la necesidad de motivación de las resoluciones procesales. El objeto del proceso versa sobre propiedad intelectual, propiedad industrial y competencia desleal, y la Sala declara en este caso que la resolución recurrida no contiene motivación suficiente acerca de la valoración de la prueba. Así, recuerda cómo **el deber de motivar las resoluciones judiciales tiene especial relevancia en la perspectiva constitucional, y cómo el Tribunal Constitucional viene reiterando que la motivación ha de expresar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, o, lo que es lo mismo, su «ratio decidendi»**, y asimismo ha de contener una fundamentación en Derecho, consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y añade que el deber de motivación, que se extiende tanto a la fundamentación fáctica como a la jurídica «strictu sensu», no se cumple cuando no se contiene motivación alguna o cuando la efectuada es claramente insuficiente, como sucede en aquellos supuestos en los que el juzgador se limita a apreciaciones «in genere», sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto exigentes de una mayor explicación, dando lugar con tal deficiencia argumentativa a una conclusión arbitraria, caracterizada por la apariencia de ser meramente voluntarista. Así mismo reconoce la propia Sala que **su doctrina en el ámbito de la legalidad ordinaria, y en plena sintonía con la doctrina constitucional en el ámbito de operatividad de ésta, ha venido admitiendo, para cuando no es exigible la motivación reforzada (derechos fundamentales), un menor rigor en la exigencia de la motivación en relación diversas situaciones**, pero ninguna se da en el caso: una de ellas es la de **la posibilidad de la motivación por remisión a la resolución de primera instancia**, la cual no es aplicable dado que por la sentencia de la Audiencia se mantiene un criterio que se separa totalmente de la objeto de la apelación; y tampoco es aplicable **la doctrina que permite en ciertas circunstancias una apreciación conjunta de la prueba**, porque en el caso que se enjuicia hay un acervo probatorio del que no cabe prescindir mediante declaraciones genéricas como las que utiliza la sentencia recurrida.

10.3. La STS 08-04-2009 (Rc 1724/2003) establece la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de reclamación de aportaciones formulada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería contra el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Pontevedra. Reafirma la Sala que el orden contencioso-administrativo es el competente en la medida en que se trataba de instituciones consideradas como Corporaciones de Derecho Público y la reclamación de cuotas correspondientes a las distintas anualidades debían calificarse igualmente como actuaciones administrativas, atendida además su aceptación en Asambleas Generales, expresivas de la voluntad colegial, que aprobaron los presupuestos de ingresos y gastos para dichas anualidades y las actividades llevadas a cabo en el ámbito de la gestión pública referente a la demanda y requerimiento de abono de las cuotas impagadas que se reclaman que se califica como de actuación administrativa positiva, ante la posición del Colegio demandado de no proceder a su pago, que se califica como de actuación administrativa inmediata de signo negativo.

10.4. La STS 27-05-2009 (Rc 1736/2003) aborda el tema de la jurisdicción competente para conocer de la reclamación contra la Administración como consecuencia de la promesa de compra de acciones de una sociedad anónima como garantía de un préstamo mercantil. La cuestión jurídica se reduce, como reconoce la Sala, a determinar **la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes que ha dado origen a la demanda**, puesto que, de ser considerado un contrato administrativo, habría de aceptarse la falta de Jurisdicción del orden civil para conocer de la demanda, con estimación del motivo y casación de la sentencia a los efectos de lo dispuesto en el artículo 476.2 Ley de Enjuiciamiento Civil. Y considera la Sala que siendo indiscutido que el contrato celebrado por las partes no se encuentra dentro de los típicamente administrativos, al no versar sobre ejecución de obras, gestión de servicios públicos, realización de suministros, consultoría, asistencia o servicios, queda determinar si es de los comprendidos en el apartado b del artículo. 5.2 de la Ley 13/95 (contratos administrativos especiales por su finalidad o por definirlo así la ley), o de los considerados privados en aplicación del art. 5.3 del citado cuerpo legal. Y la respuesta de la Sala se resume en que **el negocio jurídico celebrado no sólo no puede integrarse dentro de la categoría de contratos administrativos especiales, sino que ha de ser entendido como contrato privado por formar parte del enumerado excluyente del art. 5.3 de la Ley 13/95.** Así, el

otorgamiento de la garantía de compra de acciones pignoradas en una operación de crédito suscrita entre unas entidades financieras y un club deportivo no tiene una finalidad puramente pública, pues la pretendida finalidad de promoción de una ciudad como sede olímpica supone un fin secundario o mediato, siendo el favorecimiento de una operación de préstamo a un Club deportivo de la ciudad –a la sazón, entidad mercantil de titularidad privada– la finalidad inmediata, lo cual, en aplicación de la Jurisprudencia más reciente y atendiendo al espíritu del legislador de 1995, lleva a la Sala a rechazar la acepción amplia de la calificación de administrativa del contrato celebrado. **A mayor abundamiento, señala la Sala que el compromiso de compra de unas acciones de una entidad privada caso de producirse el impago del préstamo, constituye una garantía sobre valores negociables, lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el art. 5.3 de la Ley 13/95, lleva a su calificación específica como contrato privado.**

11. Sociedades

11.1. La STS 09-10-2008 (Rc 4934/2000), de Pleno, en materia de responsabilidad de los auditores de cuentas, declara que los mismos están obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida y son responsables de los perjuicios financieros que hayan causado por negligencia, no sólo frente a con quienes estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de la prestación de auditoría, sino también frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada, siempre que, en este último caso, concurren los requisitos precisos para afirmar una responsabilidad extracontractual conforme a las normas generales del Código Civil. Y señala cómo de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1.902 del Código Civil tiene particular importancia el referido a la **relación causal entre la conducta y el daño**, relación que se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la «*conditio sine qua non*», conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado y la de la «equivalencia de condiciones»; y afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego los criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discrimina-

ción de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto.

12. Recurso de casación civil y de revisión de Sentencia firme

12.1. La STS 19-02-2009 (Rc 2285/2003) se plantea la existencia de fraude casacional por la suma por el recurrente de cantidades improcedentes para obtener la cuantía que permita acceder al recurso de casación. Y afirma que el recurso de casación debió haberse inadmitido por no concurrir el presupuesto de recurribilidad relativo a la cuantía (art. 477.2.2.º, en relación con el art. 483.2.3.º, ambos de la LEC) cuyo defecto procesal es apreciable de oficio dado el carácter de derecho necesario del precepto conculcado, operando en este momento procesal la causa de inadmisión como causa de desestimación. Reconoce que, si bien es cierto que sumadas las cantidades reclamadas por los recurrentes se rebasa la cuantía de 25.000.000 pts., que es la cifra mínima por encima de la cual cabe plantear el recurso de casación en los procesos seguidos por razón de la cuantía, tal suma es sin embargo improcedente porque las reclamaciones formuladas por los actores en la demanda corresponden a dos pretensiones que no tienen ninguna relación entre sí, dado que derivan de dos contratos de compraventa independientes, de viviendas diferentes y con compradores distintos, por lo que falta la conexión para que pudiera tener lugar la acumulación de acciones subjetiva, o subjetiva-objetiva, de conformidad con lo establecido en el art. 156 LEC 1.881, que era la vigente al tiempo de la demanda. Recuerda la Sala que **la doctrina jurisprudencial ha venido manteniendo un criterio flexible en la apreciación del requisito, pero no hasta el punto de que se pueda abrir un portillo al fraude casacional, mediante el mecanismo, como sucede en el caso, de adicionar las cuantías, cuando entre las pretensiones de que se trata no coincide el sujeto activo y no existe unidad de título o de causa de pedir**, pues no supone tal unidad la circunstancia de que los dos compradores de fincas diferentes vieran frustradas sus respectivas expectativas contractuales por idéntico tipo de incumplimiento de la parte vendedora.

12.2. La STS 27-01-2009 (Rc 24/2005) resuelve un recurso de revisión de Sentencia firme con base en la recuperación de documentos decisivos. La Sala recuerda que en otras resoluciones ha venido señalando como requisitos para que pueda prosperar este motivo que: **a) los**

documentos se hayan obtenido (o, en su caso, recobrado) después de pronunciada la Sentencia firme cuya rescisión se pretende; *b*) no se haya podido disponer de los documentos para el proceso en que recayó dicha sentencia, por causa de fuerza mayor (o, en su caso, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia); *c*) que se trate de documentos decisivos para el pleito, esto es, con valor y eficacia de resolverlo; y *d*) que los requisitos expresados se prueben por la parte demandante, a quien incumbe la correspondiente carga procesal. En el caso examinado, concluye la Sala, no se cumple el tercero de los requisitos expresados, esto es, que se trate de documentos decisivos para el pleito con valor y eficacia de resolverlo y con potencialidad suficiente para modificar el fallo. Además, añade la Sala, los motivos de revisión deben ser interpretados con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia; su interpretación debe tener en cuenta la naturaleza extraordinaria de la revisión como remedio que supone una excepción al principio de invariabilidad de las sentencias firmes, fundado en el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva. **Y particularmente, en relación con la maquinación fraudulenta a que se refiere el artículo 510.4.º LEC como fundamento de la revisión, señala la Sala que es exigible al actor la prueba cumplida de hechos que evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario.**

13. Incapacidad

13.1. La STS 24-09-2009 (Rc 1259/2006), de Pleno, en materia de incapacidad, aborda la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. Concretamente, el problema planteado en el recurso de casación se centra en determinar si, como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces. Ante esta situación, la Sala afirma rotundamente **que la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio**, de aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado, ya que una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde

identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Y concluye que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º *Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección.* 2.º *La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.*»

14. Juegos de suerte, envite o azar

14.1. La STS 10-10-2008 (Rc 5707/2000), de Pleno, hace referencia a los juegos de suerte, envite o azar. El litigio causante de este recurso de casación fue promovido por la sociedad explotadora de un casino de juego en reclamación de cantidad frente a un cliente habitual al que en ocasiones se permitía adquirir las fichas de juego mediante cheques, aunque en algunas de esas ocasiones el demandado pedía que los cheques no se presentaran al cobro porque en breve procedería a su pago, de forma que el demandado había ido oponiendo excusas al pago de su deuda, llegando éste a afirmar que los últimos pagarés los había emitido después de prohibírsele el acceso al casino, por lo que no estaría obligado a atenderlos. La Sala estima el recurso porque, si bien es cierto que el juego en los casinos autorizados no es juego prohibido que conforme al art. 1798 del Código Civil prive de acción al ganador, no lo es menos que la doctrina de las Sentencias de 23 de febrero de 1988 y 30 de enero de 1995 debe ser rectificadas en cuanto considera que la sanción administrativa por infringir la prohibición de préstamo a los jugadores excluye cualesquiera consecuencias civiles en contra del infractor; o dicho de otra forma, en cuanto declara que la infracción de dicha prohibición no transforma el juego de lícito en ilícito porque las sanciones administrativas agotarían toda la reacción del ordenamiento jurídico contra el infractor. **Por el contrario, la doctrina que ahora se sienta por la Sentencia de Pleno es que la potencial sanción administrativa por infringir la prohibición de que se trata no agota la respuesta del ordenamiento jurídico contra el infractor, porque también caben consecuencias civiles en su contra debido al alcance y trascendencia de dicha prohibición.**

15. Régimen económico matrimonial

15.1. La STS 18-02-09 (REC 1548/2003) versa sobre la interpretación de una escritura de capitulaciones matrimoniales y de otra de liquidación de la sociedad de gananciales, y concretamente sobre el alcance y contenido de la cláusula pactada en la escritura de liquidación que decía: «*Que las posibles consecuencias fiscales de la venta de la casa ... serán soportadas en su día en la proporción, 5/7 y 2/7 en que ha resultado adjudicado el neto de la misma*». Lo primero que advierte la Sala es que a partir de la escritura denominada *de liquidación*, donde se establecen las bases para las posteriores adjudicaciones, los cónyuges se convirtieron en copropietarios por cuotas desiguales, de dicho inmueble, al haberse extinguido por voluntad propia el régimen de gananciales. Es perfectamente admisible, argumenta la Sala, que la partición se efectúe mediante la adjudicación en condominio de los bienes que hasta el momento de la liquidación habían sido gananciales y ello es lo que ocurrió en el presente caso, porque la propiedad típica de los bienes gananciales se concreta en cuotas, desiguales en el caso que nos ocupa, cuando se disuelve la sociedad. De este modo, concluye la Sala, cuando ambos cónyuges copropietarios vendieron conjuntamente a un tercero el inmueble, cada uno vendió la proporción que tenía en el mismo y por ello también cada uno estaba obligado a pagar los correspondientes impuestos, es decir, cada uno según su cuota, bajo el riesgo de generar un enriquecimiento injusto de quien habiendo obtenido una cuota de 5/7. **Por esta razón, la Sala sostiene que resulta absolutamente lógica la cláusula según la cual los copropietarios se hacen cargo del pago de los impuestos correspondientes según la participación en la propiedad.**

16. Tercerías

16.1. La STS 03-02-2009 (Rc 2310/2003) versa sobre la tercería de mejor derecho, y en concreto se refiere a un derecho de prenda sobre deuda especial del Estado representada por anotación en cuenta hecha en embargo posterior de la Agencia Tributaria. La *quaestio iuris* que aquí se plantea es si aquél contrato denominado de pignoración y calificado de constitutivo del derecho real de prenda tiene preferencia sobre el embargo practicado tiempo después. Dos son las afirmaciones clave de esta Sentencia. La primera relativa a **la intransmisibilidad de la**

deuda especial del Estado, pues, partiendo de que sobre ella se ha constituido un derecho real de prenda, en su especialidad de prenda de derecho, prenda sobre el crédito frente al Estado, no se acepta el argumento de las sentencias de instancia sobre la intransmisibilidad de aquel crédito plasmado en la anotación de la deuda especial del Estado. Y en segundo lugar se afirma que, de la misma forma que pese a la intransmisibilidad de aquella anotación de deuda especial del Estado, cabe el derecho real de prenda que sólo se ejecutará cuando se produzca su vencimiento y sólo si incumple la obligación garantizada, también cabe el embargo practicado por la Agencia Tributaria que sólo se podrá ejecutar a su vencimiento. **En definitiva, concluye la Sala, no hay norma legal que imponga expresamente la necesidad de inscripción constitutiva para la eficacia del derecho de prenda, cuyo concepto implica la posesión de la cosa pignorada por el acreedor pignoraticio, y en la prenda del derecho de crédito no cabe tal posesión, sino que se sustituye por la notificación al deudor y no se exige una inscripción constitutiva.**

16.2. La STS 11-12-2008 (Rc 2518/2004) versa sobre la tercería de mejor derecho, y en concreto se refiere a una póliza de crédito en cuenta corriente versus póliza de contrato de leasing. La Sala en este caso concluye que es preferente ésta, atendiendo a la fecha de otorgamiento de la póliza. Y ello por cuanto, siendo así que la fecha de otorgamiento de la póliza del contrato de arrendamiento financiero es anterior a la de liquidación y fijación del saldo deudor de la póliza de crédito, e incluso a la de su otorgamiento, en virtud de lo establecido en el art. 1924.3.º del Código Civil, lo procedente es el rechazo de la tercería, acordada en ambas instancias, al ser preferente el primero de los títulos citados.

17. Sucesiones

17.1. La STS 28-01-2009 (Rc 816/2003) trata sobre derecho de sucesiones y en concreto sobre un fideicomiso de residuo, de forma que se otorgó testamento instituyendo heredera fiduciaria a la esposa y herederos fideicomisarios a los sobrinos, con amplísimas facultades dispositivas de aquélla a título oneroso al margen de cualquier razón de necesidad o conveniencia y sin subrogación. La Sala declara en este caso el respeto a la voluntad del testador de favorecer principalmente a la fiduciaria y sólo muy secundariamente a los fideicomisarios, y declara la validez de

una venta de varios miles de acciones procedentes tanto de la liquidación de la sociedad de gananciales como de la herencia del testador fiduciante, sin que aprecie indicios de fraude. Declara asimismo la **improcedencia de compensar a los fideicomisarios por el escaso valor atribuido a un piso en la liquidación de gananciales, porque antes había sido vendido por la fiduciaria a sus sobrinas en vida del fiduciante y concurriendo éste al otorgamiento de la escritura, por lo que había dejado de pertenecer a la sociedad de gananciales antes de la muerte del testador.** Y declara también la **improcedencia de excluir del fideicomiso acciones de una sociedad canjeadas por otras tantas de las que la absorbió,** por no ser el canje equivalente a una permuta por la que la fiduciaria las hubiera enajenado.

SALA SEGUNDA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. DERECHO PROCESAL PENAL.....	69
1. PROCESO PENAL.....	69
1.1. Principios procesales. Igualdad. Scusatorio. Inmediación	69
1.2. Autoría y ejecución del delito: tentativa de inducción y complicidad; desistimiento y delito imposible	73
1.3. Concursos delictivos: supuestos varios.....	76
1.4. Competencia: Jurado y Audiencia; Audiencia Provincial y Audiencia Nacional	76
1.5. Prescripción: faltas.....	78
1.6. Prueba. Interpretación constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Prueba electrónica. Confesión. Coimputado. Intervenciones telefónicas. Pericial. Testifical. Prueba ilícita.....	79
1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia penal. Límites del control casacional.....	86
1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Alcance de las competencias de los jurados. Motivación. Razonabilidad de los juicios de inferencia. Competencia en delitos conexos.....	87
2. JUICIO ORAL.....	89
2.1. Cuestiones anteriores al juicio. Derecho de defensa....	89
2.2. Sentencia. Costas del proceso. Sentencia de conformidad. Auto de aclaración.....	89
2.3. Penalidad. Supuestos varios.....	90
2.4. Responsabilidad civil. Art. 116 CP. «Exceptio doli». Intereses indemnizatorios. Responsabilidad civil subsidiaria.....	92

	<i>Página</i>
II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO	94
1. CUESTIONES GENERALES.....	94
1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Circunstancia mixta	94
1.2. Culpabilidad. Dolo. Error	97
2. AGRESIÓN SEXUAL.....	99
3. ABORTO.....	100
4. APROPIACIÓN INDEBIDA.....	102
5. ATENTADO	102
6. CONTRABANDO.....	103
7. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA	105
8. DELITOS CONTRA LOS EXTRANJEROS	106
9. DELITO PUBLICITARIO.....	108
10. DETENCIÓN ILEGAL.....	109
11. ESTAFA	111
12. FALSEDADES	114
13. HOMICIDIO.....	115
14. INCENDIO	118
15. INSOLVENCIAS PUNIBLES	119
16. LESIONES	122
17. PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	124
18. PREVARICACIÓN	125
19. QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA.....	128
20. REVELACIÓN DE SECRETOS	130
21. SALUD PÚBLICA.....	131
22. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.....	137
23. TERRORISMO	138
24. VIOLENCIA FAMILIAR	139

En el año judicial 2008-2009, la Sala Segunda ha dictado numerosas resoluciones al tiempo que ha adoptado muy diversos acuerdos plenarios no jurisdiccionales, con todo lo cual se elabora la presente Crónica.

En cuanto a los **Acuerdos**, los más importantes, han sido los siguientes: Interpretación del art. 468 del CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima; importancia de la guía de pertenencia en el delito de tenencia ilícita de armas; alcance de la extrema gravedad en relación con el exceso notable de notoria importancia y utilización del buque; tipo de concurso entre los delitos de apropiación indebida y deslealtad profesional; calificación de la tenencia de tarjetas de crédito falsas para su expendición; declaración en el plenario del coimputado juzgado con anterioridad que acude como testigo al juicio de otro acusado; determinación correcta de la declaración en sentencia de la prescripción del delito; la utilización de menores en los delitos contra la salud pública; subtipo agravado de abuso de firma del art. 250.1.4 del CP en aquellos supuestos en los que se ha obtenido fraudulentamente la clave de acceso a la cuenta y límite máximo de la medida de seguridad de internamiento; y habilitación de medios probatorios procedentes de otra causa distinta a las que correspondan al nuevo juicio.

Empezando por el **Acuerdo de 25-11-2008**, mediante el mismo se resolvieron las siguientes tres cuestiones: 1.^a) que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP; 2.^a) que la falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de

La elaboración de la Crónica de la Sala Segunda ha sido realizada por el Ilmo. Sr. D. Eduardo de URBANO CASTRILLO, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Juan SAAVEDRA RUIZ, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

armas, no integra el delito del art. 564 del CP; y 3.^a) que la aplicación de la agravación del art. 370.3 del CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá cuando se trate de, al menos, mil veces la aceptada por la Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia. Y por lo que se refiere al concepto de «buque», que «a los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra dicho concepto sino tan solo aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Lo cual, excluye, con carácter general, las lanchas motoras y planeadoras.

El **Acuerdo de 16-12-2008** entendió que «I.- El letrado que distraje dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del art. 252 del CP, comete delito de apropiación indebida. II.- La aplicación de la agravación prevista en el art. 250.7 del CP se ajustará a las reglas generales. Y III.- Además cometerá un delito del art. 467.2, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara a los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado.»

En la misma reunión, se acordó que: «La tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito para poder ser sancionadas con fundamentos en el art. 386, párrafo 2.º del CP, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión.»

Como tercer asunto, se concluyó que «La persona que ha sido juzgado por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismo hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad.»

Y por último, en la misma reunión, se acordó que «para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997.»

En cuanto al delito de utilización de menores en relación al tráfico de drogas, el **Acuerdo de 26-2-2009** estableció: «El tipo agravado previsto en el art. 370.1 del CP resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleándose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata.»

Por su parte, el **Acuerdo de 31-3-2009**, en relación a la estafa, no consideró firma «la utilización de las claves bancarias de otro». Y, en la misma reunión, se decidió que «La duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate.»

Finalmente, en el **Acuerdo de 26-5-2009**, se resolvió que »En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. Y en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba.»

Una vez recogidos los citados acuerdos, procede exponer ya, sin más demora, los criterios jurisprudenciales que estimamos más relevantes, establecidos en el año judicial 2008-2009.

I. DERECHO PROCESAL PENAL

1. Proceso Penal

Como viene observándose estos últimos años, muchos de los motivos esgrimidos en los recursos de casación, se refieren a cuestiones procesales, que originan interesantes respuestas jurisdiccionales, de las que hemos seleccionado, las que exponemos a continuación, conforme al orden seguido otros años.

1.1. Principios procesales. Igualdad. Acusatorio. Inmediación

Las resoluciones que abordan el alcance y significación de los principios del proceso, siguen proporcionándonos consideraciones,

muy a tener en cuenta, dado los efectos que producen su eventual inobservancia.

De ahí que resultan dignos de mención, y justifica que encabecen esta Crónica, los pronunciamientos jurisdiccionales en materia de principios porque todo Estado, y desde luego el que establece la CE 78, no es un mero ordenamiento formal constituido por un agregado de normas sino una estructura conformada por principios y normas que encarnan valores democráticos para una auténtica convivencia social.

En tal orden de cosas, destacamos las sentencias que se han ocupado de los principios de igualdad, acusatorio e intermediación.

La **STS 16-11-2008 (Rc 10285/08P)**, realiza una amplia exposición del **principio de igualdad**, con cita de los artículos 1.1 y 14 CE, recoge los requisitos que el Tribunal Constitucional ha establecido deben concurrir para apreciar una desigualdad en la aplicación de la ley, y concluye afirmando que a la vista del «complejo panorama» descrito, *«es posible comprender la dificultad de reconocer un supuesto de trato desigual ante la ley, comenzando por la exigencia de que nos encontremos ante unos supuestos esencialmente iguales»*. La sentencia, después de la doctrina que expone, enumera, con un detalle encomiable, la cantidad de circunstancias diferentes a tener en cuenta a la hora de evaluar un hecho delictivo y la personalidad de su autor, a los efectos de individualizar la pena, finalmente imponible..

En cuanto al **principio acusatorio**, seleccionamos una sentencia de gran importancia doctrinal y damos cuenta de otras dos resoluciones que aplican dicho principio.

En efecto, la **STS 3-10-2008 (Rc 11379/07P)**, recuerda que *«...El principio acusatorio, que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.*

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acu-

sación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.»

Pero, y aquí viene el desarrollo más interesante, «esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora conforme a lo dispuesto en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, sean igualmente vinculantes para el juzgado o tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia.

Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

(...) Siendo «el otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación.

La clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores.»

En consecuencia, «no se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación»

Y por tanto, si se excediera de los límites del objeto procesal, así marcados, se ocasionaría una indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado. (FJ 2.º).

En aplicación de dicha doctrina, de la mano de la **homogeneidad de los delitos**, las **SSTS 27-11-2008 (Rc 10307/08P)** y **20-1-2009 (Rc**

10525/08P), consideran no vulnerado el principio acusatorio, dada la homogeneidad de los delitos, en el primer caso, al condenar por coacciones frente a la acusación de agresión sexual; y en el segundo, por coacciones en vez de por detención ilegal como pedía la acusación.

En ambos casos, se subrayan dos ideas: que el debate comprendió toda la facticidad tenida en cuenta para la resolución final, impidiendo cualquier atisbo de indefensión, y que los delitos de que se acusaba contenían el núcleo de los tipos finalmente aplicados.

Y finalmente, sobre el **principio de inmediación**, la **STS 18-11-2008 (Rc 1662/07)**, con cita de la reciente Sentencia 294/2008 de 27.5, nos recuerda que la valoración de la prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases.

«a) La percepción sensorial de la prueba.

b) Su estructura racional.

La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración.

La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.»

Resultando una gran diferencia entre estas dos fases, ya que sólo el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

Y es que, como dijera la STS. 1507/2005 de 9-12: «El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.»

Es decir, la garantía de inmediación y también las de publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del pro-

ceso de conformación de los hechos en cuanto permiten advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo, la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena.

Pero la inmediación, expresada especialmente en la fuerza acreditativa del testimonio, aún directo, que se utiliza como única fuente de la convicción judicial reclama no solo identificar los criterios de credibilidad objetiva y subjetiva que concurrían, sino también explicitar las razones por las cuales no se creyó el testimonio de los otros testigos que depusieron en el plenario, afirmando hechos contrarios o excluyentes. (FJ 15.^a).

1.2. Autoría y ejecución del delito: tentativa de inducción y complicidad; desistimiento y delito imposible

En materia de autoría, participación y ejecución del delito, citamos varias sentencias que examinan diversos aspectos relativos a dichas cuestiones.

Y así en la **STS 2-12-2008 (Rc 10136/08P)** se expone con brevedad y gran precisión, los requisitos de la **inducción al delito**: «a) *la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción. b) la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado. c) que se determine a un ejecutor concreto y a la comisión de un delito concreto. d) que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado. Y e) que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute.»*

Se requiere, en definitiva, lo que se llama, una «*causalidad psíquicamente actuada*», que consiste en la acreditación de que ha existido un estímulo intensamente operativo para determinar o mover a una persona a que ejecute un hecho delictivo concreto y ello aunque el ánimo del inducido estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido.

En cuanto a lo que se denomina «**tentativa de inducción**», «*sólo podría darse cuando deviene ineficaz y por ende no va seguida de la ejecución. Por ello, el comportamiento de la acusada como proponente sólo sería posible en dos supuestos concretos:*

a) *Cuando la inducción no fuera efectiva por no haberse cometido el delito propuesto.*

b) *Cuando estemos en presencia del denominado “omnimodo facturatus”, es decir, la persona que en cualquier caso hubiese cometido el delito, porque su voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas, deviniendo anodina y superflua la inducción» (FJ 8.º).*

Sobre **complicidad**, la **STS 18-11-2008 (Rc 11378/07 P)**, tras recordar que se trata de una cooperación «de carácter secundario o auxiliar», pero no tan inútil o anodina que se muestre como irrelevante o innecesaria para la comisión del hecho, por lo que se habla de «aportación o participación eficaz» o «contribución relevante», la aplica al caso examinado.

En relación al mismo, se ha de partir de que los actos realizados por quien se declarará cómplice, se limitaron a la simple vigilancia exterior, pero en un contexto en que el lugar de los hechos estaba conscientemente elegido, situado al fondo de una zona de garajes, en donde se halla el autor del hecho y en dicho acceso se coloca el coche de éste, impidiendo que la puerta metálica se cerrara, y todo ello a una hora en que no era fácil distinguir o identificar a las personas (19,30 o 20 horas del mes de octubre: hechos probados), cuando estaba oscureciendo, circunstancias todas que hacían poco posible la presencia episódica u ocasional de transeúntes.

Aun así «*esta ayuda, reforzadora y garantizadora de la acción principal, claramente accesoria o secundaria, puede calificarse de útil pero no imprescindible*», y como dice el fiscal carente del condominio del hecho, por lo que la a muerte del tercero fue planificada y ejecutada enteramente por el otro partícipe, limitándose quien es considerado cómplice a prestar una colaboración no necesaria. (FJ 1.º).

Sobre los grados de ejecución del delito, que giran en torno a dos categorías, la consumación y la tentativa, contamos con dos resoluciones dignas de reseña, la **STS 15-12-208 (Rc 10272/08P)** y la **STS 4-12-2008 (Rc 818/08)**.

En la primera, se está ante un caso de **desistimiento** previsto en el art. 16.2 CP, ya que existió una «voluntaria evitación de la consumación del delito» iniciado por el autor pues se trata del comienzo de la ejecución de un delito de asesinato, cometido mediante asfixia de la víctima,

en el que, no llegan a realizarse todos los actos necesarios para su consumación, por incompleta ejecución de los actos necesarios para su producción, lo cual deviene precisamente de la decisión voluntaria del autor que, sin presentarse obstáculo alguno impeditivo para la culminación de su inicial propósito criminal, desiste de culminar su originario designio homicida. (FJ 1.º).

Y en cuanto a la segunda, se trata de la tentativa inidónea, que conduce al examen del denominado **delito imposible**, respecto al cual no existe en el CP vigente, una norma equivalente al art. 52.2.º del CP anterior, que sancionaba como tentativa »los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.

Por eso, resulta de interés la presente resolución en la que se analiza con cierto detalle tan controvertida cuestión, de la mano de los efectos del art. 16 del Código Penal de 1995 que ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Ello significa, que *«Se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta pero no los de inidoneidad relativa, incluyéndose en aquella —como señala la Sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la 1866/2000, de 5 de diciembre— “los supuestos” de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta.»*

Por el contrario son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa —aún cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir aquellos en que los medios utilizados, “objetivamente” valorados “ex ante” y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)» (FJ 5.º).

1.3. Concursos delictivos: supuestos varios

Otro de los capítulos habituales en esta *Crónica*, lo constituye las sentencias sobre concursos delictivos, ya de normas, ya de delitos, en los cuales se resuelven concretas combinaciones delictivas.

Y así, respecto al año judicial que se examina, seleccionamos, en cuanto al **concurso de normas**, las **SSTS 26-1-2009 (Rc 437/08)** y **30-10-2008 (Rc 2516/07)**.

En la primera, se diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal societaria, condenando por el segundo tipo. En tanto en la segunda, se considera punible sólo el blanqueo de capitales y no el delito fiscal de los que acusaba el Ministerio Público, no tanto por un error técnico del Ministerio Público sino por la aplicación, en última instancia, de la prohibición del principio de la interpretación «in malam partem».

Y en cuanto a los **concurso de delitos**, tenemos las **SSTS 28-2-2009 (Rc 10676/08P)** y **20-1-2009 (Rc 202/08)**, que resuelven los recursos planteados en base al criterio de la existencia o no, de conductas diferenciadas, productoras de resultados distintos, y de la innecesariedad de la producción de los mismos, reputando concurso real de robo con violencia y lesiones el entrar en un domicilio a robar y además, golpear con saña al anciano único ocupante del mismo, y, en la segunda, concurso real de violencia doméstica y detención ilegal, al unirse a la producción de malos tratos físicos, un encierro hasta que la policía libera a la víctima.

1.4. Competencia: Jurado y Audiencia; Audiencia Provincial y Audiencia Nacional

Dos resoluciones sobre cuestiones competenciales, merecen citarse en este apartado: la **STS 23-3-2009 (Rc 1732/08)** y la **STS 4-12-2008 (Rc 11171/08P)**.

En la primera, se trata de determinar el **criterio de asignación entre la Audiencia y el Jurado en los delitos contra las personas**. En tanto en la segunda, el conflicto proviene de la cierta complejidad del delito en cuestión.

La **STS 23-3-2009** trayendo a colación el **acuerdo de 5 de febrero de 1999**, recuerda que:

«En los problemas de determinación de la competencia entre el Tribunal de Jurado y la Audiencia Provincial en aquellos casos en los que se imputa a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, con el riesgo de romper la continencia de la causa, el enjuiciamiento corresponderá a la Audiencia Provincial.»

Este criterio de prevalencia de la competencia del tribunal ordinario, es decir de la Audiencia Provincial o, en su caso, del Juzgado de lo penal, en los supuestos de varios delitos no atribuidos todos al procedimiento de la Ley del Jurado, ha de aplicarse más allá de los términos literales de este acuerdo,

El fundamento de tal acuerdo se encuentra en que la Ley del Tribunal del Jurado ha querido limitar la competencia del jurado de modo que solo pueda conocer de los delitos recogidos expresamente en su art. 1.

Por su parte, la **STS 4-12-2008**, se ocupa de decidir el órgano judicial competente en un caso que se inicia por blanqueo de capitales y cuyos escenarios de investigación son Barcelona y Madrid.

Así las cosas, es preciso recordar el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 3 de febrero de 2005 en el que se acordó que:

«...el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo; en consecuencia el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa....»

Los hechos del caso se refieren a una importación de drogas de relevante importancia en la medida que la imputación que se efectúa a las personas concernidas es la de la comisión de un delito de tráfico de drogas —cocaína— de 1.800 kilos, más un delito de blanqueo, cuya investigación, iniciada por el delito de blanqueo, llevó a Estados Unidos y México, con intervención de sociedades *ad hoc* creadas en México así como en España para su recepción.

De ello deriva, la entidad y complejidad de la red clandestina de importación que empleaba medios extraordinarios, tales como vuelos privados con la finalidad de recoger el dinero.

Junto a esta realidad, hay que añadir otro dato no cuestionado: toda la instrucción de la causa fue llevada a cabo por el Juzgado Central n.º 4, siendo este Juzgado quien transformó las Diligencias Previas en Sumario —Sumario 68/2006—, y de la complejidad de la investigación, que tam-

bién tuvo como escenario México y Estados Unidos como lo acreditan las Comisiones Rogatorias, da fe el volumen de la causa: —16 Tomos con un total de 9.408 folios durante tres años— se inició la causa el 24 de Enero de 2005 y se dictó auto de conclusión el 4 de Febrero de 2008 sin ningún cuestionamiento acerca de la competencia territorial.

Llegados a este punto ya se está en condiciones de afirmar que el art. 65-1-d) de la LOPJ no sufre lesión porque el conocimiento de la causa quede residenciado en la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por lo que la referencia legislativa nos lleva a esa competencia al tratarse de la investigación de un grupo organizado (y así lo califica el Ministerio Fiscal) con escenarios en un principio en Madrid y Barcelona.

Es ahora cuando entra en juego el Acuerdo del Pleno de la Sala antes citado que reconoce el Principio de Ubicuidad. Pues bien, desde este principio es clara la competencia territorial del Juzgado Central, porque parte de los elementos del delito fueron investigados en Madrid y el Juzgado Central fue el primero y único que dirigió la investigación. En conclusión el conocimiento de la causa para el enjuiciamiento debe ser el Tribunal competente funcionalmente esto es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y en concreto la Sección III.

Además, es bueno hacer una última reflexión —dice la sentencia-: es preciso relativizar y matizar los conflictos de competencia territorial porque se trata de contiendas entre órganos judiciales de la misma competencia objetiva y funcional, y por ello **el fuero territorial no puede ni debe alzarse como obstáculo a una justicia sin dilaciones ni demoras**, que incluso podrían provocar la puesta en libertad de alguno de los presos preventivos por agotamiento del tiempo máximo.

1.5. Prescripción: faltas

Sobre la siempre conflictiva prescripción, la **STS 1-10-2008 (Rc 2518/07)** aborda dicha cuestión en relación al proceso de faltas, en un caso en que se suscita la falta de prescripción de las faltas por las que una persona ha sido condenada junto con el delito por el que se condena al coacusado que ha consentido la sentencia de la Audiencia, admitiendo no obstante que no cabe aplicar el plazo de prescripción autónomo de una falta cuando los hechos se instruyen conjuntamente con otros que pue-

den ser constitutivos de delito, doctrina que ha acogido con reiteración la Jurisprudencia de la Sala Segunda (SSTS 592/2006 o 311/2007, entre las más recientes, donde se citan abundantes precedentes).

Respecto a tal asunto, el Tribunal Supremo, en la sentencia en cuestión, afirma que las faltas prescriben a los seis meses (art. 131.2 CP) desde la fecha de comisión hasta que el procedimiento se dirige contra el culpable, sin que pueda afectar a la misma la presentación posterior a los seis meses de una querrela por supuesto delito o incluso la deducción posterior de un testimonio, pues la falta habría prescrito ya por el transcurso del plazo previsto en el Código Penal, luego la responsabilidad ha quedado ya extinguida.

Ello significa que *«si la sentencia definitiva declarase el hecho falta se considerará prescrito porque ya lo estaba cuando el procedimiento se inició. En segundo lugar, si el procedimiento se sigue por delito y el mismo ha interrumpido el término de prescripción de la falta, habrá de estarse al título de imputación por delito, no actuando en el ámbito de su tramitación los reducidos plazos de prescripción de las faltas, invocándose razones de seguridad jurídica y el principio de confianza, aun cuando finalmente la sentencia definitiva sancione el hecho como falta»* (FJ 1.º).

1.6. Prueba. Interpretación constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Prueba electrónica. Confesión. Coimputado. Intervenciones telefónicas. Pericial. Testifical. Prueba ilícita

Nuevamente, las cuestiones probatorias han ocupado una atención especial por parte de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo. Al respecto, seleccionamos de entre ellas, algunas que por su novedad o particular interés, merecen ser destacadas en esta *Crónica*.

Y comenzamos con la **STS 22-12-2008 (Rc 684/08)** que aboga por una **interpretación constitucional**, antes que literal de los preceptos en materia de prueba —trata, en particular de los artículos 728 y 729 LECrim—, afirmando que conforme al principio de defensa contenido en la Constitución y a los pactos internacionales de derechos humanos suscritos por España, no es posible rechazar una prueba pericial por extemporánea cuando no existía ningún obstáculo procesal para su práctica

«al tratarse de una pericial oficial, fácilmente realizable en el periodo de un mes que restaba hasta el comienzo del juicio oral y que más adelante se prorrogó hasta 6 meses». Se invoca, como refuerzo de dicha doctrina, las Sentencias de 6 de septiembre de 1988 del TEDH, «Caso Barberá, Messegué y Jabardo», corroborada por la STS de 27-1-1994.

Pero sin duda, las resoluciones que tratan de la **prueba electrónica**, han ocupado un papel protagonista en el año judicial que examinamos, como lo acredita el haberse dictado sobre tal cuestión, entre otras, las **SSTS 28-1-2009 (Rc 10999/07P)**, **18-12-2008 (Rc 10542/08P)**, **18-11-2008 (Rc 10265/08P)** y **8-10-2008 (Rc 10863/07P)**.

Todas ellas, han tratado, dentro del derecho al secreto de las comunicaciones e intimidad, de la captura de los **números de IMEI o IMSI** de los teléfonos móviles.

Con tales acrónimos se hace referencia a: 1) IMSI, es un código de identificación único para cada teléfono móvil que se integra por una serie de números, este número puede ser capturado pero su hallazgo no facilita ni permite conocer ni el número de teléfono concernido ni menos su titular. Estos datos solo pueden ser cedidos por la operadora correspondiente; 2) IMEI, acrónimo de International Mobile Equipment Identity, es un código pregrabado que identifica el aparato telefónico, viene a equivaler al número de bastidor del vehículo. Tampoco permite conocer ni el número de teléfono ni el titular, lo que solo es posible si la operadora cede estos datos.

La **STS 18-11-2008**, tras reconocer que existía el precedente de la **STS 130/2007** que extendía el secreto protegido en el art. 18.3 CE a la captura de los datos externos, afirma que tal criterio ha sido modificado en sentencias posteriores, en el sentido de que en la actualidad, *«la doctrina de la Sala no incluye dentro del secreto protegido por la Constitución, la captura de los números IMEI o IMSI, precisándose sólo autorización judicial para que la operadora ceda a la policía los números del teléfono y en su caso el titular del aparato correspondiente al IMEI o IMSI capturado»* (FJ 1.º).

Sobre la prueba de **confesión**, se han dictado dos resoluciones que merecen darse a conocer.

La **STS 23-4-2009 (Rc 1789/08)** sobre **los efectos de la declaración autoinculpatario ante la Policía** en la que se reitera la doctrina de «la habilidad de las declaraciones autoinculpatorias vertidas ante los órganos en-

cargados de la investigación de hechos delictivos, como puede ser la policía judicial, siempre que esas declaraciones hayan sido vertidas en condiciones de legalidad constitucional y ordinaria. En este sentido, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo (de 28-11-2006) declaró que «las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia.»

Por otro lado, tal doctrina es recogida en la STS 1215/2006, de 4 de diciembre, y, con anterioridad por el Tribunal Constitucional, así en STC 80/91, de 15 de enero (haciendo referencia a otras sentencias suyas como las 80/86, 82/88, 201/89, 217/89 y 161/90, entre otras muchas).

En el concreto recurso examinado, se concluye: «*Sentado lo anterior, ha de concluirse pues, que las declaraciones prestadas por los acusados en las dependencias policiales se efectuaron con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas*» (FJ 1.º).

Y la **STS 11-2-2009 (Rc 10951/08 P)** sobre la **valoración del silencio del acusado** que afirma «*Es claro por ser incompatible con el derecho a no declarar contra si mismo que la condena no puede basarse en la falta de explicación del acusado sobre los hechos que se le imputan, pero cuestión distinta es que excepcionalmente pueda tener un significado corroborador respecto de hechos acreditados por otros medios (en este sentido la reciente S.T.S. 945/08, con cita de nuestros precedentes, SSTC y S.STDH, casos Murray y Landrove)*» (FJ 1.º).

En cuanto a la prueba del **coimputado**, no han faltado tampoco sentencias. Y así, ya la **STS 14-10-2008 (Rc 1846/07)** con cita de la **STC 102/2008, de 28 de julio**, recuerda que la declaración del coimputado «no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal» sino que requiere de las corroboraciones necesarias.

La sentencia es modélica en cuanto a qué debe entenderse por «corroboración» pues expone las características que debe revestir, de la mano de la doctrina jurisprudencial existente (citándose, al respecto las SSTS 10-6-2008, 22-5-2008, 18-4-2008 y la más antigua 1060/2004) .

Pero es en la **STS 15-10-2008 (Rc 159/08)** en la que se contiene la doctrina básica en esta materia, que se resume en: «*Una consolidada*

jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha declarado la aptitud de la declaración del coimputado para enervar el derecho fundamental que se denuncia como vulnerado en la impugnación. Su consideración como prueba de cargo exige, con carácter positivo, que la declaración del coimputado aparezca corroborada por otras pruebas. En términos de la SSTC 153/97 y 49/98, la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia como prueba de cargo cuando siendo única, no resulta mínimamente corroborada. El tradicional criterio de la ausencia de intereses bastardos en la inculpativa se complementa en la moderna jurisprudencia por de la corroboración externa de la declaración inculpativa.

Además, y como requisito negativo, la ausencia de móviles o motivos que permite valorar esa inculpativa restándole capacidad probatoria, o que el coimputado haya realizado la inculpativa por móviles espurios, como odio personal, venganza, obediencia a terceras personas, sobornos o resentimientos o por intereses procesales buscando su exculpación» (FJ 1.º).

Finalmente, la **STS 30-3-2009 (Rc 696/08)**, tras exponer el sentido inculpativo de la declaración de un coimputado y del significado e importancia de la «corroboración» de la misma, concluye con la imposibilidad de condena en el caso examinado, tras indicar que «es incuestionable que los elementos de corroboración deben obtenerse de la sentencia condenatoria y del andamiaje argumental con el que el órgano jurisdiccional ha ponderado la suficiencia probatoria», pero sin que el juicio de autoría pueda hacerse depender de «una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva» ya que en la valoración probatoria «no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes» .

En esta sentencia, sobre el concepto **corroboración**, se dice: «no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por la exigible ‘corroboración mínima’, más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando, por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso» (STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3) (FJ 2; cfr., igualmente, STC 233/2002, de 9 de diciembre).

Y para concretar su significado, se añade: «*La STS 53/2006, 30 de enero apunta, en primer lugar, «que no constituye corroboración la coincidencia de dos o más coimputados en la misma versión inculpatoria (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, F 5; ó 152/2004, de 20 de septiembre, F 3). En segundo lugar, que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, F 3; 118/2004, de 12 de julio, F 2; ó 147/2004, de 13 de septiembre, F. 2). En tercer lugar, que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores externos de corroboración (las mismas sentencias antes citadas). Y en cuarto lugar, que los elementos corroboradores que pueden ser tenidos en cuenta al revisar la decisión del Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, F 4; 65/2003, de 7 de abril, F 6). Aspecto este último que, si bien aparece en las referidas sentencias como aplicable al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, resulta igualmente de aplicación al recurso de casación, ante la imposibilidad de establecer de otra forma si el Tribunal de instancia tuvo o no como probados determinados aspectos fácticos en función de las pruebas de las que dispuso» (FJ 1.º).*

Sobre **intervención de las comunicaciones**, seleccionamos la **STS 22-1-2009 (Rc 1034/08)** que aborda el valor probatorio del testimonio de una prueba de tal clase deducido de otra causa, respecto a una causa posterior y distinta.

La resolución tiene dos partes, dignas de consideración. De un lado, descalifica esta práctica, entre otras cosas por las posibilidades de resoluciones contradictorias sobre el particular. Pero de otro, considera que tal incorporación no es en sí motivo de indefensión si las partes no alegaron ninguna irregularidad o ilegalidad en su momento.

Sobre **prueba pericial oficial**, la **STS 27-2-2009 (Rc 10979/07P)** examina la posibilidad que permite el art. 456 LECrim de que el instructor por propia iniciativa, disponga la realización de una pericia sin que tal previsión agote en modo alguno otras posibles opciones al respecto.

Por eso, se considera sin tacha alguna de irregularidad, el hecho de que la Administración sanitaria encargara un estudio sobre un brote viral

de hepatitis C, llevado a cabo con el rigor usual en la materia, y que tal informe se incorporara posteriormente a un proceso judicial en el que los expertos que lo realizaron comparecieron en la vista para someterse al interrogatorio de las partes.

En cuanto a la prueba **testifical**, destacamos como más interesantes, las siguientes:

STS 18-12-2008 (Rc 1786/08) sobre la **testifical familiar** examina el caso de una persona condenada por los mismos hechos en otro proceso que no fue instruido de sus derechos a no declarar contra su madre, según establece el art. 416 LECrim, en proceder injustificable pues no existe tal excepción en la ley.

En cuanto al **testigo víctima**, la **STS 20-1-2009 (Rc 202/08)**, poniendo en relación esta condición con la de pariente, resuelve: *«En el caso, la testigo declaró ante el Juez de instrucción debidamente informada del contenido del artículo 416, según se desprende del acta de dicha declaración. En el juicio oral no fue informada por el Tribunal al inicio de su declaración de la existencia de la dispensa, pero manifestó su deseo de no declarar, en caso de que ello fuera posible, ante lo que se le indicó que debía declarar. Aunque el Tribunal omitió, de un lado, cualquier indagación complementaria, que podía venir aconsejada por la referencia de la testigo a “su marido”, y también, de otro lado, alguna motivación expresa de su decisión, no consta en la causa que acusado y víctima estuvieran unidos por vínculo matrimonial, sino que eran pareja de hecho; consta que desde antes de los hechos habían interrumpido la relación afectiva que habían mantenido durante un tiempo aproximado de dos años; que desde los hechos se había dictado una orden de alejamiento; y que, según consta en el acta, desde entonces el acusado no había llamado a la víctima ni se había acercado a ella.*

Por lo tanto, no puede sostenerse con los datos disponibles que entre ambos subsistiera ninguna clase de relación afectiva al tiempo de la celebración del juicio, por lo que en todo caso la testigo no estaba dispensada de prestar declaración, lo que hace que la valoración de su testimonio no haya vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente» (FJ 1.º).

En relación a las posibles especialidades de la **testifical víctima de malos tratos**, las **SSTS 28-1-2009 (Rc 756/08)** y **23-12-2008 (Rc 10036/08 P)**, ahondan en este tipo de testimonios.

En la primera, se examina el caso de la esposa del maltratador que acude a Comisaría a denunciar, sin que se le informara de que el art. 261 LECrim determina que no está obligada, y ante ello se establece la doctrina de que tal denuncia, equiparable a la testifical del art. 416 LECrim, si se refiere a hechos en la que la denunciante es víctima del denunciado y busca el amparo y protección de la ley, no advertirle de que no está obligado a hacerlo es innecesario, inútil y carece de función. Distinto, sin embargo, es aprovechar tal comparecencia para ser interrogada de otros hechos ajenos, correspondientes a su esposo, sin hacerse tal advertencia. En ese segundo caso, tales manifestaciones son inválidas.

Y en la otra resolución citada, se expresa el canon valorativo de una prueba que no se ha presenciado, por lo que cautelas aparte, de lo que se trata es de comprobar si la sentencia de instancia ha sido respetuosa con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos. Y para ello, es necesario apreciar corroboraciones —en el caso, el parte de lesiones y la testifical de la víctima que refiere haber oído alguna pelea con su agresor y cómo la víctima se cubría en la calle para no dejar ver los moratones consecuencia de las previas agresiones—.

Otra incidencia de interés en la prueba testifical, es la **negativa a declarar** en el plenario, en relación a si ello permite acudir, para condenar, a la prueba de referencia.

Ese es el tema que afronta la **STS 10-2-2009 (Rc 763/08)** que recuerda la doctrina sobre los testigos de referencia o indirectos, en el sentido de que son subsidiarios y complementarios que sólo pueden ser tenidos en cuenta «cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical».

Pero, se concluye, cuando lo que sucede es que el testigo directo se niega a declarar, no estamos ante un supuesto de imposibilidad de testifical que autorice a acudir a la testifical de referencia, admitida en el art. 710 LECrim, ya que no hubo imposibilidad material de prestar tal testimonio sino uso del derecho a no declarar contra el padre, que confiere la legislación criminal vigente.

Y finalmente, anotamos sobre **prueba ilícita**, la **STS 29-9-2008 (Rc 2226/07)** que, examinando la controvertida cuestión de los efectos de la llamada **conexión de antijuridicidad** con otras pruebas, considera prueba autónoma de la previa declaración de ilicitud de las intervenciones

telefónicas practicadas, a la prestada por el acusado en comisaría y en el juzgado de instrucción aunque, finalmente en el plenario se negara a declarar.

La lectura de tales declaraciones en el acto del juicio —dice la sentencia— «*aportó elementos de cargo de fuente no contaminada y, por ello, utilizables del modo que lo ha hecho la sala de instancia, sin que ello suponga vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones*» (FJ 1.º).

1.7. Derecho a los recursos. Segunda instancia. Límites del control casacional

La temática del derecho a los recursos, expresamente reconocido en el art. 24.2 CE, constituye una de las más importantes manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, residenciado en las propias partes procesales.

Entre las cuestiones planteadas, un año más, se ha suscitado el derecho a la **segunda instancia penal**, respondiendo la **STS 3-10-2008 (Rc 11279/07P)**, conforme a la consolidada doctrina de la Sala, que el propio Tribunal Constitucional, así en STC 136/2006, FJ 3.º, ha considerado que el actual recurso de casación cumple adecuadamente las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin perjuicio de que una vez se generalice la segunda instancia penal, la tutela del derecho a los recursos, suponga una mayor garantía.

Más interés, ha revestido, la **STS 2-4-2009 (Rc 11241/07P)**, en la que se abordan los **límites del control casacional de la garantía constitucional de la presunción de inocencia**, respondiendo a tan crucial asunto, con apoyo en SSTS n.º 331/2008, de 9 de junio; 625/2008, de 21 de octubre; 797/2008, de 27 de noviembre, y 900/2008 de 10 de diciembre, del siguiente modo: «ha de partirse de que, para determinar si esa garantía ha sido desconocida, *lo que ha de constatarse es: a) las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena y b) la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.*

Por razón de a) deberá examinarse si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de

*prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de **contradicción** y **publicidad**.*

*Por razón de **b**) deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las **afirmaciones** que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia **lógica**, se justifique esa conclusión partiendo de proposiciones tenidas **indiscutidamente por correctas**» (FJ 1.º).*

1.8. Ley del Tribunal del Jurado. Alcance de las competencias de los jurados. Motivación. Razonabilidad de los juicios de inferencia. Competencia en delitos conexos

Otro apartado habitual de estas «Crónicas» lo constituye el examen de las resoluciones sobre el procedimiento previsto en la LOTJ 5/1995, entre las cuales, destacamos en el presente año judicial, las siguientes:

STS 12-2-209 (Rc 10798/08 P), en la cual, delimitando el **alcance de las competencias de los jurados**, se dice: «*El Jurado no decide sobre la aplicabilidad de circunstancias modificativas, sino sobre si declara probados o no los hechos que justifican la resolución del Magistrado Presidente sobre la aplicación de aquellas circunstancias*» (...)

«Otras valoraciones jurídicas, y precisamente entre ellas la exención por justificación del hecho cometido por el acusado, sí que son competencia del Jurado, implícitas en la decisión sobre la cuestión de la culpabilidad. Así cuando el Jurado declara que ésta concurre está valorando que los hechos que declaró probados no merecen ser tenidos por justificados. Y, cuando declara no culpable al acusado, pese a que el hecho declarado probado, tras el juicio de tipicidad pueda tenerse por subsumible en un tipo penal, está valorando dicha conducta como justificada. Lo que, y eso es otra cuestión, exige que también haya dado adecuada respuesta sobre los hechos que el objeto del veredicto le proponga al respecto. Correspondencia que controlará el Magistrado Presidente cuando reciba el acta del veredicto, que deberá devolver si la decisión sobre culpabilidad adoleciera de todo apoyo en el veredicto sobre el hecho» (FJ 6.º).

Tampoco faltan decisiones sobre la **motivación** del veredicto o de la sentencia, en esta clase de proceso. Y así, en la **STS 2-12-2008 (Rc**

10136/08 P) se reitera la doctrina de la Sala, señalando la especialidad que concurre en estos casos: *«... no es de más recordar que esta Sala, dada la extracción popular de los jurados, ha manifestado que la motivación exigida a estos últimos no debe poseer el mismo nivel intelectual y técnico que la que puede exigirse a un juez profesional. La propia ley así parece indicarlo al referirse a una «sucinta» explicación de las razones que ha tenido para declarar probados o no probados los hechos que se le someten a su consideración en el objeto del veredicto»* (FJ 5.º).

En cuanto a la **razonabilidad de los juicios de inferencia** de los jurados, la **STS 20-1-2009 (Rc 11291/07 P)** se pronuncia en el sentido de que «hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala —SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003—, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado», y que el mismo incluye la verificación de la consistencia y razonabilidad de los juicios de inferencia alcanzados en la instancia, debiendo efectuarse dicho examen, conforme a las —SSTC 135/2003 ó 263/2005—, entre otras:

- a) Desde el canon de la lógica o de la coherencia de la conclusión para verificar que esta no sea irrazonable, y
- b) Desde el canon de su suficiencia o carácter excluyente eliminando las conclusiones débiles o imprecisas en las que quepan otras muchas hipótesis.

De ese modo se da cumplimiento, se concluye, a la garantía de la interdicción de la arbitrariedad en toda decisión judicial —art. 9-3.º CE—.

Y por último, sobre la competencia del Tribunal del Jurado en los **delitos conexos**, la **STS 26-6-2009 (Rc 11328/08 P)** abordó el escabroso suceso del doble asesinato de dos mujeres policía, además de otros delitos conexos como agresión sexual, allanamiento de morada, profanación de cadáveres, incendio, robo y quebrantamiento de condena, revocando la condena de la Audiencia al considerar que los hechos debieron enjuiciarse por el Tribunal del Jurado.

En efecto, de conformidad con el art. 5 apartado 2 de la LO 5/95, del Tribunal del Jurado, la competencia del Jurado atrae a otros ilícitos que, en principio no son competencia de este tribunal, según la enumeración de delitos que se contiene en el art. 1 de la mencionada ley, cuando, como sucedió en este caso, los diversos ilícitos cometidos «se encuentran en

una especial relación instrumental o de facilitación de su ejecución o de favorecimiento de la posterior impunidad.

Decisión que, por razones de estricta técnica jurídica, remite el proceso a un nuevo enjuiciamiento, esta vez, ante el Tribunal del Jurado, sin que ello cause especial alarma ya que la persona cuya condena se ha anulado sigue en prisión por otras causas.

2. Juicio Oral

2.1. *Cuestiones anteriores al juicio. Derecho de defensa*

Destacamos en el presente apartado, dos resoluciones que se ocupan del **derecho de defensa**, la primera **STS 2-10-2008 (Rc 1861/07)**, que lo conecta con gran despliegue argumental al **principio de contradicción**, y recuerda que es una exigencia en todas las fases del proceso, y la segunda **STS 2-12-208 (Rc 10432/08P)**, que examina los frecuentes comportamientos abusivos anteriores al juicio, en materia de **cambio de letrado**, y reitera la doctrina de que el derecho de defensa, contenido en el art. 24.2 CE no puede servir de cobertura a peticiones extemporáneas en tal sentido que sólo buscan suspender el juicio.

2.2. *Sentencia. Costas del proceso. Sentencia de conformidad. Auto de aclaración*

Sobre cuestiones relacionadas con la sentencia, se han producido declaraciones respecto a las costas, la sentencia de conformidad y el alcance del auto de aclaración que, seguidamente, examinamos.

En cuanto a las **costas procesales**, la **STS 5-11-2008 (Rc 11338/07P)** examina y revoca su imposición, en un caso en el que existieron varios acusados, con resultado desigual en el fallo, habiéndose limitado la sentencia de instancia a imponer las costas a los condenados, en base al art. 123 CP, sin mayores precisiones. Por el contrario, el Tribunal Supremo resuelve del siguiente modo: al haber dos acusados de cinco hechos delictivos, y ser absueltos los dos de uno de ellos, un quinto de las costas procesales deben declararse de oficio; a uno de los condenados deben imponérseles las costas correspondientes a los dos delitos por los que ha sido condenado, pero sólo en una décima parte en cada

caso, al compartir condena por esos delitos con el otro acusado; y al otro condenado, dos quintos por los dos delitos por los que fue condenado y de los que no se acusaba al otro procesado y dos decimos, al igual que el otro acusado, por los dos delitos por los que ambos fueron condenados.

La **STS 3-12-2008 (Rc 115/08)** se ocupa, con prolijidad, de la recurribilidad de las **sentencias de conformidad**, concluyendo que en el caso no existió violación del art. 787-6.º de la LECrim y por el contrario, ha de estarse a lo previsto en el párrafo 7.º de dicho artículo:

«...Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada...»

Por todo lo cual, se desestima el recurso.

Por último, la **STS 22-12-2008 (Rc 1169/08)** trata con cierto detalle, de lo sucedido con un auto de aclaración —en realidad dos, pues con el segundo se pretendió aclarar el anterior— mediante los cuales se cambia el título de imputación «y esto es algo que no cabe dentro de los estrechos límites del art. 267 LOPJ», se dice, y, por ello el motivo debe ser estimado (FJ 1.º).

2.3. Penalidad. Supuestos varios

En materia de penalidad, incluimos algunas de las resoluciones dictadas que estimamos de mayor interés.

La **STS 23-12-2008 (Rc 10036/08P)** cuestiona la imposición de la **pena máxima posible** sobre la base de la gravedad de los hechos y su reiteración, en un caso de violación del art. 179 CP, afirmando que *«la gravedad de los hechos, que resulta evidente, y su reiteración ya están contemplados por el legislador al establecer la pena mínima para el delito continuado de violación en nueve años y un día de prisión. Consecuentemente, la superación de ese límite, que ya supone una importante privación de libertad, requiere del Tribunal una argumentación en la que se constaten otros elementos agravatorios que lo justifiquen, pues la pena debe mantener la proporcionalidad con el hecho concreto enjuiciado dentro de los límites penológicos señalados por la ley.»* Por

tal razón, se corrige la pena impuesta que se deja en el mínimo legal posible.

Por su parte, la **STS 28-1-2009 (Rc 966/08)**, con cita del **acuerdo plenario de la Sala de 1-3-2005**, recuerda, en relación al **arresto sustitutorio de la pena de multa** que: «la responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53.3 CP» cuyo límite está en 5 años, tras la reforma operada por la LO 15/2003, por lo que no se puede superar.

Otra cuestión digna de atención, es la que aborda la **STS 18-12-2008 (Rc 10595/08P)** relativa al **cómputo del tiempo de prisión preventiva**. Y a tal efecto, recuerda que *«Existe, pues, la regla general en virtud de la cual los hechos delictivos que han sido objeto de condena deben haberse cometido con anterioridad al ingreso en prisión preventiva del condenado por otra u otras causas en las que haya resultado absuelto o se le haya impuesto una pena de prisión inferior, en cuyo caso dicha prisión preventiva le podrá ser abonada para cumplir la sentencia condenatoria, pero excepcionalmente si esos hechos delictivos han sido cometidos en el espacio temporal intermedio entre la prisión preventiva sufrida y la sentencia dictada en la causa correspondiente a dicha prisión (absolutoria) nada hay que oponer al abono de aquélla para el cumplimiento de la pena impuesta por causa de hechos delictivos cometidos en el período intermedio pues no puede reconocerse en estas condiciones la patente de impunidad a la que nos hemos referido con anterioridad. Como también expone la STS 1021/2005, después de la L 15/2003, que da nueva redacción al art. 58 CP, ésta ha venido a recoger la interpretación jurisprudencial del anterior art. 33, ya mencionada, sin que exista razón alguna para modificar nuestra anterior Jurisprudencia» (FJ 2.º).*

Tampoco es desdeñable la doctrina que resulta de la **STS 20-1-2009 (Rc 202/08)**, al considerar inaplicable, por mor del principio de **prohibición de la «reformatio in peius»**, añadir una pena legal omitida en la sentencia —porque se le había olvidado pedirla al Fiscal— cuando el Ministerio Fiscal no recurrió en casación, ni se adhirió al recurso de la otra parte, limitándose a señalar que debía subsanarse el error del Fiscal y de la Sala enjuiciadora al no imponer pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas prevista en el artículo 153 del Código Penal, al tratarse de una pena procedente según la ley.

2.4. Responsabilidad civil. Art. 116 CP. «Exceptio doli». Intereses indemnizatorios. Responsabilidad civil subsidiaria

Sobre cuestión tan interesante, no han escaseado los pronunciamientos de la Sala, en cuanto son frecuentes los daños y perjuicios provenientes de del hecho criminal.

Así, la **STS 2-4-2009 (Rc 867/08)** se ha ocupado de la interpretación del **art. 116 CP**, indicando la indebida aplicación del artículo 116.2 del Código Penal, por la Audiencia, puesto que distribuyó las diferentes cuotas indemnizatorias correspondientes a cada condenado, sin advertir que esa distribución debe hacer referencia a las relaciones internas entre los mismos, de cara a un eventual derecho de repetición entre ellos, pero que en nada ha de afectar a la obligación solidaria que todos tienen, en orden a la reparación de los perjuicios causados con los delitos, frente a los perjudicados, como consecuencia de lo dispuesto en el referido precepto cuando dice que «*Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.*»

En la **STS 27-2-2009 (Rc 10979/07P)**, se examina la alegación de **exceptio doli** por la aseguradora, habida cuenta del **acuerdo de la Sala de 24-4-2007** a fin de no abonar unas gigantescas indemnizaciones consecuencia de la actuación de un anestesista, y se dice: «*La recurrente, en defensa de su tesis, invoca un acuerdo de pleno de esta sala (de 24 de abril de 2007) que contempla los supuestos en que el vehículo de motor fuera directamente utilizado como instrumento del delito, caso en el que se exoneraría a la aseguradora por el seguro obligatorio de la responsabilidad de los daños buscados directamente por el autor. Pero tampoco en esto tiene razón, porque la exclusión de responsabilidad viene dada por la circunstancia de que la acción de referencia estaría preordenada de forma rigurosamente exclusiva a la producción de un delito, de manera que tal modo de operar carece de cualquier encaje en los usos propios, socialmente aceptados, de los vehículos de motor.*

En las acciones de M... es dable identificar una dimensión connotada de grave ilegitimidad que, en tal sentido, claramente, las separa de los usos y fines típicos de la actividad del anestesista. Pero no es lo único que se dio, pues ese aspecto concurre, se superpone, tiene como marco, el de la prestación específica de los servicios característicos de estos

profesionales, que —cierto que con tal incidencia no indiferente— concurre de manera efectiva en todos los casos. Porque, en efecto, siempre y en cada supuesto, M... prestó asistencia facultativa a cada uno de los pacientes que se relacionan en los hechos probados.

Es por lo que este motivo tampoco resulta atendible» (FJ 2.º).

En cuanto a la siempre compleja cuestión de los **intereses indemnizatorios**, la **STS 22-4-2009 (Rc 1883/08)** distingue entre interés legal e interés moratorio por lucro cesante, afirmando: «...A) respecto a los intereses procesales que establece el art. 576.1 LEC debe considerarse incluida en la expresión «devengando esta cantidad el interés legal desde la fecha de esta sentencia», de suerte que la determinación de la cantidad correspondiente se efectuará en ejecución de sentencia de acuerdo con lo establecido en dicha disposición legal, a la que no contradice la sentencia impugnada, sino que su aplicación se encuentra implícita en la resolución judicial.

B) En lo que hace a los intereses moratorios por lucro cesante, aunque también podría considerarse integrada en la expresión «interés legal» que se emplea en el fallo de la sentencia, el cómputo de la cantidad a abonar por el condenado no se iniciará el día de la fecha de la sentencia, sino que, según ha quedado expuesto, desde el día en que se presentó la querrela, al no haber existido reclamación por dicho concepto, judicial o extrajudicial, con anterioridad»» (FJ 5.º).

Y en cuanto a supuestos de **responsabilidad civil subsidiaria**, seleccionamos el supuesto a que se refiere la **STS 27-2-2009 (Rc 10979/07 P)** que afirma:

«La jurisprudencia de esta sala en materia de responsabilidad civil subsidiaria ex art. 120,4.º Cpenal es bien conocida: la misma nace de la existencia de un vínculo, generado, obviamente, por razón de algún interés recíproco o la persecución de un beneficio. Vínculo que no tiene que ser jurídico ni responder a la morfología propia de alguna figura típica de contrato, pues puede ser fáctico; bastando con que el mismo dé lugar a cierta posición preeminente de uno de los implicados, que coloque a la contraparte bajo alguna forma de dirección o dependencia (por todas, SSTs 371/2008, de 19 de junio y 822/2005, de 16 de junio). Y es bien patente que la relación de M... con Casa de Salud se ajusta perfectamente a este esquema», por más que sostuviera la recurrente que se trataba de una entidad sin ánimo de lucro ya que le es aplicable el principio cuius comoda eius est incomoda.

II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. Cuestiones generales

1.1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Agravantes. Atenuantes. Eximentes. Circunstancia mixta

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que se traducen en su influencia sobre el «quantum» penológico del caso, han merecido, en el último año judicial, la atención que resumidamente exponemos a continuación.

Empezando por las **agravantes**, la **STS 8-10-2008 (Rc 10016/08P)**, se ocupa de la llamada **alevosía sobrevenida**, en estos términos:

«La reciente STS número 550/08, retomando precedentes anteriores de nuestra Jurisprudencia que cita profusamente, expone que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como la facilidad que ello supone, refiriéndose a la indefensión sobrevenida, que se produce en ciertos casos aún cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima.

Es decir, según la Jurisprudencia, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada. Esta doctrina es aplicable al presente caso, debiendo subrayarse además como elemento relevante la desproporción absoluta entre las posibilidades de agresión o ataque de la víctima y el agresor que disponía de un arma apta para el disparo desde una posición privilegiada según se describe en el «factum». Lo verdaderamente relevante en este caso es que según las circunstancias antedichas la víctima carecía de cualquier posibilidad de defensa» (FJ 2.º).

Y sobre **reincidencia**, la **STS 25-3-2009 (Rc 10597/08P)** estima el recurso del Ministerio Fiscal que combatía la sentencia de instancia en la que no se aplicó dicha agravante por un mal entendido formalismo: que no se hizo constar los datos concretos en que se basaba su solicitud, a

pesar de que en el mismo escrito de acusación indicaba al Tribunal el concreto folio de las actuaciones donde figuraba el certificado del Registro Central con todos los datos necesarios para comprobar si procedía o no apreciar tal agravante.

En materia de **atenuantes**, examinaremos pronunciamientos sobre **dilaciones indebidas** y la **drogadicción**.

En cuanto a las **dilaciones indebidas**, consideradas como atenuante analógica, la **STS 19-9-2008 (Rc 567/07)**, recuerda que «*La jurisprudencia de la Sala (Cfr. STS de 5-5-2008, n.º 165/2008) viene reiterando desde la decisión del Pleno de 1999, (21-5-1999), que las dilaciones indebidas conllevan la lesión de un derecho fundamental que debe ser compensado en la pena a imponer, de tal manera que la privación de derechos que implica la pena guarde proporción con la gravedad de la culpabilidad por el hecho.*

La «dilación indebida» es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (SS del TC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras)» (FJ 2.º.2)

Y en cuanto a la **drogadicción**, que genera frecuentes referencias jurisprudenciales, son de destacar las **SSTS 25-2-2009 (Rc 1293/08)**, **17-2-2009 (Rc 1485/08)** y **4-11-2008 (Rc 433/08)**.

Las tres resoluciones desarrollan ampliamente la cuestión, destacando la **STS 1293/08** por el grado de detalle con que diferencia los distintos grados de dicha circunstancia y la **STS 433/08** porque se ocupa de un caso en el que la drogadicción del acusado se asocia a su padecimiento de HIV, lo cual conduce a los siguientes razonamientos:

«2. *En el caso, la sentencia no declara probada en el relato de hechos probados la intoxicación plena ni el síndrome de abstinencia. Tampoco la adicción a las drogas. No obstante, en la fundamentación jurídica se basa para apreciar la atenuante de drogadicción como muy cualificada en que, según el dictamen forense que obra en la causa, la acusada padece HIV desde hace diez años; tuberculosis en 2004; accidente vascular isquémico en 2005 y crisis epiléptica en 2004; y además refiere consumo de heroína y cocaína por vía nasal.*

Como hemos dicho más arriba, padecimientos como los aquí descritos podrán servir de base fáctica para la apreciación de una eximente incompleta o de una atenuante cuando vengan unidos a una adicción de larga duración, o incluso reciente y de especial intensidad, a drogas productoras de graves efectos en el sujeto, como ocurre con la heroína.

Sin embargo, en el caso no es posible apreciar la atenuación cuestionada, pues en la sentencia no se describe la adicción de la acusada de forma que sea posible calificarla y establecer de forma razonable sus posibles consecuencias, junto con los demás padecimientos, en cuanto a la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho y para actuar conforme a esa comprensión. Ausencia de descripción que asimismo impide calificar el consumo que la acusada refiere como una adicción grave que pudiera condicionar su conducta impulsándola hacia la acción delictiva. Al no estar establecida debidamente una adicción grave, por su intensidad o por su duración temporal, además de por la clase de droga consumida, no es posible vincular los efectos de dicha adicción a los derivados de aquellos padecimientos que, por sí solos, y por su mera existencia, no determinan una disminución de la capacidad de culpabilidad del sujeto.

Tampoco el dictamen forense, que esta Sala ha examinado al amparo del artículo 899 de la LECrim, permite alcanzar conclusiones diferentes. Además de lo ya consignado, el facultativo señala que no presenta punciones venosas, que no se detectan trastornos amnésicos, que su inteligencia está dentro de la norma y que el discurso es coherente aunque presenta cierta somnolencia y bradipsiquia, sin alteraciones en el contenido del pensamiento, y concluye que la exploración psíquica es normal en el momento de la exploración y que no se puede aceptar una afectación de las capacidades de la persona para los actos relatados en los atestados policiales.

3. *No obstante, aun cuando la adicción no pueda ser calificada como grave a los efectos atenuatorios del artículo 21.2.^a del Código Penal, de los hechos se desprende la existencia de alguna relación entre el consumo de drogas y los hechos delictivos declarados probados, consistentes en la venta de una pequeña cantidad de heroína, lo cual permitirá al Tribunal en ejecución de sentencia, dar aplicación a las previsiones contenidas en el artículo 87 del Código Penal, que no exige que sea grave la dependencia a las sustancias a las que se refiere el artículo 20.2.^a del mismo Código» (FJ 1.^o).*

Respecto a circunstancias **eximentes**, la **STS 17-3-2009 (Rc 11153/08P)** se ocupa de la circunstancia de **estado de necesidad**, considerándola inaplicable, por falta de prueba, en el caso, una vez recordados sus tres requisitos, conforme a lo previsto en el art. 20 5 CP: que 1.º) el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar; 2.º) la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y, 3.º) el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Por último, sobre la **circunstancia mixta de parentesco**, prevista en el **art. 23 CP**, la **STS 30-3-2009 (Rc 11289/08)**, la considera inaplicable a un caso en que no se daba convivencia entre agresor y agraviado ya que, según los hechos probados de la sentencia recurrida, el «parentesco» entre ambos se reducía a «una relación sentimental de pareja, desde hacía dos años, sin convivencia», circunstancia que la alejan de una convivencia *more uxorio* o análoga a la matrimonial tal como exige el precepto.

1.2. Culpabilidad. Dolo. Error

En materia de culpabilidad, examinamos aquí, dos resoluciones que versan sobre un mismo delito — homicidio — en las que se tratan, respectivamente, del dolo eventual y la imprudencia. Además, damos cuenta de otra sentencia, sobre error.

La **STS 6-2-2009 (Rc 10762/08P)** considera existe un homicidio por **dolo eventual** en un caso en el que, según resulta del *factum*, la acusada dejó a su víctima amordazada y fuertemente atada de manos y pies, a pesar de que le hizo saber que era diabética y tenía que inyectarse, por lo que esa situación de inmovilidad ponía en riesgo su vida; recibiendo como respuesta un «por mí como si te mueres», en situación prolongada por espacio de unas 12 horas, que es lo que tardó la víctima en desatarse.

El Tribunal Supremo —estimando el recurso del Ministerio Fiscal que apoyaba el voto discrepante de uno de los magistrados de la Audiencia— dice: «*Según se sabe, existe dolo cuando se obra con conocimiento de que, al ejecutar una acción o al omitirla, se crea para ciertos bienes un peligro concreto jurídico-penalmente desaprobado. Es decir, al generar con plena conciencia un riesgo preciso que no se controla en todas sus posibles consecuencias. En el caso, con la inmovilización, la inculpada dio lugar a una situación actual de peligro vital, inmediatamente conocida por ella en sus términos. Y decidió mantenerla, al dejar deliberada-*

mente de realizar la conducta de deshacer las ligaduras, que habría podido evitarlo. De este modo, se produjo una omisión relevante con pleno conocimiento de las consecuencias a las que, con alta probabilidad, llevaba esa opción; y con conocimiento también, es obvio, de que se estaba en situación de evitarlas; lo que configura un supuesto de los denotados como de comisión por omisión, u omisión impropia, en cuanto consistente en el incumplimiento de la obligación de impedir un resultado criminal debido a una acción positiva de la ahora recurrente» (FJ 1.º).

La **STS 27-2-2009 (Rc 10412/08P)**, examinando un caso de homicidio por **imprudencia**, condena como tal, la muerte de dos ocupantes de un cayuco «por hambre y frío» consecuencia de una travesía realizada sin las condiciones mínimas de seguridad para la vida exigibles a quienes realizan este tipo de transportes por mar, a cambio de dinero porque se trata de un comportamiento que origina un «riesgo no permitido», propiciando «un desenlace perfectamente previsible, dada la falta de precauciones y, la inobservancia de todo tipo de previsiones», lo cual supone la infracción del mínimo deber objetivo de cuidado exigible.

En cuanto al **error**, la **STS 10-10-2008 (Rc 2084/08)**, recuerda, con gran claridad los requisitos que la jurisprudencia de la Sala viene exigiendo para considerar presente un error de hecho:

«a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del «factum» derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del “factum” no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente,

para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna» (FJ 5.º).

2. Agresión sexual

Diversas sentencias se han ocupado de los delitos contra la libertad sexual, tratando cuestiones relacionadas con el abuso o la agresión sexual, principalmente.

Así la **STS 2-4-2009 (Rc 1392/08)**, desestimó el **error** alegado en base a condiciones culturales distintas –se trataba de un ciudadano ecuatoriano– sobre la base de que de lo actuado no cabe considerar que el condenado desconociera la ilicitud de su conducta, máxime cuando llevaba varios años en España.

Por su parte, en cuanto al delito de **agresión sexual**, se han dictado diversas resoluciones, pudiendo destacarse la **STS 24-4-2009 (Rc 1585/08)** que contiene una descripción de las modalidades agravadas, la **STS 29-1-2009 (Rc 1592/07)** que recuerda los **requisitos** del tipo básico, contenido en el art. 178 CP: «1.º *Ha de existir violencia o vis física sobre el cuerpo de la víctima; o alternativamente intimidación o vis psíquica, esto es, amenaza de un mal injusto que ocasiona miedo sobre el sujeto pasivo. Si falta este requisito 1.º, puede existir el delito de abuso sexual de los arts. 181 y ss.*

2.º *Como requisito derivado del término agresión sexual, ha de existir un contacto corporal entre al menos dos personas diferentes, sin importar el sexo: hombre y mujer, dos hombres o dos mujeres.*

3.º *Asimismo, derivado también de tal concepto de agresión sexual, se exige un específico elemento subjetivo del delito, consistente en la actuación del autor con ánimo lúbrico o libidinoso.*

4.º *Como elemento negativo del tipo, y por lo dispuesto en el art. 179, se excluye el que tal contacto corporal pueda consistir en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o alguno de los otros modos de comisión asimilados a tal acceso carnal en este art. 179, que constituye la frontera superior de la figura de delito que estamos examinando.*

5.º *Por último, ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a con-*

seguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad. Es frecuente que en el mismo hecho concurren las dos clases de fuerza (física y psíquica) y por ello en estos casos, para valorar si hubo o no tal suficiencia, habrá de tenerse en cuenta la intensidad de la una y de la otra apreciadas en su conjunto» (FJ 5.º).

Y, finalmente, la **STS 22-4-2009 (Rc 11263/08P)** que estima compatible la intimidación propia del delito y la **agravación referida a la especial vulnerabilidad de la víctima**, extranjera que no hablaba nuestro idioma y desconocía las costumbres de nuestro país, y que siendo invitada por sus tíos a venir a España, la alojaron en su domicilio en tanto le buscaban trabajo, aprovechando tales circunstancias, precisamente su tío, para conducirla una noche en su vehículo hacia una zona oscura y solitaria, donde la agredió sexualmente.

3. Aborto

Sobre el delito de aborto, previsto en el Título II del Libro II del CP, en sus artículos 144 a 146 CP, dos sentencias han resuelto sendos recursos de casación.

La primera, **STS 10-11-2008 (Rc 2488/07)**, considera que existe un **delito de coacciones** en el obrar de quien compele a una menor a abortar, en contra de la voluntad de ésta, ya que, en el caso *«el acusado ejerció sobre la víctima una compulsión determinante de un obrar no querido por ella —la practica de un aborto— mediante la intimidación que representaba la advertencia de que, de otro modo, no volvería a ver al hijo de ambos. Un comportamiento así plantea sin duda el problema de la diferenciación con el delito de amenazas: la opinión dominante rechaza que la intimidación integre el delito de coacciones y la reconduce al de amenazas de acuerdo con el principio de especialidad ya que la amenaza es fundamentalmente una intimidación y porque normalmente cuando el CP quiere incluir la intimidación en el término violencia lo hace expresamente. Pero otro sector minoritario de la doctrina, y en todo caso la jurisprudencia de esta Sala, incluye los supuestos de intimidación en el delito de coacciones, estableciendo como diferencia entre este delito y el de amenazas un criterio temporal según el cual habrá amenaza cuando lo que se anuncia es un mal para el futuro y un delito de coacciones cuando se anuncia un mal presente. Con arreglo a este criterio, y dado*

que el menor estaba ya en poder del acusado cuando hizo su advertencia el 8 de agosto para que acudiera ese mismo día a la clínica a someterse al aborto, el hecho aparece correctamente calificado, según la jurisprudencia, como delito de coacciones» (FJ 3.º).

Y la segunda, **STS 5-2-2009 (Rc 10612/08P)**, revoca la condena impuesta por la Audiencia y procede a dictar la **absolución** del recurrente, por un problema de prueba, con base en los siguientes razonamientos: «4. En cuanto a la existencia del aborto, la sentencia la considera probada por las manifestaciones de los médicos forenses en el acto del juicio oral, ratificando sus anteriores informes. La sentencia considera como prueba irrefutable el resultado positivo del test de embarazo, lo que textualmente considera como “un indicio claro de que existió embarazo y tuvo lugar un aborto». Parece que no estima suficiente este dato y lo pone en relación con una testigo de referencia que manifiesta que la abortante le facilitó este dato. También como argumento contundente afirma la sentencia que los médicos manifestaron que “el Citotex que fue suministro a Florentina a los indicados fines (sic)” aclararon que existen multitud de medicamentos por medio de los cuales puede ser provocado un aborto y especial idoneidad del citotex medicamento que fue suministrado (sic) a Florentina a los indicados fines.

5. La parte recurrente alega que las manifestaciones inculpatórias ante la Guardia Civil se hicieron bajo presión y la amenaza de que serían expulsadas del país si no acusaban al recurrente. Estas declaraciones fueron ratificadas en sede judicial pero ninguna de las dos testigos compareció a las sesiones del juicio oral para que pudieran ser contrastadas sus declaraciones anteriores. El Ministerio Fiscal impugna el motivo con argumentos formales. Esgrime que cuando se ordenó la celebración del juicio y continuación del mismo, sin la presencia de las testigos, su abogado no formuló protesta y tampoco cuando se leyeron sus declaraciones si bien reconoce que el acusado al utilizar el derecho a la última palabra hace constar que «lo que dijeron las chicas no es verdad, deberían haber estado en la Sala ellas.

6. Los derechos y garantías constitucionales son de la titularidad exclusiva del acusado y no son administrados por la representación técnica que, como toda actividad profesional, puede estar más o menos acertada. La rotundidad de la expresión del acusado obligaba a la Sala a un esfuerzo complementario y más intenso para justificar por qué su alegación carece de valor y se demuestra inconsistente ante la existencia

de otras pruebas sin escudarse en las deficiencias técnicas del letrado si es que existieron. De todas formas y remitiéndonos a lo precedentemente expuesto, los delitos relativos a la prostitución están acreditados por las pruebas anteriormente examinadas» (FJ 2.º).

4. Apropiación indebida

La **STS 9-2-2009 (Rc 1028/08)**, examina las vicisitudes de las relaciones tía-sobrino, en relación al llamado **contrato de vitalicio** por si de lo sucedido, pudiera desprenderse un delito de apropiación indebida.

El Tribunal Supremo descarta, en el caso, tal ilícito penal ante la insuficiencia del relato fáctico contenido en la sentencia de la Audiencia, ya que:

«la sentencia, pese a proclamar que “ese” dinero recibido por el acusado en préstamo no fue específicamente dedicado al pago de los costes de la residencia de la tía, en modo alguno afirma que el sobrino se negase a tal pago, ni que incurriera en causa de resolución del vitalicio por incumplimiento de sus obligaciones.

Se afirma en la sentencia que la apropiación indebida se consuma en octubre de 2005, cuando la tía sufre un infarto cerebral y el acusado no dedicó el dinero a “subvenir las necesidades de la tía”. Ahora bien, ni en ese fundamento, ni en los hechos probados, se dice que el acusado se negase a tal atención. Lo que sí se dice es que en tal fecha la hija de la perjudicada regresa de París y es ella quien la ingresa en una residencia pública.

Independientemente de que el eventual incumplimiento de las obligaciones derivadas del vitalicio no implica por sí solo el delito imputado, sino, en su caso, la resolución del contrato con las devoluciones que procedieran, lo relevante es que la descripción de hechos se limita a constatar que no se produjo el ingreso en una residencia privada. Pero omite toda argumentación sobre los datos que permitan conocer las razones de tal situación» (FJ 1.º).

5. Atentado

La no siempre fácil diferenciación entre los delitos de atentado y resistencia, se explica con gran claridad en la **STS 3-4-2009 (Rc 1272/08)** en la que se parte de un hecho de la experiencia, a saber, que es más fre-

cuenta que el atentado tenga lugar fuera de las comisarías que en el interior por lo que en este último caso, será necesario ponderar especialmente la desigualdad de situaciones, la absoluta superioridad de que gozan en tal contexto, los agentes de la autoridad y la afectación al orden público que pudiera haberse producido.

En razón de ello, se resuelve que:

«La resistencia tiene que ser grave, activa, persistente y con el ánimo de oponerse al cumplimiento de las decisiones de la autoridad dentro de sus facultades. Existe una escala que es necesario recorrer, según la intensidad de la reacción que se iniciaría en su eslabón más grave por el atentado, seguiría la resistencia grave, el maltrato de obra, la simple resistencia o la desobediencia grave que nos llevaría a situarnos en conductas calificadas como delictivas. Existen, como en el caso presente, situaciones en las que, un simple forcejeo que no cabe elevar a la categoría de delito, sino integrarlo en la falta contra el orden público en los que se observa, por la escasa virulencia de la conducta del acusado, un simple forcejeo que supone una actitud de desobediencia leve que pueden ser integrados en la falta del artículo 634 del Código Penal. Este es el caso y la pena que se determinará en el apartado correspondiente» (FJ 2.º).

6. Contrabando

La reciente aprobación del **Tratado de Lisboa**, cuya ratificación por España se autorizó por **LO 1/2008, de 30 de julio**, ha sido objeto de aplicación en la **STS 17-9-2008 (Rc 451/07)**, en relación con determinadas actuaciones de ciudadanos procedentes de países recientemente incorporados a la UE, como, en el caso examinado por la resolución, los nacionales de Estonia.

La sentencia trata de la problemática de la sucesión de leyes en el tiempo, la retroactividad y las normas extrapenales complementarias a la norma penal.

Por su interés, y para una mejor comprensión, reproducimos lo más relevante del FJ 1.º, a pesar de su extensión:

«...en el presente caso estamos mucho más allá de una simple modificación fáctica, operada por la vía de reforma de las disposiciones administrativas de remisión. En efecto, el principio de libre circulación de mercancías representa una de las piezas angulares de la estructura polí-

tico-normativa de la Unión Europea (cfr. art. 23 —antiguo artículo 9— del tratado fundacional 25 de marzo 1957). Recientemente, la LO 1/2008, de 30 de julio, ha autorizado la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. En su preámbulo se proclama y reitera el objetivo de “...fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible, garantizando la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento”.

Todo indica, pues, que la entrada de Estonia en la Unión Europea, no limita sus efectos, desde el punto de vista del juicio de tipicidad, a una mera transformación fáctica, orientada a actualizar los parámetros cuantitativos tomados en consideración en el momento inicial de la formulación típica. Esa incorporación al régimen aduanero común conlleva un verdadero cambio global de naturaleza axiológica. No son razones estratégicas de pura oportunidad legislativa las que han de ser ponderadas por la Sala a la hora de valorar la incidencia de la ampliación de las fronteras comunitarias.

Descartado un enfoque formalista, más útil en los casos de sucesión de normas penales, se impone un criterio teleológico, que atienda al verdadero alcance de la rectificación normativa. Conforme a esta idea, la modificación de la norma extrapenal de reenvío —en el presente caso, el Tratado de adhesión de Estonia en la Unión Europea como Estado de pleno derecho— conlleva una variación axiológica, con una incidencia definitiva en los mecanismos de protección del bien jurídico. No ha existido una degradación en la intensidad del injusto, producto de una renovada valoración fáctica, de limitado alcance cuantitativo, sino una verdadera supresión de la relevancia penal de la acción típica cuando las mercancías importadas proceden de Estonia. Y ello acontece en el momento del enjuiciamiento.

La Sala no puede acoger el criterio del Tribunal a quo, que condena a ambos recurrentes con el argumento de que las normas penales temporales, conforme establece el art. 2.2 del CP se sustraen a las reglas generales —FJ 2.º, apartado D—. Así se desprendería de su enunciado, con arreglo al cual, “los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

En el presente caso, no es posible sostener que estemos en presencia de una ley temporal. No lo son la legislación de contrabando aplicada

ni, por supuesto, el tratado de adhesión de Letonia a la Unión Europea. Leyes temporales son aquellas cuyo plazo de vigencia se justifica en atención a circunstancias excepcionales que aconsejan una mayor severidad en la respuesta penal a determinadas conductas. De ahí que no resulte procedente equiparar el precepto aplicado –art. 1.1 de la LO 7/1982, 13 de julio, vigente en la fecha de los hechos–, al régimen jurídico que es propio de las leyes temporales. (FJ 1.º).

(...) Pues bien, es un hecho notorio que Estonia forma parte ya de la Unión Europea. El Tratado relativo a la Adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003, ha supuesto la ampliación de los países miembros de la Unión. El Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión por el Reino de España es de fecha 10 de noviembre de 2003, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 106, de fecha 1 de mayo de 2004.

Conforme al art. 1 del mencionado Tratado (BOE núm. 106, 1 de mayo de 2004), la República de Estonia –además de las ya mencionadas– han ingresado como miembros en la Unión Europea y pasan a ser Partes de los Tratados en que se fundamenta la Unión, tal como han sido modificados o completados.

La entrada en vigor del Tratado se produjo en España el día 1 de mayo de 2004, según se desprende del Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión, también publicado en el núm. 106 del BOE de fecha 1 de mayo de 2004. Y en el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Estonia y a las adaptaciones de los tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, el Anexo II, apartado I –libre circulación de mercancías–, apartado J –productos alimenticios– fija las bases para la plena eficacia de las disposiciones fundacionales relativas a la libre circulación de mercancías» (FJ 1.º).

7. Delitos contra la Hacienda Pública

A pesar de que no son muy frecuentes, tampoco han faltado en el año judicial que examinamos, las sentencias que se ocupan de los delitos contra la Hacienda Pública, regulados en los artículos 305 y ss CP.

De entre ellas, cabe mencionar la **STS 12-2-2009 (Rc 308/08)**, que examina el modo de aplicación de la norma extrapenal a un delito que está construido mediante la técnica de las leyes penales en blanco.

Y así, tras indicarse que:

«En el caso del delito fiscal ...la aplicación del tipo penal en blanco exige que el Tribunal complete el tipo con el deber fiscal previsto en la ley fiscal, pondere las circunstancias que permiten subsumir las operaciones bajo el concepto de hecho imponible de la misma, y establezca las demás condiciones, objetivas y subjetivas del tipo, así como la condición objetiva de punibilidad...»

Continúa *«... La Audiencia dice —predeterminando, en verdad, el fallo por la introducción en los hechos probados conceptos jurídicos que adelantan la subsunción de hechos no descritos como tales — que “en las citadas declaraciones se ocultaron de forma consciente, bases imponibles derivadas de determinadas operaciones de prestación de servicios”. Es evidente que de esta descripción de la conducta imputada, en la que se ignora cuáles son las “operaciones determinadas”, no es posible deducir si se trata de hechos imponibles según el art. 4 de la Ley del IVA y si la base imponible es la que se consigna en la sentencia, ni tampoco si la suma no ingresada alcanza a la que señala la Audiencia. Dicho de otra manera: con los datos ofrecidos por el Tribunal de instancia es imposible determinar si la base imponible ha sido jurídicamente determinada de manera correcta.»*

De todo lo cual resulta que no es posible condenar pues:

«En la medida en la que no han sido observadas en la determinación de los hechos las exigencias de los principios de legalidad y de la presunción de inocencia, la sentencia debe ser casada por haber infringido el art. 349 CP 1973» (FJ Único)

8. Delitos contra los extranjeros

La incidencia del fenómeno inmigratorio en España, está haciendo que el **artículo 318 bis CP**, el único que configura el Título XV BIS del Libro Segundo del CP, «De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», genere una continua jurisprudencia.

En el último año judicial, la **STS 11-4-2009 (Rc 399/09)**, es un buen ejemplo de su aplicación, ya que trata de una solicitud de acogimiento

por razones familiares de un ciudadano chino por parte de quien decía ser su madre sin que lo fuese.

Esa conducta —dice la sentencia precitada— «se subsume, sin duda, en el delito tipificado en el artículo 318 bis.1 del Código Penal, que castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España.» ... «ya que ya que la recurrente, con fraude, utilizando documentación falsa y, por consiguiente, de forma ilícita, solicitó el acogimiento para su inmigración a España de un súbdito chino del que decía ser su madre cuando eso no era cierto, siendo irrelevante el hecho de que no se hubiese acreditado que fuese la recurrente la autora de la falsificación de la documentación.»

La doctrina sobre el mencionado tipo, se incluye en la sentencia que nos recuerda que *«En el tipo objetivo de esta figura delictiva, la primera de sus modalidades es la de promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución, y tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1059/2005, de 28 de septiembre, que **está incluida en esa conducta típica cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad.** A ello hay que añadir que el modo más frecuente de comisión, como sucede en este caso, es el del movimiento de personas desde el extranjero a España. Por otra parte, al incluirse en el tipo básico los términos “directa o indirectamente” el legislador ha querido también integrar en el tipo aquellos comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina.*

Y ese tráfico, entendido como traslado de personas, ha de ser ilegal, esto es, que se produzca al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, habiendo señalado las Sentencias de esta Sala 59/2006, de 19 de enero, y 284/2006, de 6 de marzo, que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación de extranjería.

Deben considerarse, pues, entradas ilegales las efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanecer en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocul-

tar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas, como será el supuesto de visados obtenidos mediante falsas alegaciones.

Hay que señalar que se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido. La consecución del fin previsto, la inmigración, pertenece a la esfera del agotamiento del delito.

Por última, aunque en el tipo básico se refiere a personas, en plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona, si bien, ello determina que, aunque sean varias las personas afectadas, existirá un solo delito en cada tráfico ilegal» (FJ 1.º)

9. Delito publicitario

Recogemos igualmente, en esta Crónica, la **STS 26-1-2009 (Rc 253/08)**, sobre el delito publicitario previsto en el **art. 282 del CP**, dado la escasa jurisprudencia existente sobre el mismo.

La resolución, se centra en la insuficiencia de la sentencia recurrida en cuanto al relato histórico que fundamentó la condena, lo cual va a determinar la estimación del recurso dado que en el *factum* no se incluye la cuestión capital del delito, esto es, la oferta que realmente se hizo.

Y es que, como dice la sentencia, *«la operación de subsunción de una oferta comercial en este tipo penal pasa necesariamente por el conocimiento preciso, exacto y completo, de la oferta o de la publicidad de que se trate, en sus términos concretos y tal y como éstos integraron el anuncio o el ofrecimiento.*

Por otro lado, la sentencia examina el tipo en cuestión, exponiendo la doctrina sobre el mismo: *«...el art. 282 del C Penal, que castiga a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos. La estructura del tipo lo es de peligro y no excluye una comisión de estafa cuando exista disposición*

patrimonial determinada por error relevante derivado de una acción engañosa, que pueda estar en su caso en la falsa oferta o en la mendacidad de la publicidad. Fuera de ese supuesto la misma disconformidad con la realidad de lo afirmado en la oferta o en la publicidad del producto o del servicio integra este delito, pero teniendo en cuenta que no abarca las exageraciones toleradas socialmente en la actividad publicitaria en cuanto dirigidas mas a la motivación del consumidor que a la transmisión de información concreta y creíble, ni las omisiones o insuficientes de lo ofrecido en el anuncio que no tiene normalmente el carácter de información exhaustiva de todo cuanto pudiera interesar al destinatario del producto o servicio; ni tampoco aquellas características en lo anunciado u ofrecido que devienen imposibles o distintas por razones sobrevenidas no dependientes de la voluntad o del control del anunciante» (FJ 3.º).

10. Detención ilegal

Otro de los delitos clásicos, como la detención ilegal, que ya aparece en el **CP de 1848** con una fórmula idéntica a la actual «el particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad», ha sido objeto de un profundo examen en la **STS 3-3-2009 (Rc 454/08)**.

En dicha resolución, entre otras cuestiones, se examina si es posible aplicar a la Autoridad o Funcionario, que cometa la detención ilegal de una persona, el supuesto privilegiado del artículo 163.4, «...cuando fuere para presentarla inmediatamente a la autoridad...», como parece admitir la amplitud con que se expresa la remisión desde el artículo 167, o, por el contrario, la respuesta negativa, con base en la restricción a «*El particular...*» que contiene el apartado 4 del 163.

El tema, suscitó un **Pleno no jurisdiccional de la Sala, de fecha 27-1-2009**, que se saldó con el siguiente acuerdo: «*La remisión que el artículo 167 del código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último.*»

Los argumentos que apoyan el criterio en cuestión, se recogen de modo amplio en la sentencia, y son los siguientes:

«a) *De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación*

al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a “**El particular...**”, lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a “**El particular que encerrare o detuviere a otro...**”

b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.

c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.

d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de duda interpretativa, que esta duda se despeje «contra reo», excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aún cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

e) Máxime cuando el «plus» en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los

cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163». (FJ 3.º).

11. Estafa

El delito de estafa, ha sido, también en el presente año judicial, uno de los que ha generado mayor número de sentencias resolviendo recursos de casación penales.

De entre las mismas, ofrecemos la siguiente muestra:

Sobre el concepto de **especial gravedad**, la **STS 14-9-2008 (Rc 2464/07)**, se refiere al cambio jurisprudencial operado a través del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007.

Y así, —se dice— antes de dicho Pleno, de una manera sintética se contemplaban dos situaciones:

a) Pluralidad de estafas que dan lugar a un delito continuado de diversas cuantías que aisladamente consideradas, ninguna de ellas superaba los 36.060'73 euros —seis millones de ptas.—. En tal caso la doctrina de la Sala era la de aplicar *exclusivamente* la continuidad delictiva del art. 74, pero *sólo el párrafo segundo* dada su especialidad al tratarse de infracciones contra el patrimonio, lo que suponía la posibilidad de recorrer *en toda su extensión* la pena correspondiente al delito que en relación a la estafa era la pena de seis meses a tres años, con independencia de aplicar —motivadamente— la pena superior en uno o dos grados en los casos de que revistiese notoria gravedad y afectase a una generalidad de personas (delito masa).

b) luralidad de estafas que dan lugar a un delito continuado de diversas cuantías pero una o varias de esas cuantías es *superior* a 36.060'73 euros —seis millones de ptas.— aunque otras no lo alcancen. En tal caso la respuesta era la de aplicar *conjuntamente* el subtipo de especial gravedad del párrafo 6.º del art. 250-1.º CP y *además* la continuidad delictiva con aplicación, también, del art. 74-2.º, de suerte que en tal caso la pena sería la prevista en el art. 250-1.º CP, prisión de uno a seis años y multa, y por la continuidad se podría recorrer en toda su extensión la pena de prisión, es decir, podría imponerse hasta los seis años siempre teniendo en cuenta el perjuicio total causado, pero no aplicándose el art. 74-1.º con lo que *no* sería vinculante en todo caso la imposición de la pena en

su mitad superior. También aquí quedaba abierta la posibilidad de agravación en los supuestos de delito-masa antes referido.

El origen de los 36.060'73 euros se encuentra en el párrafo 7.º del art. 529 del CP 1973 que se refería a la especial gravedad que para su estimación como muy cualificada a la que se refería el art. 528 CP, inicialmente se fijó en cantidades superiores a los 2.000.000 ptas. y posteriormente a los 6.000.000 ptas., lo que se mantuvo en relación al actual 250-1-6.º del vigente CP pero traducido a euros, si bien ya sin el valor de muy cualificada porque esta hiper-agravación no se recogió en el actual Código —SSTS de 16 de septiembre de 1991, 16 de julio de 1992, 13 de mayo de 1996, 12 de diciembre de 1996, 22 de enero de 1999, 21 de marzo de 2000, 6 de noviembre de 2001 y 864/2002, entre otras—.

Ya en relación al actual Código Penal el presupuesto para la *doble y sucesiva* aplicación del subtipo de especial gravedad más la continuidad delictiva con aplicación del art. 74-2.º sin riesgo de vulneración del *non bis in idem* era que en casos de continuidad delictiva, alguna de las partidas defraudadas, aisladamente consideradas supere los 36.060'73 euros.

En tal sentido y entre otras muchas se pueden citar las SSTS 1444/2002 de 14 de septiembre, 206/2002 de 5 de diciembre, 142/2003 de 5 de febrero, 238/2003, 27i6/2005 de 2 de marzo, 356/2005 de 21 de marzo, 1019/2006 de 16 de octubre, 1245/2006 de 17 de noviembre ó 548/2007 de 12 de junio, entre otras» (FJ 4.º).

Sobre el llamado **principio de autoprotección**, la **STS 24-9-2008 (Rc 2314/07)** afirmó:

«... El engaño bastante como elemento normativo de la estafa debe ser objeto en cada caso concreto de la adecuación correspondiente para establecer el juicio de idoneidad, de forma que «no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño». Esta doctrina, en todo caso, debe ser aplicada con la debida cautela pues en principio la idea de desprotección de la víctima es una excepción que sólo puede ser achacada a una incuria grave de la víctima. En el caso de autos nada de esto sucede si nos atenemos no sólo a los principios sino a las reglas de experiencia por las que se rige el tráfico mercantil en el contexto relatado, de forma que llevar la diligen-

cia de la parte que debe realizar la obra hasta extremos no usuales en el mismo no puede llevar consigo su desprotección desde el punto de vista de la tutela penal. Además, es evidente que el recurrente concibió su artificio engañoso desplegando diversas acciones sucesivas que incluso hicieron desistir al perjudicado del derecho de retención del artículo 1600 CC» (FJ 3.º).

Y en relación a la **manipulación informática o artificio semejante**, prevista en el **art. 248.2 CP** la **STS 17-12-2008 (Rc 92/08)**, la considera incurso en *«la conducta de quien, sin tener autorización para utilizar el servicio BBVA net Office para realizar transferencias para realizar pagos, prevista en el art. 248.2 accede al mismo aprovechando que tal servicio no tenía clave para realizar transferencias de fondos, dirige a la entidad bancaria el preceptivo y habitual fax firmado por un administrador autorizando una transferencia a favor de un proveedor real y por una operación también real y válida, pero enviándolo en primer lugar, a un número inexistente para que la operación quedase inicialmente frustrada, y a continuación a través del servicio BBVA net office realizar la transferencia a su propia cuenta, esto es está alterando o modificando el número de las cuentas corrientes a las que debía ir a parar el dinero, aparentando ser las cuentas corrientes de los proveedores de la empresa, (pues)no cabe duda de que está empleando un artificio ante el banco o entidad de crédito a quien suministra los datos requeridos para que se produzca una transferencia de fondos a sus propias cuentas, y no solo finge unas operaciones realmente autorizadas, sino que consigue que las mismas pasaran inadvertidas en la cuenta de la empresa, en la que aparecen realizados los cargos a favor del cliente designado en el fax, con la consiguiente disminución de su patrimonio, ha de considerarse como constitutiva del «artificio semejante a la manipulación informática» que consigue la transferencia in consentida de fondos.*

Consecuentemente el delito cometido es la estafa del art. 248.2 CP en cuanto ha habido ánimo de lucro, engaño integrado por el artificio semejante a los informáticos y transferencia indebida de fondos, y no el delito de apropiación indebida que propugna la Sala de instancia, por cuanto en este delito la intención lucrativa surge después de tener el sujeto activo del delito la cosa en su poder que en su día le entregó sin engaño la otra parte, y en este caso la acusada no estaba en posesión legítima ni ilegítima de los fondos en cuanto no estaba autorizada para efectuar pagos» (FJ 3.º).

12. Falsedades

La fe y la seguridad en el tráfico jurídico, como dijera la **STS 24-2-2009 (Rc 1115/08)**, son los **bienes jurídicos** que tutelan los delitos de falsedad por lo que —como indica la precitada sentencia— si no se acredita la vulneración de los mismos, no habrá tal clase de delito.

Igual idea se desprende de la **STS 2-4-2009 (Rc 172/08)**, que sostiene que cuando se trata de una mención de **absoluta intrascendencia** en el tráfico jurídico, no cabe hablar de delito de falsedad ya que éste exige que «el contenido resultante de la actuación del sujeto del supuesto delito sea mendaz», lo cual no se corresponde con la supresión de una palabra, como es «dispensado» en un documento protocolizado, para referirse a si el interesado había o no dispensado los honorarios generados por el documento, cuestión que la Hacienda Pública puede comprobar sin ningún problema, examinando el propio documento y «los libros de contabilidad fiscal cuya llevanza corresponde fuera del protocolo notarial.»

Por el contrario, cabe hablar de **falsedad ideológica**, según la **STS 10-10-2008 (Rc 48/08)**, cuando se confecciona un documento en el que un empleado bancario simula una operación —pues se trataba de un negocio ajeno al banco— que contienen el nombre comercial, el anagrama del banco, el sello, la fecha y firma de la entidad .

Y es que, como estableciera el Pleno de la Sala Segunda de fecha **26-2-1999** y ha seguido una constante jurisprudencia (**SSTS 1302/2002, 71/2002 y 325/2004**, entre otras), la falsedad que disciplina el art. 390.1.2 CP requiere «la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento». Supuesto aplicable al caso examinado en la sentencia correspondiente al **Rc 48/08**, en la que se ofrecían extratipos, a partir de un negocio existente, con cobertura formal pero que encubría un engaño a través de un despliegue documental, en el que «a su antojo» el acusado utilizaba documentos matrices de carácter original, resguardos falseados y, en definitiva, simulaba la intervención de una persona jurídica, en absoluto partícipe en el negocio subyacente.

También resulta de interés la **STS 10-2-2009 (Rc 148/08)**, respecto al **concepto de documento mercantil** que recuerda la **STS n.º 900/2006, de 22 de septiembre**, que señalaba que «*son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la crea-*

ción, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades.»

Y por tal razón, se consideran mercantiles los documentos a que se refieren los siguientes hechos: dos cartas falsificadas, con fecha 4 de marzo y 5 de abril de 2004, a nombre de una aseguradora, que aparecen como firmadas por empleados de ésta, dirigidas a requerir a una persona, cliente del acusado y perjudicado por los hechos, para el reintegro de las sumas que le habían sido abonadas por error, todo ello en relación a las cantidades que correspondían a aquel como asegurado.

La razón de ello, es que *«en el caso se trata de requerimientos efectuados dentro de la operativa propia de la compañía aseguradora, a la que se hace figurar falsamente como emisora, orientados a la recuperación de cantidades que se dice abonadas por error en el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles. No se trata, por lo tanto, de una mera comunicación interna o dirigida a los asegurados, sino de un requerimiento formal, de manera que los documentos falsificados podrían acreditar la reclamación de la compañía frente al asegurado, por lo que deben ser considerados documentos mercantiles»* (FJ 2.º).

Finalmente, damos cuenta de la importante **STS 22-1-2009 (Rc 16/08)** que considera la **tenencia de tarjetas de crédito falsificadas** que el acusado «pretendía hacerlas circular como tales», falsificación de moneda, al exigir el **acuerdo plenario de la Sala de fecha 16-12-2008** para poder sancionar conforme al delito de falsedad previsto en el **art. 386.2 CP**, «la acreditación de una finalidad de transmisión».

13. Homicidio

Dentro de los delitos del «homicidio y sus formas» que se hayan incluidos en el Título I del Libro II del CP, en sus artículos 138 a 143, ambos inclusive, destacan dos sentencias sobre aspectos culpabilísticos: la primera, de **6-2-2009 (Rc 10762/08P)**, y la segunda, de **27-2-2009 (Rc 10412/08P)**.

En la primera resolución, la cuestión estudiada es la **compatibilidad entre el dolo eventual y la alevosía**, en un caso de asesinato intentado.

Los hechos esenciales de la sentencia, consistieron en que la acusada taponó la boca y orificios nasales de la agredida *«lo que, sabidamente, tenía que producirle la muerte de manera inmediata, sin alternativa posible.»*

Y dicha situación, *«aun en la hipótesis del dolo eventual, tendría que jugar igualmente la alevosía, y debería hacerlo sin que la compatibilidad entre ambas figuras tuviese por qué suscitar algún problema conceptual; pues la reducción de la víctima a una situación de objetiva incapacidad para reaccionar — como medio de ejecución — puede perfectamente producirse aun en la hipótesis de que el resultado letal para la misma no hubiera sido directamente buscado, sino aceptado como posible y/o entrado como probable en la previsión del sujeto agente. Esto también según, entre otras, SSTS 466/2007, de 24 de mayo y 71/2003, de 20 de enero»* (FJ 1.º).

En el caso, que el Tribunal Supremo transforma de lesiones en asesinato en grado de tentativa, se explica que la acusada abandonó a la citada *«en la cama, maniatada, amordazada y con el almohadón fuertemente apretado sobre su cara, sin importarle las consecuencias que se pudieran derivar de su actuación. Salvadora D... sólo pudo volver a respirar al ser auxiliada por su perro que le apartó el almohadón de la cara»*; y como resultado sufrió diversas equimosis.

Así, lo que se desprende de esta descripción es que, de no haber mediado ese movimiento por parte del animal, Salvadora habría muerto enseguida por asfixia.

De donde se sigue, claramente, que la inculpada *«llevó a cabo con plena conciencia una acción objetivamente idónea para acabar con la vida de su víctima, al dejarla en condiciones tales que la muerte le habría sobrevenido de forma prácticamente inmediata»*, de no haberse dado la circunstancia expuesta, (que) es obvio fue ajena a la voluntad de la acusada, y que tuvo el efecto de interrumpir la secuencia causal conscientemente desencadenada por la misma.

En definitiva, hubo una acción idónea para producir la muerte, realizada sobre una persona reducida previamente a una situación de total inermidad; y ese resultado, finalmente, no se produjo por la interferencia de una causa ajena a la voluntad de la autora. En consecuencia no cabe hablar de lesiones. (FJ 3.º).

La otra sentencia citada, examina un caso de **homicidio por imprudencia**, en el que os hechos consistieron en la muerte de los dos ocupan-

tes de un cayuco, *por hambre y frío*, siendo ésta la causa inmediata, según el informe de autopsia y como recalca la propia sentencia de la Audiencia que consideró que «el mismo hecho de la *travesía sin la suficiente comida y agua* fue la causa de los fallecimientos.»

Pues bien, planteada la cuestión de la llamada **relación de causalidad**, la sentencia, con cita de la STS 4-7-2003, n.º 966/2003, recuerda que la doctrina actual acude al concepto *de imputación objetiva*, entendiéndose que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o «*conditio sine qua non*», relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado.

Y, con relación a un supuesto similar, de entrada ilegal de inmigrantes, en el que el delito se produjo, no mediante el viaje en una embarcación, sino en una furgoneta carente de las mínimas dimensiones y respiraderos oportunos, produciéndose el fallecimiento por asfixia de tres inmigrantes, ya la Sala —STS n.º 886/2008, de 19 de diciembre—, confirmó la condena hecha en la instancia contra el *conductor* del vehículo, precisando que la muerte era un desenlace perfectamente previsible, dada la falta de precauciones, la inobservancia de todo tipo de previsiones, y, en las condiciones que relata el *factum*, la infracción del mínimo deber objetivo de cuidado.

De todo ello, concluye la presente sentencia, «*resulta la responsabilidad que les ha sido atribuida a los acusados, y entre ellos al recurrente, tanto hubieran sido ellos los últimos organizadores del viaje marítimo, como si no, puesto que aquélla claramente resulta de la asunción de la condición de patronos de una embarcación en la que, contraviniendo*

toda norma o reglamentación de seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar, se aventuraron a una larga travesía por mar abierto, careciendo del acondicionamiento, y avituallamiento preciso para realizarla sin riesgo de muerte para sus ocupantes» (FJ 2.º).

14. Incendio

Sobre el delito de incendio, de amplia regulación en el CP, pues ocupa un capítulo propio del Título XII del Libro II («De los delitos contra la seguridad colectiva»), a pesar de su difícil aplicación, contamos en el presente año judicial con dos interesantes sentencias.

La primera, **STS 30-9-2008 (Rc 11277/07)** se adentra por su discutida naturaleza, a fin de diferenciarlo del delito de daños, sosteniendo que *«la **diferencia esencial con el delito de daños**, o en su caso la falta, radica, por lo tanto en la conciencia del peligro a la vida o la integridad física de las personas que el autor busca con la acción contra el patrimonio. Esta situación hace que el delito del art. 351 se configure como delito de peligro “hipotético o potencial”, dijimos en la STS 1623/2003, de 7 de octubre, en el que lo relevante es la idoneidad de la acción para la producción del peligro que se recoge en la tipicidad, la vida o la integridad física de las personas. De esta manera, no es necesario la efectiva causación de un daño sino la idoneidad para producir el peligro que se protege....»*

De ello resulta que en el caso, cuyos datos sintéticamente hablando, son que el acusado, que había mantenido una discusión con su familia, pide alcohol y quema su vivienda, alcanzando el fuego a la puerta, muebles y habitación en la que se inicia, alcanzando el humo el resto de la vivienda habitada por sus hermanos sin que el peligro llegara a concretarse por la presencia inmediata de los servicios de extinción, estamos ante un delito de incendio pues *«cuando se realiza la acción el acusado conoce que en el piso superior estaban sus familiares a los que ponía en peligro en su vida o integridad física, abandonando el lugar de los hechos tras la producción del incendio» (FJ 2.º).*

Y la segunda, **STS 10-3-2009 (Rc 192/2008)**, aborda la cuestión de la prueba, en un caso de incendio por imprudencia, en el que el autor prendió fuego en una parcela suya, sin licencia de la Consejería de Medio Ambiente correspondiente y sin cortafuegos perimetral, afectando el

fuego a otras parcelas limítrofes, con daños en el arbolado y peligro para algunas personas.

En el caso, se aborda con cierto detenimiento la cuestión de la **prueba indiciaria**, tema capital en este delito dada la dificultad de contar con pruebas directas y contundentes.

Al respecto, la sentencia aporta los hechos indiciarios plenamente acreditados, con que se dispone la condena del recurrente, en los siguientes términos: *«aparte del incendio y de las características de la zona en que se produjo (“área de peligro extremo de incendios forestales”), así como de sus consecuencias dañosas y del peligro para uno de los vecinos y del guardia civil que acudió para exigirle que abandonara su vivienda, que los guardias civiles que patrullaban por la zona vieron al acusado en el lugar del incendio cuando se encontraban a muy corta distancia del mismo, que el fuego salía de su finca hacia fuera, que las marcas de hollín en la valla de la misma estaban por la parte interior de su finca, y que, ante la presencia de los citados agentes el acusado —al que dieron el alto— desatendió dicha orden —“desapareciendo en la espesura del humo”—, comprobando que, al rato, volvió con una azada, y que, en las inmediaciones de su casa, había rastrojos y manojos acumulados y ceniza blanca. Las sospechas de los guardias civiles sobre el origen del fuego, partiendo de cuanto ellos pudieron observar, viene a coincidir con las conclusiones a que llegaron los peritos de la Consejería de Medio Ambiente, con “el método de evidencias físicas”» (FJ 3.º).*

Lo anterior —sigue diciendo la sentencia— se refuerza por el hecho, que considera circunstancia extraordinariamente relevante, de la reacción del acusado al ser sorprendido por los guardias civiles en el lugar del incendio.

A la vista de todo lo expuesto, considera el Tribunal Supremo que el Tribunal de instancia ha inferido razonablemente la implicación del hoy recurrente en la producción del incendio de autos y que la sentencia recurrida cumple adecuadamente la exigencia de motivación constitucionalmente impuesta, por lo cual el recurso de casación se desestima.

15. Insolvencias punibles

En materia de responsabilidad penal derivada de actividades empresariales fraudulentas, ligadas a situaciones de impago a acreedores, se reco-

gen en la presente *Crónica* dos sentencias: una, la **STS 18-2-2009 (Rc 1612/08)** que contiene una amplia interpretación jurisprudencial de la Ley Concursal a efectos penales, y otra la **STS 4-2-2009 (Rc 429/08)** que pasa revista los requisitos exigibles para la aplicación del art. 260 CP.

La **STS 18-2-2009**, contiene, como se dijo, la doctrina penal fundamental en relación al derecho concursal, aplicable al tipo básico del **art. 260 CP**.

Y así, parte de que al art. 260 CP no cabe aplicar la jurisprudencia que interpretaba el Código derogado, el cual, en el art. 520 sancionaba la quiebra fraudulenta con arreglo al Código de Comercio, mientras que el tipo penal aplicado en la sentencia combatida castiga al que agravare dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia ya causadas.

Seguidamente se dice que *«Conviene tener muy en cuenta que a tenor de la Ley Orgánica 15/2003, de 11 de noviembre, la separación que la Ley Concursal establece entre los ilícitos civiles y penales, ya proclamada en su Exposición de Motivos, se recoge de manera expresa en el art. 163.2 de dicha ley, cuando dice que “el concurso se calificará como fortuito o como culpable”, pero que “la calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entienden de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito”. Esta afirmación coincide con lo dicho en los apartados 3 y 4 del art. 260 CP, en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto al civil-mercantil y la desaparición de la condición objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 del CP de 1973. Ahora, tanto “este delito” como “los delitos singulares relacionados con él” (v. gr. falsedades, apropiaciones, alzamientos, etc.) “podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste”. A esta independencia de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos hay que añadir también la desvinculación de que gozan los Juzgados y Tribunales respecto a la legislación mercantil, de manera que ahora, y ya desde el CP de 1.995, pueden integrar el tipo penal sin acudir a los supuestos de culpabilidad que establece la Ley Concursal (art. 164), bastando que por prueba practicada en el proceso penal quede acreditado que “la situación de crisis económica o la insolvencia ha sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”. Esto es, por los representantes legales de una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica*

(art. 164.1 LC). *Se cierra así el paso a cualquier efecto penal de la calificación de la insolvencia en el proceso civil e igualmente respecto de la jurisdicción laboral (STS 612/2006, de 2 de junio).*»

Por otro lado, en relación con los hechos del caso, se dice, que «las razones esenciales para que fuera declarada la quiebra fraudulenta de «PA, S.A.» consistían en la falta de la documentación contable determinante de que «no ha sido posible conocer la verdadera situación de la quebrada a través de sus libros». El art. 891 del Código de Comercio establece que la quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no puede deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta salvo prueba en contrario. La entidad quebrada no ha propuesto prueba que desvirtúe la falta de documentación ordenada y fiable de la que pueda desprenderse su verdadera situación económica. La presentación de los Libros en la Agencia Estatal de Administración tributaria no hace que automáticamente dichos libros reflejen el contenido real de la situación de la empresa quebrada.

En definitiva, la entidad en cuestión «ha presentado una documentación que no coincide con las deudas reclamadas, se presenta de forma extemporánea, no se encontraba en las oficinas de la empresa en el momento de la declaración de quiebra y de su estudio no ha sido posible determinar la verdadera situación de la quebrada. A partir de septiembre de 1.994, la quebrada se encontraba en una situación de grave crisis económica, se produce el impago generalizado de todos los créditos y no se formula solicitud de quiebra voluntaria o suspensión de pagos. Todo ello, conduce a calificar la quiebra como fraudulenta». (FJ 5.º).

En cuanto a la **STS de fecha 4-2-2009**, expone la doctrina para la aplicación del **art. 260 CP**, del siguiente modo:

«...El artículo 260, modificado por la LO 15/03, que únicamente suprime los términos quiebra y suspensión de pagos para sustituirlos por “el que fuere declarado en concurso”, castiga, dentro del capítulo de las insolvencias punibles, al que haya alcanzado dicha situación de crisis económica o insolvencia por una conducta dolosa realizada por el propio deudor o persona que actúe en su nombre, añadiendo que para graduar la pena se tendrá en cuenta la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. Por último, este precepto desconecta los avatares o conclusión del proceso civil o mercantil de la responsabilidad penal exigible por el mismo, sin que la calificación civil de la insolvencia vincule a la jurisdicción penal.

Los requisitos fijados jurisprudencialmente para aplicar el artículo 260 mencionado se refieren, pues, en primer lugar, a que el sujeto activo del delito sea declarado en concurso, en segundo lugar, que la situación de crisis económica o insolvencia causante de dicha situación haya sido causada o agravada dolosamente por aquél, y, en tercer lugar, que se haya causado algún perjuicio a los acreedores, aunque esta exigencia no aparece mencionada específicamente en el precepto citado. Ahora bien, la Jurisprudencia sí incluye dicho elemento teniendo en cuenta que éste es un delito de resultado, pues requiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia generalizada, como se deriva del propio concepto del concurso, que implica que el pasivo sea mayor que el activo, y, por otra parte, por lo que señalamos más arriba en relación con el apartado segundo, cuando se refiere al perjuicio inferido a los acreedores para graduar la pena, lo que significa dar por supuesta la existencia de perjuicio a los acreedores (SSTS 1757/02 o más recientemente 1018/06).

Se trata por tanto de un quebranto patrimonial que produce un resultado de lesión que conlleva un perjuicio a los acreedores, pues ello es una consecuencia necesaria de la existencia del concurso.

Ahora bien, cuestión distinta es la exigencia de una determinación o concreción exhaustiva de cada uno de los créditos o deudas, no siendo necesaria la individualización de los mismos, es decir, trasladar al juicio penal las relaciones del procedimiento civil del concurso, bastando estar justificada la causación o agravamiento doloso, dolo directo, del deudor de aquella situación patrimonial» (FJ 1.º).

16. Lesiones

El derecho fundamental a la tutela de la integridad física y moral (art. 15 CE), encuentra en los delitos de lesiones su protección penal, destacando entre sus diversos tipos, las lesiones síquicas.

Entre las sentencias que han tratado de dicha modalidad de lesiones, contabilizamos las **SSTS 79/2009 (Rc 5/09)** y **10-10-2008 (Rc 10319/08P)**.

En la primera, tras exponerse la doctrina en la materia, se examina el caso en cuestión y se confirma la decisión de la Audiencia que había estimado presente un delito de lesiones síquicas.

Y así, se dice: «*En el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir “normales”, precisa la STS. 629/2008 de 10.10, corres-*

pondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión, declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal o real según los casos, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto, subsumibles en el delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente a este delito. Será necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de la agresión o si, por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo y, por lo tanto, subsumible en el delito de lesiones.»

Aplicando dicha doctrina al caso examinado, se concluye:

«En el caso de autos, los distintos informes médicos que se detallan en el hecho probado refiera como consecuencia de los hechos la ofendida padece un trastorno por estrés postraumático, que requirió tratamiento médico especializado con medicación ansiolítica y psicoterapia de apoyo, señalando los días de incapacidad en un tiempo prolongado, 74 días, que se declara probado. Desde luego, el diagnóstico, la cronicidad de la lesión y el periodo de tratamiento que se declara exceden de las meras conturbaciones psíquicas o normales de un acto agresivo y tienen una sustantividad propia y distinta de la detención ilegal, procediendo su subsunción en el delito de lesiones en los términos que realiza la sentencia de instancia» (FJ 3.º).

Y en la segunda sentencia, cuyos hechos probados reflejan la conducta de los acusados, consistente en: «el hecho de oprimir los ojos con los pulgares, someter al detenido a golpes continuos con la cabeza tapada, a continuas vejaciones, golpes, le llevan en el maletero del coche con la cabeza cubierta, le someten a condiciones de privación de libertad duras, describiéndose los habitáculos y las condiciones de sujeción, hechos que, además de innecesarios en la detención y al ataque a la integridad moral, son causales al resultado de lesiones y se traducen en las secuelas que se describen en el hecho probado, estrés postraumático crónico, y durante la ejecución con los deseos e intentos de autolesión que el perjudicado sufrió», se recuerda que:

«Resulta patente que toda agresión personal produce, además del correspondiente resultado típico contra la propiedad, en el caso del robo con

intimidación, la libertad, en otros delitos, una conturbación anímica en ocasiones limitada al sobresalto o a la perplejidad del ataque, generando desconfianza, temor, incluso, angustia consecuencia natural del hecho agresivo. El legislador prevé esas consecuencias y las contempla en la determinación del reproche correspondiente al delito. Pero también es posible que esos resultados de la agresión superen esa consideración normal de la conturbación anímica y permitan ser consideradas como resultado típicos del delito de lesiones adquiriendo una autonomía respecto al inicial delito de agresión merecedora del reproche contenido en el delito de lesiones, siendo preciso su determinación como resultado típico del delito de lesiones y la concurrencia de los demás elementos típicos del delito de lesiones, esto es, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para la sanidad. Lo relevante es la prescripción del tratamiento efectuado por un médico siendo indiferente que la actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a los profesionales en la materia objeto del tratamiento (en este sentido, SSTS 355/2003, de 11 de marzo, 625/2003, de 28 de abril, 2463/ 2001, de 19 de diciembre).

Por ello, y como en el caso de autos, el informe de los médicos forenses refiere un diagnóstico de estrés postraumático crónico que requirió tratamiento psicológico y psiquiátrico, señalando días de sanidad en un tiempo prolongado que se declara probado, se concluye que los resultados producidos “*exceden de las meras conturbaciones psíquicas o normales de un acto agresivo, y tienen una sustantividad propia y distinta de la propia de la agresión, procediendo su subsunción en el delito de lesiones en los términos en los que se insta en el recurso*”.

Resolviéndose, por último, en cuanto al posible **concurso de delitos** producido que dado que del hecho probado resulta una pluralidad de acciones, con dos habitáculos en los que se priva de libertad, con la relación variada de hechos que desbordan y exceden de la consideración de hecho único productor de resultados, es preciso decantarse por la consideración de una pluralidad de acciones con distintos resultados que concurren realmente» (FJ 1.º).

17. Pornografía infantil

Otro de los delitos que, como consecuencia del impacto de las nuevas tecnologías, está teniendo más desarrollo en los últimos años, es el relativo a la **pornografía infantil on-line**.

Y a tal efecto, cabe destacar la **STS 30-1-2009 (Rc 1358/08)** que contiene con gran desarrollo explicativo, la doctrina sobre el mencionado delito y la **STS 12-11-2008 (Rc 10673/08 P)**, que estudia un caso de distribución de material pornográfico infantil a través de internet.

En la última de las sentencias citadas, se trataba de un material compuesto por fotografías de menores de edad de 13 años, distribuido por la red, a través de Edonkey, programa similar al E-mule, que llenaba las exigencias legales previstas en el artículo 189 1 b) CP.

La sentencia, resulta de interés, además, por el acervo jurisprudencial que recoge y que sirve para disponer de la jurisprudencia más reciente existente, sobre este tipo delictivo.

En concreto, se citan las **SSTS 913/2006, 696/2008** —que se califica como «caso idéntico»—, **767/2007**, sobre continuidad delictiva, **1.444/2004**, sobre el subtipo «organización» operando en página web, o **292/2008, de 28 de mayo** que también se califica de «caso idéntico» al tratado en la presente sentencia, en cuyos hechos probados se hace constar que se encontraron varios discos compactos de ordenador con cientos de archivos pornográficos de similar contenido.

18. Prevaricación

De nuevo en relación a este delito, contabilizamos algunas sentencias tanto del tipo administrativo como judicial.

En el primer caso, la **STS 15-12-2008 (Rc 284/08)** aplica el **art. 404 CP**, que castiga al funcionario que adopta una resolución para la que carece totalmente de competencia, omite las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, u omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo en el que actúa.

Se trató de la demolición de un edificio, contra lo estipulado en la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, RD 2568/1986, de 26 de noviembre, que aprobó el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo, produciéndose el mencionado delito en base a las siguientes razones:

«La resolución adoptada por el Alcalde por sí y ante sí y ejecutada al día siguiente, huérfano de toda justificación que pudiera provenir de un

riesgo grave de derrumbe que se ha acreditado inexistente; la omisión consciente del procedimiento legalmente establecido, con indefensión de los afectados; la apresurada actuación para revestir de legalidad la resolución, requiriendo el mismo día de la demolición a los técnicos municipales informes que justificaran el estado de ruina del edificio, configurarían la actuación del acusado como consciente de la ilegalidad de su conducta y a sabiendas de que ésta era fruto exclusivo de su personal voluntad, es decir, arbitraria» (FJ 2.º).

Sobre **prevaricación judicial**, citamos las **SSTS 23-3-2009 (Rc 1732/08)** y **3-2-2009 (Rc 1085/07)**. La primera, que desestima tal delito, condenando, en cambio por cohecho, y la segunda, que la aprecia, junto al delito de cohecho.

La **STS 23-3-2009** se ocupa de la **prevaricación por razones de forma o procedimiento**, que se opone a la prevaricación por razones de fondo, al considerar, tras un detallado examen de las decisiones adoptadas por un Magistrado en el curso de un determinado proceso, que todas ellas tuvieron amparo jurídico.

En cambio, la **STS 3-2-2009**, condena por tres delitos de prevaricación y dos de cohecho, a otro Magistrado, tras realizar un amplio estudio de la responsabilidad penal de los jueces.

En tal sentido, es digno de recogerse, las siguientes afirmaciones:

«La respuesta de las legislaciones a los abusos de los jueces en el ejercicio de sus funciones se afirma bajo dos supuestos: el cohecho y la prevaricación. A través de los delitos de corrupción (delitos de cohecho activo y pasivo), lo que se reprocha, mas que la injusticia de la resolución, es la venta de la misma resolución, lo que hace presumible su injusticia. Los delitos de cohecho, soborno, no sólo perjudican la imagen del juez independiente, también la del juez vinculado únicamente al imperio de la ley como requisito esencial del Estado democrático de Derecho.

(...) En la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema.

Los modelos de tipificación son varios: la prevaricación recogida en el Código penal español con tres figuras, la acción de dictar resolución injusta (art. 446) que extiende la negativa a juzgar (art. 448) y al retardo malicioso (art. 449), punibles con dolo o culpa (art. 447). Las distintas tipificaciones tienen su fundamento común en el hecho de “torcer el derecho”.

Ahora bien, para diferenciar estas conductas de las que suponen faliabilidad humana, se han propuesto diversos criterios.

Desde una formulación subjetiva, el juez ha prevaricado o abusado de su función al favorecer o perjudicar a alguna parte del proceso cuando aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable, en contra de la interpretación del Derecho que él mismo asume pero de la que se aparta. Esta concepción ha sido rechazada puesto que los ciudadanos están sujetos al ordenamiento y no a la convicción del juez.

Objetivamente, por el contrario, se afirma que la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe el quebrantamiento cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles —independientemente de la convicción del juez— no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable.

La anterior teoría es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento.

Por su parte, “Se destaca en la jurisprudencia, de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa, y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deba trasladarse ‘sic et simpliciter’ los calificativos que

tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como esperpéntica, apreciable por cualquiera, etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho. Se destacan los dos elementos del delito de prevaricación, el objetivo, integrado por el dictado de una resolución injusta, y el subjetivo, integrado en saber que se esta dictando la resolución injusta. “El elemento objetivo se produce cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En otros términos... el abandono de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del Derecho aceptable en tal Estado de Derecho...”

El elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho.

En definitiva por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de las opciones jurídicamente defendibles careciendo de toda interpretación razonable siendo, en definitiva, exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad.

El elemento subjetivo del tipo, aparece integrado por la expresión “a sabiendas” es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total abandono del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en Derecho en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de diversas interpretaciones elementos que deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica» (FJ 5.º).

19. Quebrantamiento de condena

Sobre el delito previsto en el art. 468 CP, el Tribunal Supremo se ha visto obligado mediante **acuerdo del pleno de 25-11-2008** a unificar

doctrina, dado los dos criterios existentes, sobre el valor atribuible al consentimiento de la víctima.

En efecto, el mencionado acuerdo estableció: « El consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP», de lo que resulta que el incumplimiento, por ejemplo, de la pena de alejamiento, imponible, especialmente, en los delitos de violencia familiar, como consecuencia de un presunto consentimiento de la víctima, integra el referido delito.

En tal sentido, se han dictado ya resoluciones que recogen dicho criterio.

Una de ellas, la **STS 24-2-2009 (Rc 10604/08P)** indica que: *«El cumplimiento de una pena impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que determinadas penas o medidas impuestas en la sentencia se orientan principalmente a la protección de aquella.*

Y ello, debido a que “en el momento actual, la legislación vigente contempla la prohibición de acercamiento como una pena, que debe ser cumplida en los términos establecidos en la sentencia y en las normas que establecen sus efectos. El legislador ha resuelto de esta forma la concurrencia del derecho de la víctima a organizar su vida, o a reunirse o a compartirla con quien desee, o incluso a preferir la asunción de un riesgo a los inconvenientes de una medida protectora, con esta forma de satisfacer el interés público en la protección de los más débiles. Y, una vez dictada la sentencia, igualmente es de considerar el interés público en el cumplimiento de las decisiones firmes de los Tribunales, cuya obligatoriedad reconoce el artículo 118 de la Constitución.”

Por tanto, «No cabe... aceptar que el acuerdo de acusado y víctima pueda ser bastante para dejar sin efecto el cumplimiento de la sentencia condenatoria”» (FJ 1.º).

Y otra, la **STS 29-1-2009 (Rc 10618/2008 P)**, considera bien aplicado el art. 468 CP pues:

«a) Desde un auto de 25.11.2004, del Juzgado de Instrucción 32 de Madrid, luego prorrogado por otro de 23.3.2005, se encontraba en vigor una medida cautelar por la que José Antonio tenía prohibido acercarse a su mujer M.^a Teresa.

b) A pesar de dicha prohibición, el procesado de manera continua, sin el consentimiento de su esposa, se presentaba en el domicilio de esta cuando le parecía bien.

Tal comportamiento, que es el narrado en los hechos probados de la sentencia recurrida, constituye el citado delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468 CP (FJ 5.º).»

20. Revelación de secretos

Las conductas atentatorias a la intimidad de las personas, físicas o jurídicas, si bien en este segundo caso entran en juego otros bienes jurídicos, se hayan igualmente representadas en la jurisprudencia de este último año judicial.

Y así, en la **STS 16-12-2008 (Rc 491/08)**, se examinan los arts. 278, 279 y 280 CP para determinar su posible aplicación a un caso de cesión in consentida de los datos de proveedores y clientela de una empresa a otra, efectuado por una gestoría que tenía acceso a dicha información.

La conducta, se incardina dentro del delito de **revelación de secretos de empresa** al cumplir los requisitos previstos en el art. 279 CP, a saber:

- 1.º Tiene por objeto el llamado secreto de empresa.
- 2.º El medio comisivo consiste en la difusión, revelación o cesión de tal secreto.
- 3.º Sujeto activo ha de ser quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, esto es, de mantener el secreto que él precisamente conoce porque su relación concreta con la empresa así lo exige.

Y ello, porque las **listas de clientes** son un elemento importante para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores que, sobrepasando lo lícito, pudieran valerse de esas listas para ofrecer su actividad comercial a quienes, precisamente por esas listas, pueden llegar a saber la identidad y datos personales de futuros clientes.

Tales listas, a pesar de que algunas Audiencias no las consideran secreto de empresa, son guardadas por las empresas celosamente en sus ordenadores para mantenerlas al margen del conocimiento de otras de la competencia.

Y con apoyo en la reciente sentencia de la Sala 285/2008 de 12 de mayo, se las considera secreto de empresa.

Por su parte, la **STS 10-12-2008 (Rc 655/08)**, analiza el art. 417 CP, que tipifica el delito de **revelación de secretos por funcionario**, partiendo de que la acción delictiva conforme a la jurisprudencia de la Sala, puede recaer, tanto sobre secretos como sobre informaciones, esto es, hechos conocidos en atención al cargo u oficio que sin haber recibido la calificación formal de secretos son, por su propia naturaleza, reservados, protegiendo así la ley el deber de sigilo de los funcionarios, impuesto en atención a la índole de los asuntos de que conocen, sean o no «secretos» en su sentido más estricto (STS 584/1998, 14 de mayo).

Y resultando que los hechos del caso se refieren a las preguntas que van a integrar el examen de unas oposiciones, respecto a las cuales no existe una declaración normativa que confiera formalmente carácter secreto al cuestionario, la cuestión era determinar si encajan en el concepto de *informaciones*.

En el presente caso —dice la sentencia— *«la relevancia típica de la acción desplegada por el recurrente es incuestionable. Gerardo M G incurrió en algo más que una infracción de su estatuto corporativo. Con la divulgación de las preguntas del examen que integraban el tercero de los ejercicios, el acusado menoscabó de forma irreversible el derecho de todos los aspirantes al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, frustró las expectativas del resto de los opositores, cuya confianza en la vigencia de los principios de mérito y capacidad tuvo que resultar decisiva en la suscripción de la convocatoria. Erosionó también la imagen del Ayuntamiento de M..., extendiendo la idea de nepotismo en los procesos de selección de los funcionarios públicos llamados a integrarse en su plantilla. Estas consecuencias, directamente asociadas a la divulgación de lo que no tenía que haber sido divulgado, permiten afirmar el juicio de tipicidad y rechazar las alegaciones del recurrente sobre la falta de relevancia penal de los hechos»* (FJ 1.º).

21. Salud pública

Como es tradicional, el capítulo de los delitos contra la salud pública, en su versión de narcotráfico, aglutina el mayor número de pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En el año judicial a que se refiere esta *Crónica*, se han producido dos importantes acuerdos del Pleno de la Sala, que han tenido reflejo en las sentencias dictadas, posteriormente.

Y así, el **Acuerdo de 25-11-2008, que ha definido los conceptos de extrema gravedad y el concepto de buque**, en relación a estos delitos, ha generado las **SSTS 19/02/2009 (Rc 10803/08P)**, **27-2-2009 (Rc 10774/08P)** y **24-9-2008 (Rc 10139/08P)** y **31-3-2009 (Rc 10302/08P)**.

La primera de las resoluciones citadas, tras indicar que en el mencionado acuerdo se convino en que «La aplicación de la agravación del art. 370.3 CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia», se resuelve el caso planteado, en el que la sustancia tóxica de que se trataba, era haschís.

En consecuencia, se adopta la siguiente decisión: *«La agravante de notoria importancia, cuando se trata de la sustancia estupefaciente haschís, se fijó, por acuerdo del pleno de esta Sala celebrado el día 19 de noviembre de 2001, en la cantidad de dos kilos y medio de dicha sustancia por lo que la extrema gravedad, tras multiplicar por mil esa cantidad, se apreciará a partir de los dos mil quinientos kilos de haschís, cantidad que se ha superado con mucho en el presente caso en el que se intervinieron 7.164,910 kilos de tal sustancia estupefaciente, e incluso fue superior a esa cantidad de dos mil quinientos kilos el haschís desembarcado en la última operación realizada en la madrugada del día 21 de enero de 2007 ya que se declara probado que el desembarco fue de al menos 113 fardos de entre 25 y 30 kilogramos cada uno de haschís, que en la cifra más favorable al acusado supondrían 2.825 kilos de dicha sustancia»* (FJ 5.º de R. H)

En la **STS 27-2-2009**, se decide en el mismo sentido, descartando alegatos muy variados, indicando que en la actualidad se sigue el criterio de multiplicar por mil la notoria importancia para obtener el límite de la extrema gravedad, conforme al Pleno de esta Sala de fecha 25 de noviembre de 2008 y Sentencia de 11 de febrero 2009, entre otras.

Por lo tanto, *«la extrema gravedad concurre en este caso, puesto que el haschís intervenido en la operación superó los tres mil kilogramos de peso, distribuidos en fardos recuperados, según el hecho probado que en*

este cauce casacional del art. 849-1.º, es de inexcusable respeto, lo que significa que la impugnación de la aplicación de la ley debe hacerse sobre la base intocable del relato histórico, discutiendo el acierto jurídico de la calificación. (FJ 2.º).

Por su parte, la **STS 24-9-2008**, tras hacer una incursión sobre los conceptos «notoria importancia» y «extrema gravedad», con cita de otras sentencias anteriores y del significado de dichas expresiones, conforme al diccionario de la lengua de la RAE, y con apoyo en otro acuerdo plenario, de fecha 19-10-2001, concluye en que no alcanzándose en el caso las mil veces la cuantía intervenida, procede no aplicar la agravante de «extrema gravedad» y sí sólo la de «notoria importancia» fijado en el acuerdo de 2001 en quinientas veces superior a la dosis habitual de consumo medio, de conformidad, igualmente con otros precedentes jurisprudenciales. Así, *«si esta misma Sala ha estimado que una cuantía de 2.500 gramos de hachís integra el tipo agravado de notoria importancia (cfr, entre otras, SSTS 657/2003, 9 de mayo; 2345/2001 de 10 diciembre y 2055/2001 de 8 de noviembre), parece obvio que la cantidad intervenida en el presente caso —2.250 kilogramos— no supera en mil veces aquella cuantía. Y no la alcanza porque faltan casi 250 kilos de hachís, suma nada despreciable cuando de lo que se trata es de aplicar el tipo hiperagravado» (FJ 2.º).*

Sobre el **concepto de buque**, de conformidad con el precitado **Acuerdo de 25-11-2008**, se dictó entre otras, la **STS 31-3-2009**, la cual tras analizar y descartar las normas que regulan el concepto de «buque», en derecho mercantil y fiscal, manifiesta que «A los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de «buque». La agravación —se dice— está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad.

Y aplicando tal nueva doctrina la caso en cuestión, se dice: *«En el presente caso, el Tribunal de instancia no describe las características de la embarcación en la que se transportaron los bultos que contenían la droga intervenida, que había sido transportada desde la playa hasta un carril situado en las proximidades de la carretera nacional. En el factum se habla únicamente de «una embarcación», y luego —en el FJ 4.º— se*

dice que, «en el caso de autos, no consta con exactitud las características de la embarcación utilizada, de la que sólo pudo recuperarse el motor, pero de lo que no hay duda es de la cantidad de hachís incautada, 1350 kilogramos, lo que exige necesariamente una embarcación, dadas las características de la travesía –estrecho de Gibraltar– sin duda potente que se convierte por otro lado y claramente en un medio específico y absolutamente necesario para realizar el transporte, lo que justifica la aplicación de la circunstancia de extrema gravedad.»

El desconocimiento de las características de la embarcación utilizada para transportar los bultos que contenían la droga intervenida en el presente caso impide, lógicamente, la aplicación al mismo del subtipo agravado de «extrema gravedad» del art. 370.3.º del CP, relativo a los supuestos de utilización de un “buque” para el transporte de la droga objeto del delito» (FJ 4.º).

En cuanto al **Acuerdo de 26-2-2009, sobre utilización de menores o incapaces** en esta clase de delitos, lo han aplicado con gran aparato motivador, las **SSTS 12-3 (Rc 1454/08)** y **27-2 (Rc 10986/09P)**, ambas de 2009.

En particular, la segunda de las resoluciones citadas hace un recorrido histórico de la cuestión, en relación con los criterios manejados por la doctrina y la propia Sala, poniendo de manifiesto que la esencia de la agravación radica en una «utilización abusiva» del menor o incapaz, al margen de que sean tales, resultando así comprensible, que en la primera de las resoluciones precitadas, no se aplique en un caso en que el menor tenía 17 años y se limitaba a abrir la puerta del lugar donde se despachaba la droga, ya que —se dice— se trata más bien de un «supuesto de cooperación o acuerdo entre ambas personas».

Además, se han dictado otras muchas resoluciones sobre cuestiones harto repetitivas, sin duda buscando en el recurso de casación, demorar el momento de la ejecución de la sentencia, habida cuenta de las elevadas penas de prisión, asignadas a estos delitos.

Entre éstas, destacamos algunas que versan sobre aspectos menos frecuentes o, que resuelven cuestiones bien conocidas, con razonamientos algo más originales.

Y así, en los supuestos de **ausencia del mínimo psicoactivo**, la **STS 16-4-2009 (Rc 1489/08)**, tras recordar la doctrina sobre la cuestión, se trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo del

2007, recurso 1816/2006, respecto a la cual se comenta que «Desde luego, como en esta sentencia se dice, no es obstáculo para excluir tal inocuidad que en el caso concreto *no haya podido determinarse la cantidad de principio activo* de las sustancias porque la misma fue consumida en el análisis efectuado por la dependencia de sanidad, si, como allí ocurría, *supera en casi tres veces aquella dosis mínima.*»

Y en la misma línea, se recuerda que «*Esta Sala en casos semejantes al actual ya tiene declarado que la ausencia de analítica sobre el porcentaje activo de la droga ocupada no impide que a la vista de la cantidad de droga ocupada y otros datos, se puede inferir razonadamente que se sobrepasó los límites del principio de insignificancia. En tal sentido SSTS de 30 de junio de 2005, 10 de julio de 2002, 280/2007 de 27 de marzo ó 687/2007 de 17 de julio...*»

Por eso, en el caso que se juzga, a pesar de la ignorancia de la pureza de la droga, la cantidad de droga intervenida supera en ocho veces la dosis mínima citada, bastando que tuviera una pureza en poco superior al 12,19% para alcanzar la barrera que excluye la inocuidad.

Pero es que, además, —se añade— «los hechos probados declaran que el acusado poseía dinero procedente de las ventas de droga en cantidad superior al percibido del adquirente al que se hizo la entrega que fue detectada y se le imputa.»

Pero es más, la misma sentencia justifica la imputación de dedicación del imputado al tráfico, **más allá de la concreta acción que determinó la detención**, cuando analizando la prueba testifical da cuenta de que el testigo de cargo proclama en el juicio oral que, en otras ocasiones, recibió del acusado otras entregas (*una o dos veces más*). (FJ 2.º).

En cuanto al **tráfico de drogas en establecimiento penitenciario**, la **STS 17-3-2009 (Rc 411/08)**, tras referirse a la razón agravatoria contenida en este supuesto, previsto en el **art. 369 8.º CP**, se estima que no concurren especiales razones de lesividad y peligro de difusión de este ilegal tráfico en el establecimiento penitenciario donde fue aprehendida la droga que llevaba la persona acusada.

Y ello se hace, con cita la **Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado** que nos dice: «El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con los mismos, y por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la difusión de las drogas,

dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en sí mismas objeto de una especial protección, como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabitación o rehabilitación.»

«De acuerdo con lo dicho se comprende que realmente los lugares en sí se protegen porque allí residen o desarrollan actividades determinados colectivos de personas, resultando especialmente dañino y perturbador que sus integrantes accedan a la droga. Son grupos de personas extremadamente sensibles, que constituyen mercados atractivos para los traficantes o vendedores de drogas al por menor, que pueden afectar no sólo a su salud, bien jurídico genéricamente protegido, sino indirectamente al funcionamiento de la institución en que están integrados esos colectivos o a la frustración del cumplimiento de los fines propios de esos centros. Junto a tal consideración no hemos de perder de vista que nos hallamos interpretando una complementación del tipo (subtipo), que va a producir una exasperación notable de la pena, lo que hace que la interpretación deba ser claramente restrictiva, como acabamos de apuntar, si no queremos desbordar los límites que impone el principio de proporcionalidad.»

Además el subtipo se construirá añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto. Dentro de estos parámetros hermenéuticos el caso que nos ocupa no sería subsumible en la agravación, ya que no existió la posibilidad de que la droga accediera a los reclusos. Existió un peligro general ex ante cubierto por el tipo básico, pero el bien jurídico que pretendía proteger la cualificación no tuvo la menor posibilidad de resultar afectado en esta última hipótesis, valorando el caso concreto.»

Así las cosas, concluye la resolución, como en este caso se trata de la entrega por la acusada, a un interno en un centro penitenciario, en una comunicación familiar, de tres papelinas de cocaína con un peso neto de 2,185 gramos, con una riqueza de sólo el 16,7% y valoradas en 150 euros, procede mantener la doctrina jurisprudencial que se ha dejado expresada, siendo de desestimar el único motivo formalizado por el Ministerio Fiscal» (FJ Único de Ministerio Fiscal).

Y finalmente, sobre la **determinación de la multa** imponible en estos delitos, para cuyo cálculo sólo existe la escueta previsión del **art. 377**

CP que remite al «precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener», la **STS 17-12-2008 (Rc 1456/08)**, tras reconocer que es cuestión no exenta de dificultades, ofrece las soluciones posibles al caso, entre las cuales se incluye, incluso, la cita de una página web.

En concreto, se establece: *«Es cierto que no estamos en presencia de un mercado oficial en el que el valor de sus productos sea objeto de publicación general. Pero también lo es que para el conocimiento de ese valor puede ser suficiente la simple consulta a numerosas páginas de Internet, algunas de ellas de carácter oficial, en las que esos parámetros son difundidos (cfr, Informe 2007, Observatorio Español sobre Drogas, Plan Nacional sobre la Droga, Ministerio Sanidad y Consumo, Gobierno de España, en <http://www.pnsd.msc.es/home.htm>). Además, los precios de venta en el mercado son remitidos por la Comisaría General de Policía Judicial semestralmente a los órganos judiciales.*

Aun así, no se trata de aceptar de forma incontrovertible que estamos en presencia de un hecho notorio y, como tal, exento de prueba. La posibilidad de impugnación de esa cuantía está fuera de dudas. El principio de contradicción, cuya naturaleza estructural le convierte en vehículo indispensable para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, ha de permitir, siempre y en todo caso, ofrecer al órgano jurisdiccional una prueba alternativa encaminada a cuestionar el valor ofrecido por el Ministerio Fiscal» (FJ 2.º).

22. Tenencia ilícita de armas

Sobre esta temática, clásica en el derecho penal, seleccionamos dos casos concretos: la calificación de la tenencia de una ballesta y las consecuencias de la falta de guía del arma.

Sobre la primera cuestión, la **STS 19-1-2009 (Rc 286/08)** descarta que **las ballestas** sean armas a los efectos del art. 563 CP, ya que en el citado artículo se castiga *«la tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas»*. Pero los arts. 4 y 5 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, no incluyen en su casuístico listado de armas prohibidas, por lo que ha de concluirse en la no inclusión de la tenencia de tales ballestas en el precepto penal transcrito.

En cuanto a **la falta de guía de pertenencia**, la **STS 3-2-2009 (Rc 1462/07)**, se indica que el legislador penal de 1995, al fijar el tipo delictivo del art. 564.1 consideró oportuno no mencionar la guía de pertenencia como necesaria, junto con la licencia al poseedor, para excluir el delito de tenencia ilícita de armas.

De ese modo, no cabe incluir en la expresión «licencias o permisos necesarios», cuya titularidad excluye el tipo penal, el concepto administrativo de «guía de pertenencia».

Por su lado, la Sala II del Tribunal Supremo constituida en Sala General, no jurisdiccional acordó en sesión del día 25 de noviembre de 2008 *«La falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, no integra el delito del art. 564 del Código Penal.»*

De esta forma, se ha venido a fijar el criterio al que ha de atenerse la nueva jurisprudencia, abandonando pues criterios como el sostenido en la Sentencia de esta Sala n.º 878/2007, de 8 de noviembre.

Y conforme al criterio fijado, estando el acusado provisto de la licencia A), no puede estimarse cometido el delito que se le imputa. (FJ 5.º).

23. Terrorismo

Sobre delitos de terrorismo, se han dictado, igualmente, diversas resoluciones, de entre las que destaca, sin duda alguna, la recaída en el **Caso Ekin, STS 22-5-2009 (Rc 10084/08P)**, probablemente la sentencia más larga dictada nunca por el Tribunal Supremo: su extensión total es 1096 folios, de los cuales los hechos probados ocupan 268 páginas.

Entre los temas más interesantes abordados en dicha resolución, sobresalen: concepto de asociación ilícita; la asociación terrorista; diferencias entre pertenencia o integración y el delito de colaboración con banda armada.

Por su indudable interés y significación, remitimos directamente a su lectura.

Sin embargo, merecen también cita la **STS 23-9-2008 (Rc 2506/07)**, sobre enaltecimiento del terrorismo que considera incluido en el **art. 568 CP** la acción de enarbolar, ondear, flamear y desplegar al viento el símbolo compuesto por el escudo adulterado de la Real Sociedad Club de

Fútbol y el dibujo, acrónimo, símbolo y lemas de la organización terrorista ETA.

Ya que tal hecho constituye la expresión simbólica de la aceptación y exaltación de su significado y llevar a cabo tal acto ante un concurso plural de personas en un espectáculo deportivo —partido de fútbol de 1.^a división entre dos equipos en un gran estadio— comporta enaltecer, vitorear y aplaudir los valores que representa, colocando a los mismos —ejercicio de la violencia terrorista y subversión del orden constitucional— y a sus autores en actitud de loa, reconocimiento y admiración universales, resultando obvio afirmar, respecto al dolo, que de los elementos objetivos sobradamente acreditados no puede derivar otra finalidad que la exaltación del terrorismo, con todo lo que implica la actividad delictiva y las personas que la llevan a cabo. (FJ 3.º).

24. Violencia familiar

Concluimos esta Crónica, con una referencia al tema de la inevitable **violencia familiar o de género**, que no sólo no cesa sino que cada vez con mayor frecuencia, accede a la casación.

En tal sentido, aparece como particularmente representativa, la **STS 17-12-2008 (Rc 71/08)** que examina el interesante caso de si cabe aplicar los delitos previstos en los arts. 153 y 173.2 CP a una relación de convivencia, basado en la prestación de servicios de limpieza y otras tareas domésticas,

El Tribunal Supremo, resuelve la cuestión en sentido afirmativo, tras estimar el recurso el Ministerio Público, en base a los siguientes razonamientos:

«la condición de “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar” significa que ha de tratarse de una convivencia doméstica.

Ahora bien no cabe restringir aquella relación a las demás incluidas en los arts. 153 y 173.2 CP; por cuanto ello implicaría cercenar el carácter enumerativo con que se presenta el precepto eliminando uno de los elementos del círculo de sujetos pasivos.

De otra parte, a pesar de la coincidencia de palabras entre la frase “núcleo de su convivencia familiar» y la llamada «familia nuclear”, no

puede extenderse que el precepto se refiere a una familia estricta; por cuanto dentro del artículo y fuera de él, el Código Penal contiene referencias a miembros de una familia que no responde al modelo estricto sino a otro muy ampliado.

Y es obvio que una “prestación de servicios” puede responder a un concierto sobre reparto de roles, en modo alguno incompatible con el concepto de convivencia doméstica, incluso dentro de la familia matrimonial.»

Aplicando lo anterior, al presente caso, resulta que la víctima estaba perdiendo casi totalmente la visión y se había quedado sin la persona que, por ello, le ayudaba. Y como conociera a O., un alcohólico de albergue variable, le invitó a vivir a su hogar, desarrollando ambas personas durante meses sus vidas en aquel lugar, ocupándose O. de la limpieza y otras tareas domésticas y de guiar a García.

«No se incluye una relación de afectividad; pero tampoco se exige siempre tal condición dentro del círculo de sujetos pasivos. Y no cabe desconocer que, en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, queda claro que la norma trata de abarcar la violencia doméstica aunque no sea estrictamente familiar.

Así las cosas, la Audiencia debió trasladar el hecho desde el art. 617.2 CP, al art. 153, 1y 2, en relación con el 173.2 CP y castigarlo como delito. Y el motivo deducido por el Ministerio Fiscal ha de ser estimado» (FJ 6.º)

SALA TERCERA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. ADMINISTRATIVO.....	152
1. ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	152
1.1. La propuesta del Parlamento de Cataluña de modificación de Ley Orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña no se considera acto sujeto al Derecho Administrativo, ni se considera a la Mesa del Parlamento como Administración Pública ...	152
1.2. Litigios entre Administraciones Públicas. Naturaleza jurídica del «requerimiento» del artículo 44 LJCA. Inaplicabilidad de la regla del artículo 110 LRJ-PAC.....	153
1.3. Interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.....	154
2. COLEGIOS PROFESIONALES.....	155
2.1. Colegio de Abogados. Prohibición de establecimiento de cuota litis en sentido estricto. Conducta prohibida: fijación de precios mínimos contraria al Derecho de la competencia.....	155
3. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	156
3.1. Sentido del silencio administrativo ante peticiones deducidas por el contratista durante la vigencia del contrato.....	156
3.2. Contrato de gestión del servicio público de cocina y elaboración de comidas para pacientes de Hospital público. Cesión de personal al servicio de la Administración a la empresa concesionaria.....	157

	<i>Página</i>
3.3. Fianza depositada en cuenta bancaria equivocada; subsanabilidad del cumplimiento defectuoso de requisitos..	158
4. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.....	159
4.1. Telecomunicaciones.....	159
4.1.1. Impugnación del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración	159
4.1.2. Impugnación del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable	159
4.1.3. Impugnación del Decreto 361/2002, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el sistema de señalización orientativa de los programas de televisión.....	160
4.2. Derecho de la competencia.....	160
4.2.1. Operaciones de concentración. Suspensión de derechos políticos por no formulación de OPA..	160
4.3. Industria y energía.....	161
4.3.1. Impugnación del Real Decreto número 1634/2006, de 29 de diciembre, sobre la tarifa eléctrica para 2007.....	161
4.3.2. Impugnación del Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural.....	162
5. DERECHOS FUNDAMENTALES.....	162
5.1. Derechos a la intimidad del domicilio: vulneración por falta de acción de la Administración para evitar el ruido producido por el sobrevuelo de aviones	162
5.2. Derecho a la libertad de expresión y de información, y derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos: denegación de intervención de Partido político en debates celebrados en la televisión pública	163
5.3. Personal militar: retribuciones. Tratamiento diferenciado no razonable	164
5.4. Educación. Módulos de los ciclos formativos de formación profesional. Discriminación para los centros privados respecto de los públicos	165

	<i>Página</i>
5.5. Educación. Asignatura de «educación para la ciudadanía». Objeción de conciencia	166
5.6. Libertad religiosa y protección de datos personales. Petición de cancelación de anotación de bautismo en el libro de bautismos de la parroquia. los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99	168
6. EXPROPIACIÓN FORZOSA	169
6.1. Proyecto de ramal ferroviario aprobado por RENFE para acceder a un polígono industrial en Zaragoza. No lleva aparejado la declaración de la utilidad pública ni la urgente ocupación	169
6.2. Expropiación del derecho a constituir una servidumbre de paso para Oleoducto. Instalación de cable de fibra óptica junto al oleoducto no prevista en el correspondiente proyecto: deber de reflejar en el proyecto de obras y servicios todos los aspectos para los que se requiere la expropiación, y necesidad de que el justiprecio comprenda también este segundo destino del derecho de servidumbre	170
6.3. Solicitud de retasación: naturaleza jurídica. Régimen del silencio administrativo	171
6.4. Expropiación de gasolinera ubicada en terrenos de dominio público. El derecho de ocupación del suelo público no ha sido puesto en cuestión, por las vías adecuadas para ello, antes de la iniciación del procedimiento expropiatorio, por lo que es preciso incluirlo entre los bienes y derechos expropiados y, por consiguiente, incluir su valor en el justiprecio	172
6.5. Radial 2 Tramo Eje Norte-Sur. Clasificación de terrenos expropiados como suelo urbanizable programado. Consiguiente valoración según art. 27.2 de la Ley 6/98	173
7. EXTRANJERÍA Y ASILO	175
7.1. Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios de que la recurrente sufre un temor fundado de persecución y extorsión por los grupos paramilitares en Colombia, y no se ha demostrado que pueda sustraerse a ello cambiando de residencia en su propio país. Doctrina sobre el llamado «desplazamiento interno»	175
7.2. Reconocimiento del derecho de asilo a mujer procedente de Nigeria por apreciarse indicios suficientes de	

	que la recurrente sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que le impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital.....	176
7.3.	Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios suficientes de persecución por parte de grupos no identificados pero con organización permanente y constante en el tiempo, cuyas acciones la Administración Pública de Colombia no puede prevenir. Importancia capital concedida a un informe de la policía colombiana	178
7.4.	Revocación del derecho de asilo. Revocación respecto de la concesión del derecho por los Tribunales. Causas de denegación y revocación. Prueba para revocación por razones de seguridad nacional	179
8.	FUNCIÓN PÚBLICA.....	181
8.1.	Falta de asistencia a la segunda prueba de un proceso selectivo para ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Generalidad de Cataluña. Apreciación de fuerza mayor	181
8.2.	Período de prácticas para acceso a la función pública. Necesidad de motivación tanto del informe desfavorable como de la resolución que declara la pérdida del derecho a ser nombrado funcionario de carrera.....	182
8.3.	Pruebas selectivas para ingreso en Cuerpo Superior de Funcionarios de Comunidad Autónoma. Exigencia de un idioma. No se trata de un requisito desproporcionado o irrazonable.....	183
8.4.	Ingreso en el Cuerpo de Gestión de la Generalidad de Cataluña. Valoración como mérito de la experiencia profesional. Válida utilización de un concepto jurídico indeterminado si la convocatoria ofrece elementos para su individualización	184
8.5.	Establecimiento de comisiones de seguimiento reservadas a los firmantes de un Acuerdo. Derecho a la libertad sindical de los sindicatos no firmantes. Vulneración si las comisiones tienen funciones normativas.....	185
8.6.	Acatamiento de la Constitución. Obligación de carácter individual por cada miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Aplicación a la ertzaintza. Deber del Gobierno vasco de exigir dicho cumplimiento	186

	<i>Página</i>
9. PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	186
9.1. Ingreso en la Carrera Judicial. Convocatoria Cuarto turno para plazas de lo Social. Cómputo de méritos....	186
9.2. Objeción de Conciencia del Juez Encargado del Registro Civil respecto de los expedientes matrimoniales de personas del mismo sexo.....	187
9.3. Medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales. Potestad organizativa del CGPJ previa ponderación global de intereses y necesidades de la Administración de Justicia.....	189
9.4. Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Protocolo de Funcionamiento y Actuación de las Oficinas de Señalamiento Inmediato. Inadmisión por no resultar actividad administrativa susceptible de recurso contencioso-administrativo. Distinción entre actuaciones propias de la Administración de la Administración de Justicia y de las propias del gobierno interno de Tribunales y Juzgados	190
9.5. Acuerdo de la Comisión de Selección de las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal. Convocatoria de plazas para las Carreras Judicial y Fiscal. Reserva de plazas para personas con discapacidad.....	191
9.6. Sanción disciplinaria impuesta a Magistrado por manifiesta falta de motivación de las sentencias. Análisis del concepto	193
10. PROPIEDADES ESPECIALES.....	194
10.1. Propiedad industrial: patentes y marcas. Obligación de notificar el contenido íntegro del acto, incorporando al expediente la acreditación de la notificación efectuada en los procedimientos seguidos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas	194
11. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	196
11.1. Responsabilidad de la Administración por los perjuicios irrogados a un establecimiento hotelero durante la realización de obras de ampliación del metro de Madrid a las puertas del hotel	196
11.2. Reclamación de resarcimiento hecha valer por el gremio de productores de aceite de oliva, a raíz de la anulación judicial de la alerta alimentaria sobre los aceites de orujo de aceituna, declarada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en julio de 2001	197

	<i>Página</i>
11.3. Posición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores frente a la gestión de los intereses patrimoniales de los inversores.....	198
11.4. Indemnizabilidad de los honorarios satisfechos al Letrado que consigue, en nombre de su cliente, la revocación de liquidaciones, bien en la vía de gestión, bien en la económico-administrativa	199
11.5. Deber de la Administración contratista de manifestarse sobre la imputación de responsabilidad, en relación con los daños ocasionados a terceros en la ejecución del contrato de obra. Sentido del silencio administrativo frente a la reclamación del tercero perjudicado.....	201
12. TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL	202
12.1. Real Decreto 62/2006, de 27 de enero por el que se modifica el Reglamento General de Conductores aprobado por Real Decreto 772/1997. «Pérdida de puntos»: naturaleza jurídica y régimen de su impugnación	202
13. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE.....	203
13.1. Medio ambiente	203
13.1.1. Aprobación de los Planes Directores de los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares. Omisión de trámite de audiencia a la asociación que agrupa a los municipios afectados.....	203
13.1.2. Acuerdo de asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007. Anulación por falta de motivación.....	204
13.1.3. Competencias de las Comunidades Autónomas para establecer medidas de protección ambiental en las aguas exteriores o mar territorial	205
13.1.4. Declaración de Lugar de Importancia Comunitaria (LIC). La propuesta dirigida por una Comunidad Autónoma a la Comisión Europea es susceptible de impugnación autónoma y directa ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.....	205
13.2. Urbanismo.....	206
13.2.1. Distinción entre el suelo urbano consolidado y el no consolidado	206

	<i>Página</i>
13.2.2. Régimen del silencio administrativo en las licencias urbanísticas.....	206
13.2.3. Usos urbanísticos lucrativos permisibles en la zona de servicio de los puertos de interés autonómico.....	207
13.2.4. Obligación de reiterar el trámite de información pública en la aprobación de los planes.....	207
13.2.5. Suspensión cautelar de instrumentos de planeamiento urbanístico impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.....	208
13.2.6. Derecho de la junta de compensación a exigir el reintegro por las empresas suministradoras de agua y energía eléctrica de los costes de ejecución de las redes de abastecimiento previstas en el proyecto de urbanización.....	209
13.2.7. Extensión y transmisión de la acción pública urbanística en la impugnación de planes.....	210
13.2.8. Obligación de publicar las «fichas de características» de los distintos ámbitos de gestión del plan general de ordenación urbana como presupuesto necesario para su entrada en vigor.....	211
13.2.9. Alcance de la suspensión de licencias derivada de la aprobación inicial de la modificación del planeamiento. No comprende las de instalación de antenas de telefonía móvil.....	211
II. TRIBUTARIO	212
1. IRPF. VENTA DE ACCIONES DE «LA CRUZ DEL CAMPO, SA.». INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CONFORME A LA INTENCIÓN DE LAS PARTES. NEGOCIO INDIRECTO, MANDATO Y FIDUCIA. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN	212
2. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO DE ALZADA DEL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN DE LA AEAT	213
3. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. LA REMUNERACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN SÓLO RESULTA DEDUCIBLE CUANDO LOS ESTATUTOS HAYAN ESTABLECIDO SU CUANTÍA DE FORMA DETERMINADA O PERFECTAMENTE DETERMINABLE. DICHA REGLA RESULTA APLICABLE INCLUSO RESPECTO DE LOS CONSEJEROS QUE, DESARROLLANDO ÚNICAMENTE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE	

	<i>Página</i>
SU CARGO, HAYAN SIDO DADOS DE ALTA POR LA SOCIEDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL	215
4. EXTENSIÓN DE EFECTOS DE SENTENCIAS EN MATERIA TRIBUTARIA...	217
5. TASA A LOS OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL. LEGALIDAD DE LA ORDENANZA FISCAL DEL AYUNTAMIENTO DE BADALONA QUE IMPONE UNA TASA POR UTILIZACIÓN PRIVATIVA O APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL REALIZADA POR EMPRESAS OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL	220
III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	223
1. INADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 51 LJCA. SU APLICACIÓN NO SE LIMITA A UN MOMENTO PROCESAL CONCRETO Y TASADO	223
2. REQUERIMIENTO DEL ARTÍCULO 44 LJCA. REGLAS PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE DOS MESES QUE EN ÉL SE ESTABLECE	224
3. NO APORTACIÓN POR LA MERCANTIL ACTORA DEL DOCUMENTO QUE ACREDITE QUE EL ÓRGANO SOCIETARIO FACULTADO PARA ELLO HUBIERA DECIDIDO EJERCITAR LA ACCIÓN. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 45.2.D), 45.3 Y 138 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN EN LO RELATIVO A SI PERMITEN QUE EL JUEZ O TRIBUNAL, SIN HACER UN PREVIO REQUERIMIENTO DE SUBSANACIÓN, ACOJA EN SU SENTENCIA UNA CAUSA DE INADMISIBILIDAD COMO ESA CUANDO LA MISMA SÍ FUE ALEGADA EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA	224
4. VÍA DE HECHO: DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO	226

Como en años anteriores, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha mantenido un ritmo de resolución de asuntos muy elevado. Este dato, unido a la diversidad de materias que se atribuyen al conocimiento de la Sala, tanto en instancia única como en casación, y a la complejidad de los litigios que ante ella se sustancian, hace difícil seleccionar resoluciones concretas para el marco forzosamente limitado de esta «crónica», pues, junto a las que a continuación se expondrán, podrían haberse resaltado otras muchas de similar enjundia y trascendencia social y jurídica. No cabe, por tanto, sino enfatizar, como asimismo se ha hecho en las «crónicas» de los años judiciales precedentes, que la relación que sigue tiene un carácter básicamente ejemplificativo de los variados ámbitos sobre los que ha extendido la Sala su labor jurisdiccional, al margen de cualquier pretensión de exhaustividad.

La elaboración de la Crónica de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido realizada por los Ilmos. Sres. Dña. Ana Isabel RESA GÓMEZ y D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT, Magistrados del Gabinete Técnico, y por Dña. Susana BOKOBO MOICHE, Dña. Margarita Diana FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Dña. Carmen FERNÁNDEZ MONTALVO GARCÍA, Dña. María Africa HERRERA ALONSO, Dña. Cristina GÓMEZ DEL VALLE RODRÍGUEZ, D. Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL, D. Francisco de COMINGES CÁCERES, D. José Luis FERNÁNDEZ CORTÉS y D. Tomás NAVALPOTRO BALLESTEROS, Letrados del Gabinete Técnico, bajo la coordinación de D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ramón TRILLO TORRES, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

I. ADMINISTRATIVO

1. Acto y procedimiento administrativo

1.1. La propuesta del Parlamento de Cataluña de modificación de Ley Orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña no se considera acto sujeto al Derecho Administrativo, ni se considera a la Mesa del Parlamento como Administración Pública

La STS, Sec. 7.^a, 02/03/2009, RC 1846/2006, analiza la inadmisión, por el Tribunal de instancia, del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Parlamento de Cataluña y la Mesa del Parlamento de Cataluña por la aprobación de la propuesta de proposición de Ley Orgánica por la cual se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña y se deroga la LO 4/1979 de 18 de diciembre. El Tribunal Supremo considera ajustada a Derecho esta inadmisión, pues *«ni el Parlamento de Cataluña es una Administración Pública, ni la aprobación de la propuesta de Ley Orgánica es un acto sujeto a Derecho Administrativo. Por su parte, la invocación del artículo 10.1 c) de la Ley 13/1998 está absolutamente fuera de lugar porque la competencia que atribuye a las Salas territoriales de lo Contencioso Administrativo para conocer de los recursos contra los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas se limita a los que versen sobre las materias de personal, administración y gestión patrimonial, incluidos expresamente en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el artículo 1.3 a) de su Ley reguladora. La aprobación de la propuesta de Estatuto de Autonomía, no parece necesario explicarlo, nada tiene que ver con ese tipo de actos y disposiciones. Tampoco, cabe considerar que nos encontremos ante un supuesto de delegación legislativa ni cabe calificar bajo ningún concepto de disposición de rango inferior a la Ley a la mencionada propuesta. En efecto, la propuesta en cuestión es, simplemente, la manifestación del ejercicio por el Parlamento de Cataluña de la facultad que le reconocía el artículo 56.1 del Estatuto de Autonomía de 1979 sin más destinatario que las Cortes Generales ni otra eficacia que la de dar lugar a la continuación en ellas del procedimiento de reforma estatutaria. Como su propia denominación indica, se trata de una «propuesta» y, en cuanto tal, no surte ningún efecto distinto del indicado. Así, pues, su aprobación por el Parlamento de Cataluña y su remisión al Congreso de los Diputados no puede ser revisada por los Tribunales de este orden jurisdiccional y afir-*

marlo rotundamente no supone desconocer el ámbito sometido a su control sino, por el contrario, respetarlo. (FJ 3.º)

1.2. Litigios entre Administraciones Públicas. Naturaleza jurídica del «requerimiento» del artículo 44 LJCA. Inaplicabilidad de la regla del artículo 110 LRJ-PAC.

La STS, Sec. 5.^a, 25/05/2009, RC 4808/2005, analiza si cuando nos hallamos ante una controversia entre Administraciones Públicas, y una Administración interpone recurso de alzada contra la decisión de la otra, infringiendo lo dispuesto en el artículo 44 LJCA, cabe dar a esa impugnación la consideración de «requerimiento» de los previstos en ese artículo 44, por aplicación de la regla procedimental del art. 110.2 LRJ-PAC. Pues bien, la Sala responde que no, porque el art. 110.2 se refiere a los recursos administrativos, pero los requerimientos contemplados en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción no son recursos administrativos ni participan de la naturaleza de estos. Tales requerimientos responden a un mecanismo de acuerdo y entendimiento entre Administraciones Públicas para evitar litigios, en el marco de los principios constitucionales de coordinación y colaboración que han de presidir las relaciones entre dichas Administraciones. A través de ellos se busca dar a la Administración requerida la posibilidad de reconsiderar sus decisiones y así procurar una solución que soslaye el conflicto; pero por su carácter de técnicas de acuerdo y entendimiento no son ni por su naturaleza ni por su tramitación cauces impugnatorios como los recursos administrativos. Más aún, añade la Sala, la no extensión de la regla procedimental del artículo 110.2 LRJ-PAC a los requerimientos del artículo 44 LJCA resulta lógica si se tiene en cuenta que el artículo 44 LJCA limita su aplicabilidad a los litigios entre Administraciones y no se extiende, por tanto, a litigios entre Administraciones y particulares. Desde esta perspectiva, *«se entiende que no sea de aplicación a este precepto la regla del artículo 110.2, pues la previsión garantista incorporada al art. 110.2 se justifica primordialmente por el hecho de que en el procedimiento administrativo, a diferencia del contencioso-administrativo, no es preceptiva la asistencia letrada de los interesados, por lo que estos pueden comparecer y actuar sin asesoramiento jurídico, siendo por ende lógico que al no poderseles exigir un conocimiento acabado de las normas jurídico-administrativas se favorezca la superación y/o subsanación de defectos formales en la presentación de sus escritos. De ahí que se enfatice el principio «pro actio-*

ne» y se procure dar a la impugnación administrativa el cauce adecuado para su definitivo examen y resolución por encima de deficiencias formales en su calificación. Por el contrario, las Administraciones Públicas, y singularmente la Administración General del Estado, se encuentran en este punto en una posición diferente a la de la generalidad de los ciudadanos, pues disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, de manera que cabe exigirles un mayor rigor en la articulación de sus escritos y, específicamente, el debido conocimiento de una regla básica como es la del tan citado artículo 44, no existiendo pues, cuando se trata de las controversias entre Administraciones a que se refiere este último precepto, la razón justificativa de la previsión legal del artículo 110 LRJ-PAC» (FJ 8.º).

1.3. Interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción

La STS, Sec. Quinta, 22/09/2008, RCIL 69/2005, señala, en relación con un litigio atinente a materia sancionadora, que el transcurso del plazo legalmente previsto para la resolución del recurso de alzada no determina la firmeza del acto administrativo sancionador sino que únicamente habilita al interesado para interponer recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de ese alzada, toda vez que en la normativa procedimental aplicable al caso «la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente» (artículo 43.3 de la Ley 30/1992 redactado por Ley 4/1999), subsistiendo en todo caso el deber que el artículo 42.1 de la misma ley impone a la Administración de resolver expresamente y sin que esa ulterior resolución expresa quede predeterminada por el sentido negativo del silencio (artículo 44.4.b] de la Ley 30/1992, redactado también por la Ley 4/1999). De otra parte, el artículo 138.3 de la misma Ley 30/1992 establece que «la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa», lo que significa que la resolución sancionadora carece de ejecutividad mientras no se resuelva el recurso administrativo dirigido contra ella; y durante este período no

cabe apreciar la prescripción de la sanción pues según el artículo 132.3 de la propia Ley 30/1992 el plazo de prescripción de las sanciones no comienza a computarse hasta que no adquiera firmeza la resolución que impuso la sanción. Así las cosas, concluye la Sala, *«la tardanza de la Administración en la resolución del recurso de alzada, aparte de permitir que el interesado formule impugnación en vía jurisdiccional contra la desestimación presunta, podrá tener diversas consecuencias, como pueden ser la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente o la responsabilidad patrimonial de la Administración incumplidora, pero en ningún caso esa tardanza determinará la firmeza ni, por tanto, la ejecutividad de la resolución sancionadora; y sin ello no podrá iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción»* (FJ 4.º). Por eso, con estimación del recurso de casación en interés de la ley, declara el Tribunal Supremo como doctrina legal *«que interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.»*

2. Colegios profesionales

2.1. *Prohibición de establecimiento de cuota litis en sentido estricto. Conducta prohibida: fijación de precios mínimos contraria al Derecho de la competencia*

La STS, Pleno, 04/11/2008, RC 5837/2005, estudia el problema de la prohibición de la llamada «cuota litis en sentido estricto», entendida como procedimiento para determinar los honorarios del Letrado, consistente en que dichos honorarios consistirían únicamente en un determinado porcentaje de los beneficios obtenidos, sin contemplar ninguna contraprestación por la labor profesional realizada en caso de que se pierda el pleito. La Sala constata que la regulación prohibitiva controvertida supone que no queda prohibida la cuota litis como sistema de minutar los honorarios profesionales del Abogado, pues a tenor de dicha regulación resulta admisible acordar el cobro según resultados siempre que se incluya en todo caso una cantidad mayor o menor como contraprestación por la labor profesional realizada; de manera que lo que se prohíbe, en realidad, no es tanto cobrar por resultados, sino más bien cobrar sólo por resultados, por el riesgo de que esto suponga no obtener una remuneración razonable por

la labor profesional, es decir, por el riesgo de que no se llegue a cobrar nada por ella o sólo una cantidad manifiestamente inferior a lo que pudiera entenderse como unos honorarios mínimos razonables. Por ello, *«la consecuencia es que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto supone imponer la obligación de minutar al menos unos honorarios profesionales mínimos que puedan ser considerados razonables o suficientes, con independencia de que además se pueda haber pactado una contraprestación según resultados»*. Visto, pues, que *«la prohibición de la cuota litis en sentido estricto implica la obligación de fijar unos honorarios mínimos con independencia de los resultados y se excluye, por el contrario, con carácter general no cobrar o cobrar exclusivamente por resultados. Y paralelamente se limita la libertad de fijación de cuantía y forma de cobrar en esa misma medida, puesto que tal libertad implica la posibilidad de no cobrar en caso de pérdida del pleito o de otros pactos entre cliente y abogado»*, la Sala concluye que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto *«choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto, que la prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales al determinar que el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto «en cuanto a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración» a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 2.1, segundo párrafo) y, que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia»* (FJ 6.º).

3. Contratación administrativa

3.1. Sentido del silencio administrativo ante peticiones deducidas por el contratista durante la vigencia del contrato

La STS, Sec. 4.ª, 17/12/2008, RC 2864/2005, delimita el alcance del sentido del silencio administrativo en la contratación administrativa. En primer lugar, recuerda el tenor de la sentencia del Pleno de la Sala de 28

de febrero de 2007, que aclaró que el artículo 43 de la Ley 30/1992, que otorga efectos estimatorios al silencio de la Administración, no se refiere a cualquier solicitud formulada por un interesado ante la Administración, sino a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, no a las que se insertan en un procedimiento ya iniciado; por el contrario, el sentido del silencio en los procedimientos iniciados de oficio se rigen por el artículo 44 del mismo texto legal, con los efectos de caducidad o silencio negativo, según el tipo de potestades ejercitadas por la Administración. En el caso resuelto por la sentencia, estamos ante un procedimiento de modificación contractual, que debe considerarse, afirma la sentencia, como iniciado de oficio, aunque medie una solicitud previa del interesado e incluso la conformidad del Director Facultativo de la obra; por ello en ese caso no existe silencio positivo.

3.2. Contrato de gestión del servicio público de cocina y elaboración de comidas para pacientes de Hospital público. Cesión de personal al servicio de la Administración a la empresa concesionaria

La STS, Sec. 4.^a, 13/05/2009, RC 3121/2007, se pronuncia sobre la adecuación a derecho de una cláusula contractual del Pliego regulador del contrato de gestión del servicio público de cocina y elaboración de comidas para pacientes de un Hospital Público. En dicha cláusula se preveía de un lado que el adjudicatario prestaría el servicio contando con el personal estatutario dependiente de la Comunidad Autónoma y, de otro y complementariamente, se incluían en el objeto del contrato, como prestación a satisfacer por el adjudicatario, las sustituciones de dicho personal aportado por el Hospital en los casos de jubilación, amortización, reconversión de plazas o cualquier otra causa contemplada en la normativa vigente. Estas personas sustitutas no tendrían vinculación con la Consejería de Sanidad, sino únicamente laboral con el adjudicatario, y realizarían las funciones asignadas por este último. La sentencia considera conforme a Derecho esas cláusulas, que no vulneran el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, ni las normas sobre provisión de plazas de dicho personal. Se entiende que si la Administración puede optar por la gestión indirecta de un servicio público, también puede optar porque el personal propio que aporta a dicho servicio sea sustituido, en caso de producirse una baja, por los medios personales contratados por el concesionario y ello porque estamos ante el ejercicio de una potestad discrecional, como es la potestad de autoorganización.

3.3. Fianza depositada en cuenta bancaria equivocada; subsanabilidad del cumplimiento defectuoso de requisitos

La STS, Sec. 3.^a, 01/04/2009, RC 4950/2006, estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de instancia que desestimó el recurso que había entablado el actor contra la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Economía por las que se resolvió el concurso público para la provisión de expendedorías de Tabaco y Timbre. Impugnó la parte actora la no admisión por la Administración de la subsanabilidad del error cometido respecto de la cuenta bancaria en la que se efectuó el depósito para participar en el concurso. Y en casación, insistió la actora en que la actuación de la Administración había infringido el artículo 81 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 88 de dicho cuerpo legal, con el artículo 81 del Reglamento de desarrollo y con la cláusula 5.2 del pliego de condiciones del concurso, al no haber admitido la subsanabilidad del error cometido respecto de la cuenta en la que se efectuó el depósito para participar en el concurso. El Tribunal Supremo estima el recurso, señalando que consta acreditado que el recurrente depositó efectivamente la fianza correspondiente en una cuenta de la que era titular el Organismo Autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos —cuenta en la que había que liquidar la tasa que se estipulaba en la base 1.2 del pliego de condiciones—, cuando lo cierto es que la base 1.3, párrafo segundo, del pliego de condiciones ordenaba que la fianza debía constituirse en cambio en la Caja General de Depósitos o en cualquiera de sus sucursales. Por otra parte consta también que el Comisionado tuvo pleno conocimiento y acreditación de que el concursante había efectuado el depósito de la cantidad correspondiente a la fianza, con el susodicho error en cuanto a la cuenta. Así las cosas, concluye la Sala, *«siendo así que constaba al Comisionado para el Mercado de Tabacos el abono de la fianza en una cuenta del propio organismo convocante —en la que también había que liquidar la tasa necesaria para tomar parte en el concurso— no resulta comprensible y, desde luego, es manifiestamente desproporcionado, que dicho error se califique de incumplimiento del requisito [...]. Fianza hubo y así se acreditó, aunque se hiciera defectuosamente en cuanto al lugar de depósito de la misma. No puede desconocerse, en efecto, que se acreditó cumplidamente el depósito de la cantidad exigida como fianza, que dicho depósito se efectuó precisamente bajo el concepto de la fianza requerida por el pliego de condiciones, y que la misma quedó a disposición —aunque fuera en forma errónea— del Comisionado para el Mercado de Tabacos. Tales circunstancias acreditan,*

sin duda, de que estamos ante un cumplimiento erróneo del requisito de depósito de la fianza, no ante su incumplimiento. Así, tal como sostiene el recurrente, en aplicación de lo dispuesto en la base 5.2 del pliego de condiciones, el Comisionado debió requerir al recurrente para que en el plazo de diez días subsanase el defecto en que había incurrido al cumplir el requisito relativo a la fianza» (FJ 4.º).

4. Derecho administrativo económico

4.1. Telecomunicaciones

4.1.1. Impugnación del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración

La STS, Sec. 3.^a, 10/03/2009, RCA 61/2005, estima parcialmente el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra el Real Decreto n.º 2966/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas; y declara la nulidad el párrafo segundo del artículo 36 y el inciso «*del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio*» del apartado 5.4 del Plan Nacional de Numeración Telefónica incluido como Anexo en dicho Real Decreto

4.1.2. Impugnación del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable

La STS, Sec. 3.^a, 10/02/2009, RCA 60/2006, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, y declara la nulidad por contrario a Derecho de su artículo 10.2, en el inciso: «*y serán responsables subsidiarios cuando se limiten a la mera difusión de canales cuya titularidad corresponda a un tercero*».

Y la STS, Sec.3.^a, 11/02/2009, RCA 61/2006 estima en parte otro recurso contencioso-administrativo interpuesto contra mismo el Real

Decreto número 920/2006, de 28 de julio, del que se anula el inciso final del artículo 4.1 «*con independencia de la forma de acceso a éstos*».

4.1.3. Impugnación del Decreto 361/2002, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el sistema de señalización orientativa de los programas de televisión

La STS, Sec. 3.^a, 17/03/2009, RC 4270/2006, declara nulo por contrario a Derecho, el inciso final del artículo 2.1 c) del Decreto de la Generalidad de Cataluña 361/2002, de 24 de diciembre, en la parte que señala «*y los operadores de otros servicios de televisión cuando efectúen programación dirigida específicamente a los usuarios de Cataluña*».

4.2. Derecho de la competencia

4.2.1. Operaciones de concentración. Suspensión de derechos políticos por no formulación de OPA

La STS, Sec. 3.^a, 09/02/2009, RC 2864/2006, sienta una importante doctrina acerca de la suspensión de derechos políticos derivada de lo establecido en el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores. Comienza la sentencia recordando que el artículo 60 de la LMV establece que quien adquiera acciones de una Sociedad cuyo capital social esté admitido a negociación en una Bolsa de Valores y alcance o supere los porcentajes establecidos en el artículo 1 sin haber promovido previamente una oferta pública de adquisición, no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas o que adquiera en lo sucesivo sin promover la correspondiente oferta pública de adquisición.

La mercantil recurrente sostenía que la Sala de instancia había infringido el citado artículo 60 LMV al entender que las acciones en autocartera deben excluirse de la cifra de capital social a efectos de computar las participaciones significativas que determinan la obligación de formular la OPA; pero el Tribunal Supremo recuerda, ante todo, que el art. 60 LMV tiene como finalidad la protección de los inversores de la sociedad afectada y, en particular, de los socios minoritarios. Dicho esto, puntualiza que pese a estar clara la finalidad del precepto, nada se establece ni legal ni reglamentariamente, sobre el cómputo o no de la autocartera, pero una vez

esclarecida cual es la finalidad perseguida con las OPAS, «no hay duda que ésta se consigue de manera más efectiva siendo riguroso en la exigencia de un nivel más alto en la determinación del porcentaje del 25%, máxime, si se tiene en cuenta que en el momento en que se pretende tomar el control societario, los derechos de voto inherentes a las acciones poseídas en autocartera no pueden ejercitarse, conforme indica el artículo 79.1 LSA, por lo que su cómputo determinaría que se hubiese adquirido una participación de control suficiente en ese momento, sin necesidad de formular la OPA, lo que es contrario a la finalidad perseguida en el precepto» (FJ 4.º); de manera que superado el porcentaje del 25%, mediante la exclusión de la autocartera, ya surge la necesidad de formular la OPA.

Sí que se estima, en cambio, la alegación de la actora de que era contrario a Derecho extender la suspensión de los derechos políticos a la totalidad de su participación y no sólo al 1,099% que es en lo que se superaría, en su caso, el porcentaje que impone la formulación de la OPA. Señala a este respecto el Tribunal Supremo que «el motivo debe en parte ser estimado, con base nuevamente en la finalidad perseguida por la OPA, pues si dicho régimen trata de evitar que nadie pueda hacerse con el control de una sociedad si no es a través de una OPA, ha de admitirse que dicha finalidad se consigue plenamente mediante la simple desactivación de los derechos políticos —y con ello del poder de influencia— del paquete de acciones con el que se produce el traspaso del correspondiente umbral legal.... De forma que el art. 60 LMV, al afirmar que “Quien adquiriera el volumen de acciones y alcance la participación significativa a que se refiere el párrafo primero sin la preceptiva oferta pública de adquisición no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas”, se refiere únicamente al último paquete de acciones que permitieron alcanzar el 25% del total con derecho a voto sin formular la OPA obligatoria, pero no a las que el infractor pudiese haber obtenido con anterioridad» (FJ 5.º)

4.3. Industria y energía

4.3.1. Impugnación del Real Decreto número 1634/2006, de 29 de diciembre, sobre la tarifa eléctrica para 2007

La STS, Sec. 3.ª, 28/01/2009, RCA 37/2007, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto núme-

ro 1634/2006, de 29 de diciembre, sobre la tarifa eléctrica para 2007, declarando la nulidad de su Disposición transitoria séptima.

Y otra sentencia de la misma fecha, recaída en el **RC 42/2007**, estima en parte otro recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el mismo Real Decreto 1634/2006, declarando la nulidad del artículo 5 y de la Disposición Transitoria Séptima de dicha norma.

4.3.2. Impugnación del Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural

La STS, Sec. 3.^a, 21/04/2009, RCA 162/2007, estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural, que se declara nulo por haberse omitido los necesarios informes de la Comisión Nacional de la Energía y del Consejo de Estado

5. Derechos fundamentales

5.1. Derechos a la intimidad del domicilio: vulneración por falta de acción de la Administración para evitar el ruido producido por el sobrevuelo de aviones

La **STS, Sec. 7.^a, 13/10/2008, RC 1553/2006**, analiza la posible vulneración de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y la lesión del derecho a la intimidad del domicilio, por falta de acción de la Administración para evitar el ruido producido por el sobrevuelo de los aviones en «Ciudad Santo Domingo» (Término municipal de Algete) en la maniobra de aterrizaje en la pista 18 R del Aeropuerto de Madrid-Barajas cuando opera en «configuración sur». Sostiene esta Sentencia, con cita en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de noviembre de 2004, Caso Moreno Gómez contra España, que considera infringido el derecho de los recurrentes a su intimidad domiciliaria y a desarrollar libremente su personalidad en su morada, habida cuenta que la perturbación causada por el ruido generado por los aviones es de una entidad, naturaleza y duración suficiente para generar molestias más allá de los límites aceptables conforme a las directrices establecidas por

la OMS. Los valores máximos del ruido, tanto en el exterior como en el interior de las viviendas afectadas, son especialmente significativos y elevados, debiendo resaltarse el aspecto de que el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones es especialmente molesto, ya que, no se produce de forma constante, sino a intervalos de entre dos minutos y medio y tres minutos, aumentando progresivamente, para después disminuir de forma paulatina según se aleja la aeronave. La Sentencia pone de manifiesto, así mismo, que la situación de sobrevuelo de Ciudad Santo Domingo por las aeronaves cuando llevan a cabo la maniobra de aterrizaje en Barajas en «configuración sur» no era un hecho totalmente inevitable, toda vez que existen otras rutas de aproximación al aeropuerto que no conllevan el sobrevuelo de dicha zona.

Todo lo anterior lleva a apreciar que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la intimidad domiciliaria, no así de los derechos a la vida y a la integridad física y moral, por lo que la estimación del recurso es parcial, ya que, conforme señala el Tribunal Constitucional, a propósito del artículo 15 de la Constitución, en su sentencia 62/2007, para que exista lesión del derecho a la integridad física o moral hace falta que los niveles de ruido a los que esté expuesto su titular causen daños graves e inmediatos en su salud o que exista «un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud», pero aquí, sostiene la sentencia de 13 de octubre de 2008, no se ha probado que pueda llegar a producirse un riesgo tal. Tampoco hay base para pensar que no esté garantizada la seguridad imprescindible para conjurar los riesgos de manera que deje de ser relevante la posibilidad de que se traduzcan en lesión del derecho a la vida o a la integridad física de las personas.

5.2. Derecho a la libertad de expresión y de información, y derecho de accesos en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos: denegación de intervención de Partido político en debates celebrados en la televisión pública

La STS, Sec. 7.^a, 06/05/2009, RRC 243/2007 y 367/2007 acumulados, en materia electoral, analiza la posible vulneración de la garantía del acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier Ente público, del derecho a la libertad de expresión y de información, así como del derecho de accesos en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos al haberse denegado la presencia e

intervención del partido político «*Ciutadans*-Partido de la Ciudadanía» en los debates sobre política municipal celebrados, en TV3 y el primera cadena de TVE en la campaña de las Elecciones Municipales de 2007, por entender, tanto la Corporación Catalana de Radio y Televisión, como RTVE, que la citada formación política carecía de representación política en las elecciones celebradas al Consistorio en 2003. Esta Sentencia, aceptando los criterios aplicados por la Junta Electoral Central, establece que tales derechos fundamentales no fueron vulnerados y que el valor del pluralismo político y social, así como el principio de igualdad, han sido respetados en el presente caso. Sostiene que si bien es cierto que el pluralismo político se traduce en la necesidad de que se hagan visible la pluralidad de los grupos políticos existentes en nuestra sociedad, no lo es menos que resulta imposible garantizar la presencia en todo momento en los medios de comunicación de naturaleza pública de la totalidad de tales grupos, de forma que resulta inevitable establecer algún tipo de restricciones o limitaciones. Por ello, el análisis se circunscribe a determinar que los criterios según los cuales se priorice a unos grupos frente a otros han de ser constitucionalmente válidos desde la perspectiva del derecho de igualdad como de las exigencias de los principios de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica.

Concluye la Sentencia que el criterio de atender a los resultados obtenidos en los anteriores comicios equivalentes o de igual clase, primero, responde a una evidente racionalidad y, por ello, no puede ser calificada de arbitraria. Segundo, la distinción entre elecciones locales y autonómicas es igualmente justificada, por tratarse de espacios políticos claramente diferenciados, por estar referidos a entes políticos que tienen distintos ámbitos competenciales, por lo que afectan, así mismo, a intereses diferenciados. Por otra parte, el dato ponderado del resultado obtenido en las anteriores elecciones locales tiene una base normativa pero, ante todo, supone fijar un criterio objetivo que contribuye a expresar con absoluta claridad cuál es el criterio seguido, eliminando la inseguridad y la desigualdad, al tiempo de no frustrar la confianza depositada por aquellos otros grupos que se acogieron a él.

5.3. Personal militar: retribuciones. Tratamiento diferenciado no razonable

La STS, Sección 7.^a, 26/09/2008, RC 440/2006, declara la nulidad del Anexo VI del Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas

Armadas, al considerar que el citado Anexo dispensa un trato desigual, sin justificación razonable, al personal de Tropa de la extinta Guardia Real frente a los Oficiales y Suboficiales de la misma antigua Escala a extinguir. Señala la Sentencia que si bien el Anexo VI contiene una referencia expresa al personal de esta antigua Escala que se justifica en la necesidad de disponer de una referencia retributiva respecto de aquéllos que, estando en la reserva, no pueden todavía percibir las retribuciones previstas para tal situación, al no haber alcanzado la edad necesaria al efecto, en realidad, sólo se incluye al personal de Tropa, puesto que los Oficiales y Suboficiales de la antigua Escala de la Guardia Real ya perciben, de forma automática, las retribuciones propias de los militares, que, estando en activo, tienen su mismo nivel de empleo en el Ejército. La Sentencia estima que la justificación de este tratamiento diferenciado no es razonable, toda vez que no se fundamenta en consideraciones objetivas relativas a las características de la función o de los puestos desempeñados por los miembros de la Tropa de la antigua Escala de la Guardia Real, sino, exclusivamente, en la existencia de determinadas singularidades en su antiguo régimen retributivo. Concluye la Sentencia que, sin poder efectuar pronunciamiento expreso sobre el personal de Tropa, en la medida en que carece de complemento de empleo, la reparación de la discriminación únicamente puede operar respecto del complemento específico que perciben los Cabos Primeros, Cabos y Guardias Reales, que deben experimentar el mismo porcentaje de incremento que el aplicado al componente general del complemento específico asignado a Cabos Primeros, Cabos y soldados/marineros del Ejército/Armada que han de constituir el referente a estos efectos de la Tropa de la Guardia Real.

5.4. Educación. Módulos de los ciclos formativos de formación profesional. Discriminación para los centros privados respecto de los públicos

La STS, Sec. 4.^a, 17/02/2009, RC 5346/2006, desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia de instancia que estimó el recurso contencioso-administrativo que la Federación Andaluza de Centros de Enseñanza Privada interpuso contra la Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, de 16 de Julio de 2003, «por la que se regulan aspectos de la organización modular de los ciclos formativos de Formación Profesional especí-

fica en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía». La Sala de instancia acogió la pretensión deducida en la demanda y declaró nulos el artículo 2.2 y la Disposición adicional primera de dicha Orden, por no encontrar razón jurídica alguna que justificase el distinto trato que en esos preceptos se da a los Centros privados. Y el Tribunal Supremo confirma esta conclusión.

5.5. Educación. Asignatura de «educación para la ciudadanía». Objeción de conciencia

La STS, Pleno, 11/02/2009, RC 948/2008, en materia del derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, partiendo del examen de los antecedentes inmediatos de la materia escolar Educación para la Ciudadanía contenidos en la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y otros documentos posteriores, tanto del Consejo de Europa, como de la Unión Europea, y, en esencia, de la consideración conjunta del pluralismo político, proclamado por el artículo 1.1 de la Carta Magna, así como la dimensión de los derechos fundamentales, derivada del artículo 10 de la misma, y tras confrontarlos con los artículos 16.1 y 27 de la Constitución, a fin de determinar si se ha producido una vulneración de éstos últimos, por el Decreto 74/2007, de 14 de junio del Principado de Asturias, el RD 1631/2006, de 29 de diciembre, que regulan la materia Educación para la Ciudadanía, entiende que el Derecho a la Educación obliga al Estado a ofrecer una instrucción e información sobre los valores democráticos tanto en la enseñanza pública como privada; y que el derecho a la libertad religiosa no es necesariamente incompatible con una enseñanza del pluralismo que transmita la realidad social de la existencia de concepciones diferentes. Dicho esto, la Sala considera que los artículos 16.1 y 27.3 de la CE implican un límite a la actividad educativa del Estado. Así, éste en el ámbito correspondiente a los principios y la moral común subyacente en los derechos fundamentales, tiene la potestad y el deber de impartirlos.

Sin embargo, dentro del espacio propio de lo que sean planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales, en los que existan diferencias y debates sociales, la enseñanza se debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento, para, de esta forma, respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional. La sentencia concluye que no existe, empero, un de-

recho a la objeción de conciencia con carácter general, habida cuenta que, por una parte, el artículo 16.1 CE no ofrece base para reconocer un derecho a la objeción de conciencia con dicho alcance y, por otra, los precedentes en la jurisprudencia constitucional (SSTC 53/1985, 154/2002 y 177/1996 y 101/2004) no impiden alterar dicha conclusión, atendido su alcance particular.

A continuación, se descarta que, en virtud del artículo 27.3 de la Constitución, exista un derecho a la objeción de conciencia constreñido al ámbito educativo y, en concreto, sobre materias como Educación para la Ciudadanía, añadiendo la sentencia, que el artículo 27.3 permite solicitar la anulación de las normas reguladoras de una asignatura obligatoria, en tanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que debe recibir sus hijos en materia religiosa o moral pero no permiten pedir dispensas o exenciones.

Tras ello, la Sala se pronuncia sobre si la regulación que las disposiciones generales impugnadas realizan de las asignaturas objeto de controversia va más allá de lo que permite el citado artículo 27.2 de la Constitución a los poderes públicos competentes, al atribuir los recurrentes a sus contenidos un intento de adoctrinamiento ideológico en el «relativismo», el «positivismo» y la «ideología de género», propio de regímenes «fascistas» o «marxistas-leninistas».

La sentencia afirma al respecto, que la recepción por el constituyente de los derechos fundamentales, así como del concepto nuclear de la dignidad humana afirmado en el artículo 10.1 de la Constitución y de los valores superiores anunciados en su artículo 1.1, dota al ordenamiento jurídico de un profundo contenido ético opuesto al relativismo que se le imputa, sin que la dimensión moral del orden jurídico que preside la Constitución de 1978 pueda llevar a afirmar que las únicas exigencias morales admisibles sean las plasmadas en el citado texto fundamental, pues los propios valores de libertad y pluralismo que proclama y la libertad de conciencia que garantiza, aseguran y protegen la profesión de otras ideas o creencias y la asunción de pautas morales diferentes. Se descarta, así, la connotación invalidante que atribuyen los recurrentes al positivismo, puesto que el ordenamiento positivo que sustenta la Constitución no es indiferente al sentido de sus normas ni consiste en un precipitado arbitrario de ideas inventadas o ajenas a la sociedad: al emanar de ella, expresa sus valores o las denominadas condiciones indeclinables de la convivencia. Por todo ello, se priva de fuerza impugnatoria a la men-

ción que se realiza a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como referente ético en el Anexo I del Decreto 74/2007 ya que no hay duda de la dimensión ética de esos derechos y puesto que lo que se pretende es que el alumno reconozca, comprenda y respete los valores y principios que la animan y sea capaz de razonar a partir de ellos a la hora de decidir libremente cómo ejerce su condición de ciudadano, no pudiéndose olvidar que el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales es el objeto que asigna a la educación el artículo 27.2 de la Constitución.

Tras ello, la Sentencia realiza una serie de precisiones en relación con la denominada ideología de género; los objetivos asignados a la Educación para la Ciudadanía; las menciones a los afectos y a los sentimientos y los criterios que han de observarse para realizar la evaluación de la materia controvertida, para concluir afirmando que, por los motivos expuestos, las normas cuestionadas no pueden ser tachadas de inconstitucionales.

No obstante, se precisa que las ulteriores concreciones de los contenidos de la materia Educación para la Ciudadanía a través del proyecto educativo de cada centro, de los textos que se utilicen y de la manera en que se expongan, deberán moverse dentro de los límites sentados por el artículo 27.2 de la Constitución sin que, de ningún modo, se puedan deslizar en el adoctrinamiento por prescindir de la objetividad, exposición crítica y del respeto al pluralismo imprescindibles y que, cuando proyectos, textos o explicaciones incurran en tales propósitos desviados de los fines de la educación, ese derecho fundamental les hace acreedores de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria, que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

5.6. Libertad religiosa y protección de datos personales. Petición de cancelación de anotación de bautismo en el libro de bautismos de la parroquia. Los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99

La STS, Sec. 6.^a, 19/09/2008, RC 6031/2007, examina una solicitud de cancelación de anotación de bautismo en el Libro de Bautismos. Declara la Sala que los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los

claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99 (art. 3.b.), recogiendo igualmente la definición de estos plasmada en el art. 2 de la Directiva 95/46 CE.

6. Expropiación forzosa

6.1. Proyecto de ramal ferroviario aprobado por RENFE para acceder a un polígono industrial en Zaragoza. No lleva aparejado la declaración de la utilidad pública ni la urgente ocupación

La STS, Sec. 6.^a, 20/10/2008, RC 1536/2005, se plantea si un proyecto de un ramal ferroviario, aprobado por RENFE (luego ADIF) para acceder a un polígono industrial puede beneficiarse de la norma contenida en el artículo 153, apartado 1, de la Ley 16/1987 y su aprobación llevar implícitas, a efectos expropiatorios, la declaración de utilidad pública o de interés social y la urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios. Pues bien, la Sala puntualiza que tanto las declaraciones implícitas o tácitas de la utilidad pública o del interés social de un determinado proyecto, como la tramitación de la expropiación por el procedimiento de urgencia, constituyen singularidades de las reglas generales contempladas por el legislador, *«por lo que, necesariamente, han de ser objeto de una interpretación estricta, que no se compadece con exégesis tendentes a aplicar la dispensa, de forma extensiva y analógica, a supuestos distintos de los estrictamente contemplados por el legislador»* (FJ 3.º). Sobre esta base, realiza la Sala un cuidadoso análisis de los preceptos concernidos de la Ley 16/87, que le lleva a concluir que *«la tesis de ADIF carece del más mínimo apoyo, sin que de ninguna manera pueda prosperar. Su línea argumental pasa por equiparar, en virtud del artículo 240 del Reglamento, un ramal como el litigioso con la ampliación de una línea preexistente, atribuyendo al acto de aprobación, que realiza la entidad encargada de administrar las infraestructuras ferroviarias, a la sazón RENFE, los mismos efectos que el artículo 153 de la Ley 16/1987 anuda a los proyectos aprobados por el Ministerio o por el Gobierno. Esta forma de abordar la cuestión colisiona con dicha Ley, que, como indica la sentencia impugnada, no admite, teleológica, sistemática ni literalmente, la interpretación defendida en este motivo de casación»* (FJ 4.º). En definitiva, señala la sentencia del Tribunal Supremo que el pronunciamiento de la Sala de instancia, en cuanto anula el acto recurrido por traer causa de un proyecto aprobado por RENFE que no lleva apare-

jada la declaración de utilidad pública ni la urgente ocupación, aparece plenamente ajustado a derecho, por lo que este motivo, y con él el recurso de casación, ha de desestimarse.

6.2. Expropiación del derecho a constituir una servidumbre de paso para Oleoducto. Instalación de cable de fibra óptica junto al oleoducto no prevista en el correspondiente proyecto: deber de reflejar en el proyecto de obras y servicios todos los aspectos para los que se requiere la expropiación, y necesidad de que el justiprecio comprenda también este segundo destino del derecho de servidumbre

La STS, Sec. 6.^a, 11/11/2008, RC 3190/2005, resuelve un recurso de casación referido a la expropiación del derecho a constituir una servidumbre de paso para el Oleoducto Cartagena-Puertollano sobre dos fincas propiedad de un particular. La sentencia combatida en casación condenó a la beneficiaria a retirar el cable de fibra óptica que había instalado junto al oleoducto. Y la beneficiaria y recurrente en casación, Repsol Petróleo S.A, alegó en su recurso de casación que la disposición adicional 19.^a de la Ley de Hidrocarburos de 7 de octubre de 1998 da cobertura suficiente para, utilizando la servidumbre de paso a favor del oleoducto, instalar además líneas y equipos de telecomunicación. El Tribunal Supremo, sin embargo, desestima el recurso, señalando, ante todo, primero, que la sentencia impugnada tiene por probado que la instalación del cable de fibra óptica junto al oleoducto no estaba prevista en el correspondiente proyecto, el cual contemplaba un sistema de control por satélite que no necesita dicho cable; segundo, que las bandas de cuatro metros a ambos lados del oleoducto, también incluidas en la expropiación, cumplen una finalidad de seguridad, sin estar destinadas a la instalación de otros elementos; y tercero, que la autorización del Ministerio de Fomento para la instalación del cable de fibra óptica mencionada por la beneficiaria no estaba incluida en el proyecto. Sobre esta base, analiza la Sala la citada disposición adicional 19.^a, y concluye que *«este precepto legal permite, aprovechando la servidumbre de paso a favor del oleoducto, instalar equipos de telecomunicaciones incluso cuando no estén relacionados con la seguridad y el mantenimiento del propio oleoducto. La disposición adicional 19.^a de la Ley de Hidrocarburos permite, en otras palabras, considerar que la instalación de tales equipos de telecomunicaciones es de utilidad pública. Ahora bien, ello no exime del cumplimiento de lo previsto por el art. 17 LEF, es decir, del deber de reflejar en*

el proyecto de obras y servicios todos los aspectos para los que se requiere la expropiación. Dado que en el presente caso consta que el correspondiente proyecto no mencionaba la instalación del cable de fibra óptica, es claro que ésta carecía de cobertura en el acuerdo expropiatorio y, por tanto, es ilegal» (FJ 5.º). Más aún, añade el Tribunal Supremo, incluso si la instalación del cable de fibra óptica junto al oleoducto hubiese estado contemplada en el proyecto de obras y servicios, habría sido necesario que el justiprecio comprendiera también este segundo destino del derecho de servidumbre expropiado, pues no cabe sostener que, como el espacio ha sido expropiado y permite físicamente la presencia de otros elementos, la beneficiaria puede libremente proceder a su instalación, ya que ello significaría obtener una utilidad adicional del bien, por la que el expropiado no habría obtenido compensación alguna; es decir, supondría un enriquecimiento injustificado del beneficiario.

6.3. Solicitud de retasación: naturaleza jurídica. Régimen del silencio administrativo

La STS, Sec. 6.ª, 09/12/2008, RC 4454/2005, aborda dos cuestiones relevantes acerca de la retasación en las expropiaciones forzosas.

En primer lugar, la relativa a su naturaleza jurídica. Frente a lo sostenido en la sentencia de instancia, puntualiza el Tribunal Supremo que una solicitud de retasación no es ejercicio del derecho de petición, proclamado en el art. 29 CE y actualmente desarrollado en la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 2001. pues según establece esta Ley en su art. 3, «no son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley»; y nadie puede dudar de que la solicitud de retasación tiene previsto un procedimiento específico en la LEF. Más aún, añade la Sala, no hay que olvidar que el derecho de petición se refiere siempre a solicitudes graciables, que quien las formula no tiene derecho alguno a ver satisfechas; y ello, como es obvio, no sucede en la retasación.

En segundo lugar, el régimen del silencio administrativo en las solicitudes de retasación. Sobre este particular, señala el Tribunal Supremo que la estimación de solicitudes por silencio administrativo queda exceptuada por el mencionado art. 43 LRJ-PAC en unos supuestos en los que no encaja a solicitud de retasación, por lo que debe entenderse que en esta materia

rige el silencio administrativo positivo. Ahora bien, matiza la Sala a continuación, «*cuestión distinta es la atinente al alcance de dicho silencio administrativo positivo, pues no puede acogerse la pretensión de los expropiados de que la valoración contenida en su hoja de aprecio se considere tácitamente estimada. Es doctrina de esta Sala que la omisión de formulación de hoja de aprecio por la Administración no supone aceptación tácita de la hoja de aprecio del expropiado. Véase, en este sentido, la reciente sentencia de 13 de octubre de 2006. No está de más añadir que la Ley de Expropiación Forzosa sólo contempla dos modos de fijación del justiprecio, al margen por supuesto de su fijación por el órgano jurisdiccional cuando el asunto llega a la vía contencioso-administrativa: el acuerdo entre las partes, o su determinación por el Jurado de Expropiación. Esto quiere decir que la Administración expropiante carece de la potestad de fijar por sí misma el justiprecio y, precisamente por ello, su silencio no puede traer como consecuencia la fijación del justiprecio: nadie puede otorgar tácitamente lo que no podría acordar de manera expresa. Dado que el alcance del silencio administrativo positivo no puede consistir en dar por tácitamente estimada la hoja de aprecio de los expropiados, su eficacia sólo puede estribar en el deber de la Administración de continuar el procedimiento de retasación, remitiendo inmediatamente el expediente —en el estado en que se halle— al Jurado de Expropiación a fin de que éste haga una nueva valoración de la finca expropiada» (FJ 8.º).*

6.4. Expropiación de gasolinera ubicada en terrenos de dominio público. El derecho de ocupación del suelo público no ha sido puesto en cuestión, por las vías adecuadas para ello, antes de la iniciación del procedimiento expropiatorio, por lo que es preciso incluirlo entre los bienes y derechos expropiados y, por consiguiente, incluir su valor en el justiprecio

La STS, Sec. 6.ª, 03/03/2009, RC 6242/2005, resuelve un litigio atinente a la expropiación de una gasolinera perteneciente a la recurrente, a fin de ejecutar un plan de reforma interior en la ciudad de Bilbao; gasolinera, esta, que se hallaba en unos jardines municipales, que son de dominio público. El acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación no reconoció derecho a cantidad alguna por conceptos como el valor de la concesión administrativa de uso privativo del dominio público, al considerar que no existía una tal concesión sino que debía entenderse que la expropiada venía utilizando el suelo municipal en virtud de una mera autorización en

precario. Y la Sala de instancia rechaza asimismo que hubiera una concesión administrativa de uso privativo del dominio público, afirmando que no hay una concesión administrativa de uso privativo del dominio público, porque no ha quedado acreditado que aquella fuera otorgada en virtud de una licitación y con establecimiento de un plazo de duración; y así, concluye que debe calificarse como una simple autorización en precario y que no debe ser tenida en cuenta para la fijación del justiprecio.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación en lo concerniente a la cuestión relativa a la privación de la situación misma de ocupación del suelo público, que se había venido teniendo hasta el momento de la expropiación. El argumento de la sentencia recurrida es que dicha situación no puede calificarse de una concesión administrativa de uso privativo del dominio público porque su otorgamiento, al no haberse producido en virtud de licitación y al no haberse fijado un plazo de duración, habría sido ilegal. Pero el Tribunal Supremo manifiesta que ese argumento no es convincente, pues nadie duda que la concesión administrativa de uso privativo de dominio público exige licitación y fijación de plazo máximo, ahora bien, que un acto administrativo esté aquejado de ilegalidad no significa que sea un acto administrativo inexistente, ni que pueda ser calificado como un acto administrativo distinto del que es. En efecto, dice la Sala, tal vez el derecho de ocupación del suelo público fue otorgado de manera no ajustada a derecho; pero es lo cierto que ese derecho no había sido puesto en cuestión, por las vías adecuadas para ello, antes de la iniciación del procedimiento expropiatorio, por lo que es preciso incluirlo entre los bienes y derechos expropiados y, por consiguiente, incluir su valor en el justiprecio. A ello conviene añadir que estar aquejado de ilegalidad no transforma al acto administrativo en otro distinto del que realmente es. No es realista hablar de precariedad para describir una situación de tan larga duración, con edificación e instalaciones permanentes, y con pago anual de un canon: en estas circunstancias, no puede decirse que la Administración se limitó a tolerar una ocupación de la vía pública, sino que la expropiada tenía un derecho a hacerlo.

6.5. Radial 2 Tramo Eje Norte-Sur. Clasificación de terrenos expropiados como suelo urbanizable programado. Consiguiente valoración según art. 27.2 de la Ley 6/98

La STS, Sec. sexta, 12/09/2008, RC 5757/2007, reviste indudable interés por la consideración del tramo «Eje Norte-Sur del Aeropuerto de

Barajas M-50 (enlace del Jarama)», incluida en el Proyecto «Autopista de Peaje R-2 Madrid-Guadalajara» como sistema general «creador de ciudad», en la terminología acuñada por el Tribunal Supremo para valorar, como si de suelos urbanizables se tratara, aquellos suelos clasificados como no urbanizable o carentes de clasificación específica, que por su finalidad de implantar servicios que benefician al municipio —crear ciudad— «no puede hacerse a costa del sacrificio singularizado de unos propietarios», salvo que se impusiera, en función de las características de los terrenos, su clasificación como urbanos. Los antecedentes de esta sentencia, de forma resumida, fueron los siguientes:

El Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Madrid valoró una de las fincas afectadas por expropiación, ubicada en el término municipal de Alcobendas, a razón de 97,21 €/m², considerando para ello que el suelo estaba clasificado en el PGOU de Alcobendas como suelo urbanizable y calificado como Sistema General Viario, e incluido en el Programa de Actuación de dicho PGOU, aplicando para ello el método previsto en el párrafo 2.º del artículo 27.1 de la Ley 6/1998.

Contra dicho acuerdo se interpuso recurso contencioso-administrativo por la propiedad de la finca, solicitando un justiprecio a razón de 266,59 €/m² y también por la beneficiaria de la expropiación, postulando que la clasificación del suelo era la de suelo urbanizable no programado y no sectorizado, y que la obra no tenía por finalidad crear ciudad, por lo que su valoración debía efectuarse como si de suelo no urbanizable se tratara, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 26.2 de la citada Ley 6/1998, de lo que resultaba el precio de 3,01 €/m².

El TSJ de Madrid dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por la propiedad y estimando parcialmente el interpuesto por la beneficiaria, fijando el precio a razón de 48,73 €/m², resultante de aplicar el fijado por esa misma sala para el municipio de Alcalá de Henares, 32,49 y un incremento del 50% en razón de sus expectativas urbanísticas por su concreta ubicación (proximidad al núcleo urbano, a la ciudad aeroportuaria de Madrid-Barajas, a la ciudad de Madrid y a otras importantes vías de comunicación). Para ello la sentencia partió de dos presupuestos: A) que el suelo estaba clasificado como urbanizable no programado y no sectorizado y B) que el proyecto no era susceptible de crear ciudad.

Interpuesto recurso de casación por la propiedad de los terrenos y la beneficiaria, el TS estima el primero y desestima el segundo. Son aspectos importantes de esta sentencia: 1.º) que revisa la clasificación de suelo que

toma en consideración la sentencia de la Sala de instancia, al no estar apoyada en prueba alguna y resultar contraria a lo deducido de las certificaciones municipales que acreditaban: 1) la clasificación del suelo como urbanizable; y 2.º) su calificación como Sistema General Viario y 3) su inclusión el Programa de Actuación del PGOU, por todo lo cual resultaba procedente su clasificación, a efectos expropiatorios, como si de suelo urbanizable se tratara, según lo prevenido en el artículo 27.2 de la Ley 6/1998.

El tramo de la R-2 afectado sí tiene vocación de crear ciudad, entendiendo el término ciudad no sólo el correspondiente a un municipio concreto, sino el más amplio de área metropolitana, siendo la finalidad de la infraestructura proyectada favorecer la conexión entre diferentes municipios integrados en el Area Metropolitana de Madrid y con ello facilitando el crecimiento demográfico y el desarrollo de estos núcleos de población.

7. Extranjería y asilo

7.1. Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios de que la recurrente sufre un temor fundado de persecución y extorsión por los grupos paramilitares en Colombia, y no se ha demostrado que pueda sustraerse a ello cambiando de residencia en su propio país. Doctrina sobre el llamado «desplazamiento interno»

La STS, Sec. 5.ª, 02/02/2009, RC 4251/2005, en contra del criterio adoptado por la Sala de instancia, aprecia en este supuesto la existencia de los indicios suficientes, exigidos por el artículo 8 de la Ley 5/1984, al entender que: *«los documentos e informes aportados desde la vía previa por la peticionaria del asilo no constituyen una prueba plena de la persecución de que es objeto por los grupos paramilitares en Colombia, pero sí son indicio suficiente, atendido el caso concreto, de que sufre dicha persecución»* (FJ 3.º). Además, el Tribunal Supremo, igualmente sin compartir en este punto el parecer de la Sala de instancia, sienta una importante doctrina sobre el llamado «desplazamiento interno». Frente a la afirmación de la Sentencia de instancia en el sentido de que no constaba que la actora no pudiera obtener una protección eficaz en otra parte del territorio de su propio país al que pudiera haberse desplazado a fin de evitar los hechos denunciados, entiende el alto Tribunal que la Sala *a quo* *«invierte la carga de la prueba, pues debería, para así concluir, haber demostrado que la solicitante de asilo pudo obtener protección mediante el desplazamiento interno. (...)siguiendo el tan repetido informe del ACNUR de septiembre de*

2002 sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y refugiados colombianos, por un lado no son de apreciar actualmente áreas o zonas libres de riesgo en el país, y, por otro, la mención de esa posibilidad de huida interna exige que quien la realiza, en este caso el instructor del expediente administrativo, proporcione los datos necesarios que acrediten la existencia de la misma y, por tanto, que dicha alternativa sea susceptible de conferir una protección real y eficaz, lo que ni el instructor del expediente ni tampoco la Sala de instancia han hecho, por lo que no cabe que ésta base en tal razón la denegación del derecho de asilo reclamado por la demandante y ahora recurrente en casación» (FJ 7.º).

7.2. Reconocimiento del derecho de asilo a mujer procedente de Nigeria por apreciarse indicios suficientes de que la recurrente sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que le impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital

Son diversas las sentencias que han resuelto litigios relativos a denegaciones de asilo a mujeres extranjeras que alegaban una persecución por razón de sexo; sentencias que, ha de anticiparse, llegan a resultados diversos en función de un examen singularizado y marcadamente casuístico de las circunstancias específicamente concurrentes en cada caso.

Ha de comenzarse recordando que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha reconocido con carácter general en distintas ocasiones que «una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo» (SSTS de 7 de julio de 2005 —RC 2107/2002—, y 8 de julio de 2008 —RC 2316/2005); que «la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales» (SSTS de 31 de mayo de 2005 —RC 1836/2002—, 9 de septiembre de 2005 —RC 3428/2002— y 10 de noviembre de 2005 —RC 3930/2002), y que «una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales» (SSTS de 28 de febrero de 2006 —RC 735/2003—, 15 de febrero de 2007 —RC 9300/2003— y 31 de enero de 2008 —RC 4773/2004-).

Pues bien, la STS, **Sec. 5.ª, 11/05/2009, RC 3155/2006**, ha examinado uno de estos supuestos en los que se alega persecución por razón de sexo, concretamente referido al caso de una mujer nigeriana que «(...)expuso

como causa de su salida de Nigeria la huida frente a un contexto familiar y social en el que se le había obligado a someterse a la bárbara práctica de la ablación genital como paso previo para un matrimonio no deseado» (FJ 5.º). En este caso, la Sala de instancia había desestimado la petición de reconocimiento de la condición de refugiada, y estimado sin embargo la petición de permanencia en España por razones humanitarias conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, valorando que efectivamente se le había practicado la ablación y que cabía apreciar un justificable temor a volver a «su entorno social». No conforme con esta estimación parcial, la recurrente en casación pidió que se le concediera la condición de refugiada y el derecho de asilo, y el recurso de casación fue estimado por el Tribunal Supremo. La Sala realiza un detenido repaso por la situación social y política de Nigeria a tenor de la información suministrada por los informes obrantes en autos (singularmente los aportados por el ACNUR), lo que le lleva a concluir que el relato de la actora resulta creíble en sí mismo y puesto en relación con la situación sociopolítica de su país de procedencia. A continuación, el Tribunal Supremo entra a valorar, a tenor de las anteriores consideraciones, si ese relato inicialmente calificado de verosímil puede entenderse, además, indiciariamente acreditado por los datos obrantes en el expediente y en las actuaciones, razonando lo siguiente: «si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzosos, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los “indicios suficientes”, según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital» (FJ 7.º), acordando, como consecuencia, estimar el recurso de casación formulado por la solicitante de asilo así como el recurso contencioso-administrativo por ella interpues-

to, anular la resolución impugnada y, en definitiva, reconocer a la solicitante el derecho de asilo indebidamente denegado.

No obstante, el marcado carácter casuístico de esta materia, permite encontrar también el supuesto contrario, en el que el Tribunal Supremo entiende justificada la denegación de asilo a una mujer que decía proceder de Nigeria y que expuso como motivo de asilo la huida de aquel país ante la presión familiar para casarla a la fuerza, siendo paso previo para ello el tener que practicarle la ablación del clítoris. Este es el caso de la **STS, Sec. 5.ª, 04/07/2008, RC 2005/2005**, en la que, tras razonar que la recurrente *«nada útil dice para rebatir las apreciaciones coincidentes de la Administración y la Sala de instancia acerca de la inverosimilitud que se imputa a ese relato justamente por las dudas sobre su verdadera identidad»*, no habiendo hecho tampoco *«la recurrente en casación ningún esfuerzo por clarificar las incoherencias y contradicciones que fluyen de su relato, asimismo resaltadas de forma coincidente por la Administración y por el Tribunal a quo»*, se concluye lo siguiente: *«(...) En definitiva, la actora se limita a decir que procede de Nigeria y que la quisieron someter a una práctica, la de la ablación del clítoris, frente a la que las mujeres de Nigeria están desprotegidas, pero no estando acreditada esa nacionalidad, y siendo su relato impreciso y contradictorio, además de carente de la menor prueba (ni siquiera indiciaria) que lo respalde, es claro que el recurso no puede prosperar, pues aun cuando el “temor a ser perseguido” es, sí, un criterio básico para la concesión de asilo, no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor. Siendo, pues, el temor una realidad puramente subjetiva, y, por lo tanto, de difícil demostración, el problema se traslada al ámbito objetivo de los hechos en que aquél tiene su origen, y esos hechos son los que no han quedado mínimamente acreditados en este caso»* (FJ 3.º).

7.3. Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios suficientes de persecución por parte de grupos no identificados pero con organización permanente y constante en el tiempo, cuyas acciones la Administración Pública de Colombia no puede prevenir Importancia capital concedida a un informe de la policía colombiana

La **STS, Sec. 5.ª, 21/10/2008, RC 3384/2005**, estima el recurso de casación y declara el derecho de la recurrente a la concesión del asilo, al

concluir, en contra del criterio adoptado por la Sala de instancia, que existen en el expediente indicios suficientes para apreciar el reconocimiento de la condición de refugiado. En su argumentación, el Tribunal Supremo da una importancia capital a un informe de la policía colombiana, en el que la Sala de instancia no reparó suficientemente, y en el que se acredita que durante un tiempo se le brindó a la madre de la recurrente y a sus hijos protección policial temporal, motivada por las amenazas de muerte, pero que dicha protección le fue retirada ante la imposibilidad de mantenerla indefinidamente. Concluye el Tribunal Supremo que: «*valorando todos los elementos probatorios aportados por la interesada (en especial, el certificado expedido por un funcionario público, a que antes hemos hecho referencia, que no se limita a repetir lo denunciado por la Sr..., sino que contiene juicios de valor claros y contundentes), llega a la conclusión de que existen los suficientes indicios de persecución a que se refiere el artículo 8 de la Ley 5/1984 para la concesión del beneficio que se solicita. Ese certificado da cuenta de la lamentable situación por la que atraviesa toda la familia... a manos de grupos no identificados pero con organización permanente y constante en el tiempo, cuyas acciones la Administración Pública de Colombia no puede prevenir, tal como literalmente se dice en el certificado de referencia*» (FJ 9.º).

7.4. Revocación del derecho de asilo. Revocación respecto de la concesión del derecho por los Tribunales. Causas de denegación y revocación. Prueba para revocación por razones de seguridad nacional

La STS, Sec. 5.ª, 01/10/2008, Recurso Ordinario 66/2006, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por un ciudadano tunecino contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, confirmado en reposición, que revocó la concesión del derecho de asilo por ser un peligro para la seguridad nacional. La parte recurrente sostiene que, una vez concedido el derecho de asilo mediante sentencia judicial firme, cual es su caso, no procede su revocación, porque supone desautorizar una resolución judicial, y porque los hechos ya fueron enjuiciados en los procedimientos judiciales que desembocaron en la concesión del mentado derecho de asilo, respecto de lo cual el Tribunal Supremo razona que la revocación del derecho por Consejo de Ministros no tiene por finalidad burlar dicha sentencia porque enjuicia unos hechos distintos y posteriores, argumentando lo siguiente: «*El reconocimiento de la condición de refugiado, mediante resolución administrativa o por Sentencia firme*

—como acontece en este caso— resulta intrascendente a los efectos ahora examinados, toda vez que, atendidas las circunstancias del caso examinado, no se advierte que el procedimiento administrativo sustanciado, que concluye en la revocación del derecho de asilo, tenga por finalidad burlar el cumplimiento de una Sentencia judicial. Por el contrario, debemos destacar, como ya hemos señalado y ahora insistimos, que se concede el derecho de asilo mediante Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 1991, enjuiciando unos hechos anteriores a 1988 —la solicitud de asilo se presentó el 3 de octubre de 1988—. Y los hechos, a los que se refiere la revocación que ahora se impugna, son posteriores a 1988, y vienen especificados en el informe del Centro Nacional de Inteligencia de 12 de abril de 2005, referido a las actividades desarrolladas por el recurrente desde 1996. Repárese que el hecho que se destaca en el informe de Centro Nacional de Inteligencia no es anterior a 1988, sino que se sitúa entre 1992 y 1997, en que el recurrente “coordinó el entrenamiento de elementos terroristas en campamentos de Al Qaeda”» (FJ 4.º). Alega asimismo la parte recurrente que constituir un «peligro para la seguridad nacional» —supuesto previsto en el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra— puede operar como causa de denegación del asilo pero no para su revocación. Sin embargo, estima el Tribunal Supremo que el artículo 20 de la Ley de Asilo —que regula la revocación del asilo— al remitirse, en su apartado 1, letra b), a «los Convenios Internacionales ratificados por España», «no solo se refiere a los casos de exclusión de la aplicación de la citada Convención —artículo 1.F)—, sino también a los de privación del derecho —artículo 33.2—. Obsérvese que el mentado artículo 20.1.b) cita, como causas de revocación, aquellas previstas en la Convención de Ginebra para “la privación de la condición de refugiado o la no aplicación de los mismos”. De manera que son causas de revocación de la concesión del asilo tanto las previstas para la exclusión de la Convención en el artículo 1.F) como las de privación del derecho, entre las cuales se encuentra la del artículo 33.2 de la Convención» (FJ 5.º), señalando poco después que: «No está de más señalar que tanto los supuestos de exclusión, como las causas del artículo 33.2, de la Convención, constituyen causas de denegación del derecho de asilo, ex artículo 3.2 de la Ley de Asilo. Esta asimilación entre las causas de denegación y revocación resulta lógica y responde a la finalidad de la norma legal, pues no podría entenderse que determinadas circunstancias fueran impedimento para la concesión del derecho de asilo y, sin embargo, el derecho concedido fuera inmune a hechos posteriores de

idéntica naturaleza. En otras palabras, el propósito del artículo 20.1.b), en relación con el 3.2, de la Ley de Asilo, en este punto, es impedir que sea titular del derecho de asilo, previsto en el artículo 13.4 de la Constitución, aquella persona que se encuentra en determinados supuestos previstos por la norma, ya sea denegando su concesión ya sea revocando el derecho que vinieren disfrutando, sin que haya situaciones exentas a tal consideración (...)». (FJ 5.º). Por último, respecto de la prueba necesaria para apreciar la concurrencia de la causa de revocación aplicada, la Sentencia ahora examinada señala que: «*no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista, esto corresponde a otra jurisdicción, se trata de determinar si concurren “razones fundadas” de constituir un peligro para la seguridad nacional*», razones fundadas que estima que han de ser convincentes y provistas de un sustrato fáctico esencial, tal y como entiende que sucede en el caso examinado. (FJ 6.º).

8. Función pública

8.1. Falta de asistencia a la segunda prueba de un proceso selectivo para ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Generalidad de Cataluña. Apreciación de fuerza mayor

En STS, Sec. 7.ª, 27/04/2009, RC 4595/2005, la Sala confirma la sentencia de instancia estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones que denegaron a una aspirante al Cuerpo de Titulados Superiores de la Generalidad de Cataluña el aplazamiento interesado de la segunda de las pruebas selectivas.

La Sala confirma así que en la recurrente en la instancia concurrió un supuesto de fuerza mayor habida cuenta que, en el período que medió entre la primera y la segunda prueba, fue sometida a una episiotomía que, conforme a los informes médicos que presentó al solicitar el aplazamiento, le prescribían reposo y le recomendaban no asistir a la segunda prueba en la fecha fijada para ello. Para ello, la Sala considera que para dirimir una controversia como la planteada —si se apreció correctamente o no la concurrencia de fuerza mayor— son decisivos los hechos y que, en este plano, se ha de estar a los apreciados por la Sala de instancia « (...) *no sólo porque es a ella a quien correspondía establecerlos, sino porque lo hizo de una forma razonable y razonada atendiendo al contenido de unos informes médicos que, en su momento, no fue discutido por*

la Administración y a la falta de sustento pericial de la decisión administrativa» (FJ 5.º).

8.2. Período de prácticas para acceso a la función pública. Necesidad de motivación tanto del informe desfavorable como de la resolución que declara la pérdida del derecho a ser nombrado funcionario de carrera

En STS, Sec. 7.ª, 15/10/2008, RC 6593/2003, la Sala, tras estimar la concurrencia del vicio de incongruencia denunciado y anular la sentencia impugnada, entra a analizar la controversia planteada en el litigio de instancia en relación con la resolución de la Dirección General de Administración Penitenciaria por la que se declaraba no apto al recurrente en el período de prácticas del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. La Sala, en primer lugar, se plantea cuáles son los extremos que habrán de ser valorados en un período de prácticas y qué exigencias deberá reunir tanto el informe desfavorable que, en su caso, sea emitido al finalizar ese período, como la resolución que, con base en ese informe, decida para el aspirante la pérdida del derecho a ser nombrado funcionario de carrera.

La finalidad principal del período de prácticas es, según refiere la Sala, demostrar, en el ejercicio profesional que representa dicho período, que se posee la destreza o idoneidad que resulta inexcusable para el desempeño de los cometidos propios del Cuerpo. En segundo lugar, la Sala señala que, habida cuenta de la enorme trascendencia que tiene el resultado final de pérdida de derechos para una persona que ha superado con éxito la fase del proceso selectivo encarnada por la oposición, los incumplimientos profesionales que sean considerados para declarar la falta de idoneidad de un aspirante han de ser de especial importancia, extremo que queda ratificado con la exigencia de motivación tanto en relación con el informe desfavorable como respecto de la resolución declarativa de la pérdida de derechos del aspirante. Por último, la Sala destaca que, tratándose de valorar comportamientos de indisciplina profesional (y no actos de incompetencia profesional) habrán de ser observadas las garantías del procedimiento disciplinario y los principios del derecho sancionador, sin que se pueda imponer por esta vía una consecuencia más negativa que la que habría correspondido de aplicar la correspondiente sanción disciplinaria.

Trasladando lo anterior al informe emitido por el Director del Centro Penitenciario donde el recurrente realizó su período de prácticas y a la resolución posterior que aceptó aquél, la Sala concluye afirmando que no se motivó con el suficiente detalle la grave decisión de privar al recurrente del derecho a ser nombrado funcionario, considerando que las imputaciones efectuadas, en algunos casos, se expresaron en términos genéricos, mediante abstractos juicios de valor que no ofrecían al recurrente los elementos que resultaban imprescindibles para poder rebatirlas adecuadamente y, en otros, no revelaron una impericia o desidia profesional de elevada gravedad circunstancia esta que, por aplicación del principio de proporcionalidad, resulta necesaria para anudar a ella la gravísima consecuencia de la pérdida de derechos del recurrente.

Por ello, la Sala anula la actuación administrativa impugnada y declara el derecho del recurrente a ser nombrado funcionario de carrera.

8.3. Pruebas selectivas para ingreso en Cuerpo Superior de Funcionarios de Comunidad Autónoma. Exigencia de un idioma. No se trata de un requisito desproporcionado o irrazonable

En la STS, Sec. 7.^a, 02/03/2009, RC 7220/2004, la Sala resuelve desestimar los recursos de casación promovidos por la Comunidad Autónoma de Aragón y por el recurrente en la instancia contra sentencia adoptada en relación con la impugnación de las bases de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Funcionarios Superiores de la Administración de la citada Comunidad Autónoma, así como contra diversas actuaciones del Tribunal Calificador y las resoluciones de nombramiento de funcionarios en práctica y funcionarios de carrera del referido Cuerpo.

De la sentencia merece destacarse la solución a la que llega la Sala en relación con la cuestión de si, admitiendo una libertad de configuración de las bases, desde el respeto a la legalidad vigente, la exigencia de una prueba de idiomas para el ejercicio de una función de Funcionarios del Cuerpo Superior resulta desproporcionada e inadecuada. Rechaza la Sala la desproporción alegada por el recurrente de instancia remitiéndose a la potestad autoorganizativa de la Administración y a la libre configuración de las pruebas selectivas y señalando que *«pues, siendo exigible, incluso a nivel de enseñanza media, el estudio de al menos un idioma con carácter obligatorio, no puede parecer desproporcionado que quienes han de cubrir los puestos correspondientes a dicho Cuerpo Superior hayan de*

conocer al menos un idioma» (FJ 3.º). A continuación, la Sala puntualiza que el hecho de que para que sean cubiertos algunos puestos de trabajo se requiera en las correspondientes Relaciones de Puestos de Trabajo del necesario conocimiento de un idioma por su especial idiosincrasia no hace irrazonable la exigencia de dichos conocimientos en general para un determinado cuerpo funcional, aún cuando no sean utilizados en el ejercicio profesional, pues es evidente que el nivel cultural que se exige para el ingreso en los mismos no tiene que ser el mínimo que cada puesto de trabajo exija en la práctica.

8.4. Ingreso en el Cuerpo de Gestión de la Generalidad de Cataluña. Valoración como mérito de la experiencia profesional. Válida utilización de un concepto jurídico indeterminado si la convocatoria ofrece elementos para su individualización

En STS, Sec. 7.º, 03/03/2009, RC 7527/2004, la Sala analiza la cuestión de si, en las pruebas selectivas para el acceso a la Escala de Gestión de Administración General del Cuerpo de Gestión de Administración General de la Generalidad de Cataluña, la aceptación de los servicios prestados en grupo funcional del Grupo B, como único mérito valorable en la fase de concurso, exigía que la convocatoria así lo hubiera recogido expresamente.

La Sala, en relación con el citado particular, señala que la utilización de un concepto jurídico indeterminado para delimitar la experiencia profesional a valorar como mérito en la fase de concurso de un proceso selectivo ha de estimarse válida siempre que, en el contexto en que figure dicho concepto indeterminado, ofrezca elementos bastantes para acotar los límites de su individualización considerando que, en el supuesto enjuiciado, sí había elementos suficientes para circunscribir la expresión «*funciones adecuadas*» empleada por la convocatoria a las experiencias profesionales como funcionario del Grupo B dado que «(1) se trataba del acceso a una escala funcional para el que se exigía la titulación correspondiente al Grupo B; (2) el sistema previsto para ese acceso era el de concurso-oposición; y (3) la experiencia profesional incluida como mérito valorable en la fase de concurso, en la interpretación más lógica, debe ser aquella que esté constituida por el desempeño de funciones que, en cuanto a su contenido y en cuanto al nivel académico que resulta necesario para ellas, sean sustancialmente coincidentes con las que correspondan al Cuerpo o Escala de cuyo acceso se trata» (FJ 4.º).

8.5. Establecimiento de comisiones de seguimiento reservadas a los firmantes de un Acuerdo. Derecho a la libertad sindical de los sindicatos no firmantes. Vulneración si las comisiones tienen funciones normativas

La STS, Sec. 7.^a, 05/11/2008, RCA n.º 8795/2004 se ha pronunciado sobre el papel que pueden tener las comisiones de seguimiento de los Acuerdos colectivos cuando en ellas se incorporan exclusivamente los sindicatos firmantes.

La Sala reconoce que el derecho de libertad sindical y participación en la negociación colectiva se vulnera con el establecimiento de comisiones cerradas reservadas a los firmantes del Convenio que niegan la intervención de los sindicatos, que, aun siendo más representativos en el sector, se han negado a firmar el Acuerdo en cuya negociación habían participado, si la negativa de participación en la futura negociación se refiere a comisiones con funciones de regulación o modificación de condiciones de trabajo, no conectadas directamente con el contenido de lo pactado, resultando admisible, por el contrario, que se reserven a los firmantes del acuerdo los efectos de los derechos contractuales pactados, o el mero derecho a la información, consulta o participación en lo convenido.

Concluye la Sala señalando que las cláusulas que restringen la participación en los órganos de seguimiento del Acuerdo a sus sindicatos firmantes están justificadas siempre que las funciones atribuidas a estos órganos se limiten a la aplicación y ejecución del convenio, o a la llamada administración del convenio, pero no son aceptables cuando comprendan facultades de regulación, o negociación, porque en tales casos están limitando ilícitamente el derecho de otras organizaciones a la negociación colectiva futura.

Por ello, la Sala estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia de instancia que había declarado la nulidad de diversos preceptos del Acuerdo sobre condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración General de dicha Comunidad, a instancias del sindicato CCOO, que aunque había negociado el Acuerdo, se había negado finalmente a firmarlo, revocando la referida sentencia por haber declarado la nulidad de una Disposición Adicional del acuerdo impugnado, en la medida en que ésta se había limitado meramente a recoger el compromiso de las partes firmantes del Acuerdo de negociar sobre la materia declarada nula e incorporar al

Acuerdo el que se obtuviera en dicha materia. Para ello, la Sala aplica la línea jurisprudencial apuntada al respecto por la Sala de lo Social del TS, que distingue entre funciones que corresponden a la administración del convenio y aquéllas cuyo ejercicio implica una acción normativa típica, en la medida en que suponen una modificación de las condiciones de trabajo pactadas o el establecimiento de nuevas normas. De esta manera, aclara que una decisión tiene carácter normativo cuando introduce una ordenación general que, como tal, innova el conjunto de las reglas aplicables en el ámbito de la unidad negociadora, mientras que, por el contrario, es un mero acto de administración, cuando aplica una regla ya existente o simplemente prevé determinadas vías de negociación pero sin asunción de competencias normativas, tal como habría sucedido en el presente caso.

8.6. Acatamiento de la Constitución. Obligación de carácter individual por cada miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Aplicación a la ertzaintza. Deber del Gobierno vasco de exigir dicho cumplimiento

La STS, Sec. 7.^a, 30/09/2008, RC 5983/2004, señala que la obligación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de jurar o prometer acatamiento a la Constitución como norma fundamental del Estado se refiere de manera concreta a los miembros de tales cuerpos, como un acto individual y específico de acatamiento a la Constitución, que no puede entenderse sustituido por el deber de actuar en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, es decir, con el principio de legalidad que debe informar su actividad. Por eso, la Sala declara la obligación del Gobierno Vasco de exigir, individualmente, el cumplimiento del deber de juramento o promesa de acatar la Constitución a cada uno de los miembros de la Policía Autónoma Vasca.

9. Poder Judicial. Administración de Justicia

9.1. Ingreso en la Carrera Judicial. Convocatoria Cuarto turno para plazas de lo Social. Cómputo de méritos

En STS, Sec. 8.^a, 31/01/2009, RC 6/2005, la Sala analiza la conformidad a derecho del Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se confirma-

ba en alzada la resolución del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para la provisión de plazas de Magistrado a cubrir por concurso de méritos entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional en el orden jurisdiccional social. La cuestión objeto de debate se centra en la valoración de los méritos por el ejercicio de la Abogacía y, en relación con la misma, señala la sentencia que procede la desestimación del recurso interpuesto toda vez que resulta evidente, por su propia naturaleza, que los únicos méritos que pueden tenerse en cuenta son los que afectan al ejercicio de la Abogacía ante la jurisdicción social, puesto que se trata de plazas reservadas a dicha jurisdicción, sin que la recurrente, a diferencia de otros aspirantes, hubiera demostrado mediante las oportunas pruebas que el ejercicio de la Abogacía lo había ejercido ante la jurisdicción social, sin que sea obligación del Tribunal Calificador subsanar la acreditación de los méritos de los participantes en un proceso selectivo.

9.2. Objeción de Conciencia del Juez Encargado del Registro Civil respecto de los expedientes matrimoniales de personas del mismo sexo

En **STS, Sec. 7.^a, 05/05/2009, RC 69/2007**, la Sala analiza la decisión de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, confirmada en alzada por el Pleno, por la que se denegaba al titular de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, con funciones de Registro Civil, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en relación con los expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo cuya tramitación hubiera de seguirse en el Registro Civil de su cargo. La Sala, tras matizar que ya no se discute por las partes la competencia del Consejo General del Poder Judicial para resolver sobre la solicitud en su día planteada por el titular del referido Juzgado o sobre la procedencia de que se pronunciara la Comisión Permanente, entra de lleno a analizar el objeto del litigio centrado en el derecho que reivindica el recurrente a ser eximido por razones de conciencia de carácter religioso de la tramitación de los expedientes de matrimonios entre personas del mismo sexo.

Para ello, en primer lugar, trae a colación las recientes sentencias del Pleno de la Sala Tercera, de 11 de febrero de 2009 (recursos de casación 905, 948, 949 y 1013/2008) que se ocupaban de la objeción de conciencia y del derecho a la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 de la Constitución si bien, en estos casos, referidas a la obligación de cursar la

asignatura de Educación para la Ciudadanía y, tras hacer un resumen de su argumentación, la Sala concluye afirmando que la aplicación de las anteriores consideraciones es suficiente para rechazar los principales argumentos con los que sostiene sus pretensiones el recurrente.

Lo anterior, es completado por la Sala con unas consideraciones adicionales. La primera de ellas descarta la identidad que ve el recurrente entre sus circunstancias y las contempladas en las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004, ya que al juez encargado del Registro Civil no se le exige el cumplimiento de deberes ajenos a su función registral ni, mucho menos, participar en actos de trascendencia religiosa, a diferencia de los supuestos enjuiciados por las sentencias aludidas, afirmando que la labor que debe realizar es de carácter técnico-jurídico y está prescrita en la Ley. También descarta la Sala que la sentencia de su Sección Séptima de 23 de abril de 2005 aporte elementos relevantes para resolver el litigio puesto que la misma se centraba sobre la jurisprudencia en materia de legitimación activa de la parte recurrente y que sólo en el contexto de una argumentación a mayor abundamiento y ajena a la *ratio decidendi* realizaba una mención a la objeción de conciencia que, en esencia, se limitaba a reiterar lo que sobre la misma dijo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985 y a formular una afirmación abstracta en términos negativos limitada a no excluir el derecho que a la misma podría corresponder a los profesionales sanitarios afectados.

En tercer lugar, la Sala descarta que el artículo 9 del Convenio de Roma aporte argumentos que permitan sostener la pretensión del recurrente, sosteniendo que el citado precepto no reconoce un derecho a la objeción de conciencia, tal y como afirma éste, sino que habla de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en unos términos que ha seguido el artículo 16 de la Constitución española. También rechaza la Sala que los referidos argumentos los proporcione la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en el caso *Cosans y Campbell*, en la que se consideró lesionado el derecho de las recurrentes a la educación en su faceta de acceso a la misma, al ser sus convicciones filosóficas contrarias a la aplicación a los alumnos de castigos corporales como medio para salvaguardar la disciplina.

Por último, sobre la especial sumisión a la Ley que caracteriza la posición de los poderes públicos y, en particular, la de los jueces y magistrados, la Sala, tras señalar que la Constitución es particularmente rotunda sobre este particular, imponiéndola con carácter general en su

artículo 9.1 y muy señaladamente, para los jueces y magistrados, en el artículo 117.1 cuando establece que están sometidos «únicamente al imperio de la Ley», concluye afirmando que lo determinante del pleito que se somete a su enjuiciamiento es el *«principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan —independencia, imparcialidad, responsabilidad— en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa»* (FJ 9.º).

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones del Consejo General del Poder Judicial.

9.3. Medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales. Potestad organizativa del CGPJ previa ponderación global de intereses y necesidades de la Administración de Justicia

La Sala, en **STS, Sec. 7, 23/09/2008, RC 102/2005**, analiza el Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se confirmaba en alzada uno anterior que denegaba la concesión de comisión de servicio de una Magistrada, sin relevación de funciones, interesada por los titulares de dos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Para la resolución de debate que se plantea, la Sala se centra en el análisis del artículo 216 bis 1 de la LOPJ y, más concretamente, en la cuestión de si las medidas de refuerzo contempladas en dicho precepto resultan obligadas cuando en un juzgado determinado se aprecien unas concretas circunstancias encuadrables dentro de la situación de excepcional retraso o acumulación de asuntos o déficit estructural que se enumeran genéricamente en el citado artículo, tal y como mantiene el recurrente.

Como respuesta, la Sala rechaza la tesis de la parte actora y sostiene que el referido precepto habilita al Consejo para adoptar las concretas medidas organizativas en él contempladas y fija los hechos habilitantes que permiten dicha adopción, pero sin imponerla en términos de absoluta necesidad. Continúa señalando que dichas medidas de refuerzo deben

ser enmarcadas en la potestad organizativa del Consejo y que, por tanto, «a) son una de las herramientas puestas a disposición del Consejo para llevar a cabo su función constitucional de gobierno del poder judicial (art. 122.3 de la Constitución); (b) esa función de gobierno lleva siempre inherente la facultad de ponderar la totalidad de los intereses y necesidades presentes en la situación global de la Administración de Justicia; (c) ese juicio de ponderación global sólo corresponde al Consejo y en él no puede ser sustituido por el diferente criterio que puedan mantener los titulares de los juzgados afectados; y (d) consiguientemente, la situación de uno o varios juzgados concretos no es bastante, por sí sola, para que sus titulares puedan exigir al Consejo el establecimiento de medidas de refuerzo» (FJ 4.º).

Finalmente, para argumentar un reproche de arbitrariedad frente a la decisión combatida, la Sala exige que, de manera inexcusable, se haya de tener en cuenta la situación global de la Administración de Justicia en España y acreditar que, ante situaciones idénticas, las medidas de gobierno del Consejo hayan sido injustificadamente diferentes, sin que baste tomar en consideración la situación de unos concretos juzgados, tal y como hace el recurrente, puntualizando, a continuación, que en los excepcionales casos de retrasos o acumulaciones de asuntos o de carencias estructurales de plantilla o planta, los titulares de los juzgados afectados cumplirán con desarrollar la dedicación que les sea razonablemente exigible, no resultando imputables a su responsabilidad las disfunciones derivadas del citado déficit estructural.

9.4. Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Protocolo de Funcionamiento y Actuación de las Oficinas de Señalamiento Inmediato. Inadmisión por no resultar actividad administrativa susceptible de recurso contencioso-administrativo. Distinción entre actuaciones propias de la Administración de la Administración de Justicia y de las propias del gobierno interno de Tribunales y Juzgados

En STS, Sec. 7.ª, 22/07/2008, RC 199/2005, la Sala analiza el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra el Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se aprobaba el Protocolo de Funcionamiento y Actuación de las Oficinas de Señalamiento Inmediato y acuerda su inadmisión al concluir que el citado Protocolo, al contener criterios generales a seguir en relación con

determinados aspectos materiales de la función jurisdiccional, no tiene encaje en la actuación administrativa contemplada en los artículos 1 y 25 de la Ley Jurisdiccional por no tratarse ni de una disposición general ni de un acto administrativo con efectos que trasciendan de esos órganos judiciales que ejercen el gobierno interno de juzgados y tribunales, confiriéndole la naturaleza de las Instrucciones y órdenes de servicio que el artículo 21 de la Ley 30/1992 autoriza a los órganos superiores sobre los órganos jerárquicamente dependientes para ejercitar el poder de dirección.

La anterior argumentación se completa, a continuación, por la Sala realizando unas consideraciones sobre la distinción existente entre las actuaciones que son propias de la Administración de la Administración de Justicia y las que corresponden al gobierno interno de Tribunales y Juzgados. Esta distinción la halla la Sala en la LOPJ a partir de una lectura conjunta de su artículo 37.1 y de la regulación que, en relación con el gobierno interno de Tribunales y Juzgados, se contiene en el Título III de su Libro II (artículos 149 y siguientes). Y así, afirma que la Administración de la Administración de Justicia comprende la provisión a los órganos jurisdiccionales de los medios precisos para el desarrollo de su función (crear y mantener la organización de elementos personales y materiales necesarios para el ejercicio de la función jurisdiccional) y que el gobierno interno de Tribunales y Juzgados engloba los aspectos externos o materiales de la función jurisdiccional que, no encarnando su núcleo básico, resultan necesarios para su debido ejercicio.

Con base en ello, la Sala sostiene que en el Protocolo impugnado el Consejo no ha adoptado decisiones que supongan el «diseño, creación y organización de concretas Oficinas de Señalamiento Inmediato» —competencias que corresponderían al Ministerio de Justicia y a las Comunidades Autónomas— sino que únicamente ha recogido pautas sobre los aspectos materiales de la actividad procesal que las citadas Oficinas han de llevar a cabo, moviéndose, conforme a lo señalado anteriormente, en el ámbito propio del gobierno interno de Tribunales y Juzgados.

9.5. Acuerdo de la Comisión de Selección de las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal. Convocatoria de plazas para las Carreras Judicial y Fiscal. Reserva de plazas para personas con discapacidad

En la STS, Sec. 7.^a, 30/09/2008, RC 267/2005, la Sala precisa el alcance que se ha de dar al artículo 301.8 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial. Para ello, comienza la Sala analizando la normativa que fija el régimen de las convocatorias ordinarias para el acceso a la Función Pública con reserva de plazas para personas con discapacidad sosteniendo que, con carácter general, en los citados procesos selectivos ha de existir dos turnos distintos, tanto en las relaciones de admitidos como en los llamamientos a los ejercicios y en la relación de aprobados, de tal forma que, efectivamente, aun cuando las pruebas tengan idéntico contenido para uno y otro turno, y en consecuencia se exija superarlas para acreditar el principio de capacidad, la medida positiva para el acceso de quienes se encuentran en esa situación de incapacidad afecta esencialmente al principio de mérito, pues cada grupo ha de competir con los aspirantes del grupo en el que figura inscrito para la obtención de las plazas a ellos reservada, y solo después de la adjudicación de las mismas, se unifican los dos grupos en una sola lista, a efectos de petición y adjudicación de destinos.

Dicho lo anterior, la Sala pasa a interpretar la normativa de selección de Jueces y Magistrados y rechaza la conclusión, por restrictiva, que alcanza el acuerdo de la Comisión de Selección impugnado de que lo decisivo es que el artículo 301.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo establece la reserva de plazas cuando se superen previamente las pruebas selectivas, considerando conforme con su contenido la realización de unas únicas pruebas para los dos grupos y que, sólo en el caso de que existan más aprobados que plazas, se adjudiquen las reservadas al turno de discapacitados a éstos, aunque otros aspirantes pertenecientes al turno general tengan superior calificación.

Por el contrario, la Sala afirma que *«el hecho de que se realice el proceso, teniendo en cuenta la existencia de dos turnos distintos, es compatible con la misma exigencia de capacidad a unos y a otros, pudiendo ser los mismos Tribunales calificadores, sean varios o uno solo, los que realicen el control de la misma. Pero superado el nivel mínimo de capacidad, entramos en el principio de mérito, y es aquí, como ya hemos dicho, donde juega esencialmente la discriminación positiva que se establece a favor de los discapacitados, y que no trata sino de paliar la situación de desigualdad inicial de la que parten en el acceso a la función pública, de tal suerte que reservado un cupo de plazas para su adjudicación entre los aspirantes discapacitados, la competencia ha de verificarse entre los aspirantes de cada grupo, sea la de los discapacitados mayor o menor. La cuestión queda patente especialmente en el ejercicio primero, de test, que exigiría hacer una nota de*

corte distinta para los dos turnos, y se proyecta también en los otros dos ejercicios, donde, con independencia de que el Tribunal Calificador sea o no el mismo para ambos turnos o cupos, cada alumno debería ser calificado y valorado en relación con el nivel de su propio grupo» (FJ 4.º).

9.6. Sanción disciplinaria impuesta a Magistrado por manifiesta falta de motivación de las sentencias. Análisis del concepto

La STS, Sec. 7.ª, 02/03/2009, RC 564/2007, examina una sanción de siete meses de suspensión impuesta a un Magistrado por considerarle responsable de una falta muy grave de las previstas en el artículo 417.15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La sentencia, tras apuntar que, señala que de los términos del precepto se desprende sin dificultad que la falta de motivación del artículo 417.15 no se corresponde con el vicio o defecto suficiente para fundar la anulación de una sentencia. No estamos, añade la Sala, *«ante un concepto de técnica procesal referible al silencio sobre alguna pretensión, es decir, a la mera incongruencia omisiva. Cuando se habla de “absoluta y manifiesta falta de motivación” se está contemplando otra cosa, algo cualitativamente distinto: la radical ausencia de toda fundamentación. Ausencia entendida, no sólo en sentido formal, sino sustancial. O sea, la que se produce cuando en el texto de una sentencia o de un auto, con independencia de su extensión, no se encuentra la ratio decidendi que conduce al fallo o que lleva a establecer los presupuestos de los que depende directamente. En otras palabras, la que se da cuando no cuenta con la motivación que debe contener, la que trae causa del debate procesal desarrollado ante el juez»*. Por tanto, concluye la sentencia, la conducta castigada por aquel precepto consiste en no ofrecer ninguna explicación de por qué se resuelve de un modo y no de otro a partir de los resultados del proceso. Además, *«para justificar la actuación sancionadora por esta infracción muy grave con que una resolución que la exija no es suficiente con que una resolución carezca absoluta y manifiestamente de motivación. Hace falta, si —como aquí— es recurrible, que en sentencia firme se aprecie tal defecto esencial. Y, si no lo es, que medie denuncia de las partes. Así, pues, el Consejo General del Poder Judicial nunca puede proceder de oficio ni, tampoco, a instancia de terceros en el primer caso y, en el segundo, únicamente podrá hacerlo si lo piden quienes tienen la condición procesal de parte» (FJ 10.º).*

10. Propiedades especiales

10.1. Propiedad industrial: patentes y marcas. Obligación de notificar el contenido íntegro del acto, incorporando al expediente la acreditación de la notificación efectuada en los procedimientos seguidos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas

La STS, Secc. 3.^a, 19/12/2008, RC 5602/2006, ha declarado la obligatoriedad por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas, de notificar el contenido de sus actos de forma íntegra, y de dejar constancia en el expediente de haberse practicado debidamente la notificación, no siendo ajustado a Derecho, en relación con el artículo 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la simple nota que se publica en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial al efecto, —limitada a un simple enunciado de la decisión de la resolución— y que no es el contenido íntegro de la resolución con todos los razonamientos y motivaciones que son las que permiten al interesado conocer las razones en las que se fundamenta la decisión administrativa, y esta comunicación (notificación) ha de efectuarse incluso cuando el solicitante del trámite administrativo correspondiente esté representado por un Agente Oficial de la Propiedad Industrial —profesional especializado— acreditado ante la Oficina Española de Patentes y Marcas. En el presente caso, la sentencia se refiere a la modalidad de Patente regulada en la Ley 11/1986 de Patentes, y por ello la sentencia relaciona el artículo 31.5 del citado cuerpo legal con las pautas legales establecidas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero el contenido de la sentencia destaca que la notificación que efectúe la citada Oficina, debe atenerse a las pautas generales previstas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a falta de una regulación más específica. Por ello, es de gran trascendencia esta sentencia, tanto para esa Oficina como para los solicitantes de títulos de propiedad industrial en relación con el régimen de notificaciones que efectúa el citado Organismo Autónomo en cada uno de los procedimientos administrativos seguidos, porque declara la obligatoriedad para la OEPM de notificar íntegramente sus actos, con arreglo a su regulación específica, y de dejar constancia de que así se ha efectuado, y, para los interesados, porque respecto de ellos no se habrá practicado debidamente una notificación a través del BOPI si no cumple

los requisitos señalados por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los artículos 58 y siguientes, si bien ello no impide que tal exigencia pueda no tener virtualidad anulatoria del acto cuando no haya habido indefensión.

La sentencia establece en el FJ Quinto: *«El debate jurídico se centra en la interpretación de los términos “hará saber al solicitante” que contiene el artículo 31.5 de la Ley 11/1986. A tenor de este último, según ya hemos expuesto, la Oficina Española de Patentes y Marcas, cuando considere que los defectos determinantes del suspenso hubieren sido debidamente subsanados, debe comunicar (“hacer saber”) al petitionerario de la patente tal decisión para que éste inste la realización del informe sobre el estado de la técnica.*

La propia Ley 11/1986 identifica en su artículo 33 aquel deber de la Administración registral con el de hacer la “notificación” del acuerdo que hubiera adoptado en virtud del artículo 31.5. Notificación que, a falta de una regulación más específica, debe seguir el régimen general de este tipo de actos de comunicación mediante los cuales la Administración pone en conocimiento de los interesados el contenido de sus actos. En otras palabras, tal como acertadamente expuso el tribunal de instancia, la “notificación” debe atenerse a las pautas generales previstas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ello implica que, tratándose de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, la notificación se deba practicar con éste y en el lugar que él haya señalado a tal efecto en la solicitud. En todo caso, ha de hacerse de modo que se tenga constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado, incorporando al expediente la acreditación de la notificación efectuada. Y sólo cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, cabe acudir a la publicidad edictal o a través del Boletín correspondiente.

No podía, pues, el organismo registral limitarse en este caso a la mera publicación de su acuerdo en el Boletín Oficial sino que debió notificárselo personalmente a la sociedad solicitante, a través de la agente que ésta había designado a tales efectos.»

11. Responsabilidad patrimonial

11.1. Responsabilidad de la Administración por los perjuicios irrogados a un establecimiento hotelero durante la realización de obras de ampliación del metro de Madrid a las puertas del hotel

La STS, Sec. 6.^a, 23/3/2009, RC 10236/2004, analiza la reclamación de responsabilidad patrimonial suscitada por la empresa titular del «Hotel Miguel Ángel», en Madrid, en relación con los perjuicios sufridos como consecuencia de unas obras de ampliación del metro, realizadas en superficie con generación de molestias tales como ruidos, humos, vibraciones o depósito de escombros y vallas a las puertas del establecimiento, durante un año. La sentencia de instancia, del TSJ de Madrid, había desestimado la pretensión al considerar que se trataba de daños que el establecimiento estaba obligado jurídicamente a soportar, a resultas de una carga general ligada al estatus jurídico de ciudadano, que todos hemos de encarar fruto de la vida en una sociedad que demanda unos mejores servicios. Por el contrario, la Sala de casación considera concurrentes en el caso circunstancias particulares, que imponen dar una respuesta distinta a la facilitada en supuestos revisados anteriormente concernientes a los perjuicios generados por obras de carreteras, doctrina ésta que había seguido la Sala de instancia, y centra su atención en la posible concurrencia del requisito de antijuricidad del daño. Recuerda al respecto que *«el perjuicio jurídicamente no tolerable se independiza de la índole de la actividad administrativa, normal o anormal, correcta o incorrecta, para vincularlo con la posición que el administrado ocupa frente al ordenamiento jurídico»*, de modo que *«únicamente se encontraría jurídicamente obligado a arrostrar el daño si concurre algún título que se lo imponga»*, consistente en *«un contrato previo, la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme o el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria que atribuya cargas a la generalidad de los ciudadanos»*. Y concluye inexistente esta última condición, por dos razones. La primera, de índole objetiva, en cuanto que las obras, comparando la afección a otros negocios o actividades, repercutieron singularmente sobre la mercantil recurrente, ya que *«se emplazaron a lo largo de toda la fachada del hotel»*. La segunda, de carácter subjetivo, atendiendo a que *«un hotel es un establecimiento destinado a proporcionar un cómodo alojamiento y alimentación adecuada a huéspedes y viajeros»*, actividad seriamente obstaculizada por la realización de unas obras públicas que *«supusieron el despliegue de maquinaria y trabajadores, polvo, rui-*

dos y vibraciones durante muchas horas al día» (FJ 2.º). En definitiva, «ni por la ubicación y características de las obras ni por la naturaleza del negocio que explota dicha entidad estaba jurídicamente obligada a soportar el daño». La sentencia comentada incluye asimismo una clarificadora matización sobre dos aspectos, el de los daños a resarcir, que habrán de consistir en las ganancias dejadas de obtener durante el tiempo en que las obras tuvieron lugar, y el de la noción de órdenes de la Administración, cuya concurrencia determina la ruptura de la regla general de responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios causados a un tercero como consecuencia de la ejecución de un contrato de obras.

11.2. Reclamación de resarcimiento hecha valer por el gremio de productores de aceite de oliva, a raíz de la anulación judicial de la alerta alimentaria sobre los aceites de orujo de aceituna, declarada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en julio de 2001

A partir de sendas SSTS, Sec. 6.ª, 4/3/2009, RRC 9520 y 9528/2004, el Tribunal Supremo ha resuelto en casación los litigios nacidos de las reclamaciones formuladas a raíz de la resolución de la Dirección General de Salud Pública y Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo de 3 de julio de 2001, por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a los aceites de orujo de aceituna, y, al amparo del art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se aconsejó la inmovilización cautelar y transitoria de los productos que se comercializaban bajo las denominaciones *aceite de orujo refinado* y *de oliva* y *aceite de orujo de oliva*, quedando condicionado el levantamiento de dicha medida a la ausencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP) en límite superior a 1 ppb. No hay que olvidar que dicha resolución fue declarada nula mediante Sentencia del TSJ, Sec. 8.ª, 20/10/2004, R 912/2002, confirmada por la STS, Sec. 4.ª, 27/6/2007, RC 10820/2004, por lo que, a la hora de resolver los recursos de casación relativos a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que traen causa de aquélla, la Sala recuerda que la anulación en vía judicial de un acto o disposición administrativa no presupone derecho a indemnización, aunque tampoco la excluye si concurren el resto de requisitos exigibles. En concreto, se centra en la posible concurrencia de la antijuridicidad del daño, a cuyo efecto valora dos especiales circunstancias: que con anterioridad a la declaración de la alerta se habían divulgado informes a nivel internacional que ponían de manifiesto posibles riesgos para la salud y que aquélla no

se produjo a raíz de una actuación de oficio de las autoridades sanitarias españolas, «*sino provocada por la difusión en medios de comunicación de la República Checa sobre el peligro del consumo de aceite procedente de España al ser susceptible a largo plazo de producir células carcinógenas, a la vista de lo cual se procedió la práctica de análisis aleatorios... que confirmaron la contaminación, habiéndose confirmado por los técnicos del Instituto de Salud Carlos III la validez de la metodología empleada y de los resultados obtenidos...*» (FJ 4.º). Asimismo, y a la hora de descartar la antijuridicidad del daño, la Sala considera relevante el dictado de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 25/7/2001, que estableció los límites máximos tolerables de hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aceite de orujo de oliva, así como los criterios aplicables al método analítico utilizable para el control de su cumplimiento. «*La inmediatez entre la alerta y la Orden Ministerial... demuestra la diligencia de la Administración y no la antijuridicidad del daño*» (FJ 4.º). Finalmente, la Sala toma en consideración la propia actuación de los reclamantes, habida cuenta de la obligación de productores y distribuidores de comercializar únicamente productos seguros y de los primeros de tomar medidas apropiadas para mantener informados a los consumidores de los riesgos que los productos comercializados pudieran presentar (art. 3 del RD 44/199, de 19 de enero). Al respecto, resulta significativo que «*la contaminación del aceite de orujo de oliva por benzopireno se produce en el proceso industrial de obtención del producto*» y sobre todo que «*existía, y existe, la posibilidad de reducir los niveles de contaminación mediante la aplicación de técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo*». De esta forma, «*constituía obligación de las propias empresas la aplicación de los medios tecnológicos que la situación de la técnica permitía... sin que por las mismas se haya puesto en práctica medida alguna tendente a la reducción, al menos, del benzopireno*» (FJ 5.º).

11.3. Posición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores frente a la gestión de los intereses patrimoniales de los inversores

La STS, Sec. 6.ª, 27/1/2009, RC 5921/2004, examina la reclamación indemnizatoria presentada por diversos clientes de GESCARTERA por la actuación de la CNMV en relación con dicha entidad. El título de imputación de responsabilidad en la omisión de las funciones de vigilancia e intervención atribuidas a la CNMV. La sentencia diserta sobre el fundamento y finalidad del régimen jurídico aplicable a las empresas de

servicios de inversión, así como sobre la función de la CNMV *«de controlar que el funcionamiento del sistema se ajuste a las previsiones legales, atribuyéndole distintas facultades al efecto, cuyo ejercicio u omisión puede dar lugar a responsabilidad de la Administración en la medida que se acredite la existencia de una lesión o daño imputable a tal ejercicio u omisión»*. Sin embargo, *«tal actividad de control no convierte al órgano en operador del mercado ni traslada al mismo las obligaciones y subsiguientes responsabilidades exigibles a dichos operadores»*. De esta forma, *«La responsabilidad del órgano de control ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades, para lo que ha de tenerse en cuenta, además de la actitud e intervención de los distintos operadores, la naturaleza de las mismas y su incidencia en el funcionamiento del mercado, así como los intereses de los inversores, que trata de proteger, y que pueden exigir y justificar una valoración del riesgo que el ejercicio de dichas facultades pueda representar para el mercado y los perjuicios desproporcionados que pueda representar para los intereses de los distintos afectados»* (FJ 3.º). Puesta esta doctrina en relación con las circunstancias del supuesto examinado, la Sala descarta la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, ya que *«la actuación sobre Gescartera fue continua desde 1995, se efectuaron numerosas visitas de inspección, se recabó la documentación correspondiente no solo de la misma sino de otras entidades, se incorporaron auditorías, se efectuaron múltiples requerimientos no solo recabando justificaciones documentales sino instando la corrección de las irregularidades apreciadas o la abstención de determinadas operaciones y se ejercitó la potestad sancionadora frente a las conductas constitutivas de infracción según la ley»* (FJ 4.º). A la hora de examinar la corrección del actuar del órgano supervisor, apela al análisis de las circunstancias concurrentes en el momento en que aquél ejercitaba sus facultades, haciendo obvia la «obviedad del «conocimiento del resultado que finalmente tuvo todo el proceso» y considerando que la CNMV obtuvo información falsaria de la sociedad gestora de inversiones.

11.4. Indemnizabilidad de los honorarios satisfechos al Letrado que consigue, en nombre de su cliente, la revocación de liquidaciones, bien en la vía de gestión, bien en la económico-administrativa

La STS, Sec. 6.ª, 14/7/2008, RC 289/2007, resuelve en vía de unificación de doctrina la discrepancia existente entre dos corrientes sucesiva

y excluyentemente aplicadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional. Así, mientras una primera doctrina había entendido resarcibles en todo caso los gastos de asesoramiento jurídico afrontados con vistas a la anulación de una liquidación tributaria, pues al contribuyente, si bien no está obligado a actuar bajo dirección letrada ante los órganos de la Administración tributaria, tampoco le son exigibles profundos conocimientos, máxime en una materia en que la técnica es especialmente compleja, de modo que no cabía imponerle soportar los gastos causados por tal asistencia cuando su pretensión fuera completamente estimada, la más moderna, representada, entre otras, por la sentencia recurrida en casación, niega la calificación de lesión antijurídica a los desembolsos efectuados para reaccionar frente a un acto que, pese a ser revocado, se mantiene dentro de unos márgenes razonables y razonados. Es precisamente en torno al requisito de antijuridicidad del daño sobre el que versa la reflexión del Tribunal de casación, que rechaza de inicio tesis maximalistas, ora defiendan que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado, ora sostengan su existencia en todo caso. Abundando en esta dirección, proclama, de un lado, que, *«pese a que en la vía económico-administrativa no sea obligada la comparecencia mediante un profesional del derecho...la complejidad de los procedimientos tributarios, la dificultad intrínseca de las disposiciones que regulan las distintas figuras impositivas y la especialización de los órganos y de los funcionarios que intervienen en las fases administrativas de gestión y de revisión no sólo aconsejan sino que, en la mayoría de los casos, hacen materialmente imprescindible que los contribuyentes comparezcan materialmente asesorados por expertos singularmente preparados para la tarea. En otras palabras...los ciudadanos... no siempre quedan constreñidos a soportar los gastos que comporta este asesoramiento»*. Pero, como contrapeso, matiza que *«desplazándonos al otro extremo del diagrama, tampoco es certera la afirmación de que, habida cuenta de aquella complejidad y siempre que la propia Administración estima sus pretensiones, debe resarcírseles por los emolumentos de abogados, puesto que la Administración tributaria se encuentra habilitada para comprobar e investigar los hechos imponibles y, si procede, integrar las bases tributarias y practicar las liquidaciones correspondientes»* (FJ 3.º). De esta forma, *«cuando un obligado tributario, valiéndose de un asesoramiento específico y retribuido, obtiene de la Administración, bien en la vía de gestión bien en la económico-administrativa, la anulación de un acto que le afecta, ha de soportar el detrimento patrimonial que la*

retribución comporta si la actuación administrativa frente a la que ha reaccionado se produce dentro de los márgenes ordinarios o de los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses generales, con objetividad, efectividad y sometimiento a la ley y al derecho». Esto es, habrá que cotejar si «pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se le ha atribuido la potestad que ejercita» (FJ 4.º). E incluso atender a matices personales, «pues ante una misma realidad no todos los sujetos se sitúan en igual posición», no pudiendo equipararse, a los efectos que se analizan, «un sujeto pasivo de un impuesto, persona física, que se relaciona esporádicamente con los órganos tributarios... con una sociedad...habituada, por su actividad, a entrar en conflicto con la hacienda pública y que, incluso, cuenta en plantilla con profesionales que, llegada la ocasión, intervienen en su defensa o que tiene contratado, en régimen de iguala, un asesoramiento externo» (FJ 5.º).

11.5. Deber de la Administración contratista de manifestarse sobre la imputación de responsabilidad, en relación con los daños ocasionados a terceros en la ejecución del contrato de obra. Sentido del silencio administrativo frente a la reclamación del tercero perjudicado

La STS, Sec. 6.^a, 30/3/2009, RC 10680/2004, se pronuncia en torno al mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad del contratista frente a terceros en la ejecución del contrato de obras (art. 98 TRLCAP, actual art. 198 LCSP). Al respecto, parte de la facultad del perjudicado de, bien «dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable», bien reclamar directamente a la Administración contratante por la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial. En esta tesitura, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad —bien se declare responsable la propia Administración en virtud del art. 98.2, bien considere que la responsabilidad corresponde al contratista, en cuyo caso reconducirá a los interesados a la reclamación frente al adjudicatario responsable— o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración. Lo que la Sala estima vedado a la Administración, atendiendo a los principios de buena fe, confianza legítima o impulsión de oficio de los procedimientos, es el limitar-

se a «*declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles*». Reafirmando que «*Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo el deber de resolver, la Administración da la llamada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista...debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia*» (FJ 2.º).

12. Tráfico y seguridad vial

12.1. *Real Decreto 62/2006, de 27 de enero por el que se modifica el Reglamento General de Conductores aprobado por Real Decreto 772/1997. «Pérdida de puntos»: naturaleza jurídica y régimen de su impugnación*

La STS, Sec. 5.^a, 04/06/2009, RC 25/2006, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 772/1997, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores aprobado por Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo. De entre la amplia fundamentación jurídica de esta sentencia, interesa destacar las consideraciones referidas a la llamada «pérdida de puntos», su naturaleza jurídica y el régimen de su impugnación. Dice a este respecto la sentencia que resulta indudable que la pérdida de puntos es una medida que tiene carácter materialmente sancionador, y, sobre esta base, añade que «*para que la aplicación de esta medida quede revestida de las garantías exigibles, enervando todo riesgo indefensión, lo que llevamos razonado debe completarse señalando que, aunque la norma reglamentaria no lo establece de forma expresa, es exigible que durante la tramitación del procedimiento sancionador el interesado quede cumplidamente informado de los puntos que podrá perder en caso de resultar sancionado; y asimismo es exigible que al notificarse al interesado la resolución sancionadora se le indique de forma clara la pérdida de puntos que llevará aparejada la sanción una vez que sea firme. Por las mismas razones, y puesto que de otro modo podría producirse la indefensión a que alude la demandante, debe también afirmarse que en la impugnación que se dirija contra la resolución sancionadora podrán cuestionarse no sólo la conducta infractora y la cuantía de la sanción pecuniaria sino también la medida relativa a la*

pérdida de puntos y la correcta aplicación del Anexo-II introducido por la Ley 17/2005 (baremo para cuantificar la pérdida de puntos que comporta cada infracción), siendo admisible que la impugnación se refiera sólo a ésta última cuestión. No ignoramos que, al afirmar que en la impugnación dirigida contra la resolución sancionadora puede combatirse la pérdida de puntos, se está contemplando la posibilidad de combatir una medida que todavía no se ha materializado, pues el descuento de los puntos sólo tiene lugar cuando la sanción es firme. Pero es indudable que la pérdida de puntos es una consecuencia directa y automática de la sanción, y participa de su misma naturaleza, por lo que debe quedar sujeta al mismo régimen de impugnación» (FJ 4.º).

Además, puntualiza la sentencia inmediatamente a continuación que «de conformidad con lo previsto en el apartado 1, párrafo tercero, del citado artículo 67 del Texto Articulado (redacción dada por la Ley 17/2005, de 19 de julio), y salvo en los supuestos de excepción que el propio precepto especifica, la impugnación de la resolución sancionadora podrá producirse, con la misma amplitud a que acabamos de referirnos, en los casos en que el interesado hubiese obtenido una reducción del 30% sobre la cuantía de la multa por haber realizado el pago de su importe durante los 30 días naturales siguientes al de la notificación del boletín de denuncia» (FJ 4.º)

13. Urbanismo y medio ambiente

13.1. Medio ambiente

13.1.1. Aprobación de los Planes Directores de los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares. Omisión de trámite de audiencia a la asociación que agrupa a los municipios afectados

La STS, Sec. 5.^a, 17/12/2008, RC 289/2006, considera que los planes directores de emergencia nuclear son disposiciones de carácter general, por lo que durante su tramitación debió concederse trámite de audiencia a los municipios directamente afectados, integrados en la asociación demandante. *«El hecho de que en la Federación Española de Municipios y Provincias estén representados todos los municipios españoles y dicha Federación, a su vez, forme parte, a través de su representante, de la Comisión Nacional de Protección Civil, la que ha informado*

favorablemente los Planes Directores aprobados por el Acuerdo ahora impugnado, no evita ni puede sustituir la audiencia de los municipios directamente afectados por los Planes de Emergencia Nuclear exteriores a las centrales nucleares, agrupados en la Asociación demandante, al igual que su presencia, a través de la Federación, no impidió que la Administración, según hemos indicado, diese audiencia a la referida Asociación demandante en el trámite de elaboración del Plan Básico de Emergencia Nuclear (PLABEN), razón por la que tal falta de audiencia en el trámite de elaboración de los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las centrales nucleares, dado su carácter normativo, constituye un defecto invalidante del acuerdo aprobatorio del Consejo de Ministros por contravenir lo establecido en los artículos 105. a) de la Constitución y 24.1c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, al ser nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneran la Constitución y las leyes, según dispone el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 13 de enero, y así lo debemos declarar en aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 70.2, 71.1 a) y b) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (FJ 3.º).

13.1.2. Acuerdo de asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007. Anulación por falta de motivación.

La STS, Secc. 5.^a, 01/10/2008, RC 264/2005 anula el acuerdo del Consejo de Ministros aprobatorio de la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007, al no haberse justificado en el expediente administrativo el criterio utilizado para calcular el concreto volumen de gases asignado, omitiendo datos fundamentales y generándosele por ello indefensión a la entidad recurrente, así como un trato discriminatorio. Además, «No se ha tenido en cuenta, para evitar diferencias injustificadas, que unas instalaciones han incorporado técnicas de producción menos contaminantes que otras, por lo que, de hecho, emiten menos gases, a pesar de lo cual a las que no se han modernizado, como sus emisiones históricas son superiores, se les asignan mayores derechos, lo que propicia que éstas, si actualizan sus sistemas de producción, tengan la posibilidad de emitir más gases de efecto invernadero sin tener que, a diferencia de las que ya eran antes más eficientes energéticamente, adquirirlos en el mercado».

13.1.3. Competencias de las Comunidades Autónomas para establecer medidas de protección ambiental en las aguas exteriores o mar territorial

La STS, Sec. 5.^a, 02/07/2008, RC 4583/2004, estima el recurso de casación y anula en parte los respectivos decretos autonómicos de declaración de un parque natural en las Islas Baleares y de aprobación de su correspondiente plan de ordenación de los recursos naturales, en la parte en la que establecen medidas de protección sobre las «aguas exteriores» o «mar territorial». Considera así que la competencia autonómica para la protección de espacios naturales sólo puede extenderse a dicho mar territorial cuando, excepcionalmente, así lo exijan las características del espacio terrestre protegido, sin que en este caso se haya justificado la concurrencia de dichas circunstancias extraordinarias.

13.1.4. Declaración de Lugar de Importancia Comunitaria (LIC). La propuesta dirigida por una Comunidad Autónoma a la Comisión Europea es susceptible de impugnación autónoma y directa ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La STS, Secc. 5.^a, 11/05/2009, RC 2965/2007 analiza las características del procedimiento bifásico en el que se tramita la «Declaración de Lugar de Importancia Comunitaria» (LIC) conforme a lo dispuesto en la Directiva europea 92/43/CE, de 21 de mayo, de Hábitats y en el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre que la traspuso al ordenamiento español, alcanzando dos conclusiones de gran trascendencia. La primera, que la decisión final de la Comisión Europea de declaración del LIC tiene contenido sustantivo propio y autonomía resolutoria, no pudiéndose calificar como «una mera validación de las propuestas aprobadas por la CCAA» como planteaba el recurrente. La segunda, que pese a lo anterior, la aprobación por una Comunidad Autónoma de su propuesta de LICs dirigida a la Comisión Europea constituye un acto de trámite cualificado, susceptible por tanto de impugnación directa y autónoma ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque: «no es una mera propuesta neutra, sino un acto administrativo que habilita y obliga a la propia Comunidad Autónoma a adoptar ‘medidas de protección adecuadas’ para los lugares incluidos; se trata de un acto que, siendo una propuesta, pone una condición necesaria y suficiente para crear en la Comunidad Autónoma la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas, las cuales pueden qui-

zá afectar a ciertos contenidos del derecho de los propietarios de los terrenos incluidos, razón por la cual la elaboración de las listas puede ser impugnada por los interesados al tener un contenido que excede de la pura ordenación o impulso del procedimiento» (FJ 11.º).

13.2. Urbanismo

13.2.1. Distinción entre el suelo urbano consolidado y el no consolidado

La STS, Sec. 5.^a, 23/09/2008, RC 4731/2004 aclara la controversia sobre la distinción de las categorías de suelo urbano consolidado y no consolidado, armonizando la legislación básica estatal (Ley 6/1998, de 13 de abril) con la autonómica en el sentido de dar preferencia a «*la realidad existente*», sobre las previsiones futuras de reurbanización o reforma interior proyectadas en el planeamiento urbanístico. No admite, por tanto, «*que unos terrenos que indubitadamente cuentan, no sólo con los servicios exigibles para su consideración como suelo urbano, sino también con los de pavimentación de calzada, encintado de aceras y alumbrado público, y que están plenamente consolidados por la edificación [pierdan] la consideración de suelo urbano consolidado, pasando a tener la de suelo urbano no consolidado, por la sola circunstancia de que el nuevo planeamiento contemple para ellos una determinada transformación urbanística. Tal degradación en la categorización del terreno por la sola alteración del planeamiento, además de resultar ajena a la realidad de las cosas, produciría consecuencias difícilmente compatibles con el principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento*».

13.2.2. Régimen del silencio administrativo en las licencias urbanísticas

La STS, Sec. 5.^a, 28/01/2009, RC 39/2007 (BOE 77, de 30/03/2009) desarrolla la tesis ya avanzada en la anterior STS, Sec. 5.^a, 17/10/2007 (RC 9397/2003), consistente en que la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó la regulación general del silencio administrativo, no alteró la prohibición establecida en la normativa urbanística básica estatal de obtener por silencio licencias ‘*contra legem*’. Llega así a declarar, como doctrina legal vinculante para los Jueces y Tribunales inferiores, que: «*el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de*

la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística».

La más reciente **STS, Sec. 5.^a, 28/04/2009, RC 3435/2005** ratifica y consolida esta doctrina.

13.2.3. Usos urbanísticos lucrativos permisibles en la zona de servicio de los puertos de interés autonómico

La **STS, Sec. 3.^a, 15/01/2009, RC 1875/2006**, confirma la anulación del Reglamento de la Ley de Puertos de Canarias, aprobado por Decreto 52/2005, en la parte en la que permite situar usos alojativos turísticos dentro de la zona de servicio de los puertos canarios. Considera que la posibilidad extraordinaria de implantación de dichos usos prevista en la Ley estatal 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicios de los Puertos de Interés General, que modificó la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de Puertos del Estado, «*sólo afecta a los puertos competencia del Estado, que son los declarados de interés general. Y semejante posibilidad legal no es posible extenderla a los puertos de competencia autonómica, ya que se trata de una posibilidad excepcional abierta por el legislador estatal para sus propios puertos frente a la prohibición de alojamientos turísticos en la zona de servicios del puerto, que es la regla general tanto en su propia Ley (artículo 94) como en la Ley canaria (artículos 6 y 43)*».

13.2.4. Obligación de reiterar el trámite de información pública en la aprobación de los planes

A fin de garantizar la efectividad de los principios de transparencia y participación ciudadana en los procedimientos de aprobación del planeamiento urbanístico, se ha acentuado el criterio jurisprudencial más exigente sobre la obligación de reiterar durante la tramitación de los planes la fase de información pública cuando entre la aprobación inicial y la definitiva se modifique su ordenación de manera sustancial.

Así, la **STS, Sec. 5.^a, 09/12/2008, RC 7459/2004** estimó la casación y anuló el plan general de ordenación urbana de Castellón de la Plana al concluir, tras el examen de la prueba pericial practicada en la instancia, que se había modificado radicalmente su ordenación, con alteración del modelo de ciudad, sin que se hubiere abierto un nuevo trámite de exposición pública antes de la aprobación definitiva. Trámite que considera preceptivo al aplicar, con carácter prevalente sobre lo dispuesto en la legislación específica urbanística de la Comunidad Autónoma Valenciana, los principios de participación pública consagrados en el artículo 105.a) de la Constitución y artículo 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones.

La posterior **STS, Sec. 5.^a, 23/04/2009, RC 10814/2004**, también estimó el recurso de casación interpuesto y anuló el acuerdo de aprobación definitiva del plan general recurrido, tras comprobar que *«se ha producido una variación en la estructura del planeamiento por la modificación de los criterios básicos sobre los que se asienta el modelo territorial establecido provisionalmente»*.

Y finalmente, las **SS TS, Sec. 5.^a, 11/05/2009, RCC 4814/2006, 4816/2006 y 6341/2006** confirmaron la anulación de la revisión del plan general de la ciudad de Zamora porque *«las alteraciones del Plan constatadas en la sentencia recurrida son de carácter general, global y estructural; no puntual, ni aisladas, ni limitadas a un concreto sector. Así, por ejemplo, la rebaja de la edificabilidad como consecuencia de la aplicación de los nuevos límites legales de densidad de población y edificación afectó de manera indiscriminada a todos los ámbitos en los que se superaban, obligando a modificar su ordenación y con ella los beneficios y cargas de los propietarios. Otro tanto puede señalarse sobre el incremento global de la reserva de sistemas generales operado entre la aprobación inicial y la definitiva del Plan, que conllevó la creación de nuevos equipamientos públicos relevantes no incluidos en la ordenación primigenia»* (FJ 7.º).

13.2.5. *Suspensión cautelar de instrumentos de planeamiento urbanístico impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.*

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a la suspensión cautelar de los planes urbanísticos impugnados, a la vista de los efectos irreversibles que en general conlleva su inmediata ejecución frente a una posible sentencia posterior anulatoria.

La STS, Sec. 5.^a, 29/12/2008, RC 2161/2007 confirma la suspensión cautelar del plan urbanístico recurrido, atendiendo a que: *«No cabe duda que existe una línea jurisprudencial reticente a la suspensión de los instrumentos de ordenación general, que requieren, a su vez, otros instrumentos de desarrollo y, para su efectiva y última ejecución, actos concretos de aprobación de proyectos o la concesión de licencias de obras, pero también existe una corriente jurisprudencial paralela que, en evitación de múltiples recursos o impugnaciones en vía administrativa y sede jurisdiccional, viene accediendo a suspender la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento cuando hay riesgo, como en este caso, de que, de no suspenderse la aplicación o ejecución del ordenamiento urbanístico aprobado, pierda su legítima finalidad el recurso contencioso-administrativo»* (FJ 4.º).

En la misma línea, las SSTS, Sec. 5.^a, 25/02/2009, RC 872/2008; 30/03/2009, RC 790/2008; y 18/12/2008, RC 3743/2007 consideran precedente la suspensión cautelar de los planes impugnados, al primar, en la ponderación de los intereses en conflicto, el público representado en la protección del medio ambiente y en la defensa de un desarrollo sostenible, sobre el económico de una nueva urbanización residencial o industrial de iniciativa privada. Y en las SSTS, Sec. 5.^a, 23/12/2008, RC 3854/2007; y 03/02/2009, RC 5125/2007 se declaró prevalente el interés relativo a la protección del patrimonio histórico y del medio rural invocado por los recurrentes, sobre el representado en los nuevos usos dotaciones públicos que se pretendían crear con el planeamiento impugnado.

13.2.6. *Derecho de la junta de compensación a exigir el reintegro por las empresas suministradoras de agua y energía eléctrica de los costes de ejecución de las redes de abastecimiento previstas en el proyecto de urbanización*

La STS, Sec. 5.^a, 10/03/2009, RC 10541/2004, considera que la junta de compensación demandante ostenta el derecho a exigir a las entidades concesionarias del suministro de agua y de energía eléctrica el reintegro de los gastos de ejecución de las redes de abastecimiento previstas en el proyecto de urbanización del ámbito correspondiente. Los propietarios sólo deberán asumir el coste de sus respectivas acometidas individuales. Ello por aplicación de lo dispuesto, entre otros, en el artículo 59.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, *«pues, si bien dichos preceptos incluyen*

dichos gastos entre los de urbanización que han de satisfacer los propietarios, a continuación, también contemplan y establecen el derecho de los citados propietarios para reintegrarse de los mencionados gastos ‘con cargo a las empresas que presten los servicios’ (artículo 172 del Decreto Legislativo Catalán 1/1990, de 12 de julio), o bien ‘con cargo a las empresas concesionarias’ (artículo 59.2 RGU) de dichos servicios» (FJ 4.º).

13.2.7. Extensión y transmisión de la acción pública urbanística en la impugnación de planes

Las **SSTS, Sec. 5.ª, 17/03/2009, RC 11119/2004; y 29/05/2009, RC 1380/2005**, estiman los respectivos recursos de casación interpuestos contra sendas sentencias de inadmisión del recurso contencioso, al considerar que la acción pública urbanística legitima la impugnación de planes aún en el caso de que la pretensión del demandante se dirija a incrementar el aprovechamiento lucrativo de propietarios particulares no personados en el litigio, porque: *«(...) para accionar en la vía contencioso administrativa en esta materia no es preciso demostrar relación alguna con el objeto del pleito, que es en lo que consiste la legitimación. La regla de la acción pública sólo quiebra cuando lo que se ejercita es una acción de reconocimiento de una situación jurídica individualizada referida a intereses exclusivamente privados del interesado, cosa que aquí no ocurre, pues lo que se solicita es la clasificación del suelo como urbano, y esto, dada su naturaleza reglada, constituye principalmente una pretensión de cumplimiento de la legislación urbanística»* (FJ 10.º de la STS de 29/05/2009)

Por otra parte, la **STS, Sec. 5.ª, 30/06/2008, RC 4091/2004**, estima factible la sucesión hereditaria del demandante que ejercita la acción pública urbanística en un proceso contencioso, atendiendo a que: *«Es cierto que la acción pública no tiene en sí mismo un contenido patrimonializable, pues sólo supone el reconocimiento legal al ciudadano de la legitimación que le habilita para intervenir en determinados ámbitos de la acción administrativa, no sólo durante el procedimiento de preparación y elaboración de la decisión de la Administración sino mediante su impugnación en vía jurisdiccional una vez que la decisión haya sido adoptada; y ello aunque ésta no afecte a su esfera de derechos o intereses de contenido patrimonial. Y es cierto, también, que en nuestro ordenamiento no se contempla la transmisión de la acción pública así configurada, en abstracto, como reconocimiento legal legitimador. Pero aquí no se trata*

de la acción pública en abstracto, sino de una acción ya ejercitada; y ese ejercicio dio origen a una relación jurídica procesal concreta, en cuyo seno surgieron derechos y obligaciones con contenido propio y con innegables consecuencias en la esfera patrimonial –piénsese en los gastos y costas procesales-. Por ello, si el recurrente que ejercitó en su día la acción pública fallece cuando ya se ha dictado sentencia favorable a sus pretensiones, debe reconocerse a sus herederos, si se personan en la causa, el derecho a instar la ejecución del fallo tanto en lo relativo a los pronunciamientos sustantivos como en cuanto al que pudiera haber recaído en materia de costas procesales. De igual modo, debe admitirse la sucesión procesal a favor de los herederos cuando el fallecimiento del recurrente originario se produce durante la tramitación del proceso y antes de que recaiga sentencia» (FJ 3.º).

13.2.8. Obligación de publicar las «fichas de características» de los distintos ámbitos de gestión del plan general de ordenación urbana como presupuesto necesario para su entrada en vigor

La STS, Sec. 5.^a, 09/12/2008, RC 7459/2004 confirma la anulación del plan especial de reforma interior impugnado al no haberse publicado previamente en el boletín oficial de la provincia la correspondiente ficha del plan general sobre el concreto ámbito al que se refiere. Considera que entre los documentos de los planes urbanísticos que se deben publicar como requisito necesario para su entrada en vigor y posterior ejecución, se incluyen, además de las «ordenanzas» y del «articulado de sus normas» (artículo 70.2 de la Ley de Bases del Régimen Local), las «fichas» de los correspondientes ámbitos de gestión (unidades de ejecución), porque contienen «*determinaciones con indudable valor normativo*» (superficie del ámbito, edificabilidad máxima, sistema de actuación, etc.), al margen y con independencia de que dichas determinaciones, como en el caso planteado, no se expresen en forma de ordenanza, ni de texto articulado, sino como meras «fichas de características».

13.2.9. Alcance de la suspensión de licencias derivada de la aprobación inicial de la modificación del planeamiento. No comprende las de instalación de antenas de telefonía móvil

La STS, Sec. 5.^a, 06/11/2008, RC 7163/2004 afirma que la suspensión automática de licencias urbanísticas derivada de la aprobación inicial de una modificación del planeamiento sólo afecta a las de «*parcelación de*

terrenos, edificación y demolición en áreas determinadas», no pudiendo equipararse a estos efectos la licencia de edificación con la de obras, «pues la realización de una pequeña obra, o la simple instalación, de antenas de la red de telecomunicaciones y telefonía no pone en peligro la finalidad de la reforma del planeamiento que se inicia». La suspensión sólo afecta por tanto a «aquellos supuestos de mayor entidad, más complejidad y que pueden ocasionar efectos irreversibles si se consumaran durante la tramitación de la modificación del plan. No puede en definitiva, equipararse, a estos efectos, la construcción o demolición de un edificio con la instalación de una antena de estas características».

II. TRIBUTARIO

1. IRPF. Venta de acciones de «La Cruz del Campo,SA». Interpretación de los negocios jurídicos conforme a la intención de las partes. Negocio indirecto, mandato y fiducia. Desestimación del recurso de casación

La STS, Sec. 2.^a, 05/03/09, RC 887/2006, estudia el problema, estrictamente jurídico, que consiste en determinar la naturaleza del contrato celebrado entre el accionista y la entidad intermediaria, pero no solo en sí mismo considerando sino examinando en su conjunto el complejo negocio y la finalidad perseguida con los distintos negocios concluidos, valorados conjuntamente. Más especialmente, se trata de dilucidar si la compraventa a Corporación Financiera Hispamer S.A. de las acciones, con compromiso de esta entidad de venderlas a un tercero, en el plazo, con el precio y bajo las condiciones preestablecidas entre el recurrente y GUINNESS PLC es una verdadera y propia compraventa, con efecto traslativo del dominio y, en lo que aquí interesa, con la particularidad sustancial de que, habiéndose pactado el pago aplazado, se impute el incremento patrimonial a los diferentes ejercicios sucesivos en que el precio fuera percibido; o si, por el contrario, estamos ante un negocio fiduciario que no habría producido efectos traslativos de la propiedad a Corporación Financiera Hispamer, sino una encomienda de venta a GUINNESS PLC de las acciones sobre las que había un concierto previo, en cuyo caso habría de considerarse que estamos, como señala el TEAC, ante una única transmisión de acciones, la concertada entre el recurrente y la mercantil finalmente adquirente, en cuyo caso la liquidación procedente sería la que imputase al ejercicio 1991 la totalidad del incremento patrimonial experimentado,

tal como se hizo en la liquidación impugnada por el recurrente en la vía económico-administrativa.»

Para la resolución de la cuestión, la Sala parte de dos premisas: a) El tradicionalmente conocido como «principio de calificación» que impone que el aplicador de la ley haya de calificar en toda ocasión el acto o negocio, «de acuerdo con su verdadera naturaleza jurídica, atendiendo a su contenido y a sus prestaciones y efectos jurídicos, sin tener que atenerse a la forma o denominación dadas por las partes, con el fin de comprobar si se ha dado realmente la operación contemplada por la norma tributaria»; y b) La reiterada jurisprudencia de la Sala 1.^a de lo Civil de este Tribunal Supremo, según la cual la interpretación dada por la Sala sentenciadora de instancia debe prevalecer sobre la particular e interesada del recurrente, a menos que se acredite ser ilógica, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal, pues constituye facultad privativa de la misma.

La interpretación del supuesto negocial complejo realizado por la sentencia de instancia es compartido por esta Sala siendo el mismo criterio que se ha seguido en la Sentencia de 8 de octubre de 2008, resolutoria del recurso de casación 7979/04: No estamos ante una compraventa perfecta, sino mediatizada por los fines de fiducia.

2. Impuesto sobre sociedades. Extemporaneidad del recurso de alzada del Director del Departamento de Inspección de la AEAT

La STS, Sec. 2.^a, 18/12/2008, RC 921/2003 se centra en dilucidar cuál debe ser la fecha en que se ha de entender producida la comunicación de la Resolución del TEAR, a los organismos legitimados para interponer el Recurso de Alzada, cuya estimación por el TEAC ha dado lugar al recurso.

El recurrente solicita que se declare la extemporaneidad de dicho Recurso de Alzada ya que ha transcurrido el plazo de quince días que el artículo 121 del RPREA concede para su interposición, tanto porque no consta de forma fehaciente la fecha de la notificación de la resolución del TEAR, como por el hecho de que el escrito presentado como Recurso de Alzada es un mero anuncio, acompañando en un momento posterior un nuevo escrito en el que se desarrollan los motivos por los que recurre.

Sobre el punto controvertido la sentencia impugnada afirma, según se infiere de las actuaciones, que no se ha aportado documentación acreditativa de cuándo se recibió comunicación de la resolución recurrida, por lo

que hay que tomar por buena la fecha en que dice la Administración Tributaria que le fue notificada la resolución. Y en cuanto a la fundamentación del mismo, señala que éste se interpuso reuniendo los requisitos legales.

Esta sentencia aglutina la jurisprudencia consolidada de esta Sala en esta materia. El recurso de alzada es extemporáneo porque no acompaña documento acreditativo de la fecha de entrada de la comunicación del TEAR en el Registro General del Organismo recurrente (SSTS de 13 de febrero de 2007 (rec. cas. 8094/2002), 24 de octubre de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina 304/2003), 26 de octubre de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina 281/2003), 29 de enero de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina 380/2003), 11 de marzo de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 62/2004) y 10 de noviembre de 2008, (rec. cas. 7949/2004), y porque la citada comunicación es un mero anuncio de interposición del recurso (SSTS de 30 de enero de 2008 (rec. de cas. para la unificación de doctrina 92/2003), 6 de marzo de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina 316/2004) y 1 de diciembre de 2008, (rec. cas. 4869/2004).

En consecuencia, si la fecha de la notificación es cuestionada y no hay en el expediente ninguna otra constancia adicional sobre la auténtica fecha de comunicación o recepción de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional, no resulta admisible que bastase con la mera indicación de una determinada fecha por la Administración interesada, sin ningún elemento de contraste adicional en el expediente, para señalar el dies a quo del cómputo del plazo para la interposición del Recurso de Alzada. De igual forma, resulta necesario que el escrito presentado contenga, ya, como algo insito y connatural al mismo, la exposición de los motivos en que se funde.

3. Impuesto sobre sociedades. La remuneración de los miembros del Consejo de Administración sólo resulta deducible cuando los estatutos hayan establecido su cuantía de forma determinada o perfectamente determinable. Dicha regla resulta aplicable incluso respecto de los consejeros que, desarrollando únicamente las actividades propias de su cargo, hayan sido dados de alta por la sociedad en la Seguridad Social

La STS, Sec. 2.^a, 13/11/2008, RC 3991/2004 señala que a efectos fiscales, en virtud de las normas mercantiles y tributarias, la posibilidad

de retribuir a los administradores de sociedades anónimas y, como consecuencia, considerar el carácter obligatorio de dichos pagos, depende en todo caso de que estos últimos estén previstos en los estatutos sociales. Desde el punto de vista estrictamente fiscal, interesa únicamente observar que la previsión estatutaria es la que permite determinar que para la sociedad esa remuneración —y no otra— es obligatoria, o, dicho de manera más precisa, que el gasto, de conformidad con el art. 13 de la L.I.S., puede calificarse como necesario para el ejercicio de la actividad y no —total o parcialmente— como una liberalidad.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina de la Sala, los requisitos que deben cumplirse necesariamente en la fijación en los estatutos de las sociedades anónimas de las remuneraciones de sus administradores para que éstas constituyan un gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades, son:

La necesidad de que la remuneración de los administradores venga determinada en los Estatutos de la sociedad para que puedan ser considerados fiscalmente deducibles.

Para considerar que la remuneración de los administradores es un gasto obligatorio a efectos de su deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades no basta con que los estatutos sociales hagan una mención a las mismas, sino que, además, la retribución de los administradores ha de constar en los estatutos *con certeza* y no ser contraria a lo dispuesto en el art. 130 de la L.S.A., no pudiendo modificarse por el Consejo de Administración, pues para hacerlo es necesario modificar los Estatutos en Junta General.

Para que pueda apreciarse que los estatutos establecen la retribución de los administradores «con certeza» es preciso que se cumplan, al menos, los requisitos que se especifican a continuación, algunos de los cuales ya han sido fijados por este Tribunal:

El primero de ellos es que, los estatutos «han de precisar el concreto sistema retributivo», de manera que no es suficiente que la norma social prevea varios sistemas retributivos para los administradores, dejando a la junta de accionistas la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento. Los Estatutos —en efecto— no pueden recoger los distintos sistemas legales de retribución y dejar a la junta la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento, sino que deben precisar el sistema retributivo a aplicar de modo que su alteración exigirá la previa

modificación estatutaria» En suma, en primer lugar, aunque las sociedades anónimas pueden optar por diferentes sistemas de de retribución, sea cual fuere la modalidad por la que se adopte —una remuneración fija, una cantidad variable, o un sistema mixto que combine los anteriores—, ésta debe quedar reflejada claramente en los estatutos de la entidad.

En segundo lugar, en el supuesto de que el sistema elegido sea el variable, y se concrete en una participación en los beneficios de la sociedad, no basta con la fijación de un límite máximo de esa participación, sino que el porcentaje debe estar perfectamente determinado en los estatutos.

En tercer lugar, para que pueda sostenerse que los estatutos sociales establecen la retribución de los administradores «con certeza», cuando, como sucede en el supuesto enjuiciado en este proceso, ésta consista en una asignación de carácter fijo, no basta con que se prevea la existencia y obligatoriedad de la misma, sino que, además, es preciso que en todo caso los estatutos prevean el *quantum* de la remuneración o, al menos, los criterios que permitan determinar perfectamente, sin ningún margen de discrecionalidad, su cuantía. Es evidente que sólo de este modo puede afirmarse que la retribución satisfecha a los administradores —y no otra de magnitud inferior o superior— viene *exigida* por los Estatutos y, por tanto, cumple con este requisito imprescindible para poder considerar que, tal y como exige el art. 13 de la LIS, el gasto es verdaderamente necesario para la obtención de los rendimientos de la sociedad.

En fin, para que la remuneración a los administradores pueda considerarse como gasto necesario para obtener los ingresos y, por tanto, deducible de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en virtud del art. 13 de la LIS, no basta con que dicho gasto se haya efectivamente producido, sino que es *conditio sine qua non* que los estatutos de la sociedad hayan establecido su cuantía de forma determinada o perfectamente determinable.

Asimismo, ha sido tenido en cuenta que en la medida en que, el Presidente, el Vicepresidente y el Consejero Delegado en el ejercicio 1994 pertenecían al Consejo de Administración de dicha entidad y desempeñaban únicamente las «actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad» propias de dicho cargo debe entenderse que su vínculo con la entidad recurrente era exclusivamente de naturaleza mercantil y no laboral. Y ello con independencia de que realizaran un «plus» de dedicación, y de que Mahou, SA hubiera celebrado con dichas

personas un contrato de alta dirección, les hubiera dado de alta en la Seguridad Social, hubiera practicado sobre sus retribuciones la retención prevista para los rendimientos del trabajo y, en fin, hubiera contabilizado las mismas en la cuenta de «Sueldos y Salarios» y no en la específica del Consejo de Administración; porque la naturaleza jurídica de las relaciones se define por su propia esencia y contenido, no por el concepto que le haya sido atribuido por las partes, y porque *«ni el consejo de administración, ni el consejero delegado en su propio beneficio, pueden acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal»*. En suma, la relación establecida carece de eficacia y no puede ser tenida en cuenta a los efectos tributarios, no existiendo, además, la relación de ajenidad propia de la relación laboral. Por ello, se rechaza la posibilidad de aplicar el art. 13.d) de la Ley 61/1978, o los arts. 100 ó 104 del RIS.

4. Extensión de efectos de sentencias en materia tributaria.

La STS, Sec. 2.^a, 16/02/2009, RC 6022/2007 sienta la siguiente doctrina, que por su importancia, se reproduce textualmente:

«En el actual régimen de eficacia o alcance subjetivo de las sentencias, según la vigente LJCA, las sentencias que además de anular un acto reconocen una situación jurídica individualizada sólo producen efectos entre las partes. Así lo dispone expresamente el artículo 72.3 LJCA: “la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes”. Y solo excepcionalmente —además de lo establecido en el artículo 111— pueden extenderse tales efectos en los términos previstos en el artículo 110, que exige para la sentencia unos determinados requisitos procesales y de fondo. Entre ellos, en lo que importa al recurso, es menester que, resolviendo una pretensión de plena jurisdicción, haya reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas.

Resulta así relevante recordar la distinción entre pretensiones de anulación y de plena jurisdicción, que con origen en la doctrina del Consejo de Estado francés, conserva en nuestro ordenamiento algunas consecuencias, aunque sean menores en la Ley de 1998 que en la Ley de 1956. Pues es cierto que se han equiparado en orden a la legitimación exigida, para el ejercicio de una y otra pretensión, pero se mantienen las consecuencias de la distinción con respecto al contenido y efectos de las sentencias.

Si se solicita del órgano jurisdiccional la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de un acto o disposición art. 31.1 LJCA), el contenido de la sentencia estimatoria ha de adecuarse, por mor de la congruencia, a dicha solicitud, conforme al artículo 71.1.a) LJCA, con la eficacia erga omnes, para todos los afectados, establecida en el artículo 72.2 LJCA. Si se pide, además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (art. 31.2 LJCA), la misma congruencia exigida a la sentencia estimatoria comporta dicho reconocimiento, con la adopción de las medidas necesarias para su pleno restablecimiento, según dispone el artículo 71.1.b) LJCA, y con los efectos limitados a las partes que resulta del artículo 72.3 LJCA, aunque con la excepción, sólo para dichas sentencias, de la extensión a terceros en los términos de los artículos 110 y 111.

[...] Esta Sala se ha pronunciado ya en alguna ocasión sobre el alcance del art. 110 LJCA. Así, en sentencias de 11 de diciembre de 2006 (rec. cas. 6172/2003), 19 de julio de 2007 (rec. cas. 549/2003) y 20 de septiembre de 2007 (rec. cas. 3041/2005), entre otras, recuerda que el precepto se refiere únicamente a la extensión de efectos de sentencias firmes que reconocen situaciones jurídicas individualizadas en favor de una o varias personas; limitación que encuentra su justificación en que las sentencias que anulan una disposición o un acto (las anulatorias) producen directamente efectos para todas las personas afectadas (art. 72 LJCA), sin necesidad, por tanto, de ulterior extensión.

De esta forma, el Legislador trata de evitar la tramitación de múltiples recursos idénticos, con reiteración de inútiles trámites. En tal sentido se manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley al indicar que se trata de una novedad importante que “puede ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa”.

El apartado 1 del art. 110 no deja lugar a dudas de que el solicitante debe formular una pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y pedir la extensión de los efectos de una sentencia firme que reconoce una situación jurídica individual “idéntica” a aquella en la que él afirma encontrarse, lo que nos lleva a analizar la diferencia entre pretensiones de mera anulación y de restablecimiento de situaciones, contempladas en el art. 31 que, al regular «las pretensiones de las partes», distingue, en su apartado 1, la pretensión simplemente anulatoria, consistente en la declaración de que el acto recurrido no es conforme a Derecho y, la consecuente anulación del acto o disposición impugnada, y en el apartado 2, las pretensiones de plena jurisdicción, consistentes en el reconocimiento

de una situación jurídica individualizada, y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma.

[...] Esta misma Sección ha reconocido las dificultades de proyectar la distinción de pretensiones, de anulación y de plena jurisdicción, al ámbito tributario, pudiendo argumentarse que «en principio, tanto el pago de una liquidación tributaria como la prestación de una garantía para la suspensión son opciones del contribuyente, y que normalmente las sentencias estimatorias en materia tributaria contra los actos de aplicación de los tributos vienen a reconocer una situación jurídica individualizada, esto es, el derecho del sujeto a no ser gravado por razón del acto que es anulado [...]» (SSTS citadas de 19 de julio y 18 de septiembre de 2007), e, incluso, no cabe excluir que en determinados supuestos el reconocimiento de una situación jurídica individualizada esté o aparezca implícito en sentencias que anulan un acto.

Ahora bien, la matización expuesta no supone que desaparezca la distinción legalmente impuesta de que se trata, pues, frente a la sentencia que se limita a la anulación de la liquidación tributaria impugnada, cabe identificar el reconocimiento, en sentencia, de un determinado beneficio fiscal o, incluso, el reconocimiento adicional del derecho a que se practique al recurrente una determinada liquidación tributaria con un concreto importe o sobre la base de unos parámetros precisados en el fallo.

Y, sobre la indicada base, ha de entenderse que la sentencia 1290/2001, de fecha 2 de noviembre de 2001, de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana era meramente anulatoria de una liquidación practicada, que no reconocía una situación jurídica individualizada; no podía servir, en consecuencia, para establecer comparativamente una eventual identidad con otras situaciones jurídicas, y era, por tanto, insusceptible de extender sus efectos a otros interesados. En efecto:

a) La pretensión ejercitada era solo que se declarase no ajustada a Derecho la resolución recurrida del Tribunal Económico Administrativo Regional de Valencia, de fecha 28 de octubre de 1999, siendo objeto de debate si la comprobación de valores efectuada cumplía con los requisitos formales y de contenido que eran exigibles o adolecía de algún defecto del que derivase su anulación.

b) La razón de la decisión estimatoria es que se considera contrario a Derecho el método de comprobación de valor utilizado, consistente en multiplicar la base imponible por un coeficiente 2,00, en base a una Resolución del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de 15 de enero de 1993.

c) El fallo literalmente se expresa en los siguientes términos “Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo n.º 78/2000, interpuesto por DOÑA PETRONIA, en nombre y representación de Don Cayo Ticio, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia de fecha 28 de octubre de 1999, recaída en el expediente número 03/2264/98 por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y lo declaramos contrario a Derecho y anulamos, sin expresa condena en costas procesales”.

Sobre la base del indicado pronunciamiento, meramente anulatorio de la liquidación practicada por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, porque la comprobación de valores efectuada no era conforme a Derecho, la Sala de instancia ha extendido luego, sin atenerse siquiera al requisito temporal de que la solicitud se efectuara en el plazo de un año desde la última notificación de la sentencia, a todas las pretensiones de anulación de liquidaciones cuando se basaba la impugnación en el mismo fundamento.

Dicho en otros términos se ha extendido una sentencia anulatoria a todas las pretensiones de anulación de liquidaciones con base en la apreciación de la identidad no de situaciones jurídicas sino de los fundamentos del proceso resuelto y los procesos posteriormente suscitados. Y si bien es cierto que, ante el criterio interpretativo del órgano jurisdiccional, una actuación responsable de la Administración hubiera conducido a respetar lo que ya era un precedente judicial reiterado, acomodando sus comprobaciones a la doctrina de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, también lo es que dicha Sala no podía utilizar el específico cauce del artículo 110 LCJA para extender los efectos de una sentencia obviando y no considerando las exigencias del propio precepto que aplicaba.»

5. Tasa a los operadores de telefonía móvil. Legalidad de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Badalona que impone una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local realizada por empresas operadores de telefonía móvil

La STS, Sec. 2.^a, 16/02/2009, RC 5082/2005 analiza un litigio atinente a la fijación del importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local después de la reforma del apartado 1 del art. 24 de la LHL, 39/1998, por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, a cuyo tenor:

1.^a) La primera regla, que es la general, viene contenida en su letra a): «Con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. A tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada».

2.^a) La segunda regla, residual y específica, es la contenida en la letra b): «Cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación».

3.^a) La tercera regla hace referencia a la denominada «tasa del 1,5%» de las empresas suministradoras y está contenida en la letra c), cuyo párrafo primero es del siguiente tenor: «Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas».

Esta tercera regla contiene numerosas precisiones adicionales, de las que aquí interesa destacar las dos siguientes:

— «No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil».

— «Las tasas reguladas en este párrafo c) son compatibles con otras tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las empresas a que se refiere esta letra c) deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el art. 23.1.b) de esta ley, quedando excluida, por el pago de esta tasa, la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales».

La reforma que de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, hizo la Ley 51/2002, tenía un objetivo bien definido: afirmar que las

empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales del dominio público local, aunque sea con sujeción al régimen general de determinación de su cuantía, previsto en el art. 24.1.a) de la Ley. Porque para la prestación de dichos servicios de telefonía móvil se utilizan las redes de telefonía tendidas en el dominio público local —tanto las tendidas por los operadores de servicios móviles, como las líneas de telefonía fija, a las que se accede en virtud de los correspondientes derechos de interconexión y acceso—, realizándose de ese modo el hecho imponible de la tasa que nos ocupa.

Precisamente por ello, atendiendo al sentido de la reforma introducida por la citada Ley 51/2002, que entró en vigor el 1 de enero de 2003, el Ayuntamiento de Badalona estimó oportuno la modificación de algunos extremos de la Ordenanza Fiscal num. 24, reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo y vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros, con el fin de establecer las reglas de determinación de la cuantía de la tasa legalmente exigible a las empresas prestadoras de servicios de telefonía móvil en el régimen general a que se les había sometido.

Para ello, se elaboró el preceptivo Informe económico, en que se acude a los diversos criterios y parámetros de valoración que han de tomarse como referencia para determinar la cuantía de la cuota a satisfacer por la tasa.

La cuantía de la tasa resulta de multiplicar tres parámetros diferentes: la tarifa básica por año, el tiempo de duración de la utilización privativa o aprovechamiento especial y el coeficiente específico atribuible a cada operador según su cuota de mercado en el municipio. El único requisito exigible legalmente es que se valore el aprovechamiento a valor de mercado, como si no se tratase de bienes de dominio público.

De los tres parámetros que se utilizan para el cálculo del importe de la tasa, dos de ellos son específicos de cada uno de los contribuyentes, como es el tiempo de duración de la utilización privativa o aprovechamiento especial y el coeficiente específico atribuible a cada operador según su cuota de mercado en el municipio. Es decir, el valor de mercado del aprovechamiento o utilización privativa se ha de multiplicar por el factor específico y concreto del tiempo de duración de dicho aprovechamiento o utilización privativa y por el coeficiente específico atribuible a cada operador, que pone de manifiesto la intensidad de uso de cada empresa que opera en el sector de la telefonía móvil.

El Informe técnico-económico ha de tener un contenido mínimo pero ni la LHL ni la LTPP establecen, en detalle, el contenido concreto que el estudio económico-financiero haya de tener. Cuando se trata de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, sólo cabe exigir que el estudio económico-financiero «ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquéllos», que es lo que quiere el art. 25 de la LHL.

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Inadmisión del recurso contencioso-administrativo al amparo del artículo 51 LJCA. Su aplicación no se limita a un momento procesal concreto y tasado

La STS, Sec. 5.^a, 24/03/2009, RC 5087/2007, señala que el art. 51 de la Ley Jurisdiccional, en el que se prevé la posibilidad de concluir el proceso contencioso-administrativo mediante auto de inadmisión, no limita su aplicación a un momento procesal concreto y tasado. Simplemente exige que por el correspondiente órgano jurisdiccional se haya reclamado y examinado previamente el expediente administrativo, y que constatada la concurrencia de alguna de las causas tasadas de inadmisión, se conceda un trámite específico de audiencia a las partes antes de su declaración. No cabe objetar frente a esta conclusión que a tenor de la ubicación sistemática de dicho precepto en el contexto de la Ley de la Jurisdicción sólo resulta viable su aplicación en el momento inicial de la tramitación del procedimiento (tras la recepción del expediente y antes de la demanda); pues semejante planteamiento resulta incompatible con elementales consideraciones de economía procesal, ya que carece de sentido obligar a tramitar el recurso hasta sentencia (incluyendo, eventualmente, una dilatada, compleja y costosa actividad probatoria) cuando el órgano juzgador, a la vista de los avances que va experimentando el proceso, llega a la conclusión de que concurre con evidencia una causa de inadmisión del recurso que impide resolver sobre el fondo del asunto. Cabalmente, concluye la Sala, *«si ya puede apreciarse la concurrencia manifiesta de una causa de inadmisión con la limitada información que suministran el escrito de interposición y el expediente administrativo, con mayor motivo deberá permitirse esta posibilidad en los trámites procesales posteriores, cuando en función de los avances del pleito ya se dispone de más datos sobre el objeto del litigio y esos datos suministran elementos de juicio suficientes para constatar la efectiva concurrencia de la causa de inadmisión»* (FJ 7.º).

2. Requerimiento del artículo 44 LJCA. Reglas para el cómputo del plazo de dos meses que en él se establece

La STS, Sec. 4.^a, 25/11/2008, RC 1256/2006, señala que como el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción está regulando el trámite que se puede seguir para los litigios entre las Administraciones Públicas, a salvo la materia de régimen local, cual expresamente establece, es claro, que si aquí se trataba de un litigio entre la Administración del Estado y la Generalidad de Cataluña, *«el trámite y plazo que al efecto refiere, dos meses, se ha de entender y estimar como un plazo procesal para una finalidad concreta de la misma Ley y por ello ha de estar y está sujeto a las previsiones del artículo 128 de la misma Ley, esto es, a que es un plazo improrrogable y que no corre durante el mes de agosto, cual precisa el artículo 128 apartado 2 al decir »durante el mes de agosto no correrá el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en esta Ley, salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter hábil»* (FJ 3.º). Sobre esta base, y descendiendo a la contemplación del caso examinado, concluye la Sala que si el requerimiento a que se refiere el artículo 44 lo hizo la Administración del Estado dentro del plazo de tres meses desde que conoció la actuación a que el requerimiento se refería y entre esos tres meses estaba incluido el mes de agosto, es claro que se ha de entender que el requerimiento se hizo dentro del plazo establecido por el artículo 44 en relación con el 128 de la Ley de la Jurisdicción, pues en esos supuestos no corría ni se podía computar el mes de agosto como la Ley expresamente dispone.

3. No aportación por la mercantil actora del documento que acredite que el órgano societario facultado para ello hubiera decidido ejercitar la acción. Interpretación de los artículos 45.2.d), 45.3 y 138 de la Ley de la Jurisdicción en lo relativo a si permiten que el Juez o Tribunal, sin hacer un previo requerimiento de subsanación, acoja en su sentencia una causa de inadmisibilidad como esa cuando la misma sí fue alegada en el escrito de contestación a la demanda

La STS, Pleno, 05/11/2008, RC 4755/2005, partiendo lo dispuesto en el artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción, puntualiza que la razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese

mismo momento, y no otra. Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión. Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entra en juego la norma del artículo 138 de la Ley Jurisdiccional, cuyo contenido plantea el problema de si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad concernida. Pues bien, el Tribunal Supremo, aun constatando que sobre este tema ha habida sentencias contradictorias, llega a la conclusión de que aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones:

Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación.

Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.

Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

Sobre esta base, apunta la Sala que *«no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio,*

bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138. Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre» (FJ 7.º).

4. Vía de hecho: delimitación del concepto

La STS, Sección 5.ª, 31/10/2008, RC 1007/2007, a propósito de un litigio relativo a una supuesta vía de hecho acaecida con ocasión de un deslinde, delimita el propio concepto de «vía de hecho», contemplado en el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comienza la Sala recordando que tradicionalmente se ha venido entendiendo por vía de hecho cualquier actuación que carezca de cobertura jurídica. No obstante, añade la sentencia, *«también se ha incluido en esta categoría, en el ámbito expropiatorio en el que fundamentalmente se han delimitado sus contornos en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, aquellas otras conductas administrativas que exceden del contenido permitido por el acto que le da cobertura, desbordando el contenido y los límites del acto que legitima su actuación, de manera que ello conduce a una actuación desproporcionada, en relación con el título habilitante. Siendo mas discutible, desde luego, la inclusión en esta categoría de actuaciones, que invoca la parte recurrente, realizadas en virtud de un acto que carece de los más elementales presupuestos por concurrir una causa de nulidad plena».*

Situada en esta perspectiva de análisis de la cuestión, la Sala apunta que la Ley Jurisdiccional no define, al regular este modo de actuación de la Administración, lo que ha de entenderse por vía de hecho, pero destaca que la Exposición de Motivos de la LJCA declara que la vía de hecho se integra por «aquellas actuaciones materiales de la Administración que

carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase». Si a ello se une el contenido del artículo 71.1.a) de la LJCA cuando alude al cese o modificación de la actuación impugnada, como el contenido propio de una sentencia resolutoria de la vía de hecho, forzosamente ha de concluirse que *«la LJCA considera como vía de hecho únicamente las actuaciones materiales que carecen de cobertura jurídica, por no disponer de título habilitante. Supuesto en el que cabe integrar los casos en que se produce un exceso o desproporción en la actuación material, desbordando los límites que impone el acto de cobertura. De manera que el elemento definidor de la vía de hecho es la carencia de cobertura jurídica, bien sea porque no exista acto previo de habilitación, o bien porque la actuación material va mas allá de lo que dicha cobertura autoriza. La concurrencia de una causa de nulidad plena, por tanto, no constituye, a los efectos de la LJCA, un supuesto de vía de hecho, por lo que su invocación ha de realizarse con motivo de la impugnación del acto administrativo aprobatorio del deslinde»* (FJ 4.º).

SALA CUARTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	239
I. DERECHO DEL TRABAJO	244
1. ANTIGÜEDAD	244
2. CONTRATO DE TRABAJO Y FIGURAS AFINES	245
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL	246
3.1. Cesión ilegal de trabajadores y empresas de trabajo temporal	246
3.2. Contratación temporal en la Administración	248
3.3. Contratación temporal y contrata	249
3.4. Contratos por obra o servicio determinado	251
3.5. Encadenamiento de contratos y cómputo de antigüedad	252
4. CONVENIOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA	252
4.1. Alcance del deber de negociar	252
4.2. Aprobación del convenio	253
4.3. Convenios extraestatutarios: alcance y validez	253
4.4. Ámbito de aplicación	254
4.5. Negociación del convenio	255
4.6. Cláusula «rebus sic stantibus»	255
4.7. Concurrencia de convenios	256
4.8. Representación de los trabajadores. Comité de empresa europeo	257
5. DESPIDOS Y EXTINCCIONES DE LA RELACIÓN LABORAL	257
5.1. Despido por vulneración de derechos fundamentales: profesores de religión católica	257
5.2. Despido y embarazo	259
5.3. Despido objetivo	260
5.4. Despido y edades de jubilación fijadas en convenio ...	262

	<i>Página</i>
5.5. Derecho de opción entre readmisión e indemnización atribuida por convenio al trabajador	265
5.6. Efectos económicos del despido: más cuestiones sobre indemnizaciones y salarios de tramitación	267
5.7. Extinción del contrato por causa de fuerza mayor	268
5.8. Extinción del contrato por voluntad del trabajador. «Doctrina objetiva» del incumplimiento empresarial..	269
6. LIBERTAD SINDICAL.....	270
6.1. Contenido de la libertad sindical: Tutela	270
6.2. Contenido esencial: Igualdad de trato.....	270
6.3. Contenido adicional	271
7. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.....	272
7.1. Movilidad geográfica.....	272
7.2. Modificación sustancial	272
8. PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL	274
9. PERIODO DE PRUEBA	276
10. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL: ALTA DIRECCIÓN	278
11. SALARIO	278
11.1. Absorción y compensación.....	278
11.2. Principio de igualdad retributiva: Doble escala salarial..	279
11.3. Condición más beneficiosa	280
11.4. Complementos salariales	281
11.5. Retribución de diferencias salariales por realizar funciones de superior categoría.....	282
11.6. Alcance de la responsabilidad del FOGASA.....	283
11.7. Diversas cuestiones relacionadas con el salario y la estructura salarial	284
12. TIEMPO DE TRABAJO: MODIFICACIÓN DE HORARIO SIN REDUCCIÓN DE JORNADA	286
II. SEGURIDAD SOCIAL	287
1. DERECHO COMUNITARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	287
1.1. Determinación de la pensión de jubilación de un trabajador que acredita parte de su carrera de seguro en Suecia, habiendo cotizado en España con anterioridad a su incorporación a la Unión Europea. Carácter más beneficioso del Convenio bilateral aplicable	287
2. RECARGO POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL	288
2.1. Recargo de prestaciones por accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de la normativa en	

	materia de salud y seguridad laboral. Responsabilidad de la empresa principal en caso de contratas que se dedican a la «propia actividad».....	288
3.	DESEMPLEO	289
3.1.	Desempleo en su nivel contributivo. Derecho a una nueva prestación por desempleo cuando la anterior se ha suspendido en diversos períodos, ninguno de los cuales alcanzó los doce meses de duración, pero sí la suma de ellos.....	289
3.2.	Prestación por desempleo reconocida a trabajador que fue readmitido por opción empresarial ante el despido declarado improcedente, pero cuya relación se extingue posteriormente por la vía del incidente de no readmisión. Responsabilidad de la empresa o del trabajador en orden al abono de las prestaciones indebidamente percibidas.....	289
3.3.	Incapacidad temporal tras la extinción del contrato de trabajo con posterior reconocimiento de incapacidad permanente total. Fecha de inicio de la prestación por desempleo	290
3.4.	Derecho al desempleo asistencial para mayores de 52 años por trabajadores españoles retornados que percibieron prestaciones por desempleo conforme a la legislación alemana pero que no han efectuado cotización alguna en España.....	291
3.5.	Derecho a devengar subsidio por desempleo en el nivel asistencial por parte de quien percibió una indemnización superior a la legal en virtud de ERE afectante a la empresa Telefónica de España, SA.....	291
3.6.	Subsidio por desempleo. Inclusión del nieto como miembro de la unidad familiar.....	292
3.7.	Derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Trabajadora que, tras percibir el subsidio por desempleo para emigrantes retornados, se mantiene siempre inscrita como demandante de empleo. Alcance del concepto de situación asimilada al alta.....	292
3.8.	Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Reconocimiento del derecho a trabajador a tiempo parcial que percibe rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional.....	293

	<i>Página</i>
4. INCAPACIDAD TEMPORAL.....	294
4.1. Incapacidad temporal por recaída, cuando no se ha agotado el período máximo previsto en la legislación vigente. Determinación del momento relevante para entender cumplidos los requisitos de carencia y alta o situación asimilada al alta	294
5. INCAPACIDAD PERMANENTE E INVALIDEZ	295
5.1. Incapacidad permanente total. Concepto de «profesión habitual». Policía local que realiza sólo funciones administrativas tras sufrir accidente laboral	295
5.2. Determinación de la incapacidad permanente parcial de una funcionaria de policía local. Efectos sobre la declaración del grado de incapacidad permanente del pase a la segunda actividad. Concepto de profesión habitual.....	295
5.3. Derecho a prestación de incapacidad permanente cuando por las mismas lesiones ya se había denegado con anterioridad la misma por falta de carencia, y habiendo cotizado posteriormente en distinto Régimen de Seguridad Social.....	296
5.4. Gran invalidez. Revisión del grado de invalidez por realización de trabajos compatibles con la capacidad residual del perceptor de la prestación. Necesidad de que concurra mejoría.....	297
5.5. Incapacidad permanente. Revisión de grado que confirma el anterior: necesidad de fijar plazo para instar una nueva revisión tras la entrada en vigor de la Ley 52/2003	297
5.6. Derecho a revisar una pensión de incapacidad permanente parcial antes del plazo fijado en la resolución de reconocimiento de la prestación.....	298
5.7. Trabajadores a tiempo parcial. Cómputo de los «días cuota» a los efectos de determinar el cumplimiento del período de carencia requerido para causar una pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común.....	298
5.8. Incapacidad permanente por enfermedad profesional. Determinación de la base reguladora. Inclusión de la cuantía anual de las pagas extraordinarias y no la parte proporcional del tiempo trabajado	299
6. JUBILACIÓN	299

6.1.	Expediente de regulación de empleo que afecta a toda la plantilla de una empresa y, en consecuencia, a trabajador jubilado parcialmente y a trabajador relevista. Obligación de la empresa de proceder a abonar la prestación de jubilación parcial hasta su jubilación ordinaria o anticipada.....	299
6.2.	Contrato de relevo con trabajador que se encuentra en situación de desempleo pero que realiza a su vez una prestación a tiempo parcial para otro empleador.....	300
6.3.	Determinación del carácter voluntario de trabajador prejubilado de Telefónica de España, SA que es contratado temporalmente por un período corto de duración antes de cumplir la edad de jubilación. Coeficiente reductor aplicable.....	300
6.4.	Sacerdotes o religiosos que causan una pensión de jubilación parcial con anterioridad a cumplir los sesenta y cinco años de edad. Posibilidad de solicitar que esta se incremente en función de los períodos de actividad religiosa asimilados.....	301
6.5.	Derecho a la jubilación parcial por parte de un trabajador por cuenta ajena que se encuentra de alta en el Régimen General en el momento de solicitar la misma, pero que no alcanza en dicho Régimen cotizaciones suficientes en dicho Régimen, debiendo causar la prestación de jubilación en el RETA.....	302
6.6.	Pensión de jubilación anticipada respecto de trabajador que no tiene la condición de mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967 y que ha de causar la pensión en el RETA por no acreditar cotizaciones suficientes en el Régimen General.....	303
6.7.	Pensión de jubilación en su nivel no contributivo. Cómputo a efectos del cumplimiento del límite de ingresos de una indemnización por accidente de circulación.....	303
6.8.	Inclusión como renta de la unidad familiar de una subvención por adquisición de vivienda habitual concedida a favor de la hija de una perceptora de pensión de jubilación no contributiva.....	304
7.	MUERTE Y SUPERVIVENCIA.....	305
7.1.	Cuantía de la pensión de orfandad de hijo extramatrimonial pese a que viva la madre. Inclusión en la mis-	

	<i>Página</i>
ma de la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad.....	305
7.2. Derecho a pensión de viudedad a favor de quien convivía «more uxorio» con otra persona del mismo sexo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/05	306
8. MEJORAS VOLUNTARIAS	306
8.1. Derecho a mejora de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo, y habiéndose declarado con posterioridad que la extinción constituía despedido improcedente.....	306
8.2. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. El Acuerdo de exteriorización de los compromisos por pensiones de 14 de noviembre de 2000 no se aplica a los trabajadores que estaban en excedencia voluntaria, siempre que no vuelvan a prestar servicios en activo	307
9. RÉGIMENES ESPECIALES.....	307
9.1. Baja por maternidad en el RETA solicitada en el período de noventa días posteriores a cursar la baja en dicho Régimen	307
9.2. Régimen Especial de Trabajadores autónomos. Aplicación del mecanismo de invitación al pago a la incapacidad temporal.....	308
9.3. RETA. Mecanismo de invitación al pago. Imputación del pago de las cantidades debidas a otras cuotas correspondientes al Régimen General	308
9.4. Subsidio por desempleo en el Régimen Especial Agrario. Trabajadora cuyas rentas superan el salario mínimo interprofesional, pero sin que el conjunto de la unidad familiar supere el límite previsto al respecto ...	309
9.5. Minería del Carbón. Incapacidad permanente declarada tras la jubilación. Cálculo de la base reguladora en función de los salarios reales. Determinación de los mismos en función de los fijados para la categoría profesional en el convenio colectivo de aplicación o en función del promedio de los salarios percibidos por los trabajadores de la misma categoría profesional	309
10. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	310
10.1. Cómputo del mes de agosto a los efectos de que la entidad gestora comunique a la autoridad judicial el	

	<i>Página</i>
inicio del procedimiento de reintegro de prestaciones de desempleo previsto en el art. 145 bis LPL	310
10.2. Prestación de renovación de prótesis por accidente de trabajo. Determinación de la entidad gestora responsable del abono de la prestación.....	311
10.3. Reintegro de prestaciones indebidas. Dies a quo para el inicio del cómputo del plazo de tres meses al que se refiere el art. 3.1 RD 148/96	311
III. DERECHO PROCESAL LABORAL.....	312
1 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA	312
1.1. Requisitos preprocesales: Reclamación previa.....	312
1.2. Cuestión prejudicial contencioso-administrativa.....	312
1.3. Competencia del orden social en materia de acuerdos «privados» relacionados con derechos sindicales.....	313
1.4. Competencia del orden social en materia de descuentos compensatorios del IRPF decididos unilateralmente por el empresario.....	313
1.5. Competencia en materia de deportistas profesionales ..	314
1.6. Competencia para la reclamación de un complemento no incluido en la relación de puestos de trabajo	314
1.7. Incompetencia en materia de Expedientes de Regulación de Empleo	314
1.8. Incompetencia para declarar la laboralidad de servicios concluidos antes de la presentación de la demanda, para ser utilizada la sentencia en un procedimiento administrativo de selección.....	316
2. PROCESO ORDINARIO.....	316
2.1. Las partes. Litisconsorcio pasivo necesario.....	316
2.2. Adecuación/inadecuación del procedimiento	317
3. MODALIDADES PROCESALES.....	318
3.1. Procesos de Seguridad Social	318
3.2. Tutela de la libertad sindical	318
3.3. Proceso de conflicto colectivo	322
3.4. Impugnación de convenios	327
3.5. Proceso especial de despido.....	329
3.6. Acumulación de acciones	331
4. SENTENCIA Y EJECUCIÓN	332
4.1. Condena en costas.....	332
4.2. Condenas de futuro	332

	<i>Página</i>
4.3. Efecto de cosa juzgada.....	333
4.4. Ejecución de sentencia. Cambio de partes.....	334
4.5. Ejecución de sentencias firmes por despido	335
4.6. Intereses procesales.....	335
5. RECURSO DE SUPLICACIÓN.....	335
5.1. Resoluciones recurribles	335
5.2. Afectación general	338
5.3. Consignación para recurrir.....	339
5.4. Imposibilidad de apreciación de oficio de la prescrip- ción en fase de suplicación	340
6. CASACIÓN UNIFICADORA	340
6.1. Falta de contradicción.....	340
6.2. Idoneidad de sentencia de proceso individual como referencial en conflicto colectivo.....	342
6.3. Idoneidad como sentencia de contraste de sentencia dejada sin efectos por una transacción.....	343
6.4. El incumplimiento formal como causa de inadmisión..	343
7. RECURSO DE REVISIÓN. ALCANCE DEL COHECHO, LA VIOLENCIA Y LA MAQUINACIÓN FRAUDULENTO	343

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica de la Jurisprudencia de la Sala IV, correspondiente al año judicial 2008-2009, comprende la actividad jurisdiccional de este periodo, que se ha caracterizado, por lo que se refiere al Derecho del Trabajo, por la resolución de un número importante de sentencias dictadas en casación ordinaria, así como por la resolución de relevantes cuestiones en casación unificadora.

No debe olvidarse que la finalidad de la presente crónica es proporcionar una visión panorámica de esa labor desarrollada por el Tribunal Supremo en el ámbito del ordenamiento laboral, de ahí que no se trate de un recuento exhaustivo y sí de una selección de aquellos pronunciamientos más relevantes, bien por la materia que abordan, bien porque rectifican el criterio anterior mantenido por la Sala. En todo caso, no está de más señalar que el dinamismo que siempre ha caracterizado a este sector del ordenamiento jurídico que es el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ha dado lugar a una variedad y riqueza de cuestiones litigiosas que es difícil reconducir a una exposición concisa.

Entre los diversos problemas abordados, se hallan aquellos suscitados en torno a la extinción de los contratos temporales de obra o servicio cuya duración queda vinculada a la de un contrata y, con más exactitud, a los efectos que, sobre las relaciones laborales en la contratista, tiene el devenir de la contrata, materia en la que, como es de ver, la Sala se apar-

La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por los letrados del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D.^a Dolores REDONDO VALDEÓN, D. Miguel Ángel LIMÓN LUQUE, D.^a María SILVA GOTI y D.^a Paz MENÉNDEZ SEBASTIÁN, bajo la coordinación de los Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal, Ilmos. Sres. D. Juan Manuel SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA y D. Manuel FERNÁNDEZ-LOMANA Y GARCÍA, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Gonzalo MOLINER TAMBORERO, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

ta de la doctrina anterior y fija nuevos criterios conforme a los cuales han de examinarse las vicisitudes habidas en el discurrir de la relación contractual. Se han producido asimismo pronunciamientos que despejan interrogantes diversos que acaecen en el discurrir de la relación laboral vigente en el periodo de prueba. Tampoco puede desconocerse la importancia creciente de la suscripción de pactos de no competencia postcontractual, con toda probabilidad, fruto de la introducción de nuevas tecnologías y a pesar de los estrechos contornos del recurso de casación unificadora, varios pronunciamientos, de los que se da cuenta en la crónica, contemplan desde ópticas diversas, los problemas que en la práctica están planteado dichos pactos. También el despido objetivo ha merecido la atención de la Sala en este periodo, propiciando pronunciamientos que o bien consolidan doctrina anterior o, la matizan.

Pero, con toda probabilidad, una de las materias que mayor interés ha despertado ha sido nuevamente la calificación que merece el despido de la trabajadora en estado de gravidez, y la Sala con sustento en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, se aparta de la doctrina anterior para concluir señalando que el despido de las mujeres embarazadas es nulo, con independencia de que el empleador conozca o no el estado de gravidez. Asimismo, en el periodo acotado, diversos pronunciamientos abordan la posible nulidad del cese de unos profesores de Religión Católica y, en particular, si existiendo indicios de lesión de derechos fundamentales, el carácter del vínculo excluye el control de la decisión del Obispo y sus consecuencias en la resolución laboral.

Y, sin lugar a duda, uno de los pronunciamientos más destacados y que con toda probabilidad provocará numerosos comentarios doctrinales, es el referido a la extinción forzosa del contrato de trabajo por razón de cumplir la edad de acceso a la jubilación pactada en Convenio Colectivo, en particular el alcance de la disposición transitoria única de la L 14/2005, en relación con la validez de las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios elaborados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, rectificando la doctrina precedente y afirmando la necesidad de que el cese se vincule a objetivos de empleo.

En particular, la Sala ha abordado el derecho al reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos, en interpretación del I Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal y ha resuelto también, el tema de la antigüedad en RENFE, del personal procedente de un regimiento militar en prácticas.

En materia de negociación colectiva y materia sindical, han sido diversas las materias tratadas, siendo de destacar las que delimitan el alcance del deber de negociar, establecen el sistema de votación para la negociación de un convenio de empresa o la lícita oposición empresarial a la promoción de elecciones manifiestamente ilegal.

También existen diversos pronunciamientos relacionados con modificaciones de trabajo, a través de los cuales se ha reiterado y concretado la doctrina relativa a la calificación de «sustancial» de la medida. No se pueden omitir, en este breve balance, las cuestiones referidas al salario o régimen retributivo en cuanto algunas de ellas han zanjado conflictos reiterados, como es el caso de cálculo del premio de antigüedad contemplado en el Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, o en relación con TVE SA, la progresión en el salario base en la misma categoría y el derecho de los trabajadores indefinidos al cobro de determinados complementos, previstos exclusivamente para los fijos y sin olvidar las variadas y casuísticas situaciones referidas a la «doble escala salarial».

En materia de Seguridad Social Como todos los años, la Sala ha dictado un buen número de sentencias, algunas particularmente novedosas, si bien la mayoría reiteran o matizan líneas interpretativas ya existentes.

Entre este núcleo de sentencias particularmente novedosas, destacan dos en materia de desempleo con proyección internacional, y que han establecido, de un lado, que en virtud del art. 67.3 del Reglamento CE 1408/71, para causar la prestación por desempleo en un país comunitario, han de haberse efectuado las últimas cotizaciones en dicho país, sin que valga acreditar que se ha cotizado en otro distinto. De otro lado, que una trabajadora emigrante que ha retornado a España y que, inmediatamente después ha percibido el subsidio de desempleo de emigrantes retornados, permaneciendo con posterioridad siempre inscrita como demandante de empleo, tiene derecho a la percepción del subsidio para mayores de 52 años por entenderse que se encontraba en situación asimilada al alta. También en materia de desempleo cabe mencionar, por su interés, la sentencia que ha reconocido al trabajador el derecho a causar un nuevo período de desempleo siempre que haya sumado los doce meses de trabajo previstos en la legislación vigente, con independencia de que estos se lleven a cabo de forma continuada o no.

En materia de incapacidad temporal, destaca la interesante STS 1-4-2009 (Rc 516/08), de Sala General, que rectifica la jurisprudencia

anterior, y en la que la Sala, partiendo de la modificación introducida en el art. 131.bis LGSS por la Ley 30/05, declara que, por exigencia legal, en los supuestos de recidiva, una vez agotado el período máximo de incapacidad temporal, el sujeto causante ha de haber cotizado seis meses para poder generar una nueva prestación de incapacidad temporal. El tenor literal de la norma supone, en primer lugar, una modificación del propio criterio jurisprudencial al respecto — véanse, por todas, las SSTS 10-10-2006 (Rc 1169/05) y 15-1-2008 (Rc 1054/06) —, pero, además, indirectamente, se desprende de esta normativa una solución para los supuestos en que, sin haber agotado el período máximo de duración de la incapacidad temporal, se produce una recaída antes del transcurso de seis meses. Para la Sala, a la hora de apreciar el requisito de la carencia y el cumplimiento del alta, ha de estarse a la fecha de declaración de la primera incapacidad temporal y no a la fecha de la recaída. Todo ello sin perjuicio de que, por razones de flexibilidad, convenga mantener la jurisprudencia contenida en las SSTS 6-11-2000 (Rc 2698/99) y 26/06/2006 (Rc 367/05), entre otras, que permiten acceder a la incapacidad temporal cuando se cumplen los requisitos señalados en el momento de la recaída, pero no en el de inicio de la primera incapacidad temporal.

En materia de pensión de jubilación, la Sala Cuarta ha tenido oportunidad de reconocer el derecho a acogerse a la jubilación parcial a un trabajador por cuenta ajena que, en el momento de solicitar la pensión, se encontraba afiliado y de alta en el Régimen General, pero que había cubierto sólo un tercio de las cotizaciones acreditadas en dicho Régimen, correspondiendo los dos tercios restantes al RETA, sin que acreditase en el Régimen General cotizaciones suficientes por sí solas para causar la prestación de jubilación en el mismo, aunque sí en el RETA. En cambio, la Sala llega a una solución que podría apreciarse como aparentemente contraria, en un acercamiento superficial, en materia de jubilación anticipada, señalando la en otra sentencia que no cabe causar la pensión de jubilación anticipada en el RETA, pese a que el último trabajo realizado haya sido por cuenta ajena, salvo en el supuesto de que el solicitante hubiera tenido la condición de mutualista con anterioridad al 1 de enero de 1967, al disponerlo así de forma expresa la Ley 47/98.

Asimismo, destacan dos sentencias en materia de prestaciones por muerte y supervivencia. En la STS 9-6-2008 (Rc 963/07), se discute la cuantía de la prestación de orfandad que le ha de corresponder a un hijo extramatrimonial por fallecimiento del padre pese a que viva la madre, teniendo en cuenta que ninguna persona tuvo vínculo matrimonial con el

fallecido. La Sala modifica su doctrina con base en la STC 154/2006 de 22 de mayo, reconociendo al huérfano extramatrimonial el derecho al incremento de la pensión de orfandad en la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad. Por su parte, en la STS 29-4-2009 (Rc 577/08), de Sala General, se analiza si cabe reconocer la pensión de viudedad a quien convivía «more uxorio» con otra persona del mismo sexo, que falleció con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/05, que reguló por primera vez en España el matrimonio entre homosexuales. La sentencia, con un importante Voto particular, firmado por cinco magistrados de la Sala, entiende que la Ley 13/05 no ha establecido de forma expresa una disposición transitoria como la contenida en su día en la Ley 30/81, sin que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo venga reconocido expresamente en la Constitución, por lo que no vulnera el derecho a la igualdad el que sólo se pueda acceder a la pensión de viudedad tras la regulación de dichos matrimonios, cumpliendo así con el principio de irretroactividad de la ley previsto en el Código Civil.

Finalmente, conviene recordar que la Sala ha llegado a la conclusión, en materia de invitación al pago en el RETA, que este mecanismo es también de aplicación a la incapacidad temporal, debiéndose modificar el anterior criterio jurisprudencial, en virtud del cambio normativo introducido, ya que la normativa citada ha incorporado el mecanismo de invitación al pago a todas las prestaciones reconocidas en el RETA —a través de la modificación introducida por la Ley 52/2003 en la DA. 39 LGSS— y, de forma expresa, el art. 12 RD 1273/03 reconoce específicamente este mecanismo para la incapacidad temporal.

Por lo que se refiera al Derecho Procesal del Trabajo, también durante este año judicial la Sala Cuarta ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones de relevancia, así como ha consolidado por otra parte criterios tradicionales en esta materia, siendo de destacar las resoluciones que han matizado la competencia de la jurisdicción social en materia de deportistas profesionales, o para reclamar complementos que no aparecen recogidos en la RPT, o en materia de Expedientes de Regulación de Empleo. Igualmente de gran interés son las resoluciones que han analizado el ámbito del proceso de tutela de derechos fundamentales y el principio de cognición limitada que inspira este proceso especial, así como los procesos de conflictos colectivos e impugnación de convenios, y del mismo modo son destacables las resoluciones que han seguido consolidando los requisitos en materia de recursos de suplicación y de casación para la unificación de doctrina, además de resolver cuestiones no

habían sido abordadas todavía sobre los requisitos de la unificación de doctrina, como por ejemplo la sentencia de la Sala que ha considerado idónea a los efectos de la contradicción una sentencia del TSJ que había sido sustituida por una transacción.

I. DERECHO DEL TRABAJO

1. Antigüedad

Esta Sala IV se ha pronunciado en las **STS 21-5-2008 (Rc 3420/06)** —dictada en Sala General— y en la de **12-6-2008 (Rc 2544/07)**, sobre el derecho de los **trabajadores de carácter temporal**, de la Sociedad Estatal **Correos y Telégrafos S.A.**, al percibo del **complemento de antigüedad (trienios)** y que es reconocido a los fijos, *«así como a los eventuales en el ámbito de un mismo contrato de trabajo»* en el art. artículo 60.b).1 del I Convenio Colectivo de la entidad, del año 2003. En aplicación de la doctrina que establece la orientación igualitaria, entre trabajadores fijos y temporales, a efectos de antigüedad y el carácter imperativo del artículo 15.6 del ET, que se superpone al precepto convencional, concluyen que no es necesario que la prestación de servicios se acumule bajo «un mismo contrato» temporal ni por tanto que se completen los tres años de servicios en el ámbito de un único contrato de trabajo. Por otra parte, estima que no es precisa la continuidad no interrumpida por más de veinte días en el trabajo durante el período de tres años, pues la cadena contractual de índole temporal no desdibuja la realidad de un mismo y único contrato y ello en aplicación de lo que se ha venido denominado la «unidad esencial del vínculo», en cuanto con este complemento se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios, circunstancias que no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador Tampoco es necesaria, la subordinación a una ulterior contratación indefinida para poder ostentar el derecho al devengo de trienios por parte del personal temporal.

Asimismo y en aplicación del principio de «normalización igualitaria», se pronuncia la **STS 26-11-2008, (Rc 95/06)**, que declara el derecho del **personal docente e investigador con contrato temporal** con las distintas Universidades públicas madrileñas a que se les reconozcan los servicios prestados, a los efectos del **complemento de antigüedad**, en los mismos términos que los trabajadores indefinidos —art. 24.2 del I

Convenio Colectivo para el personal laboral docente e investigador de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid-. Y ello porque la limitación del beneficio a los docentes con contrato indefinido sería nula, por contraria al ET art 15.6 y la diferencia salarial entre ambos colectivos no resiste un elemental análisis desde la óptica de la doctrina constitucional o de la actual jurisprudencia, al carecer de justificación razonable.

Por otra parte, en las **STS, dictadas en Sala General, de 17-2-09 y 18-2-09 (Rc 734/08, 1030/08 y 197/08)**, se debate a propósito de la **antigüedad en RENFE** — hoy ADIF— del **personal procedente de un regimiento militar en prácticas** [26.^a y 27.^a promoción de zapadores], que prestó servicios en dicho regimiento durante tres años, siendo contratado meses después de su licenciamiento por la empresa demandada. Para la solución del problema hay que partir, en materia de antigüedad de la diferencia entre antigüedad en la Red [art. 20 del X Convenio] y la antigüedad en la categoría [art. 25 a 27 del X Convenio] y dentro de la primera, de la regla especial para los trabajadores provenientes de los regimientos de militares en prácticas. La Sala IV estima que, a efectos retributivos, la antigüedad que tienen derecho a ostentar los trabajadores de aquellas promociones, procedentes de prácticas ferroviarias, es la de **ingreso en el regimiento**. Se argumenta que el contenido del Acuerdo particular entre RENFE y UGT de 30 de junio de 1993 e incluso el resultado de la sentencia de conflicto colectivo de 17-12-1991, autos 194/91, han quedado expresamente sustituidos por la normativa del X Convenio Colectivo, y de forma más beneficiosa, al haberse modificado expresamente el régimen peculiar que pudo ser tenido en cuenta en aquel momento.

2. Contrato de trabajo y figuras afines

De nuevo en el período acotado se dictan algunas resoluciones que recogen la doctrina tradicional sobre delimitación entre contrato de trabajo y el civil de arrendamiento de servicios, en relación con la prestación de servicios de los profesionales liberales. Las **SSTS 27-11-2008 (Rc 3599/06), 18-03-2009 (Rc 1709/07)**, reiteran doctrina anterior en la que ya se calificó como **laboral** la relación de unos **odontólogos** que vienen prestando servicios para unas **clínicas dentales franquiciadas**, considerando que éstas últimas disponen de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios; que el lugar, el horario, los medios materiales y personales han sido predispuestos por la entidad mercantil;

que la retribución es percibida a través de la empresa, la cual gestiona su cobro; y que el odontólogo está obligado a la prestación personal de los servicios, sin perjuicios del régimen de sustituciones que la empresa dispone. Al efecto, recuerda la Sala que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas.

De laboral se califica asimismo en **STS 16-12-08 (Rc 4301/07)**, la relación de un **Licenciado en Ciencias de la Información** que realiza personalmente las **crónicas informativas**, en unas ocasiones por encargo de la demandada y, en otras, por decisión propia, procediendo con posterioridad RNE a determinar las que aceptaba y emitía, sin que en la realización de las mismas pudiera ser sustituido por otra persona. Diversos indicios conducen a la Sala a alcanzar tal solución, así la ajenidad y dependencia se infieren del dato esencial de que el demandante no realiza las crónicas informativas por propia iniciativa, con la finalidad de ofrecerlas posteriormente para su adquisición por un tercero, sino que las efectúa, en unos casos atendiendo al encargo concreto hecho por RNE —que fijaba su duración, lugar y hora—y, en otros, daba cuenta a la demandada de los acontecimientos celebrados, o que se iban a celebrar y RNE elegía los que eran de su interés, emitiendo aquellas crónicas que resultaban seleccionadas, solución que no queda empañada por el hecho de que el trabajador era retribuido por resultado, pues si bien no es la típica del contrato de trabajo, es perfectamente subsumible en el concepto de salario del art. 26 ET.

3. Contratación temporal

3.1. Cesión ilegal de trabajadores y empresas de trabajo temporal

Nuevamente se suscita en las **SSTS 3-11-2008 (Rc 1687/07)** y **19-2-2009 (Rc 2740/07)**, la cuestión relativa a decidir si cabe la existencia de una **cesión ilegal** de trabajadores en aquellos casos en los que la prestación de servicios del trabajador se lleva cabo por medio de un contrato de puesta a disposición con la empresa usuaria, en el marco de las previsiones de la L 14/1994, que regula la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal. Y la respuesta es afirmativa, reiterando la solución

contenida en las SSTS 29-9-2006 (Rc 2691/05), 17-10-2006 (Rc 2426/05), en las que se afirma que, resultan de aplicación las reglas de la cesión ilegal de trabajadores aunque la cesión la lleve a cabo una ETT. Tal sucede cuando la empresa de trabajo temporal no respeta las condiciones que establece la Ley de empresas de trabajo temporal art. 7 y 8, o cuando incurre en **fraude de ley** al encadenarse sucesivos contratos de puesta a disposición para cubrir necesidades que en realidad son permanentes de la empresa usuaria. Dicha doctrina, como hemos señalado, resulta de plena aplicación al caso decidido, donde consta que la ETT cedió a la empresa usuaria a través de los correspondientes contratos de puesta a disposición al trabajador, y ello para llevar a cabo actividades normales, ordinarias y permanentes en el seno de la empresa usuaria, con lo que la temporalidad que aparentemente figuraba en los contratos de trabajo se veía desvirtuada, hasta constituir una verdadera interposición ilícita de mano de obra, incluíble en el ET art. 43.1, con los efectos de solidaridad contemplados en el número 3 del mismo precepto. Por otro lado, la sentencia anotada reitera la doctrina obrante en STS 5-2-2008 (Rc 4713/06), en relación a determinar cuál es el criterio a seguir para armonizar lo dispuesto en el ET art. 43 y 56 respecto a los **efectos de la cesión ilegal y los del despido declarado improcedente**. La solución alcanzada es que mientras que el ET art. 53 atribuye al trabajador ilegalmente cedido la opción por adquirir la condición de fijo en una u otra empresa, la cedente o la cesionaria, **el derecho de opción entre la readmisión o la extinción indemnizada** del contrato en caso de despido improcedente corresponde a la empresa —y salvo que el trabajador despedido tenga la condición de representante legal de los trabajadores—; de modo que se trata de dos derechos independientes, el primero previo, que determina la integración del actor en una u otra empresa, y el segundo atribuido a la empresa, salvo que concurra circunstancia especial que desplace legalmente el ejercicio de esa opción. En conclusión, verificada la existencia de cesión ilegal, siendo el despido improcedente, una vez haya elegido el trabajador la empresa sobre la que se proyecta el efecto del ET art. 43, corresponde a la empresa que elija la opción entre readmisión o indemnización en los términos previstos en el ET art. 56.1. Doctrina que reitera la **STS 12-11-2008 (Rc 4961/06)**.

La **STS 3-11-08 (Rc 3883/07)**, recuerda la doctrina obrante en SSTS 4-7-2006 (Rc 1077/07), 8-3-2007 (Rc 175/04), al afirmar que estos casos se genera una **responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria**, y se reconoce al trabajador una **antigüedad** desde la fecha del

primer contrato y no del último, insistiendo en que en aquellos supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente. A propósito del alcance de esta responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria cuando el despido se ha calificado como nulo, se pronuncia la **STS 3-11-2008 (Rc 1889/07)**. En el caso, la resolución que se recurre en casación para la unificación de doctrina, resolvió que la declaración de **nulidad del despido** afectaba únicamente a la ETT, aplicando al caso LETT art. 16.3, que parece restringir la responsabilidad solidaria a las obligaciones salariales y de Seguridad Social. La Sala recuerda que cuestión análoga fue resuelta en STS 28-09-2006 (Rc 2691/05), señalando que el incumplimiento de la empresa usuaria de la obligación legal de destinar al trabajador en misión a las tareas previstas en el contrato de puesta a disposición, convierte en ilícita la cesión del trabajador en misión, determinando la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria cesionaria respecto de los actos de la ETT cedente, incluidos los efectos del despido calificado como nulo.

3.2. Contratación temporal en la Administración

La **STS 6-6-2008 (Rc 5117/06)**, con remisión a pronunciamientos precedentes, SSTS 6-10-2006 (Rc 4243/05), 5-3-2007 (Rc 298/06), 6-3-2007 (Rc 409/06), 3-4-2007 (Rc 293/06) y 21-11-2007 (Rc 4141/06), rechaza que el demandante ostente la condición de **fijo discontinuo** pese a que desde el año 2001 viene suscribiendo contratos por obra o servicio determinado normalmente en los meses previos al verano, mayo, junio o julio con la empresa Transformación Agraria, SA (TRAGSA) para la extinción de incendios, servicio adjudicado a TRAGSA por la Administración Autonómica, y ello porque para dicha mercantil existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente de la Administración mantenga el encargo de la actividad de prevención y extinción de incendios que ha venido desarrollado.

Y en relación con la calificación que merece una relación contractual de trabajo existente entre una empleada de **RNE, S.A.** y esta entidad pública, se pronuncian, entre otras, las **SSTS 12-5-2008 (Rc 1956/07)**, **3-11-2008 (Rc 4619/06)**, **15-1-2009 (Rc 1066/07)** en las que se afirma que la **contratación irregular** por parte de la Sociedad Estatal RNE no

conduce a que el trabajador adquiera la condición de fijeza, sino que su relación será la de **indefinido**. Para alcanzar tal conclusión, el Tribunal parte del hecho de que la entidad demandada tiene la naturaleza de Sociedad Estatal, rigiéndose por el derecho privado en virtud de lo dispuesto en el art. 19 de la Ley 4/1980 de 10 de enero —aplicable por razones cronológicas al supuesto debatido, si bien se halla derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 17/06, de 5 de junio—, puntualizando que a dichas sociedades no les resulta aplicable en su totalidad el ordenamiento jurídico privado sino que, atendiendo a su características especiales —su capital es titularidad directa de la Administración General de Estado o de sus Organismos Públicos— determinadas materias están excluidas de dicha aplicación. Y tras un exhaustivo examen de la normativa de aplicación afirma que en la selección de su personal se aplican lo mismos criterios que a las Administraciones Públicas, respetando los principios que inspiran el acceso al empleo público, por lo que en aplicación de la doctrina de la Sala plasmada en la TS 20-01-98, Rec 317/98, la contratación irregular por parte del Ente Público no puede conducir a la adquisición de fijeza.

3.3. Contratación temporal y contrata

La vinculación de un contrato de trabajo temporal con la existencia de una contrata o compromiso contractual de colaboración entre empresas, ha dado lugar en el presente periodo a unos pronunciamientos de especial interés. En concreto, en la **STS 10-06-2008 (Rc 1204/07)**, la cuestión a resolver quedó circunscrita a calificar la naturaleza del cese extintivo verificado por la empresa empleadora cuando antes de finalizar la contrata, la mercantil comitente comunica a la contratista que precisaba menos trabajadores. Antes de entrar a conocer el fondo del asunto, la Sala recuerda la doctrina judicial mantenida en relación con los contratos de obra o servicio concertados por empresas adjudicatarias de una contrata y en la que se consagra la licitud de la cláusula que limita el tiempo de duración de la relación laboral con la empresa contratista a la propia duración de la contrata concertada por parte de ésta con la comitente, doctrina que no resulta de plena aplicación al supuesto enjuiciado, puesto que, en el caso, antes de finalizar la contrata, la empleadora da por extinguida la relación laboral con el actor a partir del momento en que la empresa principal comunica la necesidad de reducir el número de trabajadores adscritos a la misma. Ahora bien, atendiendo a que en el contrato

celebrado con el actor, se pactó que su duración se extendería «hasta fin de obra», la Sala estima que no resulta lícito resolver el contrato atendiendo a la mentada circunstancia, pues entender lo contrario supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato. En todo caso, concluye el Tribunal que tal circunstancia pudo haberse previsto y en consecuencia consignado en una cláusula en el sentido de que la relación terminaría si tal cosa sucediera y, quedando el contrato válidamente extinguido a tenor de lo previsto en el art. 49.1.b) ET, y en último término, pudo acudir a la extinción contractual por causas objetivas contemplada en el art. 52.c) del mismo Cuerpo Legal.

Por otro lado, debemos destacar las **SSTS 17-06-2008 (Rc 4426/06)** y **18-06-2008 (Rc 1669/07)**, en las que **se modifica la doctrina anterior** de la Sala relativa a la fecha de extinción del contrato para obra o servicio determinado, cuando la contrata se adjudica de nuevo a la misma contratista. En ambas sentencias se tratan situaciones de idénticas características. En efecto, las resoluciones anotadas vienen referidas a **supuestos de contratación para obra o servicio determinado vinculados a una contrata pública o concesión** de que la resulta adjudicataria la entidad empleadora y sin solución de continuidad, vuelve a resultar adjudicataria de la realización del mismo servicio público a través de una nueva contrata administrativa. Como es sabido, tal cuestión había sido resuelta por la Sala, entre otras, en las SSTS 26-06-2001 (Rc 3888/00), 22-10-2003 (Rc 107/ 03) y 4-5-2006 (Rc 1155/05), con arreglo a las cuales se había establecido la posibilidad de que la duración de la contrata actuara como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato de obra o servicio determinado, sin que la causa extintiva quedara alterada por el hecho de que la empresa empleadora hubiera concertado otra contrata con la empresa cliente con la misma finalidad, al tratarse de una contrata diferente. Ahora bien, en las sentencias que hoy nos ocupan, como hemos avanzado, **se modifica el citado criterio, señalando que la extinción de los contratos en tales supuestos originará la existencia de un despido improcedente.** Para alcanzar tal conclusión, la Sala señala que aún no tratándose la situación descrita del supuesto típico de «sucesión en la contrata» o de «sucesión en la plantilla», es lo cierto que la doctrina sobre la «sucesión de plantilla» pone en evidencia la congruencia de la doctrina sobre la extinción del contrato para obra determinada cuando se extingue la contrata, aunque la misma se adjudique de nuevo a la empleadora que continúa dando ocupación a la mayor

parte de la plantilla, pues si en el primer caso se impone al tercero que sustituye a otro en la explotación de un servicio o concesión y asume parte de la plantilla del anterior adjudicatario de la actividad, la obligación de contratar a todas las personas que estaban empleadas en ellas, más razón en favor de la pervivencia de dichos contratos se dan en el supuesto actual. En todo caso, dicha solución viene abonada atendiendo a la propia naturaleza del contrato temporal para obra o servicio determinado, pues tal situación no puede propiciar por sí misma y en buena lógica jurídica, una propia y verdadera conclusión de la obra o servicio determinado por el solo hecho, de innegable repercusión jurídica administrativa, de terminación de una contrata y subsiguiente inicio de otra sin solución de continuidad, pues desde el punto de vista laboral el objeto del contrato no ha concluido. Pronunciamientos que se reiteran en las **SSTS 17-7-2008 (Rc 28552)**, **23-9-2008 (Rc 2126/07)**.

3.4. Contratos por obra o servicio determinado

De especial interés es la **STS 6-3-2009 (Rc 1221/08)**, en la que se perfilan los contornos del contrato por obra o servicio determinado y, con más exactitud, el alcance de lo que ha de entenderse por «**actividad habitual de la empresa**». En el caso, el actor, trabajador del CSIC, ha venido suscribiendo diversos contratos bajo la modalidad de obra o servicio determinado, desarrollando durante los mismos las tareas correspondientes al proyecto para el que había sido contratado en cada caso. La Sala declara la corrección de dicha modalidad contractual, aclarando que puede existir una contratación por obra o servicio determinado siempre y cuando las tareas objeto del contrato tengan esa sustantividad y autonomía, es decir, permitan su individualización dentro de la actividad habitual y sean limitadas y acotadas en el tiempo, aunque no pueda precisarse la fecha de su terminación. Se trata en definitiva de que la propia naturaleza de la actividad concertada permita delimitarla en relación a otras actividades de la empresa, con una duración limitada que depende de la propia actividad, de tal suerte que descendiendo al supuesto singular examinado, es evidente que el actor realizó las tareas propias de cada proyecto de investigación y la naturaleza de cada proyecto permite individualizarlos entre ellos y en relación con lo que puede constituir la actividad permanente y habitual del organismo demandado. Solución diversa supondría que el demandado no tendría posibilidad de concertar este tipo de contratos, en contra de la L 13/86, de 14 de abril, art. 17.º.

3.5. *Encadenamiento de contratos y cómputo de antigüedad*

La cuestión que se suscita en **STS 12-2-2009 (Rc 3256/07)** consiste en determinar la antigüedad computable para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, en el caso de que entre las partes hayan existido contratos temporales sucesivos y, con más exactitud, el problema consiste en determinar si las **interrupciones superiores a veinte días hábiles** rompen el nexo contractual inicial y comportan un nuevo cómputo de antigüedad a estos efectos. La sentencia reitera doctrina precedente —STS 17-1-1996 (Rc 1848/95), 8-3-2007 (Rc 175/04) y 17-12-2007 (Rc 199/04)—, que considera que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe **unidad esencial del vínculo laboral**, para calcular la indemnización por despido improcedente ha de computarse la totalidad de la contratación, señala, en particular, que dicha unidad esencial del vínculo no se rompe con una interrupción de 30 días entre contratos sucesivos, ni tampoco por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie interrumpida de contratos de trabajo sucesivos.

4. Convenios y negociación colectiva

4.1. *Alcance del deber de negociar*

La **STS 5-11-2008 (Rc 130/2007)**, insiste en que el **deber de negociar**, regulado en el ET art 89.1, **existe desde que se denuncia un Convenio** hasta que se concierta el que lo sustituye y que ha de entenderse legalmente satisfecho cuando la parte requerida **ya ha accedido a negociar**. Si existe una unidad de negociación ya creada, la obligación de negociar se limita a la revisión del Convenio vencido, ostentando la legitimación para ello únicamente quien la tuvo inicialmente, y sin que implique el derecho a decidir libremente la **unidad de negociación de manera unilateral** por una sola de las partes. En el caso, el convenio colectivo —de Transportes por Carretera del Principado de Asturias— fue denunciado y las partes contratantes pretendían la negociación de un nuevo Convenio, con el mismo ámbito por parte de los sindicatos, con ámbito distinto por la representación empresarial. Y si bien se desestima la pretensión empresarial, ello no significa, que no pueda modificarse el ámbito de los Convenios futuros, que exige una voluntad coincidente en tal sentido de las partes negociadoras.

4.2. Aprobación del convenio

La **STS de 3-6-2008 (Rc 3490/06)**, establece que el sistema de votación en la **comisión negociadora** de un **Convenio Colectivo de Empresa** es el del voto «por representación o proporcional» al tratarse de una Comisión y un Comité de empresa totalmente sindicalizado, dado que la mayoría absoluta de sus miembros pertenecían a un determinado sindicato, declarando válida la negociación suscrita con dicho sindicato. La Sala IV, en interpretación del art 89.3 ET, extrapola la consolidada doctrina —STS de 23-11-1993 (Rc 1780/91), 22-2-1999 (Rc 4964/97) y 17-1-2006 (Rc 11/2005)—, establecida para la negociación de convenios de ámbito superior a la empresa. Por ello, cuando los que negocian lo hacen en el seno de una instancia representativa de distintas opciones sindicales, la exégesis que más se acomoda a las exigencias de una auténtica Comisión Negociadora es la del **voto proporcional**, en cuanto la legitimación real se tiene en función de la representatividad, y por lo tanto para entender que un Convenio ha sido aprobado en interés y representación de la mayoría de los trabajadores hace falta que los integrantes de la comisión representen esa mayoría.

Por otra parte, la Sala IV, en la **STS 22-12— 2008 (Rec 89/06)**, reitera, que el **momento del computo de la representatividad**, establecida para la aprobación del Convenio —voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones—, debe ser anterior a la firma del Convenio, esto es, al momento de constituirse la Comisión Negociadora. Es el nivel de representatividad existente en ese tiempo el que debe tomarse en cuenta a los efectos indicados y no el que resultase del proceso negociador.

4.3. Convenios extraestatutarios: alcance y validez

En **STS de 24-6-2008 (Rc 128/07)**, se reitera doctrina jurisprudencial, sólidamente establecida, relativa a la licitud y validez de los **convenios extraestatutarios**, siempre que limiten su eficacia al **ámbito de aplicación** de las entidades que los suscriben y a aquellas personas que estén representadas por quienes suscribieron el pacto y en su caso a quienes se adhieran a ellos. En el caso, se declara que los Acuerdos celebrados en el año 2001 entre el Comité de empresa «Fundación Centro de Transfusión de Galicia» y la representación de ésta, no son incompatibles con el Convenio Colectivo de empresa, razonando que aquellos tienen el carácter de convenio colectivo interno, vinculante para todos los

miembros de la plantilla, aun cuando no tengan la naturaleza de convenio estatutario. Tampoco se produce una **conurrencia de convenios**, pues no existe incompatibilidad entre el Convenio Colectivo vigente y los Acuerdos de 2001, al no haber coincidencia objetiva, subjetiva ni temporal entre ambos, ni regulación contradictoria.

En la misma línea, la **STS 9-12-2008 (Rc 62/07)**, declara la **nulidad** del «Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal al servicio de prevención y defensa contra incendios forestales de la Xunta de Galicia», pacto o acuerdo colectivo extraestatutario, en cuanto excede el límite natural de eficacia al tener un evidente **contenido de generalidad**. Y ello porque la eficacia limitada del pacto implica que no pueda regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general y el desbordamiento de este límite natural de eficacia lleva consigo la nulidad de los pactos o cláusulas afectados por dicha generalidad

4.4. *Ámbito de aplicación*

La Sala IV se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto al **ámbito de aplicación** de concretas normas convencionales, estimando que si bien las partes negociadoras son libres para establecer dicho ámbito de aplicación existen limitaciones, que derivan entre otras, de que el mismo se defina de acuerdo con **criterios objetivos** que permitan establecer con claridad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por la norma y su correspondencia con los niveles de estabilidad exigidos. En este sentido, la **STS 6-10-08, Rc 10/07**, concluye que fue intención de los firmantes del Convenio Estatal para el **Sector de Telemarketing**, regular el telemarketing en sentido amplio, entendiéndose que abarca no sólo las actividades de promoción, difusión y venta de productos o servicios por vía telefónica y por medios telemáticos, sino también la realización o emisión de entrevistas personalizadas por teléfono, la recepción de llamadas y contactos con clientes en entorno multimedia y los diferentes servicios de atención a clientes.

Por su parte, la **STS 13-1-2009, (Rc 3737/07)**, resuelve la cuestión relativa a la determinación del convenio colectivo aplicable a una mercantil que desarrolla dos actividades diferenciadas, acudiendo, como en ocasiones precedentes, al **criterio de la actividad principal**, vinculada a una serie de criterios interpretativos cuales son la acción organizativa, productiva y económica de la empresa, entre otros. En el caso, el Tribu-

nal, tras analizar los ámbitos funcionales de los convenios discutidos —Empresas de Ingeniería y Estudios Técnicos y Convenio Colectivo de Construcción— atendiendo a aquellos criterios, exteriorizados en el número de empleados en cada actividad, en la facturación y en la rentabilidad, concluye que la actividad real preponderante es la de ingeniería.

4.5. Negociación del convenio

La **STS 5-11 — 2008 (Rc 74/07)** niega la legitimación de la **empresa principal** para impugnar el **Convenio colectivo de otra mercantil**, con la que había subcontratado el desarrollo de determinada actividad, reiterando la imposibilidad de inmiscuirse en la negociación colectiva de empresa. Y sin que pueda sustentarse la pretendida lesividad, en el perjuicio ocasionado por las nuevas condiciones salariales pactadas entre la empresa contratista y sus trabajadores, pues las mismas únicamente afectan a las partes firmantes; y si a la empresa principal no le interesan las condiciones económicas que se solicitan por la contratista le basta con no acceder y convocar un nuevo concurso, no pudiendo en ningún caso pretender por esta causa la nulidad del convenio de aquella.

En relación con la **negociación de la norma convencional** —convenio colectivo provincial de minas de antracita de la provincia de León— y con la vulneración del derecho a la libertad sindical del **sindicato** accionante y de la **persona por este designada para representarle** en las reuniones negociadoras, se dicta la **STS 27-11-2008 (Rc 184/07)**. Estima, en interpretación del art 87 ET, que el rechazo para formar parte de la Comisión Negociadora del integrante de la parte social perteneciente al Sindicato demandante, supone un atentado a la libertad sindical. Si el sindicato ostenta la condición de más representativo y por ende la legitimación para negociar, nada le impide designar a quien le representa, puesto que no exista precepto alguno que le obligue a designar un representante de los trabajadores en la empresa ó en el Comité de la misma.

4.6. Cláusula «rebus sic stantibus»

Nuevamente se somete a la consideración de la Sala la invocación de la **cláusula «rebus sic stantibus»** como sistema de reequilibrio de lo convenido por la modificación de las circunstancias operadas. En el caso,

se plantea que el contenido del Acuerdo de 1996 —regulación del cupo de días de Garantía Sindical y billetes que Iberia debía otorgar a la presidencia del Seppla— carece de justificación en el año 2006, aduciendo la privatización de la compañía y que el contexto social y económico ha cambiado sustancialmente. El Alto Tribunal, en **STS 14-10-2008 (Rc 129/07)** argumenta que la ineficacia del contrato por **cambio de circunstancias**, exige que la alteración sea **extraordinaria, desorbitada** y fuera de todo calculo, y sobre circunstancias realmente imprevisibles, suscitando dificultades de aplicación en el ámbito laboral, tanto por las específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo, cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho. En el presente caso, se mantiene la vigencia del citado acuerdo pues la recurrente no sólo no ha probado que concurren las excepcionales circunstancias, sino que muy al contrario, se afirma que las razones aducidas no se cohonestan con las pruebas documentales aportadas, pues de ellas, lo que se infiere es que «...Iberia va bien» e incluso va mejor que otros años.

4.7. Concurrencia de convenios

La cuestión que se plantea, en **STS, 12-12— 2008 (Rc 538/08)** consiste en determinar si la empresa puede dejar sin efecto las categorías profesionales reconocidas a los trabajadores, durante la vigencia de un convenio colectivo extraestatutario, como consecuencia de la **entrada en vigor de un convenio de eficacia general posterior**. La Sala IV, estima que la naturaleza contractual del pacto no implica la limitación temporal de las condiciones establecidas en el mismo, puesto que dicha restricción ha sido establecida desde la perspectiva de la sucesión de los convenios y de la viabilidad de las denominadas regulaciones regresivas. Por ello, el **carácter extraestatutario** del convenio no justifica su revocación, ya que al producirse un conflicto aplicativo entre los dos convenios, uno de naturaleza normativa y otro con carácter contractual, el mismo debe resolverse en virtud de las condiciones más favorables para el trabajador, ET art. 3.1.c). En definitiva, dado que no se trata de un problema de sucesión de normas, sino de una regulación contractual sobre la que opera una nueva regulación normativa, ello supone que las condiciones atribuidas por el pacto extraestatutario se mantienen como más beneficiosas [Doctrina seguida en las **STS 23-12-2008 (Rc 3199/07)**, **25-2-2009 (Rc 1880/08)** y **20-3-2009 (Rc 1923/08)**].

4.8. Representación de los trabajadores. Comité de empresa europeo

Un supuesto muy específico es el suscitado en la **STS 22-12-2008 (Rc 143/07)**, cual es el de la composición y competencias del Comité de Empresa Europeo de la empresa demandada —BBVA— y en la que se denuncia por el sindicato actor —CGT— la vulneración del principio de proporcionalidad. La Sala analiza el Acuerdo de 3 de junio de 2004 por el que se creó dicho Comité, fruto de la aplicación en el BBVA de la Ley 10/1997, de 24 de abril, por la que se regulan los derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (LIC), transposición de la Directiva 94/45 CE. Concluye que el citado Comité, no es un órgano de representación unitaria y no hay precepto alguno en la normativa española o comunitaria que permita sostener que la composición, en lo que al banco social respecta de aquél órgano, haya de ser proporcional al resultado de las elecciones correspondientes a representantes unitarios en la empresa. La elección por mayoría de los representantes de los trabajadores, no vulnera el ET art 63.3 porque este precepto se refiere a una institución representativa en el seno de la empresa como es el Comité Intercentros, que no es asimilable con el Comité Europeo, ni siquiera por analogía. Además, la composición establecida se adecua a las competencias que se atribuyen a dicho Comité, que en ningún caso tiene facultades de negociación.

5. Despidos y extinciones de la relación laboral

5.1. Despido por vulneración de derechos fundamentales: profesores de religión católica

En este periodo se han suscitado ante la Sala una serie de litigios de los que dan cuenta **las SSTS 14-1-2009 (Rc 996/08), 20-1-2009 (Rc 1927/07), 28-1-2009 (Rc 1274/08), 28-1-2009 (Rc 1576/08)** iniciados por **profesores de religión**, que habían venido prestando servicios en cursos escolares anteriores, no siendo propuestos para el curso siguiente por el Obispado de Canarias. Dichos profesores habían participado de una u otra manera en diversas acciones de conflicto colectivo relativas a su situación laboral, tales como la promoción de una huelga de este grupo profesional llevada a cabo en el primer semestre de 2000, la integración en el comité de la misma, la afiliación a la entidad sindical convocante y, finalmente, la publicación de escritos haciéndose eco de la

conflictividad en los medios de comunicación. Las sentencias dictadas en suplicación calificaron los despidos como nulos, al constatar la vulneración de la libertad sindical y de huelga, condenando a la Administración autonómica a la readmisión con abono de los salarios dejados de percibir, siendo tal parecer compartido por la Sala IV. El núcleo de la cuestión suscitada ante la Sala quedó constreñido a determinar si el carácter del vínculo laboral y la necesidad de propuesta eclesiástica para continuar la relación puede prevalecer frente a la tutela de los derechos fundamentales en el sentido de que, aún existiendo indicios de una lesión de uno de esos derechos, el **carácter del vínculo excluye el control de la decisión del Obispado y sus consecuencias** en la resolución laboral. Para resolver tal cuestión y despejadas diversas cuestiones de índole procesal, las sentencias recuerdan que aún cuando la relación que los profesores de religión católica mantienen con la Administración educativa no es una relación indefinida, sino una relación laboral especial a término, que surge con un nombramiento o designación que tiene vigencia anual, cuando está en juego, como es el caso, la lesión de derechos fundamentales la justificación de que el cese o la no contratación son ajenos a esa lesión tiene que realizarse con arreglo a la consolidada doctrina constitucional, de ahí que si el demandante de tutela acredita la existencia de indicios que ponen de relieve la posible concurrencia de una lesión de este tipo, no estamos ya ante un problema de legalidad ordinaria —la extinción por el cumplimiento de la condición resolutoria del contrato—, sino ante un problema de dimensión constitucional de protección de un derecho fundamental, que exige que se produzca esa justificación no en cuanto a la concurrencia de la causa de resolución, sino en cuanto a que la no formulación de la propuesta es una decisión extraña a cualquier propósito lesivo del derecho fundamental en cuestión; extremo que no queda acreditado en los mentados asuntos, de tal suerte que, ante el panorama indiciario, no se acreditó que tal decisión se hallaba huérfana de móvil vulnerador de los derechos fundamentales.

Por otro lado, la declaración del TCo de que el sistema de selección y contratación de estos profesores no es contrario, por sí mismo, a los preceptos constitucionales sobre igualdad y no discriminación, libertad religiosa, libertad de expresión y derecho de huelga, debe entenderse sin perjuicio del control jurisdiccional de las decisiones que puedan producirse en la aplicación de estas normas, debiendo conciliar en ese control los órganos judiciales la libertad de las confesiones religiosas a la hora de establecer los contenidos de sus enseñanzas con la protección de los dere-

chos fundamentales y laborales de los profesores (TCo 38/2007, 80/2007, 90/2007 y 128/2007). La solución alcanzada no queda empañada por el hecho de que la Administración esté vinculada por la decisión de la autoridad eclesiástica, porque es la Administración la que debe asumir la responsabilidad frente al trabajador por los incumplimientos que se produzcan como consecuencia de las actuaciones de la autoridad eclesiástica.

5.2. *Despido y embarazo*

Se trata de un asunto que ha dado lugar a unas **relevantes SSTS 17-10-2008 (Rc 1957/07), 16-1-2009 (Rc 1758/08)**, acompañada de un Voto particular; y **13-4-2009 (Rc 2351/08)**, conforme a las cuales se configura este supuesto de nulidad como un supuesto singular de despido discriminatorio, con independencia del conocimiento o no por parte del empleador del estado de gestación. Como es sabido, la L 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, dio nueva redacción a las disposiciones sobre nulidad del despido contenidas en la LET y en LPL, respectivamente. La citada Ley, modificó el ET art. 55.5, añadiendo a la regulación que ya existía de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, una serie de supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Con posterioridad, la LO 3/2007, de igualdad, ha vuelto a modificar la redacción del precepto en aspectos que, sin embargo, no afectan a la regulación de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas en los términos introducidos por la L 39/1999. Las sentencias señaladas con sustento en la reciente TCo 92/2008, a la que se remiten y reproducen parcialmente, concluyen afirmando que **el despido de las mujeres embarazadas**, salvo que resulte procedente, **es nulo** y, por lo tanto, **al margen de que el empleador conozca o no el estado de gravidez** de la trabajadora. En la misma, el TC recuerda la doctrina elaborada en orden a la protección de la mujer frente a la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, entre la cual, se halla aquella que venía exigiendo para considerar discriminatorio el despido, que la empresa conociera tal extremo. Ahora bien, el iter argumentativo seguido por el Tribunal en el caso que nos ocupa —partiendo de una interpretación de la legalidad ordinaria—, es que nada en el ET art. 55.5 b) permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el embarazo de una trabajadora la acreditación

del previo conocimiento del embarazo por el empresario que la despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado.

En definitiva, se trata de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación. En otras palabras, en esta sentencia se establece que el ET art. 55.5 ET fija unas causas de nulidad del despido que no exigen acreditar los requisitos generales del despido discriminatorio, sino que operan de forma directa y automática. Por eso, si el despido se produce mientras la trabajadora está embarazada, será nulo si no es declarado procedente por otras razones, aunque la empresa no conozca el embarazo.

5.3. Despido objetivo

En la **STS 11-6-2008 (Rc 730/05)**, se contempla un supuesto de **despido por causas económicas**, estando acreditadas las pérdidas económicas en los ejercicios económicos anteriores, lo que motivó la reducción a cero del capital social y su ampliación con nuevos fondos. La sentencia objeto del recurso de casación unificadora había declarado la improcedencia del despido, pues no obstante las pérdidas económicas estaban acreditadas, la reducción de los gastos de personal no justificaban la supresión del puesto de trabajo, porque no ayudaba a superar la falta de rentabilidad y de eficiencia de la explotación, ni era suficiente por si sola para superar la problemática existente. Pero la Sala estima que la correcta doctrina se contiene en la sentencia de contraste, doctrina seguida por STS 14-6-1996 (Rc 3099/95), 21-1-1998 (Rc 1735/97), 30-6-2002 (Rc 3828/01), 15-10-2003 (Rc 1205/03), y conforme a la cual no debe demostrarse de forma indubitada que la amortización del puesto de trabajo conlleva necesariamente la superación de la crisis, sino que basta con que contribuya a la superación de la misma, contribución que, salvo supuesto especiales, se dará siempre que conste la existencia de pérdidas, pues en esos casos la supresión de un puesto de trabajo contribuye adecuadamente a superar la situación.

Sobre análoga cuestión y con invocación de la misma sentencia de contraste aportada en la sentencia precedente, se pronuncia asimismo

STS 29-9-2008 (Rc 1659/07), en la que el problema que se decide es **la conexión entre la situación económica negativa y la medida extintiva en orden a la finalidad que ha de perseguir ésta**, es decir lo que se discute es si probada la existencia de una situación económica negativa de cierta entidad, una medida de reducción de personal se justifica si supone una corrección o ajuste de esa situación, aunque no se acredite que con ella se vaya a superar la crisis. En ella se recuerda la doctrina de la Sala conforme a la cual se tiende a considerar que cuando se acreditan pérdidas relevantes los despidos pueden tener un principio de justificación, pues con ellos «se reducen directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa» y si las pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume que la amortización de los puestos de trabajo es una medida que coopera a la situación de situación económica negativa. Ahora bien, dicha doctrina ha de ser **matizada** pues tal conexión no es automática. Por ello, no se puede presumir que la empresa por el solo hecho de tener pérdidas pueda prescindir libremente de su trabajadores, sin que tampoco se le pueda exigir la prueba de un hecho futuro. Lo que se exige son **indicios y argumentaciones suficientes** para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido.

Otro relevante supuesto de despido objetivo es el que contempla **la STS 2-3-2009 (Rc 1605/08)**. El núcleo de la cuestión allí debatida consistió en determinar si concurrían o no los requisitos de **extinción objetiva** —causas organizativas— del contrato de las demandantes derivado de la necesidad de amortizar sus puestos de trabajo por causa de la subcontratación **o externalización del servicio de lavandería** en la empresa demandada —centro hospitalario—, motivado por la inexistencia de licencia que permitiera a la empresa rehabilitar el patio de manzana donde estaba ubicado el mismo. La sentencia que se recurre en casación unificadora estimó las demandas declarando la improcedencia de los despidos examinados, apoyando su decisión en la inexistencia de actuación administrativa alguna que requiera a la demandada que cese de actuar en las condiciones en las que lo venía haciendo o que se haya procedido a la clausura de la instalación de lavandería, por no reunir los requisitos suficientes para el desempeño de tal actividad. Pero dicho parecer no es compartido por la Sala IV, pues a su entender la sentencia recurrida impuso un requisito que la Ley no impone para la procedencia

de la medida empresarial de externalizar el servicio y prescindir del propio: exigencia de actuaciones administrativas que requieran a la empresa el cese de las actuaciones en la forma que las venía realizando. La sentencia reitera doctrina anterior en la que se ha precisado no sólo el sentido de la expresión «dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa» contenida en ET art. 52 c), sino también el juicio de adecuación y conexión de instrumentalidad o funcionalidad que ha de verificar el juzgador en relación con la causa concurrente, la medida extintiva adoptada y la finalidad empresarial perseguida.

Por lo que respecta al **despido objetivo por absentismo**, la **STS 27-11-2008 (Rc 2861/07)**, reitera doctrina anterior obrante en STS 24-10-2006 (Rc 2247/06) y señala que se deben computar como faltas de asistencia los distintos periodos de baja, aunque se deban a la misma enfermedad, pues únicamente se exceptúan los períodos que tengan una duración de más de 20 días consecutivos. En el caso, se computaron bajas producidas en los meses discontinuos de enero, junio, julio y septiembre prescindiendo de periodos entre dos meses (febrero y marzo) que sumados excedían de veinte días consecutivos, alcanzando los restantes periodos de 9, 9, 3, 4, 1, 2, 1, 4 y 7 días, que superan el límite del 25% de absentismo en cuatro meses discontinuos.

5.4. Despido y edades de jubilación fijadas en convenio

De notable interés en el periodo acotado es la **STS 22-12-2004 (Rc 3460/06)**, en la que se contempla la acción de despido planteada por un trabajador del IMSERSO al que se le comunica la extinción de su relación laboral fundada en la jubilación forzosa prevista en el art. 61 vigente Convenio Colectivo Unico de la Administración General del Estado. Dicho Convenio fue concluido en fecha anterior a la entrada en vigor de la L 14/2005, de ahí la aplicación de la disp.trans.única —que permite convalidar cláusulas inicialmente pactadas sin amparo legal— pero cuya validez no anuda expresamente a la fijación expresa de ningún objetivo de política de empleo. En el caso, dicha cláusula de jubilación forzosa tampoco vinculaba la extinción a ninguno de estos objetivos, toda vez que únicamente exigía el cumplimiento de los 65 años del trabajador afectado que debía además acreditar el período de carencia preciso para tener derecho a pensión de jubilación. La sentencia que se recurre en casación para la unificación de doctrina calificó el cese como despido improcedente y, anticipamos, que dicho parecer es compartido por la

Sala IV tras una elaborada y profusa tarea argumental. Por lo pronto, el primer obstáculo que hubo necesariamente de despejar fue el de la propia existencia de la contradicción, pues, como es sabido, de hallarse el recurso huérfano de la misma, está vedado a la Sala el conocimiento del fondo del asunto, y en el caso, la sentencia aprecia la denominada contradicción a fortiori, refiriendo de manera ejemplar el alcance de dicha contradicción en el supuesto que nos ocupa. Sentado lo anterior, la sentencia efectúa un exhaustivo análisis del discurrir histórico y jurisprudencial sobre la materia —la extinción forzosa del contrato de trabajo por razón de cumplir la edad de acceso a la jubilación— y que parafraseando a la autorizada doctrina científica tilda de «azarosa trayectoria normativa», y cuya regulación actual se halla en la Ley 14/2005, que resucita la Disp. Adic.10.^a, condicionando la extinción automática del contrato por edad, no sólo a que el trabajador cumpla los requisitos legalmente exigidos para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva, sino también que el Convenio explicita los objetivos de política de empleo que justifiquen la utilización de la jubilación obligatoria.

Es preciso tener en cuenta, por otro lado, que entre las nuevas exigencias que la Ley prevé no se imponen para dotar de validez las previsiones convencionales anteriores a la misma, toda vez que la L 14/2005 Disp. Trans.única, sostiene que se considerarán válidas las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios elaborados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma siempre que se garantice que el trabajador afectado tiene cubierto el período mínimo de cotización y cumple el resto de requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación. Y es en ese contexto y panorama normativo es en el que la sentencia aborda la solución del asunto, señalando que la redacción de la mentada disposición plantea el interrogante de si conforme a la misma es válida la cláusula colectiva —inicialmente pactada sin amparo legal— sobre la extinción automática del contrato de trabajo al cumplir el trabajador determinada edad; o si, por el contrario, también es necesaria la vinculación del cese obligatorio a «objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo», tal y como impone la previa disp.adici.10.^a para la validez de los convenios suscritos con posterioridad a su entrada en vigor. Y, la Sala, opta por esta última solución. Para alcanzar tal conclusión, estima la Sala que la literalidad de la disposición en liza, no impide exigir —de acuerdo con criterios históricos, sistemáticos y finalísticos— su acomodo a los principios constitucionales de igualdad, sin que tal solución quede empeñada

por el hecho de que la STCE de 16 de octubre de 2006, asunto Palacios de la Villa, diera respaldo comunitario a la indicada previsión legal, pues, como es sabido, el Tribunal Comunitario sólo se ha de pronunciar sobre la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones de Derecho Comunitario, permitiendo así que se aplique uniformemente, no pudiendo impedir tal doctrina la exigencia de requerimientos constitucionales en su aplicación e interpretación netamente interna.

Así las cosas, concluye, con lógica, que sólo si el cese se vincula a objetivos de empleo supera el juicio de constitucionalidad, por mucho que la L 14/2005 no haya condicionado expresamente a esta circunstancia la convalidación de las cláusulas convencionales previas a su promulgación. Y ello porque toda interpretación ha de ser acorde a los principios de la Constitución, tal como dispone LOPJ art. 5.1, lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales», cuyos criterios, a entender de la Sala, son precisamente los representados por las afirmaciones del TCo 280/2006 y 341/2006, relativas a la necesidad —constitucional, para evitar discriminación— de que el cese automático por razón de edad venga justificado porque «la empresa... ha garantizado una oportunidad de trabajo a otro trabajador». Conclusión que refuerza la sentencia advirtiéndole, que sería un contrasentido otorgar un mejor trato a previsiones convencionales que nacieron viciadas de nulidad [por carecer de amparo legal y pactarse en un periodo en el que el TS reiteradamente había mantenido su radical ineficacia por discriminatorias] que a las posteriores convenciones colectivas que gozan desde su nacimiento de plena validez jurídica [por respetar escrupulosamente la legalidad vigente].

En todo caso, debe tenerse en cuenta, también, que la sentencia aporta otro dato de innegable relevancia —por mucho que en ellas se estudie únicamente la jubilación forzosa a la luz de la disposición transitoria única de la L 14/2005—, a saber: cómo deben incorporarse las compensaciones de política de empleo que alimentan la legalidad de la extinción forzosa por edad. Lo que el Tribunal identifica con el «qué», el «cómo», y el «dónde» de los objetivos convencionales de política de empleo. Finalmente, concluye que no se debe exceptuar de la exigencia mencionada —de fijar objetivos de empleo en las cláusulas de jubilación forzosa— a las Administraciones Públicas o entidades públicas empresariales, al no establecer la Ley ninguna distinción al respecto. Y en relación a esta última cuestión se manifiesta el voto particular —que aunque acepta la aplicación de los objetivos de empleo en el marco de la disp.adici.10.^a— se

aliena con la doctrina mantenida previamente respecto a la aplicación de dichas exigencias en el sector público — STS 14-5-08, Rec 56/07 —, estimando que los Entes de Derecho Público no pueden concretar su política de empleo en un Convenio Colectivo. En el mismo sentido **STS 22-12-2008 (Rc 856/07)** referida a AENA.

5.5. Derecho de opción entre readmisión e indemnización atribuida por convenio al trabajador

Como es sabido, la negociación colectiva puede atribuir al trabajador el derecho de opción en caso de despido improcedente, frente a la inequívoca previsión del ET art. 56.1 (el empresario... podrá optar) y de la LPL art. 110 (se condenará al empresario... A elección de aquél), suscitándose nuevamente en este periodo diversas cuestiones anudadas a dicha previsión convencional. En **STS 27-1-09 (Rc 2407/07)**, se interpreta el alcance del art. 8 del Convenio Colectivo de la empresa Macro Autoservicio Mayorista SA, con arreglo al cual «Declarado improcedente por la Jurisdicción Social el despido de un trabajador será éste el que opte entre readmisión o indemnización, excepto en los casos en que *el despido se efectúe a consecuencia de* ofensas verbales o físicas a personas que trabajan en la empresa, deslealtad, abuso de confianza o fraude en las funciones desempeñadas, embriaguez o uso de drogas durante el servicio, siempre que sean habituales, o por originar frecuentes riñas con los compañeros de trabajo». Y la Sala en sintonía con lo decidido por el Tribunal de origen, afirma que una interpretación literal y finalística de la norma en liza, determina que no basta con la formal imputación de cualquiera de las causas de despido excluyentes del beneficio —ofensas, transgresión de la buena fe contractual y riñas—, sino que lo que la norma convencional contempla es que la causa imputada esté básicamente acreditada aunque no tenga entidad suficiente para justificar la decisión extintiva, siendo inviable para tal desplazamiento de la opción una causa que judicialmente se declara «inexistente».

Por su parte, en las **SSTS 21-11-2008 (Rc 1554/07)**, **24-2-2009 (Rc 1365/08)**, **24-3-2009 (Rc 1364/08)**, la cuestión a dilucidar quedó constreñida a determinar si un precepto de convenio colectivo que establezca en beneficio de los trabajadores improcedentemente despedidos la opción entre readmisión o indemnización puede aplicarse también en los supuestos de trabajadores que, por no haberse sometido a las reglas imperativas que garantizan la selección en el empleo público (igualdad,

mérito y capacidad, y publicidad), en virtud de la jurisprudencia al respecto ostentan la cualidad de indefinidos pero no fijos. Esto es lo que sucede en el Convenio aplicable al asunto, cuyo apartado 15 de la disp. final del Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Marbella (BOP 7-10-04) establece bajo el título de «Garantía de Empleo» que «en caso de ser declarado un despido improcedente, el trabajador tendrá derecho a elegir entre la indemnización legal o la readmisión». Y la Sala concluye que los términos del precepto no ofrecen duda de que la opción se atribuye a todo trabajador cuyo despido sea calificado como improcedente, máxime si se repara en que la norma convencional en cuestión no alude expresa o exclusivamente a los trabajadores fijos ni tampoco la aplicación de la previsión convencional en liza, transforma en fija una relación de carácter o naturaleza simplemente indefinida, pues la única consecuencia es que su relación continúe siendo indefinida con derecho a la permanencia en el puesto de trabajo hasta su cobertura por los cauces legales o hasta la amortización del mismo. La sentencia razona asimismo ampliamente sobre la licitud de este tipo de previsiones afirmando que están comprendidas dentro del ámbito de regulación que es propio de la negociación colectiva, y se ajusta a las relaciones que entre la Ley y el Convenio Colectivo establece el ET art. 3.3. pues se trata de una norma más favorable para el trabajador que respeta los mínimos de Derecho necesario contenidos en la Ley.

Y, finalmente, en relación con el Ayuntamiento de Galdar, se pronuncia la **STS 2-2-2009 (Rc 78/08)**, cuyo convenio colectivo —art. 71— señala que la opción, en caso de despido declarado improcedente, corresponde al trabajador con contrato indefinido, fijo laboral o fijo discontinuo y la controversia deriva de la interpretación del precepto que lo establece, en particular, si es aplicable sólo a los despidos disciplinarios o también a aquellos derivados de una contratación fraudulenta. La sentencia dictada en suplicación decidió que la opción correspondía al Ayuntamiento al no tratarse de un despido disciplinario, pero tal parecer no es compartido por la Sala IV. Razona al respecto que pretender la aplicación del mentado precepto sólo a los trabajadores fijos deja sin sentido la alusión a los que tengan un contrato indefinido categoría de creación jurisprudencial para los servidores de las Administraciones Públicas cuyos despidos sean declarados improcedentes. Tal interpretación no se opone al mandato del art. 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la L 7/2007, de 12 de abril. Ese precepto, en su último párrafo, dispone que *«procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando*

sea declarado improcedente el despido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario», pues tal regla, de carácter general, queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el art. 7 de esa Ley a la legislación laboral en general.

5.6. Efectos económicos del despido: más cuestiones sobre indemnizaciones y salarios de tramitación

Por lo que atañe a la interpretación del alcance del ET art. 56.2 que permite al empresario contener e incluso eliminar el devengo de los salarios de tramitación cuando se reconoce la improcedencia del despido se pronuncia la **STS 12-12-08 (Rc 11/08)**, reiterando doctrina procedente obrante en TS 22-1-08, Rc 1689/07 en relación con el **pago directo y en metálico** al trabajador, que recibe efectivamente el importe de la indemnización al mismo tiempo que suscribe el recibo de finiquito. En suma, y al menos por el momento, lo que la Sala dice es que la transferencia no equivale a la puesta a disposición a los efectos del 56.2 ET, pero que tanto la entrega de cheque bancario como el pago directo de la indemnización por despido improcedente sí exoneran del abono de los salarios de tramitación, al resultar mecanismos alternativos al depósito o consignación judicial, y garantizar suficientemente la efectiva percepción de las cantidades correspondientes por el trabajador despedido.

A la misma conclusión llega la Sala en **la STS 25-3-2009 (Rc 41/08)** respecto al pago mediante **cheque bancario**. La propia Sala alude a lo razonado en su anterior sentencia de 21-3-2006 (Rc 2496/05), que a su vez remitía a la de 25-5-05, en la que parecía que se venía a decir que el único mecanismo habilitado para poner la indemnización a disposición del trabajador era el depósito judicial, pues era el que expresamente mencionaba la norma legal. De ahí que se privara de virtualidad a los efectos previstos en el ya citado art. 56.2 ET a la transferencia bancaria. Sin embargo, esta doctrina no se considera ahora de aplicación a un supuesto de pago directo de la indemnización mediante cheque bancario entregado en mano al trabajador, una vez reconocida la improcedencia del despido por el empresario, y habiendo aquél firmado un finiquito. Ese pago directo se considera un medio alternativo al que la ley contempla expresamente.

En relación estricta con el importe o forma de cálculo de la indemnización por despido improcedente, la **STS 11-2-2009 (Rc 450/08)** despeja la duda sobre si los períodos de tiempo de servicios inferiores a un año

se han de prorratear por meses o por días. Esto es, si los restos se computan como un mes completo, o en función estricta del número de días. Cuestión a la que la Sala otorga solución acorde con el propio tenor literal del art. 56.1 ET, que alude al prorrateo por meses. De modo que, sea cual sea el número de días servido a partir del último mes completo, el **prorrateo se hará «por meses»**, como si se hubiera trabajado la totalidad del mes. La solución alcanzada es la misma que la contenida en la STS 12-11-2007 (Rc 3906/06).

Y, finalmente, en el caso que dirime la **STS 11-2-2009 (Rc 4112/07)**, se debate sobre el alcance de los **salarios de tramitación** a pagar por el empresario, si estos deben fijarse hasta la **fecha de la primera sentencia de instancia** o hasta la fecha de la segunda sentencia de instancia, cuando la sentencia de instancia ha sido anulada por resolución judicial posterior recayendo nuevo pronunciamiento declarando la improcedencia del despido, y en concreto, si dichos salarios quedan suspendidos durante la tramitación del recurso de suplicación tesis de la sentencia recurrida, o bien deben abonarse hasta la fecha de la segunda sentencia del Juzgado tesis de la sentencia de contraste. Y la Sala opta por esta última solución pues ni el art. 111 LPL contempla tal situación, ni del examen del art. 116 LPL se llega a solución diversa, toda vez que dicho precepto se refiere únicamente a la sentencia firme que declare la improcedencia del despido; de ahí que si la opción empresarial es nula, mal puede tomarse su fecha como referencia a los efectos de limitar los salarios de tramitación, de ahí que opere como límite la fecha en que se notifica la segunda sentencia del Juzgado declarando nuevamente la improcedencia del despido. Por lo demás, esta es la solución que alcanzó la Sala al decidir el recurso de casación unificadora en su día articulado frente a la sentencia de contraste.

5.7. Extinción del contrato por causa de fuerza mayor

De interés resulta la **STS 8-7-2008 (Rc 1857/07)**, en la que se examina un despido al amparo del ET art. 52.c), como consecuencia de la resolución del contrato de arrendamiento en el que se desarrollaba la actividad empresarial, habiendo girado el debate judicial sobre si un despido fundado en tal circunstancia puede considerarse como un supuesto de fuerza mayor y, por lo tanto tramitarse por el procedimiento administrativo del ET art. 51, o si debe dar lugar a un despido objetivo regulado en el citado ET art. 52. Y la Sala tras una minuciosa labor argumental opta

por esta última solución. La extinción del contrato de arrendamiento no puede calificarse en las condiciones del caso como un supuesto de fuerza mayor, entendida como «una fuerza superior a todo control y previsión», la fuerza mayor a los efectos de los ET art. 49.h y 51.12, aún entendiéndose como la actuación de un causa extraña al empresario, no implica que se trate de fuerza mayor en los términos del LCE art. 76 —que sigue teniendo un carácter orientador en esta materia—, porque lo relevante no es la voluntariedad en cuanto a la producción de la causa, sino su carácter previsible y evitable, y la extinción del contrato de arrendamiento por denuncia del término es previsible y sus consecuencias sobre la prestación de trabajo evitables mediante la utilización de otro local. En definitiva, la extinción del contrato de arrendamiento puede actuar como causa extintiva del contrato de trabajo al margen de la fuerza mayor, cuando esa extinción va acompañada de la imposibilidad o de dificultades significativas —económicas, comerciales o productivas— para disponer de otro lugar idóneo en orden a la continuidad del negocio.

5.8. Extinción del contrato por voluntad del trabajador. «Doctrina objetiva» del incumplimiento empresarial

La **STS 22-12-2008 (Rc 294/08)**, constituye un inestimable compendio de la evolución de la jurisprudencia de la Sala en materia de resolución del contrato de trabajo por la causa descrita en la letra b) del número primero del art. 50 ET, exigiendo inicialmente la gravedad y culpabilidad en el incumplimiento contractual hasta el momento en que se inicia una línea objetiva, con arreglo a la cual la extinción del contrato por dicha causa no se activa por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo. Doctrina que resulta de plena aplicación al caso enjuiciado, en el que nos encontramos con una situación en la que objetivamente y con independencia de que **la empresa se encuentra en concurso**, existen unos **retrasos en el pago de los salarios** del trabajador demandante que tienen la gravedad suficiente para constituir la causa de extinción del contrato postulada, puesto que los retrasos son continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes, desde el momento en que en 336 días alcanzaron un promedio de retraso de 11,20 días. Con arreglo a esta línea objetiva en el análisis del cumplimiento empresarial examinado, se ha negado que las dificultades económicas, la situación de concurso constituya un factor que module esa situación de impago constatada,

de tal suerte que prive de gravedad a la conducta empresarial. La situación de concurso como la aquí relatada, hubiera podido motivar que se pusiera en marcha el sistema de expediente de regulación de empleo judicial a que se refiere la L 22/2003 art. 64, y en el supuesto del número 10 del citado precepto, de la Ley Concursal, en el caso de resoluciones del contrato de trabajo planteadas por los trabajadores al amparo del ET art. 50.1, de cumplir las previsiones numéricas allí establecidas, las demandas planteadas después de la declaración del concurso, tendrían la declaración de extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad. La sentencia cuenta con un voto particular.

6. Libertad Sindical

6.1. *Contenido de la libertad sindical: Tutela*

Merece especial mención la **STS de 30-6-2008 (Rc 138/07)**, en cuanto recopila y condensa la doctrina de la Sala IV sobre el contenido de la libertad sindical y su tutela y el cauce procedimental adecuado para su protección. Partiendo de la diferencia entre el **contenido constitucional** y el **adicional** del mentado derecho, se señala que este último queda fuera del ámbito de regulación de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución, no tutelable vía art. 176 LPL, por lo que su **protección** debe obtenerse a través del procedimiento que en cada caso corresponda en función de la acción ejercitada. Y si bien la **inadecuación del procedimiento** debe declararse en la instancia [cuando «prima facie» la pretensión ejercitada queda de forma manifiesta fuera del ámbito de la modalidad procesa ex art 176 LPL] la misma **puede ser soslayada** en los recursos extraordinarios por **razones de economía** y celeridad procesal, cuando el Tribunal cuente con todos los elementos necesarios para dispensar la tutela judicial efectiva sin causar indefensión.

6.2. *Contenido esencial: Igualdad de trato*

La sentencia del **TS 23-7-2008 (Rec 97/07)**, confirma la existencia de la vulneración del derecho de libertad sindical, y del derecho fundamental de igualdad de trato, —Const art. 28.1 y 14—, declarando la nulidad radical de la conducta seguida por la empresa y consistente en **no permitir el acceso de un determinado sindicato al sistema Internet y**

correo electrónico corporativo en igualdad de condiciones con los demás sindicatos. Y ello al quedar acreditado que estos tienen reconocido el disfrute del servicio desde al menos tres años atrás y de manera habitual, y que es negada al reclamante.

6.3. Contenido adicional

Se suscita en la **STS de 2-6-2008 (Rc 100-07)**, si caso de promoverse la celebración de **elecciones sindicales** puede negarse la empresa a su celebración al faltar los requisitos que condicionan la validez del proceso o bien viene obligada a consentir y facilitar el mismo, sin perjuicio de impugnarlo ante los Tribunales. La Sala IV se inclina por la primera opción, por lo que ante una **promoción de elecciones manifiestamente ilegal**, es lícita la oposición empresarial a la celebración de las mismas, sin que pueda estimarse que esta conducta lesiona la libertad sindical pues el derecho a promover elecciones, aunque forma parte del derecho a la libertad sindical reconocido por el artículo 28 CE, debe ejercerse conforme a las normas que desarrollan el derecho fundamental del que deriva. En el caso, se concluye que la conducta de la Administración demandada estaba justificada objetiva y razonablemente al no darse los presupuestos legales y reglamentarios que condicionan la validez del proceso electoral promovido.

También y en relación con el contenido adicional se pronuncia la **STS 18-11-2008 (Rec 24/08)**, que aborda el **derecho de información** de la sección sindical de un sindicato a que se le facilite **copia de las Actas de una concreta Subcomisión Delegada**, pues queda acreditado que el sindicato reclamante, recibe en el Comité — en el que tiene representación — la información que postula. Se estima cumplida la finalidad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical art 10.3, cual es la de permitir que las secciones sindicales accedan a la misma información que los miembros de los comités de empresa, sin que exista precepto alguno que imponga al empleador la obligación de reiterar la información de la que ya dispone el sindicato. También y en relación con el derecho a la información, se pronuncia la **STS 30-9-2008 (Rc 90/07)**, rechazando la pretensión del Comité de Empresa de un centro de trabajo consistente en la entrega de determinada **información relativa a otros centros laborales**. Y ello porque cada comité o, en su caso, delegado personal, representa y defiende los intereses del centro en el que ha sido elegido, no siendo posible extender la representación unitaria de un específico centro de trabajo

a los restantes centros de la empresa. Asimismo, la **STS 19-2-2009 (Rc 6/08)**, estima que la **información relativa al salario** no es un dato de carácter personal ni íntimo, susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad. La retribución es un **elemento esencial** del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional, no siendo necesario recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes sindicales puedan acceder, en su caso, a dicho dato. Considera que, dado que la empresa demandada ha entregado al sindicato demandante la copia básica de los contratos y ha facilitado la información de los salarios por categorías y departamentos, ha cumplido suficientemente con las exigencias que al respecto establece Ley 2/1991, de 7 de enero, reguladora de los derechos de información de los trabajadores en materia de contratación.

7. Modificación de condiciones de trabajo

7.1. Movilidad geográfica

La **STS 02-06-2008 (Rc 2552/07)** se pronuncia a propósito de las consecuencias que habrían de derivarse del cumplimiento de una orden de traslado que impugnada judicialmente se declaró injusta, y en particular, si son indemnizables los gastos, daños y perjuicios ocasionados a consecuencia del traslado. Problema que se suscita ante la falta de previsión expresa, en el art 40. 1 ET, de las consecuencias de la impugnación del traslado, caso de ser favorable la decisión, aparte la lógica de reintegro del trabajador a su puesto originario. Y dado que en el ínterin el trabajador tiene la obligación de seguir acatando la orden empresarial, los gastos que se han producido al trabajador se pueden ventilar en proceso ordinario. La sentencia, concluye que el art. 1101 CC, rector de la culpa contractual establece la responsabilidad del acto ilegal de una de las partes del contrato, sobre los daños ocasionados a la otra.

7.2. Modificación sustancial

La **STS 7-11-2008, Rec 37/08**, declara la nulidad de dos **cláusulas**, calificadas de «estilo», incorporadas por la empresa Eurest Colectividades SL, en la práctica, a la mayoría de los contratos suscritos con su personal y que permite a la empleadora reducir unilateralmente la **jornada**,

según las necesidades del servicio, y el **salario** de las trabajadoras afectadas, evitando el procedimiento establecido en el ET art. 41 para la **modificación** sustancial de condiciones de trabajo. Esta incorporación entraña, por una parte, una renuncia de los derechos de naturaleza indisponible, ET art 3.5, que se derivan del ET art. 41 que prohíbe la modificación sin seguir el procedimiento adecuado, y, por otra, vulnera la norma de derecho común que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos —CC art. 1256 —.

Sobre una **variación** introducida en el pago del denominado «**plus función**», consistente en transformar el sistema de cuantía fija en una escala de importes predeterminados por la que ascender o descender anualmente conforme al grado de cumplimiento de objetivos por cada oficina, se pronuncia la **STS 20-1-2009 (Rc 133/07)**. La medida que se configura como colectiva y de carácter sustancial, tiene su origen en un acto unilateral de la empresa que se extiende a toda la plantilla de manera indiferenciada, afectando al sistema de remuneración. Por otra parte, la omisión del mandato legal impuesto por el art 41.2.º ET, determina la nulidad de la medida adoptada.

Por el contrario, la **STS 19-1-2009 (Rc 40/08)**, niega la existencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de naturaleza colectiva en la aprobación de un **nuevo organigrama** de la demandada —«Puestos de Galicia»—, que no había sido implantado en su totalidad a la fecha de la presentación de la demanda y ni tan siquiera afecta realmente a ninguna de las materias que pudieran considerarse incluidas en el ET art. 41.1 [horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, entre otras].

Por otra parte, la medida empresarial de cambio de horario, adoptada al amparo del ET art 41, consistente en **adelantar en media hora el comienzo de la jornada** habitual y adelantar, también en media hora **la salida**, o en mas de media hora si al finalizar la jornada en la dirección del ultimo cliente se superan determinadas distancias hasta el domicilio del trabajador, no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ello aun cuando implica hacer menos «trabajos programados» o extras con la consiguiente perdida de retribución para los trabajadores. La **STS 6-10-2008 (Rc 177/07)**, estima que no hay modificación de la duración de la jornada y si una **distribución horaria distinta**, manteniéndose el mismo tiempo efectivo de trabajo, reiterando que los trabajos extras, no constituyen un derecho adquirido.

Y finalmente, la **STS 5-12-2008 (Rc 1846/07)**, califica de movilidad geográfica «débil», el traslado dentro del radio de **25 Km**, en el **sector de banca**, negando, por tanto, que suponga una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Añadiendo, que conforme al Convenio Colectivo de la Banca, art 30, existe un deber de colaboración de la empresa en la solución de los problemas de transporte ocasionados por el cambio del lugar de trabajo, que provoca la discrecionalidad del órgano judicial para determinar el alcance de esta obligación.

8. Pacto de no competencia postcontractual

Uno de los pactos típicos del contrato de trabajo regulado en el Estatuto de los Trabajadores es el denominado pacto de no concurrencia, que ha recobrado notable importancia en los últimos tiempos con ocasión, principalmente, de la introducción de nuevas tecnologías, muestra de lo cual son los diversos pronunciamientos recaídos en este periodo con ocasión del mentado pacto. A propósito de la inadmisibilidad de la **renuncia unilateral por parte de la empresa** al pacto de no concurrencia postcontractual, se pronuncia la **STS 15-1-2009 (Rc 3647/07)**. La cuestión que se suscita no es nueva y aparece referida a la validez del desistimiento unilateral verificado por la empresa de una cláusula postcontractual de pacto de no competencia una vez se extingue el contrato laboral entre empresa y trabajador. En efecto, en el pacto de no competencia postcontractual la empresa se reservó la facultad de liberar del mismo a los trabajadores y de no abonar, por tanto, la correspondiente indemnización, siempre que tal facultad se ejerciera antes o en el momento de extinción del contrato, salvo que esta última se produjera por cese voluntario del trabajador en cuyo caso dicho ejercicio podría postergarse hasta los quince días siguientes de haberse producido esa extinción voluntaria del vínculo laboral, como efectivamente aconteció. La Sala reitera doctrina precedente SSTS 2-7-2003 (Rc 3805/02), y 21-1-2004 (Rc 1707/03), declarando que la mentada cláusula contraviene la disciplina jurídica de los negocios jurídicos bilaterales, de ahí que por mor del CC art. 1256 según el cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», su contenido resulta manifiestamente contrario a aquella prohibición legal, por lo que ha de considerarse nula en aplicación de lo previsto en el CC art. 6.3 en relación con los actos contrarios a normas prohibitivas como la del precitado art. 1256.

Por lo que respecta a la suerte que ha de seguir el mentado **pacto de no competencia** postcontractual cuando el contrato de trabajo se extinga por

resolución unilateral del empresario durante el **periodo de prueba**, discutiéndose si tiene derecho a la compensación económica derivada de dicho pacto se pronuncia la **STS 6-2-2009 (Rc 665/08)**. La concreta cuestión que se suscita es si extinguido el contrato durante el periodo de prueba mantiene validez el pacto de no concurrencia postcontractual cuya eficacia sostiene la sentencia que se recurre en casación para la unificación de doctrina. Y la Sala en sintonía con la solución alcanzada por el Tribunal de origen, entiende que la condición resolutoria implícita en el periodo de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho periodo por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el mentado pacto, cesando todos los efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, tanto más cuanto en el caso se pacto la indemnización para el caso de terminación del contrato «cualquiera que sea su causa».

En la **STS 9-2-2009 (Rc 1264/08)** recaída en procedimiento por cantidad, se discute principalmente sobre la **validez del pacto** de no concurrencia suscrito entre las partes contendientes y en el que se estableció una **cláusula penal** en virtud de la cual si el trabajador incumpliese el pacto habría de devolver el doble de la indemnización percibida como compensación en virtud de ese pacto de no competencia, siendo precisamente dicha cantidad la que la por parte de la empleadora se reclama en la demanda rectora de autos. La Sala en sintonía con la tesis defendida en el recurso, rechaza que en la firma de la citada cláusula se advierta **renuncia anticipada de derechos indisponibles**, toda vez que los derechos protegidos por la prohibición establecida en el ET art. 3.5 son los reconocidos al trabajador «por disposiciones legales de derecho necesario»; así como los «reconocidos como indisponibles por convenio colectivo»; pero no los derechos que surgen por acuerdo entre ambas partes, en cuanto no contradigan las mencionadas normas de carácter imperativo, apuntando que en todo caso podrá plantearse en determinados supuestos la proporcionalidad de la indemnización prevista, sobre la base de que la cláusula pueda resultar abusiva y contraria al principio de buena fe, lo que permite la nulidad parcial de la misma, cuestión que no se suscita en el caso.

De **especial interés** es la **STS 10-02-2009 (Rc 2973/07)**, en la que la cuestión litigiosa quedó constreñida a determinar si **el trabajador ha de devolver el importe íntegro percibido como compensación** por el pacto de no concurrencia, a pesar de que la sentencia aprecia la nulidad parcial del compromiso ya que se pactó por dos años y no podía exceder de seis

meses. La sentencia dictada en suplicación con sustento en STS 7-11-2005 (Rc 5211/04), entendió que la nulidad del pacto en dicho extremo no afectaba a la obligación de devolver lo entregado como compensación. Pero la sentencia anotada **rectifica la doctrina precedente** por considerar que la prevención contenida en el CC art. 1303 no agota la regulación en la materia. El iter argumentativo parte de la previsión que al efecto refiere el apartado segundo del ET art. 9.1, que confiere a la discrecionalidad judicial fijar el destino de la prestación económica a percibir por el trabajador; destino que necesariamente ha de determinarse en atención a las concretas circunstancias del caso, sin perjuicio de que pueda hacerse una razonable aplicación analógica de las reglas contenidas en el CC art. 1306. Examinado el alcance de este precepto y despejada la pretensión de aplicar de forma directa y exclusiva las prevenciones del mismo, porque en manera alguna es ilícita la «causa» del pacto de no concurrencia, sino que la ilicitud únicamente alcanza al término previsto en lo que excede de la duración legal, entiende no obstante que concurre la identidad de razón que justifica ex art. 4.1 CC la misma solución, de tal suerte que aplicando analógicamente las reglas establecidas en el CC art. 1306, la restitución sólo debe alcanzar la cuarta parte de las cantidades percibidas —la duración del pacto era cuatro veces superior a la que podía establecerse—. Sentado lo anterior, la sentencia efectúa una serie de consideraciones sobre lo injusto del criterio anterior en los supuestos de extinción contractual por consecuencia de un despido que judicialmente sea declarado improcedente, que en definitiva no resultan de aplicación al caso, al evidenciarse que el trabajador con anterioridad al cese había iniciado los trámites para burlar el pacto de no concurrencia.

9. Periodo de prueba

El ET art. 14 establece las condiciones de validez del pacto sobre período de prueba, pero nada dice sobre las consecuencias que sobre el mismo pueden tener ciertas vicisitudes de la relación laboral. La **STS 23-10-2008 (Rc 2423707)**, entra en la controvertida cuestión de si ha de considerarse lícito o implica abuso de derecho, pactar un nuevo período de prueba en el contrato de trabajo que se celebra tras haberse extinguido otro entre las mismas partes, cuando éste finalizó durante el período de prueba por decisión del trabajador sin que este hubiese llegado a acreditar su idoneidad. La sentencia sostiene que cuando el período de prueba no transcurrió por completo por causa imputable al trabajador que desistió del contrato antes de tiempo, puede luego cele-

brarse otro contrato en el que se pacte un nuevo periodo de prueba, ya que el anterior no sirvió para acreditar la idoneidad del empleado. Abunda en tal solución el hecho de que las normas prohibitivas y limitativas de derechos, como son las que limitan la libertad de las partes para establecer los pactos que estimen más convenientes, no pueden ser objeto de una interpretación extensiva, sino restrictiva, como el al caso el ET art. 14.1 párrafo tercero, y cuyo espíritu es evitar que, acreditada la idoneidad del operario, la empresa burle sus derechos o las normas que regulan la contratación temporal, estableciendo un periodo de prueba innecesario.

Por otro lado, la extinción del contrato de trabajo vigente el periodo de prueba sigue provocando situaciones que exigen la adecuada respuesta por parte de la Sala. **La STS 3-10-2008 (Rc 2584/07)**, decide sobre la acción de despido planteada por un trabajador que había suscrito en su contrato de trabajo un periodo de prueba, que al amparo del ET art. 14 y del convenio de aplicación al caso —Convenio colectivo para el sector de la construcción de Bizkaia— se pactó con el carácter de «no interrumpir la IT», siendo cesado durante la vigencia de la cláusula contractual probatoria y cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal, como consecuencia de la dolencia sufrida el día inicial de la actividad laboral. La Sala declara la válida extinción del contrato, descartando por un lado, que tal proceder entrañe abuso de derecho, pues la facultad de resolver el contrato vigente tal periodo se hizo de conformidad con las facultades del ET art. 14, en relación con el Convenio Colectivo y pacto suscrito en el contrato de trabajo. Tampoco existe fraude de ley, pues la fijación de un periodo de prueba en el contrato constituye una manifestación del carácter *intuitu personae* característico de la relación laboral, que no puede ser examinada ni tratada en el mismo sentido que las causas de extinción tipificadas en el ET art. 49, sin que la interrupción, durante la vigencia del periodo de prueba, de una enfermedad común del trabajador, deba teñir de fraudulenta la decisión extintiva de éste, producida días antes de la terminación del periodo probatoria. Tampoco tal cese afecta a derecho fundamental alguno, como reiteradamente ha declarado la Sala en STS 12-7-04, Rc 4646/02; 23-9-02, Rc 4492/02.

De **notable importancia** es la cuestión que se contempla en **STS 12-12-2008 (Rc 3925/07)**, y en la que se dirime **un tema novedoso** respecto del que la Sala no había tenido ocasión de pronunciarse. En efecto, la cuestión que se resuelve en la misma viene referida a determinar si durante el **periodo de interrupción del periodo de prueba** cabe o no la

rescisión unilateral del contrato del trabajo por parte de empleadora. En el caso, las partes conforme a lo previsto en el ET art. 14.3 habían celebrado un acuerdo en virtud del cual se decidió que «las situaciones de incapacidad temporal o maternidad que afecten al trabajador interrumpen el cómputo del mismo», y lo que se trata de decidir es si dicho acuerdo entraña además una inhibición de la facultad de desistimiento que viene reconocida como regla general en el ET apartado 2 del art. 14, que sólo volvería a actuarse cuando se reanudara la prestación laboral después del alta en la IT. La Sala de una interpretación literal y sistemática del precepto en liza, así como de la contemplación de otras situaciones de suspensión del contrato de trabajo, resuelve que el pacto de prórroga de la duración del periodo de prueba constituye una garantía para las dos partes en cuanto a que permite su prolongación más allá de los límites legales pero la facultad de desistir del contrato no queda enervada por la existencia de dicho paréntesis, por lo que si se produce el desistimiento durante la interrupción no cabe hablar de despido improcedente, ni puede considerarse, tampoco, discriminatorio ni abusivo.

10. Relación laboral especial: alta dirección

En la **STS 24-2-2009 (Rc 900/08)** la cuestión a resolver consiste en determinar el alcance y las consecuencias jurídicas de una cláusula, pactada en contrato de alta dirección, que establece el pago de una indemnización, en el caso de extinción causal del contrato por voluntad del directivo, en particular se cuestiona la validez y alcance de la determinación **»neta«** de la indemnización pactada. La sentencia declara nula dicha cláusula pues pese a que no resulta de aplicación el ET art. 26.4, ya que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral especial de alta dirección se regulan, con preferencia absoluta, por la voluntad de las partes, y las normas de la legislación laboral común, es lo cierto que los derechos y obligaciones derivados de esa relación han de sujetarse también a las demás normas que «sean de aplicación», entra las que, además del CC art. 1098, se hallan incluidas las de naturaleza fiscal.

11. Salario

11.1. Absorción y compensación

La conocida y reiterada doctrina de la Sala IV relativa a la **compensación y absorción**, art 26.5 ET, es matizada en la **STS 29-9-2008 (Rc**

2255/07), al considerar que procede un tratamiento individualizado en función de las concretas mejoras o conceptos afectados, y que permite relativizar el requisito de la homogeneidad y, al menos cuando se trate, de remuneraciones complejas, debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas. En el caso declara válida la absorción y compensación de un «complemento por ventas», **pactada en un contrato individual**, con las retribuciones salariales por unidad de tiempo. Y ello a pesar de que pudiera tratarse de **conceptos heterogéneos**, y por tanto, en principio, excluidos del juego de dicha figura, puesto que esta posibilidad fue expresamente acordada entre las partes y sin que ello entrañe disponibilidad prohibida por el art. 3.5 del ET.

11.2. Principio de igualdad retributiva: Doble escala salarial

La Sala IV ha abordado variadas y casuísticas situaciones referidas a la «doble escala salarial». Así, son varias las sentencias que han reconocido la existencia de la discriminación denunciada, entre ellas, la **STS 17-7-2008 (Rc 4321/07)**, seguida por **STS 18-9-08, 22-9-08 25-9-08, 9-10-08, 30-10-08 y 3-11-08 y 12-11-08, Rc 4272/07, 4312/07, 4323/07, 4311/07, 4326/07, 4325/07 y 4273/07**. Estiman que **la regulación del Convenio Colectivo de Manipulado de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería del año 2000 y 2003** contempla una **doble escala salarial**, contraria al principio de igualdad, en cuanto que no es aceptable el establecer el **complemento de antigüedad**, en función de la **fecha de ingreso** en la empresa o contratación, con anterioridad o posterioridad al 31-12-1999, de forma que unos trabajadores generen un plus de antigüedad por cuantía muy superior al que perciben otros, trabajando el mismo número de años, ni que en aras a unos pretendidos derechos adquiridos [que en ningún caso supone la existencia de una condición más beneficiosa], se establezcan dos regulaciones diferentes, consagrando así un trato claramente diferencial, sin razón ni explicación alguna que lo justifique.

La **STS 22-7-2008, (Rc 69/07)**, declara la nulidad del art 14 y de la D.T. 7.^a del XXI Convenio Colectivo de la empresa Repsol Butano, S.A., por establecer una doble escala salarial o diferencia de tratamiento en el percibo del **complemento de antigüedad** y el mantenimiento de una **desigualdad retributiva** sin causa objetiva y razonable que la justifique. En el caso, dicha normativa mantenía como régimen de abono del complemento el de quinquenios acumulables sin límite, con la salvedad respecto al personal fijo que se hallaba en la plantilla de la empresa el 1 de

enero de 1995 para el que sigue rigiendo el sistema de abono de trienios y quinquenios existentes con anterioridad.

Por el contrario, la **STS de 15-5-2008 (Rc 86/07)**, considera que no existe la discriminación denunciada del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla-León de 20-12-2002 (BOC. y Ley de 27-01-2003), respecto al devengo del **complemento de atención continuada**, reclamada por los Técnicos de Atención al Menor, puesto que la jornada de estos no es asimilable a la del colectivo de comparación. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 24-9-2008 (Rc 31/07)**, pues si bien se da un trato diferente en el reconocimiento de **estadios de promoción docente** al profesorado de centros docentes privados concertados, que imparte niveles concertados al exigir que la dedicación horaria se realice en pago delegado, el mismo no es arbitrario y está justificado. Por otra parte, la **STS 11-11-2008 (Rc 120/07)**, que presenta un indudable interés por su valor dogmático, concluye que las diferencias que se producen en relación con el **premio de permanencia** entre el personal de la empresa demandada Obrascon Huarte Lain (OHL), procedente de la absorción o fusión de los componente, no vulnera los principios de igualdad de trato y no discriminación. Y finalmente, la **STS 3-11-2008 (Rc 102/07)**, considera que el Acuerdo Colectivo de 22-12-1986, firmado por la Caixa Laietana y su Comité de Empresa, y en el que se pactó mantener con carácter «ad personam» dos gratificaciones o **pagas especiales anuales**, que excedían de la retribución del convenio, al personal fijo de plantilla a diciembre de 1986, y que habían venido siendo abonadas ininterrumpidamente desde el año 1977, por decisión unilateral empresarial, no vulnera los principios de igualdad y no discriminación en la retribución. Además, la medida supone, una condición más beneficiosa de carácter plural o colectivo.

11.3. Condición más beneficiosa

Durante el periodo que abarca esta crónica, la Sala IV se ha pronunciado, en diversas ocasiones a propósito de la posible existencia de una condición más beneficiosa, reiterando tanto los requisitos exigibles para apreciar la misma, como los necesarios para su supresión. Así, la **STS 29-9-2008 (Rc 2255/07)**, estima que la mejora consistente en el **abono del 100%** del salario real en las situaciones de **Incapacidad Temporal** constituye una condición más beneficiosa. Se ha venido abonando, al menos, desde el año 2003; ha sido reiteradamente reconocida por la em-

presa e incluso les fue aplicada a los trabajadores durante un año y medio después de haber llegado a un acuerdo colectivo que limitaba el alcance de la medida. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 23-12-2008 (Rc 19/08)**, al considerar que, supone una condición más beneficiosa, el hecho que la empresa haya venido reconociendo y abonando la totalidad de las **pagas extraordinarias** en la **situación de IT o maternidad**, practica que se ha mantenido durante más de 14 años y a pesar de que en los sucesivos convenios nunca se reconoció este derecho. También, la **STS 9-3-2009 (Rc 70/08)**, califica como condición más beneficiosa la medida empresarial de realizar las correspondientes **aportaciones para las actividades sociales** o de tiempo libre comprometidas. Sin embargo, no goza de tal consideración, la forma de gestión de dicho beneficio ni el hecho de que la misma deba efectuarse por una determinada asociación.

Por el contrario, la **STS 28-1-2009 (Rc 60/07)**, rechaza que los Titulados Civiles al servicio de «Santa Bárbara Sistemas, S.A.», que desde el año 1980 no están sujetos al convenio colectivo de la empresa y vienen siendo retribuidos a partir de entonces por un sistema diferente al de los trabajadores comprendidos en el ámbito personal de dicho convenio, tengan derecho a que su retribución se asimile a la de estos últimos, pues no gozan de una condición más beneficiosa. Y ello porque la **modalidad retributiva** discutida tuvo su **origen en un pacto bilateral** y no fue producto de una concesión empresarial.

11.4. Complementos salariales

Varias son las resoluciones que se han pronunciado en relación con la naturaleza de diversos complementos salariales. En particular, y por lo que se refiere al **plus de peligrosidad**, regulado en el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias, la **TS 10-12-2008 (Rc 639/08)**, estima que se trata de un complemento vinculado al puesto de trabajo, que habrá de percibirse cuando de manera efectiva se desempeñe la actividad que comporta el riesgo o la peligrosidad que se retribuye, esto es, por días efectivamente trabajados, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el contrato individual. Ese mismo carácter de **complemento salarial de puesto de trabajo**, cuya percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, dada su índole funcional y su carácter no consolidable, se reitera en **TS 18-3-2009 (Rc 98/07)**, respecto del **plus de nocturnidad**.

11.5. Retribución de diferencias salariales por realizar funciones de superior categoría

Como es sabido, el ET art. 39 regula lo que denomina «movilidad funcional», precepto que en ocasiones genera dudas interpretativas, como la que despeja la **STS 4-7-2008 (Rc 3132/07)**, en la que la cuestión a dilucidar queda constreñida a determinar si para el percibo de las **diferencias retributivas** ocasionadas como consecuencia de la realización de **funciones de superior categoría** es necesario que las mismas se realicen durante un determinado periodo de tiempo o por el contrario deben ser satisfechas con independencia de la continuidad en el mismo. Y la Sala opta por esta última solución, pues distinto es el derecho al ascenso —cuestión sobre la que no se polemiza— y, el derecho a la retribución por las funciones superiores efectivamente realizadas, debiendo en este caso el trabajador obtener una retribución acorde con la calidad del trabajo que realiza, evitando un enriquecimiento injusto del empleador. De ahí que la previsión ET art. 39.4 en relación a la exigencia específica prevista para promocionar y ascender, no resulta aplicable cuando el debate se contrae exclusivamente a reclamar la retribución correspondiente al desempeño de funciones superiores.

La **STS 20-1-2009 (Rc 1629/ 08)** aborda una cuestión compleja cual es la referida al **derecho a las diferencias salariales** por realizar efectivamente las funciones de superior categoría estando adscrito el trabajador a la inferior, cuando las concretas **labores descritas para una y otra categoría son idénticas formalmente**, diferenciándose exclusivamente por el **título exigido** para su desempeño [especifica titulación en la categoría superior de la que carece el reclamante]. En el concreto supuesto, la trabajadora que forma parte de la plantilla laboral de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, encuadrada en el grupo de clasificación III, ostentando la categoría profesional de perito judicial no diplomada, reclama las diferencias salariales con el perito judicial diplomado del Grupo II. La razón de la denegación, es que no se están realizando funciones de categoría superior sino las propias de la categoría ostentada, de acuerdo con la titulación exigida aunque dichas funciones sean coincidentes con las de la categoría superior. Y esta exigencia de titulación, establecida en el convenio, impide la aplicación de la doctrina que señala, que con carácter general, procede la retribución conforme a las funciones efectivamente realizadas, ET art 39.3. Finalmente, declara que **no existe desigualdad** ni vulneración del princi-

pio de que a trabajo de igual valor corresponde igual retribución, al estar justificada, de forma objetiva y razonable, la diferenciación retributiva por el distinto nivel de titulación.

11.6. Alcance de la responsabilidad del FOGASA

Merece especial atención la **STS 16-7-2008 (Rc 1161/07)**, en relación a los límites que operan en la responsabilidad del FOGASA, en particular, se plantea una única cuestión referida a determinar la cuantía de la prestación que corresponde abonar al FOGASA, en el supuesto previsto en el ET art. 51.12 del ET de extinción de contratos por fuerza mayor autorizada en expediente de regulación de empleo, en concreto, se discute, si a efectos de dicho cálculo opera exclusivamente el límite que prevé el art. 51.8 de «veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades» o debe jugar, además el tope del «duplo del salario mínimo interprofesional» que para el cálculo del salario diario establece el RD 505/1985 art. 19 en sintonía con el ET art. 33.2 (en la redacción anterior a la dada por la L 43/2006, que no es aplicable por razones temporales y que elevó el límite al triple del SMI). Por lo pronto, señala la sentencia que la ausencia de toda referencia al Fondo en el ET art. 51.8 no implica que no sea aplicable al caso el límite relativo al salario diario, no debe olvidarse que tal límite se incluyó en ET art. 33.2 a partir de la L 32/1994, cuyas modificaciones no afectaron, con todo probabilidad por falta de coordinación, al precepto de referencia. Asimismo nada hace pensar que cuando ET art. 51.12 impone al FOGASA una obligación de abono de la indemnización por el solo hecho de que así lo acuerde la autoridad laboral, dicha indemnización debe abonarse por la Entidad Gestora sin deducción alguna, pues al entender de la Sala, si el legislador hubiera querido introducir con el supuesto ET art. 51.12 una responsabilidad del Fondo, específica y distinta de la propia que corresponde como institución de garantía, y sometida solo al límite de la anualidad ET art. 51.8, lo habría dispuesto así expresamente, de ahí que no se dable estimar que ET art. 51.12 establezca una regla atípica que distorsionaría el sistema global de responsabilidad del FOGASA. Por lo tanto, la única finalidad que cabe atribuir al precepto, y que constituye una novedad respecto ET art. 33, es la imponer al Fondo la obligación de anticipar el importe de la indemnización, que con arreglo a las previsiones del ET art. 33, solo le hubiera correspondido abonar en fechas muy posteriores. Pero, la labor de argumentación de la sentencia va más allá, pues aún

admitiendo que el ET art. 33 no contempla el supuesto específico al que alude el ET art. 51.12, de anticipo inmediato por el Fondo de todo o parte de la indemnización por decisión de la autoridad laboral, no quiere decir a su juicio que se produzca un vacío normativo, pues la norma reglamentaria de desarrollo perfila con precisión los parámetros de la responsabilidad del Fondo en los casos de fuerza mayor. Y un examen coordinado del RD 505/1985 art. 17 y 19 avala la solución alcanzada.

Sobre la cuestión referida a determinar si el FOGASA ha de hacerse cargo de una **indemnización por despido** que la empresa reconoció al actor en **conciliación ante el SMAC**, se pronuncia la **STS 13-10-2008 (Rc 3465/07)**, concluyendo con apoyo en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 2008 (caso Róbledillo) con la exclusión de la garantía de pago asegurada por el FOGASA. La mencionada sentencia establece que un Estado miembro está facultado para excluir las indemnizaciones reconocidas por despido improcedente en acto de conciliación extrajudicial y que tal exclusión, objetivamente justificada, constituye una medida necesaria con el fin de evitar abusos en el sentido del art. 10, letra a), de la Directiva 80/987 —con posterioridad modificada por la Directiva 2002/74, que no es de aplicación al caso por razones cronológicas—. Dicha decisión la justifica el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas por las diferencias que, en orden a la efectividad del control de la realidad del crédito, se derivan de las dos formas de conciliación y, en concreto, porque en la conciliación administrativa no hay intervención judicial, el conciliador carece de funciones específicas de control y no interviene el Fondo de Garantía Salarial. Por lo tanto, la exclusión del ámbito de garantía de dichos créditos no resulta contraria ni al art. 14 CE ni al Derecho Comunitario. Sentado lo anterior, y atendiendo a que en el supuesto examinado en la cantidad reclamada también se incluían salarios de tramitación, la sentencia recurrida sólo se revoca parcialmente.

11.7. Diversas cuestiones relacionadas con el salario y la estructura salarial

Especial relevancia presentan las **SSTS de 4-6-2008 (Rc 1963-07)**, seguida por las de **30-6-08, Rc 1128/07; 17-9-08, Rc 4465/07; 24-9-08, Rc 4220/07; 21-10-08, Rc 1040/07, 12-11-08, Rc 4367/07 y 24-3-09 Rc 2178/08, entre otras**, que estiman que la base para el cálculo del premio o **paga extraordinaria de antigüedad**, contemplado en el art 61 del IV

Convenio Colectivo de Empresas de **Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos**, (BOE 17-10-2000), no debe incluir el montante del complemento retributivo autonómico, que se regula en el art 68 del IV convenio y art. 67 del V Convenio.

Son de destacar las **SSTS 23-10-2008 (Rc 2947/07)** y **26-1-2009 (Rc 3872/2007)** que declara que tienen derecho al **Plus de Penosidad** — artículo 50 del V Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Junta de Andalucía— los **trabajadores sociales** que prestan servicios en **Centros de Acogida**, señalando que a estos efectos lo determinante no son tanto las conductas de los menores anteriores a su ingreso en el Centro que pueden hacer presumir un riesgo potencial, como las que mantienen durante su estancia en él y son generadoras de riesgos reales. En interpretación de la misma norma se pronuncia la **STS 8-4-2009 (Rc 1696/08)**, declarando el derecho de una **Monitora de Educación Especial** al citado complemento de penosidad.

Por otra parte, la **STS 30-6-2008 (Rc 2621/07)**, declara el derecho de los trabajadores demandantes, vueltos a Iberia desde Ineuropa Handling, después de la declaración de la **nulidad de la subrogación**, a los **incrementos retributivos** habidos durante el tiempo en que estuvieron transferidos, por infracción del art 1101 CC, determinando la responsabilidad de Iberia que con su actuación causó a los trabajadores el perjuicio de la minoración salarial reclamada.

No pueden olvidarse las **SSTS 30-6-2008 (Rec 1838/07)** y **9-7-2008 (Rec 2408/07)** dictadas a propósito de la **progresión del salario base** en la misma categoría respecto a trabajadores de TVE SA. Se estima que la norma convencional aplicable sólo prevé la progresión de nivel en el salario base «**en la misma categoría**, desde el nivel de entrada o cualquier otro intermedio, hasta el más alto de ella», de modo que la progresión se realizará «**dentro de los correspondientes (niveles)** a su categoría profesional». Por tanto, la progresión de niveles no se realiza entre categorías diferentes, ni prescindiendo de la categoría por los niveles económicos, y sin que el hecho de haber ostentado un nivel económico igual en la categoría inferior como nivel de ascenso suponga la indicada progresión, pues no cabe prescindir de la progresión dentro de la categoría profesional.

Íntimamente ligada con la cuestión anterior, y también figurando como demandada TVE SA, se plantea si los complementos de **antigüedad** (art. 63), de **progresión en el salario base** (art. 61) y de **permanen-**

cia en el nivel máximo en la categoría (art. 65) que establece el X Convenio Colectivo de RTVE, deben reconocerse o no a los trabajadores «indefinidos temporales» (que no fijos en plantilla), cuando los referidos complementos están exclusivamente previstos en la norma convencional en favor de los trabajadores fijos. La Sala tras una profusa labor argumental, insiste en que el alcance real de la distinción entre fijeza e indefinición temporal de la relación, se refiere esencialmente a la extinción del vínculo porque, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores fijos, los indefinidos pueden ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado. Concluye que los citados complementos, ligados a la antigüedad, deben ser los mismos para los «fijos» y para los «indefinidos» que cumplan las previsiones convencionales, ya que su no aplicación a éstos carece de justificación objetiva y razonable. Y sin perjuicio de que sí se puedan establecer diferencias respecto a los trabajadores «temporales». (STS 24-7-2008, Rc 3964/07; 9-10-2008, Rc 4029/07; 13-10-2008, Rc 3170/08; 19-11-2008, Rc 3154/07; 4-12-2008, Rc 4592/07, 29-1-2009, Rc 326/09 y 9-3-2009, Rc 754/08, entre otras).

Una indiscutible trascendencia practica, presentan las SSTS 18-9-2008 (Rc 222/08) y 4-2-2009 (Rc 270/08), en cuanto determinan **la fecha de efectos económicos** de los nuevos complementos, asignados a los puestos de trabajo por la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación (CIVEA) del I Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado (C.C.U.) de 1.998. La Sala IV, estima que de conformidad con el apartado 7.º del Acuerdo de 24-9-03, solo se tiene derecho a percibir, con efectos del día 1-1-03, los complementos de puesto de trabajo que fueron fijados en la RPT inicial, pero no los que se atribuyeron con la posterior modificación que aprobó la CIVEA. Tales efectos retroactivos ya no pueden postularse, al amparo de la norma colectiva, respecto de las modificaciones de la RPT inicial que se vayan aprobando con posterioridad, cuyos efectos económicos serán los que en cada caso acuerde la CIVEA en uso de la autonomía colectiva.

12. Tiempo de trabajo: Modificación de horario sin reducción de jornada

A partir de la Ley 39/1999, de conciliación de la vida laboral y familiar, se ha reconocido a los trabajadores un derecho a reducir su jornada de trabajo para el «cuidado directo» de determinados familiares, entre

ellos el «menor de seis años» respecto del cual el trabajador o trabajadora tenga la guarda legal. El régimen jurídico de este derecho se halla incorporado al art. 37 ET y con apoyo en esta regulación legal, en la **STS 13-06-2008 (Rc 897/07)**, dictada en Sala General y con Voto Particular, se debate el alcance del derecho conferido en dicho precepto y si el mismo permite o no una interpretación extensiva, de manera que se pueda cambiar el horario o el turno de trabajo, sin la correlativa reducción horaria. En el caso, la demandante, madre de un hijo menor de seis años y separada mediante sentencia judicial, interesó como consecuencia de su situación de cuidado de un hijo, la asignación de una jornada completa en turno de mañana de tal suerte que le permitiera conciliar su vida familiar y laboral, en vez del horario partido de mañana y tarde que venía disfrutando. La empresa denegó su petición. El Tribunal Supremo entiende que tal petición carece de amparo legal, ya que el derecho que establece al trabajador el art. 37-6 ET de fijar la concreción horaria, esta vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; de ahí que no sea admisible la modificación unilateral del sistema de trabajo a turno. A mayor abundamiento señala que análoga conclusión se alcanza si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de hombre y mujeres, que si bien ha modificado el art. 34 ET, en el sentido de introducir el apartado ocho, lo condiciona no obstante a los términos que se fijen en la negociación colectiva o acuerdo que se llegue con el empleador que no existe en el caso de autos. A la misma conclusión llega la **TS 18-06-2008, Rc. 1625/07**, en relación con el cuidado de un minusválido.

II. SEGURIDAD SOCIAL

1. Derecho Comunitario de la Seguridad social

1.2. Determinación de la pensión de jubilación de un trabajador que acredita parte de su carrera de seguro en Suecia, habiendo cotizado en España con anterioridad a su incorporación a la Unión Europea. Carácter más beneficioso del Convenio bilateral aplicable

En la **STS 25-3-2009 (Rc 1144/08)** se analiza la forma de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador que acredita parte de su carrera de seguro en Suecia, habiendo cotizado en España con anterioridad a su incorporación a la Unión Europea. Recuerda la Sala que, tras la STJCE 17-12-1998 (TJE 319/98), dictada en el asunto

«Grajera», cabe acudir al Convenio bilateral firmado entre los dos países con los que el trabajador tiene vínculos siempre que las cotizaciones en el país de reconocimiento se hubieran realizado con anterioridad a la incorporación de España a la Comunidad Europea y el Convenio bilateral establezca una condición más beneficiosa, siendo, en caso contrario, de aplicación obligatoria el Reglamento 1408/71. En el presente caso, el Convenio Hispano-Sueco es potencialmente aplicable al supuesto de hecho, ya que las cotizaciones efectuadas en España fueron anteriores a su fecha de incorporación a la Unión Europea, pero, a juicio de la Sala, no puede desprenderse del mismo norma más beneficiosa de aplicación, ya que el Convenio prevé la aplicación de las bases mínimas de cotización durante el período correspondiente a las cotizaciones efectuadas en Suecia, por lo que ha de aplicarse lo dispuesto en la normativa comunitaria, esto es, los salarios reales cotizados en España en los años inmediatamente anteriores a la interrupción de la cotización en España, una vez convenientemente actualizados y revalorizados.

2. Recargo por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral

2.1. *Recargo de prestaciones por accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de salud y seguridad laboral. Responsabilidad de la empresa principal en caso de contratas que se dedican a la «propia actividad»*

La STS 14-5-2008 (Rc 4016/06) analiza el alcance de la responsabilidad de la empresa principal a la hora de imponer el recargo de prestaciones por accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, cuando la empresa contratista —para la que trabajaba el trabajador accidentado— se dedica a la «propia actividad» de la empresa principal. La Sala, con apoyo en su STS 5-05-1999 (Rc 3656/97), recuerda que en los casos en que ha de determinarse la responsabilidad solidaria de la empresa principal, no es relevante tanto que la empresa contratista se dedique a la propia actividad como el hecho de que **la actividad se realice bajo el control o supervisión de la empresa principal, o en centros o lugares de trabajo, dependencias o instalaciones de esta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella**, puesto en este caso es imputable a dicha empresa la omisión del deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores cuyo control o supervisión ejerce.

3. Desempleo

3.1. Desempleo en su nivel contributivo. Derecho a una nueva prestación por desempleo cuando la anterior se ha suspendido en diversos períodos, ninguno de los cuales alcanzó los doce meses de duración, pero sí la suma de ellos

La STS 28-1-2009 (Rc 359/08) plantea un supuesto bastante habitual en el que al actor, perceptor de la prestación por desempleo, le es denegado el acceso a una nueva prestación, por entender el Servicio Público de empleo que no basta con realizar doce meses de trabajos alternos —durante los cuales estuvo interrumpida la prestación—, sino que, para causar derecho a una nueva prestación el trabajo durante el período indicado ha de ser ininterrumpido. La sentencia de la Sala rechaza esta interpretación, basándose para ello en la STS 30-3-2000 (Rc 2105/99), que abordó un supuesto muy próximo en el caso de trabajadores fijos discontinuos, reconociendo el derecho a causar una nueva prestación por desempleo una vez que se acreditaron al menos doce meses de trabajo, a pesar de existir entre medias períodos durante los que no se llevó a cabo actividad laboral alguna. En el presente caso, la Sala reconoce que va aún más allá, ya que no se está ante una actividad de carácter cíclico y, pese a ello, ha de mantenerse que **cabe reconocer al trabajador el derecho a causar un nuevo período de desempleo siempre que haya sumado los doce meses de trabajo previstos en la legislación vigente, con independencia de que estos se lleven a cabo de forma continuada o no.**

3.2. Prestación por desempleo reconocida a trabajador que fue readmitido por opción empresarial ante el despido declarado improcedente, pero cuya relación se extingue posteriormente por la vía del incidente de no readmisión. Responsabilidad de la empresa o del trabajador en orden al abono de las prestaciones indebidamente percibidas

La STS 9-3-2009 (Rc 4429/2007) aborda un complejo supuesto en el que se discute quién es el responsable del abono de la prestación por desempleo indebidamente percibida al Servicio Público de Empleo —en aquel entonces, INEM—. Lo sucedido fue que el despido del trabajador fue declarado improcedente, optando la empresa por la readmisión. Iniciado incidente de no readmisión, el Juez de lo Social procedió a extinguir el contrato de trabajo por readmisión irregular, fijándose la oportuna

indemnización, sin derecho a salarios de tramitación, porque estos se vinieron abonando hasta la extinción judicial de la relación laboral. Habiendo iniciado el trabajador la percepción de la prestación por desempleo tras el despido —por ser de aplicación al supuesto lo establecido en la Ley 45/02, pero sin que resultase aún aplicable la redacción establecida en la Ley 42/06—, las prestaciones percibidas se convierten automáticamente en indebidamente percibidas al producirse la extinción del contrato por readmisión irregular. La Sala recuerda que, en aquel momento, los supuestos como el presente establecían la obligación de que fuera el empleador quien, de forma directa, procediera a reintegrar al INEM las prestaciones indebidamente percibidas, sin perjuicio del derecho del mismo a la deducción de dichas cantidades de los salarios de tramitación. Ahora bien, dado que, en el presente supuesto la empresa había abonado al trabajador los salarios de tramitación, se plantea si ha de hacerse cargo aquella de las prestaciones indebidamente percibidas o si las mismas han de abonarse directamente por parte del trabajador. La sentencia llega a la conclusión de que **es la empresa quien ha de abonar las prestaciones percibidas por el trabajador, por específica previsión legal, sin que pueda acudir al mecanismo de la compensación o a la liberación de la empresa**, por considerar que la misma había realizado el pago de los salarios de tramitación de buena fe. Pero recuerda la Sala que la empresa tiene la condición de tercero en la relación entre el INEM y el desempleado en el abono de la prestación por desempleo, por lo que ninguno de estos preceptos resulta de aplicación.

3.3. Incapacidad temporal tras la extinción del contrato de trabajo con posterior reconocimiento de incapacidad permanente total. Fecha de inicio de la prestación por desempleo

La STS 13-4-2009 (Rc 2255/08) se refiere a un tema que ha dado lugar a fallos previos por parte de la Sala en fechas relativamente recientes. Nos referimos al tránsito de la incapacidad temporal —una vez extinguido el contrato de trabajo— a la incapacidad permanente. En este caso, la cuestión planteada se refiere a un trabajador que, encontrándose en situación de incapacidad temporal, ve extinguido su contrato y solicita prestación por desempleo. Con posterioridad, le es reconocida una incapacidad permanente total. El Servicio público de empleo sólo le reconoce la prestación por desempleo a partir del primer día del mes en que se le ha reconocido la incapacidad permanente total. Reclama el trabajador la prestación por desempleo desde la extinción del contrato. La Sala,

se apoya en sentencias precedentes —SSTS 5-7-2007 (Rc 689/06), 4-3-2008 (Rc 571/07) y 19-5-2008 (Rc 1727/07)— que han abordado supuestos próximos, en los que, a efectos de determinar la base reguladora, la Sala ha tenido que determinar si ha de considerarse en situación de desempleo el trabajador en incapacidad temporal que ve extinguido su contrato y que después, sin solución de continuidad, es declarado en incapacidad temporal. Sostiene así la Sala que **la normativa vigente ha querido que el trabajador que ve extinguido su contrato en situación de incapacidad temporal, se mantenga en dicha situación, aunque perciba una prestación en la misma cuantía que la que le correspondería por desempleo**. De la misma forma, el trabajador que, percibiendo la prestación por desempleo, inicia incapacidad temporal, pasa a estar en esta última situación, pasando de nuevo a percibir la prestación por desempleo, una vez obtenida el alta médica.

3.4. Derecho al desempleo asistencial para mayores de 52 años por trabajadores españoles retornados que percibieron prestaciones por desempleo conforme a la legislación alemana pero que no han efectuado cotización alguna en España

La STS 14-10-2008 (Rc 3165/07) aborda el caso de una trabajadora, perceptora del subsidio por desempleo en Alemania y que decide exportar la prestación en España, por el plazo máximo previsto de tres meses. Posteriormente solicita en España el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, y este le es denegado porque el último lugar en que cotizó no fue España. En efecto, **la Sala llega a la conclusión de que, en virtud del art. 67.3 del Reglamento CE 1408/71, para causar la prestación por desempleo en un país comunitario, han de haberse efectuado las últimas cotizaciones en dicho país**. Dado que, en el presente caso, consta que estas se realizaron en Alemania, la sentencia desestima la demanda.

3.5. Derecho a devengar subsidio por desempleo en el nivel asistencial por parte de quien percibió una indemnización superior a la legal en virtud de ERE afectante a la empresa Telefónica de España, SA

La STS 3-12-2008 (Rc 99/08) pretende determinar si ha de reconocerse derecho a subsidio asistencial por desempleo a un trabajador afectado por un ERE de Telefónica de España SA según el cual percibió una

indemnización superior a la legal. La sentencia reconoce que está claro que la indemnización legal queda en todo caso excluida, centrándose la cuestión debatida en si el exceso ha de computarse a efectos de determinar si el solicitante cumple los requisitos de carencia de rentas previstos en la LGSS. Para la Sala **la extinción del contrato de trabajo del trabajador afectado no trae causa de «planes en sectores en reestructuración» aprobados antes de 26 de mayo de 2002 «en el ámbito de la Unión Europea», por lo que la indemnización superior a la legalmente fijada, se encuentra sujeta.**

3.6. Subsidio por desempleo. Inclusión del nieto como miembro de la unidad familiar

En la STS 5-12-2008 (Rc 2548/06) se discute, a efectos del cómputo de las rentas, si hay que incluir en la unidad familiar a la nieta que convive en el domicilio del solicitante con su madre, hija del anterior. La Sala recuerda que, **salvo supuestos como los abordados en la STS 13-6-98 (Rc 4718/97) —en los que cabe computar como miembro de la unidad familiar al nieto cuando los padres han fallecido y es el abuelo quien asume la guarda y cuidado de aquellos—, ha de aplicarse el criterio fijado normativamente, por el que sólo cabe computar en la unidad familiar a los hijos del solicitante.**

3.7. Derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Trabajadora que, tras percibir el subsidio por desempleo para emigrantes retornados, se mantiene siempre inscrita como demandante de empleo. Alcance del concepto de situación asimilada al alta

La STS 28-4-2009 (Rc 1813/08) se plantea si una trabajadora emigrante que ha retornado a España y que, inmediatamente después ha percibido el subsidio de desempleo de emigrantes retornados, permaneciendo con posterioridad siempre inscrita como demandante de empleo, tiene derecho a la percepción del subsidio para mayores de 52 años por entenderse que se encontraba en situación asimilada al alta. La cuestión se centra en determinar si el hecho de que retornase a España implica una pérdida voluntaria del empleo, que la incapacitaría para considerar que se encuentra en situación asimilada al alta. Sostiene la sentencia que los trabajadores emigrantes retornados son declarados en situación legal de

desempleo sin exigir que la extinción contractual en el país de emigración se haya producido por causas ajenas a la voluntad del trabajador. Siendo esto así, **ha de considerarse que la trabajadora se mantuvo siempre en situación asimilada al alta, al constar que tras su retorno a España, y posterior percepción del subsidio por desempleo para emigrantes retornados, siempre se mantuvo inscrita como demandante de empleo.**

3.8. Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Reconocimiento del derecho a trabajador a tiempo parcial que percibe rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional

La STS 13-5-2008 (Rc 901/07) analiza el caso de un trabajador que perdió uno de los dos empleos que realizaba, iniciando el cobro de la prestación por desempleo parcial, manteniendo el anterior empleo, por el que percibía ingresos superiores al 75% del salario mínimo interprofesional. Tras el agotamiento de dicha prestación, solicitó subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que le fue inicialmente concedido, pero respecto del cual, con posterioridad, el Servicio Público de Empleo le reclama las cantidades, a su juicio, indebidamente percibidas. La Sala entiende que, **aunque es cierto que la normativa vigente prevé la posibilidad de compatibilidad la percepción del subsidio de desempleo y un trabajo a tiempo parcial una vez que se ha reconocido el primero —si bien, disminuyendo su cuantía en función del tiempo trabajado—, dicha compatibilidad no puede extenderse al momento de reconocimiento del derecho, en particular, cuando, como sucede en el presente caso, los ingresos del trabajador por el trabajo a tiempo parcial superan el 75% del salario mínimo interprofesional, requisito este respecto del cual no cabe aplicar excepciones.** Según la sentencia, «Desde esta perspectiva, la naturaleza asistencial del subsidio significa que, a falta de previsión normativa específica, no cabe moderar un requisito legal cuya interpretación gramatical es clara. El número 1 del art. 215 LGSS exige que quien pretenda acceder al subsidio carezca de ingresos que superen el límite allí establecido, sin excepción o moderación alguna en función de la naturaleza de la actividad, y por ello no se ajusta al precepto afirmar que en caso de que se presten servicios por cuenta ajena en la modalidad de a tiempo parcial, ese requisito de inexistencia de ingresos ha de moderarse proporcionalmente a la duración o extensión temporal del trabajo realizado» (fundamento jurídico cuarto).

4. Incapacidad Temporal

4.1. Incapacidad temporal por recaída, cuando no se ha agotado el período máximo previsto en la legislación vigente. Determinación del momento relevante para entender cumplidos los requisitos de carencia y alta o situación asimilada al alta

La STS 1-4-2009 (Rc 516/08), de Sala General, rectifica la jurisprudencia contenida en las SSTS 27-6-2006 (Rc 1372/04) y 6-7-2006 (Rc 510/05). En las mismas, la Sala había señalado que, en supuestos de recaída por una enfermedad que generó un previo procedimiento de incapacidad temporal, sin que hayan transcurrido seis meses desde aquel, ha de estarse al momento de la recaída para apreciar la concurrencia de los requisitos que dan derecho a la incapacidad temporal, en concreto, el período de carencia y el cumplimiento del requisito de estar de alta o en situación asimilada al alta. Ahora, la Sala procede, en primer lugar, a distinguir, a efectos de la incapacidad temporal, entre recaída y recidiva. En concreto, para la Sala, la recaída se produciría cuando, por la misma enfermedad, se abre un segundo período de incapacidad temporal en un plazo inferior a los seis meses, siempre que no se hubiera agotado con la primera incapacidad temporal el período máximo de duración de la misma previsto por la legislación vigente. Por su parte, la recidiva se produciría en aquellos casos en que se reclama incapacidad temporal por la misma enfermedad y se ha agotado el período máximo de duración de la prestación referida. En el presente caso, estamos ante una situación que hace referencia al primer concepto enunciado. Ahora bien, para entender el cambio de posición de la Sala, ha de partirse de la modificación introducida en el art. 131.bis LGSS por la Ley 30/05, teniendo en cuenta, por otra parte, que al supuesto no le es de aplicación por razones temporales la reforma introducida por la Ley 40/07. Según la misma, **en los supuestos de recidiva, una vez agotado el período máximo de incapacidad temporal, el sujeto causante ha de haber cotizado seis meses para poder generar una nueva prestación de incapacidad temporal.** El tenor literal de la norma supone, en primer lugar, una modificación del criterio contenido en las SSTS 10-10-2006 (Rc 1169/05) y 15-1-2008 (Rc 1054/06), entre las más recientes. Pero, además, indirectamente, se desprende de esta normativa una solución **para los supuestos como el presente, en los que, sin haber agotado el período máximo de duración de la incapacidad temporal, se produce una recaída antes del transcurso de seis meses.** Para la Sala, **a la hora de apreciar el requisito de la carencia y el cumplimiento del alta, ha de estarse**

a la fecha de declaración de la primera incapacidad temporal y no a la fecha de la recaída. Todo ello sin perjuicio de que, por razones de flexibilidad, convenga mantener la jurisprudencia contenida en las SSTS 6-11-2000 (Rc 2698/99 y 26/06/2006 (Rc 367/05), entre otras, que permiten acceder a la incapacidad temporal cuando se cumplen los requisitos señalados en el momento de la recaída, pero no en el de inicio de la primera incapacidad temporal.

5. Incapacidad permanente e invalidez

5.1. Incapacidad permanente total. Concepto de «profesión habitual». Policía local que realiza sólo funciones administrativas tras sufrir accidente laboral

La STS 1-6-2008 (Rc 256/07) aborda un supuesto respecto del cual existen antecedentes ya en la Sala, como es la determinación del concepto de «profesión habitual» a la hora de determinar los grados de incapacidad permanente total y parcial. En el caso concreto, se discute cuál ha de ser las funciones que han de tomarse en cuenta para determinar la profesión habitual de un policía municipal que, como consecuencia de un accidente laboral sufrido, vio modificadas sus funciones. Antes del accidente el trabajador realizada las funciones propias de patrulla, mantenimiento del orden público —con lo que ello implica de persecución y detención de delincuentes—, labores de regulación de tráfico, etc., pasando a realizar fundamentalmente tareas administrativas acordes con su clasificación profesional. La sentencia entiende, siguiendo la doctrina contenida en SSTS 23-2-2006 (Rc 5135/04), 12-2-2003 (Rc 861/02) o 27-4-2005 (Rc 998/04) que **no sólo han de tenerse en cuenta las funciones que se realizan y que son propias de la profesión que se ejerce, sino también todas aquellas que integran objetivamente su función.**

5.2. Determinación de la incapacidad permanente parcial de una funcionaria de policía local. Efectos sobre la declaración del grado de incapacidad permanente del pase a la segunda actividad. Concepto de profesión habitual

La STS 25-3-2009 (Rc 3402/07) aborda la declaración en incapacidad permanente parcial de la actora, de profesión funcionaria de poli-

cía local. La actora sufrió accidente de trabajo, y debido a las lesiones y secuelas padecidas, fue adscrita a la denominada «segunda actividad», consistente en labores administrativas de atestados de policía. Se plantea si **el pase a la segunda actividad, por sí mismo**, implica el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial, llegando la sentencia comentada a la conclusión de que dicho pase puede tomarse por parte de los órganos competentes de declaración de la incapacidad permanente como un criterio más, pero **en ningún caso puede constituir un elemento por sí sólo determinante del reconocimiento de la incapacidad**. Por otra parte, la sentencia se plantea si, **a la hora de determinar el grado de incapacidad, se ha de estar** a la segunda actividad ejercida o **al conjunto de actividades que configuran la profesión de policía**. La sentencia opta por este segundo criterio, entendiendo que el que la actora haya sido destinada a la segunda actividad no puede implicar que no se tomen en consideración otras funciones que habitualmente se realizan en el marco de la profesión ostentada por la misma.

5.3. Derecho a prestación de incapacidad permanente cuando por las mismas lesiones ya se había denegado con anterioridad la misma por falta de carencia, y habiendo cotizado posteriormente en distinto Régimen de Seguridad Social

La STS 6-11-2008 (Rc 4255/07) plantea si cabe reconocer una prestación de incapacidad permanente a quien solicitó con anterioridad la misma y esta le fue denegada finalmente por sentencia del TS por falta de carencia. La Sala recuerda que, según su doctrina contenida en las SSTS 29-09-2004 (Rc 5363/03), 21-09-05 (Rc 6651/03) y 21-02-08 (Rc 64/07), para denegar el derecho a la prestación, las lesiones han de ser previas a la afiliación, siempre que, con posterioridad, no se haya producido agravación. En este caso, está claro que las lesiones son posteriores a la afiliación al Sistema de Seguridad, sin que se haya probado que la posterior cotización al Régimen Especial Agrario se deba a fraude de ley, tratándose de cotizaciones reales, por lo que la trabajadora tiene derecho a solicitar nuevamente la prestación inicialmente denegada, una vez cumplida la carencia. Por otra parte, ha de recordarse que la afiliación a la Seguridad Social es única y se produce con la primera incorporación a una actividad que suponga encuadramiento en la misma, por lo que el cambio de Régimen de

Seguridad Social no es relevante para conceder o denegar la prestación solicitada.

5.4. Gran invalidez. Revisión del grado de invalidez por realización de trabajos compatibles con la capacidad residual del perceptor de la prestación. Necesidad de que concurra mejoría

Teniendo en cuenta la doctrina contenida en la STS 30-1-2008 (Rc 480/07), y que ha sido reiterada en este año judicial mediante la **STS 10-11-2008 (Rc 56/08)** la Sala, en la **STS 23-4-2009 (Rc 2512/08)** aborda un supuesto en el que el INSS revisa de oficio una gran invalidez típica —esto es, una incapacidad permanente absoluta a la que se le reconoce la prestación correspondiente a la necesidad de ayuda de una tercera persona para las funciones básicas de la vida cotidiana—, reduciéndola a incapacidad permanente total, pero con mantenimiento de la prestación correspondiente a la necesidad de ayuda de una tercera persona, supuesto que, aunque previsto legalmente, es raramente utilizado por la Administración. La Sala entiende que, **para que el INSS pueda revisar de oficio la prestación reconocida en supuestos de trabajo del inválido, ha de apreciarse una mejoría en la situación del trabajador que le permita justificar la modificación del grado reconocido, sin que baste con la mera realización de un trabajo compatible.**

5.5. Incapacidad permanente. Revisión de grado que confirma el anterior: necesidad de fijar plazo para instar una nueva revisión tras la entrada en vigor de la Ley 52/2003

Hasta la entrada en vigor de la Ley 52/2003, que modificó el art. 143.2 LGSS, la Sala venía sosteniendo que la necesidad de fijar plazo para una nueva revisión sólo afectaba a las resoluciones iniciales de declaración de incapacidad permanente y aquellas que reconocen un nuevo grado, pero no a las resoluciones denegatorias de la revisión del grado (así, STS 30-6-2000 (Rc 4226/99)). Ahora bien, tras la entrada en vigor de la nueva norma, **la STS 14-5-2008 (Rc 3063/07) recuerda que dicha obligación de fijar plazo alcanza también a aquellas resoluciones que procedan a confirmar el grado de incapacidad permanente**, es decir, aquellas resoluciones que resuelvan en sentido negativo la revisión del grado de incapacidad permanente.

5.6. *Derecho a revisar una pensión de incapacidad permanente parcial antes del plazo fijado en la resolución de reconocimiento de la prestación*

Para la **STS 18-11-2008 (RC 543/08) un trabajador en incapacidad permanente parcial** —que inicialmente le fue reconocida como incapacidad permanente total, pero que finalmente fue fijada como incapacidad permanente parcial en sentencia firme— **puede solicitar revisión por agravación, si se encuentra trabajando, con anterioridad a la fecha de revisión prevista en la resolución inicial que le reconoció la prestación.** Para la Sala, no cabe limitar la posibilidad de revisar la prestación antes de plazo a los supuestos de reconocimiento de pensiones de incapacidad permanente y, en consecuencia, ha de reconocerse este derecho también a aquellos supuestos en los que se genera una prestación a tanto alzado, cual sucede en el caso juzgado en la sentencia recurrida.

5.7. *Trabajadores a tiempo parcial. Cómputo de los «días cuota» a los efectos de determinar el cumplimiento del período de carencia requerido para causar una pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común*

La **STS 25-6-2008 (Rc 2502/07)** analiza el caso de una trabajadora a la que se le denegó incapacidad permanente absoluta por enfermedad común por no haber cumplimentado el período de carencia requerido para causar la prestación. Tanto en la instancia como en suplicación se desestimó su pretensión. Ahora bien, la Sala de suplicación reconoció a la actora un número de días teóricos de cotización superiores, pero consideró que no procedía añadir los 334 días de cotización que el INSS originariamente había computado en función de los «días cuota» que el correspondían a la actora en virtud de sus cotizaciones correspondientes a las pagas extraordinarias. Limitado el debate a este último punto en casación para unificación de doctrina, la Sala recuerda que, **en el caso de los trabajadores a tiempo completo, y a salvo de lo previsto expresamente por la legislación vigente en materia de jubilación, a la hora de calcular el período de carencia de las restantes prestaciones, se toman en consideración los días cuota. Siendo esto así, ha de entenderse aplicable a este supuesto el cómputo de los días cuota,** ya que la legislación específica en materia de prestaciones correspondientes a trabajadores a tiempo parcial no se ocupa expresamente de la cuestión, ni es incompatible con

su reconocimiento. Recuerda la Sala que el cómputo de los días teóricos de cotización no toma en cuenta la cotización correspondiente a las pagas extraordinarias, como tampoco la regla que incrementa, a efectos de carencia, por 1,5 los días cotizados por los trabajadores a tiempo parcial. En consecuencia, considera la Sala que de no aplicarse los días cuota a los trabajadores a tiempo parcial y sí a los trabajadores a tiempo completo, se estaría reconociendo una discriminación, todo ello teniendo en cuenta la doctrina contenida en la STC 253/2004, de 22 de diciembre.

5.8. Incapacidad permanente por enfermedad profesional. Determinación de la base reguladora. Inclusión de la cuantía anual de las pagas extraordinarias y no la parte proporcional del tiempo trabajado

En la **STS 5-5-2009 (Rc 1243/08)** se analiza cómo ha de calcularse la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. En concreto, se discute si ha de incluirse la parte proporcional de las pagas extraordinarias o la totalidad de la cuantía de las mismas en cómputo anual, teniendo en cuenta que el trabajador procedía de una situación de incapacidad temporal. **La Sala**, aplicando lo dispuesto en los arts. 60.2.^a y 63 párrafo 2.º del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, **llega a la conclusión de que la norma establece claramente que han de incluirse las pagas extraordinarias en su cómputo anual**, por lo que no puede limitarse su cómputo a la parte proporcional del período trabajado antes del inicio de la incapacidad temporal.

6. Jubilación

6.1. Expediente de regulación de empleo que afecta a toda la plantilla de una empresa y, en consecuencia, a trabajador jubilado parcialmente y a trabajador relevista. Obligación de la empresa de proceder a abonar la prestación de jubilación parcial hasta su jubilación ordinaria o anticipada

Las **SSTS 29-5-2008 (Rc 1900/07)**, **23-6-2008 (Rc 2335/07)** y **19-9-2008 (Rc 3804/07)** han abordado la cuestión del alcance de la responsabilidad empresarial respecto a la prestación de jubilación parcial de un trabajador sustituido mediante contrato de relevo, cuando tanto el ju-

bilado parcialmente como el relevista se han visto afectados por un expediente de regulación de empleo que ha afectado a la totalidad de la plantilla. **La Sala entiende que al no existir relación laboral con el trabajador jubilado parcialmente, tampoco existe obligación de contratar a un trabajador relevista**, por lo que el supuesto no encaja en lo establecido en el apartado 2 de la DA.2.^a RD 1131/02, al no haberse despedido improcedentemente al trabajador jubilado a tiempo parcial ni, en consecuencia, al apartado 4 de dicha DA, que sólo establece la responsabilidad respecto del abono de la prestación de jubilación parcial hasta la jubilación anticipada u ordinaria del trabajador jubilado parcialmente cuando se haya producido un incumplimiento de lo dispuesto en la citada disposición, lo cual no sucede en el presente caso.

6.2. Contrato de relevo con trabajador que se encuentra en situación de desempleo pero que realiza a su vez una prestación a tiempo parcial para otro empleador.

Para la **STS 16-12-2008 (Rc 4254/07)**, en el caso de celebración de un contrato de relevo, es necesario que el trabajador relevista se encuentre en situación de desempleo, aunque no a tiempo completo, de tal forma que puede encontrarse vinculado a otra empresa mediante un contrato a tiempo parcial.

6.3. Determinación del carácter voluntario de trabajador prejubilado de Telefónica de España, SA que es contratado temporalmente por un período corto de duración antes de cumplir la edad de jubilación. Coeficiente reductor aplicable

En la **STS 14-5-2008 (Rc 884/07)**, se discute cuál ha de ser el coeficiente reductor aplicable a un trabajador prejubilado de la empresa Telefónica de España, SA, que, tras haber permanecido un largo período de tiempo como desempleado, fue contratado temporalmente durante casi nueve meses, concluyendo dicha relación laboral cuatro meses antes de cumplir la edad de jubilación. La cuestión consiste en determinar si dicho contrato ha de considerarse celebrado en fraude de ley con la finalidad de conseguir que se considere que el trabajador ha perdido involuntariamente el trabajo desarrollado. Ha de recordarse que la Sala ha consolidado una jurisprudencia que ha entendido que la prejubilación

llevada a cabo en el caso de la empresa Telefónica de España, SA no constituye un cese involuntario en el trabajo, ya que los trabajadores podían acogerse libremente a la extinción incentivada ofrecida por parte de la empresa [en este sentido, SSTs 4-7-2006 (Rc 4699/04), 13-10-2006 (Rc 4694/04), 23-10-2006 (Rc 1594/05) y 14-3-2007 (Rc 5441/05), entre otras]. La sentencia ha llegado a la conclusión de que no existen indicios que permitan apreciar la existencia de fraude de ley —el cual, como es sabido, no puede presumirse—, ya que **el trabajador, durante su larga permanencia en el desempleo, no fue sancionado por rechazar ninguna oferta adecuada de empleo, sin que del hecho de desarrollar una actividad temporal unos meses antes de su jubilación sea indicio suficiente para entender que la aceptación de dicho trabajo constituye fraude de ley**. Tras esta sentencia, ha de tenerse en cuenta que la Sala ha dictado varias sentencias sobre el mismo tema apreciando falta de contradicción, y poniendo de manifiesto las indudables dificultades existentes para apreciar la contradicción requerida en supuestos en los que lo discutido es la existencia de fraude. Así, debe citarse la **STS 22-1-2009 (Rc 4610/07)**.

6.4. Sacerdotes o religiosos que causan una pensión de jubilación parcial con anterioridad a cumplir los sesenta y cinco años de edad. Posibilidad de solicitar que esta se incremente en función de los períodos de actividad religiosa asimilados

Para la **STS 13-10-2008 (Rc 3330/07)**, aquellas personas que causen una pensión de jubilación parcial con anterioridad al cumplimiento de la edad de 65 años en función de las cotizaciones realizadas, pueden solicitar que se incremente la base reguladora aplicable computando como asimilados a años cotizados aquellos años durante los que no pudieron cotizar a la Seguridad Social por impedirlo la normativa vigente en aquel momento. La Sala, con apoyo en su doctrina contenida en las SSTs 28-2-2001 (Rc 1506/00 y 1057/00), dictadas ambas en Sala General, que declaró que sólo son computables como asimilados a cotizados aquellos períodos durante los que no se pudo efectivamente cotizar, existiendo Sistema de Seguridad Social establecido para ello, entiende que **la necesidad de esperar hasta tener cumplidos los sesenta y cinco años para reclamar el reconocimiento de la prestación de jubilación en función de los años asimilados a cotizados, no ha de alcanzar a aquellas personas que, en virtud de sus cotizaciones reales, cumplen el período**

de carencia para causar una pensión de jubilación y pretenden computar los años de sacerdocio o de profesión religiosa exclusivamente a los efectos de incrementar la cuantía de la pensión, teniendo en cuenta que la jubilación parcial exige precisamente, para poder causarla, tener cumplidos los sesenta años de edad, sin que el RD 2665/98 establezca una determinada edad para poder acceder al beneficio del incremento de la pensión de jubilación.

6.5. *Derecho a la jubilación parcial por parte de un trabajador por cuenta ajena que se encuentra de alta en el Régimen General en el momento de solicitar la misma, pero que no alcanza en dicho Régimen cotizaciones suficientes en dicho Régimen, debiendo causar la prestación de jubilación en el RETA*

En la importante **STS 20-1-2009 (Rc 4605/05)** se analiza si tiene derecho a acogerse a la jubilación parcial un trabajador por cuenta ajena que, en el momento de solicitar la pensión, se encontraba afiliado y de alta en el Régimen General, pero que había cubierto sólo un tercio de las cotizaciones acreditadas en dicho Régimen, correspondiendo los dos tercios restantes al RETA. Por otra parte, en el Régimen General, no acredita cotizaciones suficientes por sí solas para causar la prestación de jubilación en el mismo, aunque sí en el RETA. Consta asimismo que el trabajador había cotizado también durante su vida laboral al Régimen Especial Agrario, sin que tampoco alcanzara en este Régimen la carencia suficiente para generar el derecho a la prestación de jubilación. La Sala recuerda la jurisprudencia contenida en la STS 4-3-1993 (Rc 1222/93), —pese a no resultar de aplicación al caso, dado que el trabajador acreditaba cotizaciones suficientes en el RETA—, señalando que en aquellos casos en que resulta necesario efectuar el cómputo recíproco de las cotizaciones por no alcanzarse el período de carencia en ninguno de ellos, ha de causarse la misma en aquel en el que el trabajador acredite más cotizaciones que, en el presente caso, también sería el RETA. A partir de este dato, la Sala llega a la conclusión de que, **aun causando la prestación en el RETA, ninguna norma de Seguridad Social impide que al trabajador le sea reconocida la jubilación parcial, teniendo en cuenta que en el momento de causar la prestación se encuentra de alta en el Régimen General como trabajador por cuenta ajena**. Recuerda por último la Sala que la nueva normativa en la materia, contenida en la Ley 40/07 —que no resulta de aplicación al caso—, establece una antigüedad en la empresa de seis años inmediata-

mente anteriores a solicitar la jubilación parcial, exigiendo asimismo una cotización mínima de treinta años en el Sistema de Seguridad Social. Como puede observarse, la nueva normativa no se opone a que se reconozca el derecho a la jubilación parcial al trabajador por cuenta ajena que cumpla los referidos requisitos, ya que no establece la obligación de que las cotizaciones realizadas durante los treinta años requeridos hayan sido realizadas necesariamente en el Régimen General.

6.6. Pensión de jubilación anticipada respecto de trabajador que no tiene la condición de mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967 y que ha de causar la pensión en el RETA por no acreditar cotizaciones suficientes en el Régimen General

Muy relacionada con el caso que acaba de comentarse, ha de reseñarse la **STS 15-1-2009 (Rc 208/08)**, en la que la pretensión no consiste en causar una prestación de jubilación parcial, sino una pensión de jubilación anticipada a los 61 años de edad por parte de quien no tenía la condición de mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967. El trabajador había cotizado 6.240 días en el RETA durante el período 1-12-77 a 31-12-94; 2.867 días en el Régimen General, desde 9-2-94 a 30-12-04; y 2.191 días en el REA por cuenta ajena en el período 1-1-73 a 31-12-78. El trabajador no acreditaba cotizaciones suficientes para causar la prestación de jubilación ni en el REA ni en el Régimen General, por lo que resultaba necesario acudir al cómputo recíproco de las cotizaciones, debiendo causar la prestación en el RETA. Pero **la Sala recuerda que no cabe causar la pensión de jubilación anticipada en el RETA, salvo en el supuesto de que el solicitante hubiera tenido la condición de mutualista con anterioridad al 1 de enero de 1967, al disponerlo así de forma expresa la Ley 47/98**. En consecuencia, aun siendo la Sala consciente del diverso tratamiento dado a la jubilación parcial y a la jubilación anticipada, procede a no reconocer el derecho a la jubilación anticipada al trabajador en cuestión.

6.7. Pensión de jubilación en su nivel no contributivo. Cómputo a efectos del cumplimiento del límite de ingresos de una indemnización por accidente de circulación

En la **STS 30-4-2009 (Rc 856/08)** se aborda si se ha de computar como renta, a efectos de causar una pensión de jubilación no contributi-

va, la indemnización percibida por accidente de circulación. La Sala entiende que este concepto indemnizatorio no cabe entenderlo incluido en alguno de los supuestos previstos por la norma de Seguridad Social a tales efectos («cualesquiera bienes o derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional»), por lo que no ha de computarse como renta a los efectos de determinar si el causante supera o no el límite de ingresos establecido a tales efectos. Todo ello teniendo en cuenta, además, tal y como declara la **STS 27-1-2009 (Rc 1354/08)** que la interpretación de los requisitos de acceso a las prestaciones contributivas y no contributivas ha de efectuarse «de forma y manera que su aplicación no frene si dinamismo progresivo, acorde con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución, en cuanto inherentes al Estado Social y de Derecho».

6.8. Inclusión como renta de la unidad familiar de una subvención por adquisición de vivienda habitual concedida a favor de la hija de una perceptora de pensión de jubilación no contributiva.

Por su parte, la **STS 6-4-2009 (Rc 3006/08)** se ocupa de determinar si ha de computarse una subvención concedida por la Junta de Extremadura para la adquisición de la vivienda habitual a los efectos de determinar el cumplimiento de los límites de renta establecidos para causar una pensión de jubilación en su modalidad no contributiva. La Sala, con apoyo en las SSTS 14-12-2001 (Rc 2544/01) y 19-4-2002 (Rc 2202/01) recuerda que para el cómputo anual de las rentas del solicitante y de los demás miembros de la unidad familiar cabe aplicar dos reglas: la primera, en el caso de presentación del declaración del IRPF se presumirá, salvo prueba en contrario, que la renta está constituida por las rentas anuales declaradas por cada uno de los componentes de la unidad familiar; la segunda, si no se ha presentado declaración del IRPF, se tomarán en consideración las rentas comprendidas en los doce meses anteriores a la solicitud, según las reglas establecidas en el IRPF, estableciéndose expresamente que «en ausencia de rendimientos efectivos de bienes muebles o inmuebles de que disponga el solicitante o la unidad familiar, estos se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto de la Renta de las personas físicas, con excepción, en todo caso, de la vivienda habitualmente ocupada por el solicitante y su familia». Interpretada esta excepción a la luz del art. 47 de la CE y de lo establecido en el art. 3.1 Cc, la Sala llega a la conclusión de que **la subvención concedida por**

adquisición de vivienda habitual no ha de computar a los efectos de determinar si el solicitante o la unidad familiar superan los límites de renta establecidos en la legislación vigente para causar una pensión de jubilación no contributiva.

7. Muerte y supervivencia

7.1. Cuantía de la pensión de orfandad de hijo extramatrimonial pese a que viva la madre. Inclusión en la misma de la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad

En la **STS 9-6-2008 (Rc 963/07)**, se discute la cuantía de la prestación de orfandad que le ha de corresponder a un hijo extramatrimonial por fallecimiento del padre pese a que viva la madre, teniendo en cuenta que ninguna persona tuvo vínculo matrimonial con el fallecido. La Sala modifica su doctrina, que hasta la fecha había venido pronunciándose en el sentido de que la prestación de orfandad del hijo extramatrimonial no se incrementaba con la pensión de viudedad que le hubiera correspondido al cónyuge, porque no puede hablarse de la existencia de un cónyuge sobreviviente en el supuesto de hecho analizado, al no haber contraído nunca matrimonio el causante [por todas, STS 23-2-1994 (Rc 1264/93)]. La razón para modificar la misma se encuentra en la STC 154/2006 de 22 de mayo que, analizando un supuesto próximo al presente, aunque relativo al derecho a una indemnización a tanto alzado por fallecimiento en supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, llegó a la conclusión de que la interpretación realizada implicaba un impacto negativo en los derechos de los hijos extramatrimoniales, sobre todo desde la perspectiva del cumplimiento del principio de igualdad de trato entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. En consecuencia, la Sala llega a la conclusión de que la doctrina de la sentencia de suplicación es la correcta, en la medida en que **ha de reconocerse al huérfano extramatrimonial el derecho al incremento de la pensión de orfandad en la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad, todo ello sin perjuicio de lo que quepa interpretar cuando se analice un supuesto en el que ya resulte de aplicación la reforma introducida por la Ley 40/2007 en el art. 174.3 LGSS**, en el que, por vez primera, se regula el derecho a la pensión de viudedad de quienes se hallaren unidos al causante como pareja de hecho en el momento del fallecimiento de este.

7.2. Derecho a pensión de viudedad a favor de quien convivía «more uxorio» con otra persona del mismo sexo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/05

En la STS 29-4-2009 (Rc 577/08), de Sala General, se analiza si cabe reconocer la pensión de viudedad a quien convivía «more uxorio» con otra persona del mismo sexo, que falleció con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/05, que reguló por primera vez en España el matrimonio entre homosexuales. Más en concreto, lo que pretende el actor es que se aplique analógicamente al supuesto de hecho la DT. 10.^a de la Ley 30/1981, que reguló en España por primera vez el divorcio, y que reconoció el derecho a percibir la pensión de viudedad a quienes no pudieron contraer matrimonio con anterioridad a dicha fecha por impedírselo la legislación entonces vigente, siempre que el fallecimiento hubiera tenido lugar, obviamente, con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley. **La sentencia, con un importante Voto particular, firmado por cinco magistrados de la Sala, entiende que la Ley 13/05 no ha establecido de forma expresa una disposición transitoria como la que se pretende aplicar, sin que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo venga reconocido expresamente en la Constitución, por lo que no vulnera el derecho a la igualdad el que sólo se pueda acceder a la pensión de viudedad tras la regulación de dichos matrimonios, cumpliendo así con el principio de irretroactividad de la ley previsto en el Código Civil.** La Ley no pretende así eliminar una situación discriminatoria preexistente, sino instaurar algo nuevo, eliminando una concepción que estimó anticuada en cuanto a las relaciones de convivencia entre parejas del mismo sexo. El Voto particular discrepa de este fallo, entendiendo que el matrimonio entre personas del mismo sexo merece el mismo tratamiento que el previsto en la Ley 30/1981, so pena de caer en la arbitrariedad, debiendo aplicarse la D.T. 10.^a de dicha Ley por la vía analógica, en virtud del principio de igualdad constitucionalmente reconocido.

8. Mejoras Voluntarias

8.1. Derecho a mejora de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo, y habiéndose declarado con posterioridad que la extinción constituía despido improcedente

La STS 10-2-2009 (Rc 3672/07) analiza un interesante supuesto en el que el trabajador se encontraba ya en situación de incapacidad tempo-

ral cuando su contrato fue extinguido, reclamando por despido improcedente, y estimándose la demanda, sin derecho a salarios de tramitación —al estar el trabajador en incapacidad temporal— optando la empresa por la indemnización. Reclama en el presente procedimiento su derecho a la mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo para la incapacidad temporal, desde la decisión extintiva de la empresa hasta la opción empresarial por la indemnización, una vez declarado el despido improcedente. La sentencia considera que el trabajador tiene derecho a la mejora, ya que, aunque el trabajador no tenga derecho a los salarios de tramitación, según se desprende de doctrina ya consolidada [SSTS 28-5-1999 (Rc 2646/98) y 11-2-2003 (Rc 1801/02)], **el empresario está obligado durante el período reclamado al abono de las cotizaciones correspondientes, por lo que el mismo se considerará «período de ocupación cotizada a todos los efectos», incluyendo por tanto, el derecho a lucrar la mejora voluntaria.**

8.2. *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. El Acuerdo de exteriorización de los compromisos por pensiones de 14 de noviembre de 2000 no se aplica a los trabajadores que estaban en excedencia voluntaria, siempre que no vuelvan a prestar servicios en activo*

Según la STS 3-11-2008 (Rc 2879/07), el Acuerdo de 14 noviembre de 2000 por el que se convino entre la empresa BBVA y sus trabajadores exteriorizar los compromisos por pensiones no se aplica, cual se deriva de su tenor literal, a quienes entonces estaban en excedencia voluntaria, pero tampoco a los excedentes voluntarios que «no vuelven a prestar servicios efectivos» al Banco, aunque pidan el reingreso y la empresa **los indemnice por despido improcedente, pues no llegan a adquirir la condición de activos.**

9. Regímenes Especiales

9.1. *Baja por maternidad en el RETA solicitada en el período de noventa días posteriores a cursar la baja en dicho Régimen*

En la STS 5-12-2008 (Rc 2836/07), la Sala aborda un supuesto próximo aunque no idéntico al planteado en la STS 25-6-2008 (Rc 3432/07). Se analiza el acceso a la prestación por maternidad de una trabajadora

que, estando en situación de incapacidad temporal, causa baja en el RETA y, posteriormente, al día siguiente del alta médica —que se produce antes del transcurso de noventa días desde la baja en el RETA—, solicita el subsidio por maternidad, encontrándose ya en vigor el RD 1251/01. La Sala reitera su doctrina contenida en las SSTS 26-1-2005 (Rc 3499/03), y 29-4-2002 (Rc 2078/01) —si bien anteriores a la entrada en vigor de la mencionada norma reglamentaria—, entendiéndose que **el hecho de que en el Régimen General no se regule una situación especial de asimilación al alta durante los 90 días posteriores a la baja en el RETA, no impide aplicar este específico supuesto a la maternidad en el RETA, considerando así en situación asimilada al alta a quienes pretenden causar la maternidad en el plazo de 90 días desde la baja efectiva.**

9.2. Régimen Especial de Trabajadores autónomos. Aplicación del mecanismo de invitación al pago a la incapacidad temporal

La STS 10-2-2009 (Rc 1253/09) estudia la vigencia de la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS 24-1-2006 (Rc 3691/04 y 23-5-2006 (Rc 696/05) entre otras, y que habían sostenido que el mecanismo de invitación al pago no resultaba de aplicación a los supuestos de incapacidad temporal. A tal fin, hay que tener en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 52/2003 en la DA. 39 LGSS y el desarrollo de esta en el RD 1273/03, de 10 de octubre. Para la Sala, **está claro que ha de modificarse el criterio mantenido en las sentencias citadas, ya que la normativa citada ha incorporado el mecanismo de invitación al pago a todas las prestaciones reconocidas en el RETA y, de forma expresa, el art. 12 RD 1273/03 lo reconoce específicamente en relación con la incapacidad temporal.**

9.3. RETA. Mecanismo de invitación al pago. Imputación del pago de las cantidades debidas a otras cuotas correspondientes al Régimen General

En la STS 2-12-2008 (Rc 663/08) se estudia un supuesto específico en el que se plantea si, utilizado el mecanismo de invitación al pago y abonadas las cantidades debidas, estas han de causar los efectos de generación de la prestación previstos en la normativa vigente pese a que el deudor tenga pendientes otras deudas con la Seguridad Social —cuotas

correspondientes al Régimen General— a los que aquella ha imputado los pagos. La Sala recuerda que esta prioridad en el pago de las cuantías debidas sólo se establece por parte de la legislación vigente en supuestos procedimientos ejecutivos y, no habiendo sido este el caso de autos, procede sin más imputar el pago a la partida para la que se ha abonado voluntariamente por parte del deudor.

9.4. Subsidio por desempleo en el Régimen Especial Agrario. Trabajadora cuyas rentas superan el salario mínimo interprofesional, pero sin que el conjunto de la unidad familiar supere el límite previsto al respecto

En la **STS 18-6-2008 (Rc 4885/06)** se analiza si tiene derecho a causar el subsidio por desempleo una trabajadora afiliada al Régimen Especial Agrario que ha percibido rentas superiores al salario mínimo interprofesional durante los últimos doce meses, pero que, tomando en cómputo conjunto las rentas de la unidad familiar, no supera los umbrales de renta fijados en el RD 5/1997. La sentencia de la Sala, revisando, al menos parcialmente, la doctrina sentada en la STS 10-11-2005 (Rc 4973/04) —la cual, pese a referirse a un problema distinto al presente caso, termina tomando en consideración las rentas globales de la unidad familiar, pese a que los ingresos de la actora superaban con claridad el límite del salario mínimo interprofesional— llega a la conclusión de que **lo que exige la norma es tanto que no se supere el límite impuesto a la unidad familiar, como que la solicitante de la prestación no perciba ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.**

9.5. Minería del Carbón. Incapacidad permanente declarada tras la jubilación. Cálculo de la base reguladora en función de los salarios reales. Determinación de los mismos en función de los fijados para la categoría profesional en el convenio colectivo de aplicación o en función del promedio de los salarios percibidos por los trabajadores de la misma categoría profesional

La **STS 24-2-2009 (Rc 44/08)** analiza la forma de cálculo de la base reguladora de un perceptor de la pensión de jubilación al que se le reconoce prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional —silicosis— en el Régimen Especial de la Minería del Carbón.

La sentencia comienza señalando que no se discute en el presente caso que la base reguladora ha de calcularse en función de los salarios reales percibidos. Ahora bien, dado que el titular del derecho no se encontraba en activo en el momento de causar la prestación, ha de realizarse algún tipo de cálculo para determinar este. La Sala entiende que el pensionista no realizaba trabajos como destajista en el momento de producirse el hecho causante, por lo que no puede acudir al salario normalizado o salario promedio percibido por los trabajadores sometidos a dicho sistema de prestación de trabajo. Para la Sala, la base reguladora del pensionista podría calcularse en función del salario previsto para su categoría profesional, pero esto plantea innumerables problemas a la hora de determinar los complementos que hubieran resultado de aplicación. En consecuencia, y **teniendo en cuenta que la empresa aún existe y que puede probarse el salario percibido en la empresa por los trabajadores de su misma categoría, a la hora de determinar la base reguladora, ha de estarse a este último valor.**

10. Otras cuestiones relacionadas con el sistema de Seguridad Social

10.1. Cómputo del mes de agosto a los efectos de que la entidad gestora comunique a la autoridad judicial el inicio del procedimiento de reintegro de prestaciones de desempleo previsto en el art. 145 bis LPL

La STS de 20 de octubre de 2008 (Rc 142/07) analiza si ha de computarse el mes de agosto cuando el mismo esté comprendido, en todo o en parte, en el plazo de tres meses previsto en el art. 145 bis LPL para el inicio del procedimiento de reintegro de prestaciones por desempleo al que se refiere el citado precepto. La Sala entiende que no resultan de aplicación ni el art. 43.4 LPL ni el art. 128.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Así, en el caso del primero, porque se refiere al cómputo de los plazos procesales una vez iniciado el proceso y en el caso del segundo, porque se refiere a una jurisdicción que no es la social, en la que **ha de aplicarse supletoriamente las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en este punto —al igual que el art. 185.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, remite al art. 5.1 del Código Civil, estableciéndose que si los plazos estuvieran fijados por meses o años, se computarán fecha a fecha. En el mismo sentido se pronuncia el art. 133 de la referida Ley de Enjuiciamiento Civil. Re-**

cuerda finalmente la Sala que el supuesto de hecho no exige pronunciarse sobre si ha de computarse agosto cuando el plazo de tres meses expire en dicho mes, en cuyo caso podría resultar de aplicación lo dispuesto en el art. 134 LEC.

10.2. Prestación de renovación de prótesis por accidente de trabajo. Determinación de la entidad gestora responsable del abono de la prestación

En la **STS 15-01-2009 (Rc 481/09)** se discute quien es el responsable directo del abono de la prestación de renovación de prótesis por accidente de trabajo. En concreto, la Sala, **partiendo del hecho de que la responsabilidad última corresponde al INSS**, analiza si la responsabilidad directa e inmediata del abono de la prestación ha de recaer sobre la Comunidad Autónoma que ha asumido las transferencias en materia de «prestaciones sanitarias, farmacéuticas y recuperadoras» o sobre el propio INSS. La Sala llega a la conclusión de que **esta última entidad gestora la responsable directa del pago, dado que la prestación de renovación de prótesis no puede considerarse incluida dentro del concepto de prestación sanitaria o farmacéutica, pese a la indudable relación existente con estas.**

10.3. Reintegro de prestaciones indebidas. Dies a quo para el inicio del cómputo del plazo de tres meses al que se refiere el art. 3.1 RD 148/96

La **STS 14-5-2009 (Rc 2165/08)** analiza si el plazo de tres meses previsto en el art. 3.1 RD 148/96, en relación con el expediente administrativo de reintegro de prestaciones, ha de computarse, bien desde el momento en que la Administración tuvo conocimiento de la existencia de una percepción indebida por parte del administrado, bien desde el inicio del expediente administrativo hasta su finalización. **La sentencia llega a la conclusión de que está claro que la norma se refiere a que se iniciará el cómputo de los tres meses en la fecha en que se dicte el acuerdo de inicio del expediente administrativo**, por lo que procede a revocar la sentencia, entendiendo que en el concreto caso estudiado, no se había producido la caducidad apreciada tanto en la instancia como en suplicación.

III. DERECHO PROCESAL LABORAL

1. Jurisdicción y competencia por razón de la materia

1.1. Requisitos preprocesales: Reclamación previa

La STS 29-5-08 (Rc 2592/07), modifica doctrina previa, para sostener que las **conciliaciones previas ante el SMAC y judicial pueden sustituir a la reclamación previa** que debe presentarse ante la cooperativa demandada. Y ello por asunción de la doctrina de la Sentencia del TC 172/07), de 23 de Julio, en la que se sostiene que la obligación de la reclamación previa ante el órgano correspondiente de la cooperativa, de la misma manera que sucede con la conciliación previa, y con la reclamación administrativa previa, queda configurada legalmente como una solución extrajudicial del conflicto cuya finalidad es evitar el proceso laboral. Por lo que le es directamente aplicable la misma doctrina jurisprudencial sobre la exigencia constitucional impuesta por el art. 24.1 CE de posibilitar la subsanabilidad de la ausencia de conciliación o reclamación administrativa previa en los casos en que no se aprecia una opuesta voluntad a su realización por la parte procesal obligada a ello.

1.2. Cuestión prejudicial contencioso-administrativa

Siguiendo precedentes de la Sala, la STS 19-1-09 (Rc 40/08), sostiene que, *ex art.* 4.1 LPL, la competencia de la jurisdicción social se extiende a la cuestión prejudicial contencioso-administrativa relativa a **la modificación de la estructura administrativa del Ente Público** «Puertos de Galicia», si se plantea por un sindicato conflicto colectivo en el que se imputa a la empleadora la modificación sustancial de condiciones de trabajo a través del establecimiento de un nuevo organigrama. Así lo había entendido ya la Sala respecto de la amortización de plazas en organismos públicos, a la hora de decidir sobre la procedencia o improcedencia de la extinción del contrato de trabajo [TS 10-7-00 (Rc 4145/98) y 21-4-05 (Rc 1324/04)], a propósito de la integración de Ikastolas privadas en la escuela pública vasca, en tanto que determinante de la responsabilidad salarial correspondiente a los Ayuntamientos y a la Comunidad Autónoma [TS 13-7-98 (Rc 4226/97), 18-9-98 (Rc 3921/97)], y respecto de la modificación de un reglamento de régimen interior, con afectación de los derechos en materia de Seguridad Social complementaria [TS 4-10-91 (Rc 1200/90), y 11-4-91 (Rc 350/90)].

1.3. Competencia del orden social en materia de acuerdos «privados» relacionados con derechos sindicales

Se discute en STS 14-10-08 (Rc 129/07) la competencia de la jurisdicción social para conocer de la impugnación de la decisión empresarial de anular un acuerdo suscrito de una parte por el presidente de Iberia (en esa condición), y de otra parte, por el presidente del sindicato SEPLA y el jefe de la sección sindical de dicho sindicato (también en tales condiciones), para regular el cupo de días de garantía sindical y los billetes que Iberia debían otorgar a la presidencia del sindicato. En concreto, por lo que a este apartado interesa, se pretendía sostener la incompetencia del orden social en que se trataba de un acuerdo «privado» carente de la naturaleza «laboral» precisa para abrir las puertas del orden social. Tesis que la Sala rechaza destacando el carácter de los firmantes del acuerdo —representante empresarial y representantes sindicales— y su objeto —garantías sindicales y cupo de billetes: mejoras en definitiva de las condiciones de empleo—, lo que le permite concluir que se trata de un acuerdo de dimensión colectiva y naturaleza laboral-sindical, correspondiendo por ello el conocimiento de la controversia sobre su anulación al orden jurisdiccional social por el juego de art. 9.5 LOPJ y art. 1 LPL.

1.4. Competencia del orden social en materia de descuentos compensatorios del IRPF decididos unilateralmente por el empresario

Recuerda la Sala en sus SSTS 23-7-08 (Rc 110/07) y 16-3-09 (Rc 170/07) que es competencia del orden social decidir si el empleador está legitimado por su propia autoridad para hacer descuentos en las nóminas de los trabajadores —vía compensación— por supuestas deudas de aquéllos, a consecuencia de previos errores sufridos por la empresa con ocasión de efectuar las retenciones por IRPF o IVA, al tratarse de cuestión entre trabajadores y empresarios incardinable en el art. 2 apartados a) y l) LPL. En los casos de autos no se discutía la **procedencia o cuantía de la exacción del impuesto de IRPF sino, pura y simplemente, la resolución empresarial adoptada de forma unilateral en orden a la corrección de los errores** experimentados en el descuento de ese impuesto durante los ejercicios tributarios correspondientes. Y tal cuestión, entiende la Sala, reviste un claro carácter laboral, por cuanto se orienta a la anulación de una decisión empresarial con la que no están de acuerdo los trabajadores de la empresa demandada sin poner en tela de juicio la obli-

gación del trabajador de abonar las cargas tributarias respecto de las que, ciertamente, se constituye en sujeto pasivo directamente obligado.

Doctrina que no colisiona con la mantenida en **STS 16-3-09 (Rc 170/07)**, en la que recuerda la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de pretensiones que versen sobre procedencia y cuantía de las retenciones por IRPF realizadas por la empresa, al tratarse de una cuestión sujeta a las leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

1.5. Competencia en materia de deportistas profesionales

La **STS 2-4-09 (Rc 4391/07)** resulta de particular interés al ser la primera dictada hasta la fecha en unificación de doctrina sobre esta materia. En concreto, se sostiene en esta sentencia que es competencia del orden social el conocimiento de los litigios entre los Clubes deportivos y sus deportistas **aunque tengan la consideración federativa de amateurs**, siempre que en la prestación de servicios concurren las notas propias de la relación laboral, y ello aunque la retribución sea inferior al salario mínimo profesional.

1.6. Competencia para la reclamación de un complemento no incluido en la relación de puestos de trabajo

Se pronuncian las **SSTS 15-1-09 (Rc 709/08)**, **11-2-09 (Rc 4401/07)**, **17-2-09 (Rc 4253/07)**, **17-2-09 (Rc 4523/07)**, **18-2-09 (Rc 137/08)**, **19-2-09 (Rc 425/08)**, **19-2-09 (Rc 4401/07)**, **9-3-09 (Rc 1750/08)**, **2-4-09 (Rc 1169/08)**, y **7-4-09 (Rc 144/08)**, sobre la competencia del orden social para el conocimiento de una reclamación de un complemento salarial frente a la Xunta de Galicia cuando el convenio prevé que el derecho a la percepción del complemento de singularidad de puesto sólo será efectivo a partir de su inclusión en la relación de puestos correspondiente. Pues bien, la Sala entiende que **aunque no esté el complemento en cuestión contemplado en la relación de puestos de trabajo le corresponde el conocimiento del litigio**, porque la competencia —orden social o contencioso administrativo— viene determinada por el objeto del proceso, definido por la reclamación contenida en la demanda rectora del procedimiento; sin perjuicio de que aquella circunstancia pueda afectar

al sentido del fallo. Y en este caso la cuestión litigiosa era claramente laboral al dirigirse contra la Xunta no en su condición de Administración Pública sino en la de empleadora, y al referirse la pretensión a un elemento esencial de la relación laboral, cual es el salario, del que forma parte el complemento reclamado. No se pretende, insisten las sentencias, la nulidad o modificación de la relación de puestos de trabajo, sino el abono de un complemento salarial previsto en el convenio.

1.7. Incompetencia en materia de Expedientes de Regulación de Empleo

La Sala, en **TS 3-02-09 (Rc 101/06)**, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incompetencia del orden social (por corresponderle al orden contencioso-administrativo), para conocer de un pleito en el que se pretendía el **reconocimiento de la existencia de vulneración del derecho de libertad sindical por haberse excluido a un sindicato de la mesa de negociación** del ERE correspondiente. La afirmación se hace tras reseñar toda la doctrina dictada al efecto, partiendo de los criterios generales sobre deslinde de competencia, y recordando los supuestos de competencia del orden social, a saber: impugnación de despido efectuado como consecuencia de un ERE que no había designado a los trabajadores afectados [TS 17-3-99 (Rc 2240/98), 5-10-99 (Rc 4140/98)]; y procedimiento de oficio relativo a acuerdos colectivos de suspensión o extinción [TS 15-7-94 (Rc 2321/91)]. La sentencia cita igualmente los supuestos cuyo conocimiento corresponde al orden contencioso-administrativo, esto es: a) discrepancias en orden a la indemnización fijada [TS 23-1-06 (Rc 1453/04), para indemnización discriminatoria y 15-6-06 (Rc 5405/04), para indemnización inferior a la legal]; b) preferencia de los representantes sindicales frente a otros trabajadores para permanecer en la empresa [TS, Sala II, 6-5-03 (Rc 7034/98), 4-5-04 (Rc 3687/01), y 23-10-08 (Rc 667/06)]; c) impugnación por parte de un trabajador de su inclusión en el listado aprobado por la autoridad laboral en un ERE [TS 18-1-99 (Rc 2254/98)]; y d) impugnación directa del acuerdo recaído en el ERE y homologado por la autoridad laboral.

Por lo demás, esta sentencia recuerda también que la determinación de la competencia entre los diferentes órganos jurisdiccionales es cuestión de orden público y es ajena a la disponibilidad de las partes, por lo que en la materia no juega la doctrina de los actos propios, al ser impro-rogable la jurisdicción (arts. 6 y 9.1 LOPJ). A lo que cabría añadir que

es apreciable de oficio por la Sala la determinación del órgano que debe conocer del asunto, de modo que el Tribunal puede y debe indagar, al margen de las alegaciones de las partes su propia competencia [doctrina que se recuerda también en la **STS 6-2-09 (Rc 11/08)**], en materia de conflicto colectivo].

1.8. Incompetencia para declarar la laboralidad de servicios concluidos antes de la presentación de la demanda, para ser utilizada la sentencia en un procedimiento administrativo de selección

Las **TS 6-4-09 (Rcs 1611/08 y 1900/08)**, **31-3-09 (Rc 2013/08)** — con voto particular —, **30-3-09 (Rc 1626/08)** — con voto particular —, **31-3-09 (Rc 1610/08)**, **2-4-09 (Rc 2722/08)**, **6-5-09 (Rc 2605/08)**, **12-5-09 (Rc 2342/08)**, sostienen que ni cabe ejercitar acción declarativa respecto de la naturaleza laboral de unos servicios concluidos antes de la presentación de la demanda, para ser utilizada la sentencia en un procedimiento administrativo de selección de veterinarios de la Xunta de Galicia, ni corresponde su conocimiento al orden social de la jurisdicción, al no tratarse de una controversia entre un empresario y un trabajador. El planteamiento no se enerva por el hecho de que se pida que la Administración sea condenada a «acreditar en legal forma la laboralidad de dichos periodos», porque la certificación es un acto de conocimiento y no de voluntad, y la existencia de decisión judicial previa sobre la laboralidad hace artificial la pretensión, pues tal sentencia puede ser utilizada a los efectos de selección pretendidos.

2. Proceso ordinario

2.1. Las partes. Litisconsorcio pasivo necesario

La **STS 3-6-08 (Rc casación ordinaria 98/06)**, descarta la necesidad de llamamiento a la Comunidad Autónoma de Madrid en un proceso de conflicto colectivo sobre retribuciones del personal docente e investigador de las Universidades públicas de Madrid, vinculado a éstas por relación de naturaleza laboral. Al efecto se trae a colación doctrina previa, que entiende que la Comunidad Autónoma de Madrid no es parte, ni sujeto interviniente, en la relación jurídica discutida en el proceso, al centrarse la pretensión en el abono de unas diferencias salariales relativas al complemento específico del personal docente e investigador de estas

Universidades, al que le resultan de aplicación las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores.

También se rechaza el litisconsorcio pasivo necesario en la **STS 4-6-08 (Rc 2810/06)**, esta vez con ocasión de una reclamación de cantidad a ADIF y a RENFE-Operadora formulada por un maquinista jefe de tren. La Sala entiende que ADIF carece de legitimación pasiva *ad causam* porque si bien la deuda correspondía a un periodo anterior a la vigencia de la Ley 39/2003, se había formulado cuando el trabajador estaba al servicio de RENFE-Operadora. En la medida en que a partir de la promulgación de esta norma, ADIF dejó de ser empleadora de aquellos trabajadores de RENFE que estuvieran vinculados al servicio de transporte ferroviario, no contando ya con los elementos patrimoniales precisos para cumplir sus obligaciones pecuniarias respecto de aquéllos, no tiene sentido, a entender de la Sala, llamarla al proceso para que responda de dicha obligación [ya se había entendido así en TS 12-12-06 (Rc 138/05)].

2.2. Adecuación/inadecuación del procedimiento

La **STS 29-9-08 (Rc 3980/05)** aprecia adecuación del procedimiento ordinario para reclamar un reconocimiento de condiciones más beneficiosas previstas en acuerdo colectivo, y reiteradas en un acuerdo logrado en fase de conciliación en un proceso de conflicto colectivo. Rechaza la Sala, en primer lugar, los argumentos empresariales sobre la inadecuación de procedimiento por atacarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo, razonando que la modalidad especial correspondiente sólo es apta para la impugnación de modificaciones adoptadas por la vía del art. 41 ET, lo que no había acaecido en este caso, en el que lo único que se reprochaba a la empresa era que no hubiese cumplido su compromiso de reconocer a los trabajadores ciertas condiciones más beneficiosas. En segundo lugar, descarta el Tribunal la necesidad de reclamar por el cauce de impugnación de convenios colectivos, recordando que sólo las impugnaciones directas de convenios, que pretendan su anulación total o parcial, pueden encauzarse por esta vía procesal específica, el resto, que son simplemente pretensiones de inaplicación de preceptos convencionales (sin pedir su anulación), deben ejercitarse por el proceso correspondiente, en este caso el ordinario.

Por su parte, la **STS 11-12-08 (Rc 86/06)**, con cita de numerosa doctrina constitucional, advierte que el art. 24 CE no comporta derecho fun-

damental a procesos determinados, porque no es un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino el derecho a obtenerla por las vías procesales adecuadas. De ahí que la nulidad sólo pueda acordarse cuando el procedimiento inadecuado implique la ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar el fin del proceso debido o cuando comporte indefensión, no en el resto de los casos.

3. Modalidades procesales

3.1. Procesos de Seguridad Social

Es doctrina consolidada de la Sala que en este proceso especial el actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección, etc.) y la Entidad Gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el juez si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Por su parte, sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Doctrina que se recuerda ahora en **STS 26-12-08 (Rc 1677/08)** y **29-1-09 (Rc 1308/08)**, en dos procesos en los que el demandante, español retornado que había percibido prestaciones por desempleo conforme a la legislación alemana, pretendía lucrar desempleo asistencial para mayores de 52 años, sin acreditar cotización por esta contingencia en último término en España. Advirtiendo, además, la **STS 26-12-08 (Rc 1677/08)**, que no procede plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 Tratado de la CE, porque es un requisito comunitario claro acreditar la última cotización en el país en el que se pretende solicitar la prestación por desempleo.

3.2. Tutela de la libertad sindical

Ofrecen las **SSTS 9-5-08 (Rc de casación ordinaria 164/07)** y **26-1-09 (Rc 28/06)**, una sistematización de la doctrina de la Sala sobre

el ámbito del proceso especial que nos ocupa, contenida entre otras en STS, Sala General, 14-7-06 (Rc 5111/04). Así se advierte en ellas que el art. 176 LPL protege el *contenido constitucional* del derecho, que no sólo está en la CE sino que puede también encontrarse en la Ley Orgánica que la desarrolla, en la medida en que ésta aborda igualmente la configuración del derecho y hace explícito algo que es consustancial al mismo. Ahora bien, dentro del marco de la Ley Orgánica hay que distinguir entre el *contenido esencial (desarrollo necesario del art. 28)* y el *no esencial* (facultades o garantías que ya no tienen relación necesaria de implicación con el art. 28, pues sin ellas el derecho fundamental sería reconocible). Este contenido, que excede ya del esencial, forma parte, sin embargo, del contenido constitucional, porque la Ley Orgánica lo ha considerado como algo que en un determinado momento resulta necesario para un adecuado ejercicio del derecho. De este modo, el contenido esencial se configura como un núcleo permanente e indisponible para el legislador, mientras que ese otro contenido añadido o adicional aparece como una manifestación histórica del derecho, en el que hay una cierta libertad de configuración por parte del legislador, y desempeña un papel relevante pues supone la adaptación del derecho a las exigencias de la realidad social de cada momento. El contenido constitucional comprende, por tanto, el contenido esencial del derecho y su contenido histórico o variable, que introduce la ley orgánica y ambos entran, en principio, dentro del ámbito del proceso de tutela. No obstante, el *contenido adicional* en sentido estricto —que no está ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica— queda fuera de este proceso especial (por ejemplo, el contenido adicional incorporado vía convenio colectivo).

De otra parte, como se recuerda en la **STS 20-5-08 (Rc 22/06)**, dictada en casación ordinaria, el proceso de conflicto colectivo es alternativo y excluyente de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, de modo que si el proceso se encauza por la vía del proceso especial de tutela de derechos fundamentales y no por la de conflicto colectivo, el art. 157 LPL resulta inaplicable. Por lo demás, rememora también esta sentencia la doctrina de la Sala sobre la litispendencia en este concreto cauce procesal, señalando que desempeña esta institución en el proceso una función cautelar o preventiva del instituto de la cosa juzgada negativa o excluyente. Las razones de seguridad jurídica, coherencia jurisdiccional y economía procesal en las que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, se basan los institutos de la cosa juzgada y de la litispendencia, tienen en principio la misma virtualidad en la generalidad

de los procesos, y no quedan por tanto invalidadas en los procesos de tramitación urgente y preferente. De modo que si concurren las identidades de sujetos, de objeto y de causa de pedir exigidas para la suspensión o paralización del proceso por litispendencia, lo normal es que el proceso anterior vinculante o excluyente venga también acompañado de estos atributos de tramitación urgente y preferente, con lo que se neutraliza o amortigua el efecto dilatorio consustancial a la litispendencia.

Por su parte, se pronuncia la **STS 15-12-08 (Rc 14/07)**, sobre la **cognición limitada y la inacumulabilidad de acciones propia de este proceso especial**. En este caso el sindicato accionante había interpuesto demanda de tutela de la libertad sindical, dirigida frente a la empleadora y frente a otros dos sindicatos, pretendiendo, esencialmente, que se declarase la nulidad radical de la conducta empresarial consistente en impedir la proclamación provisional o definitiva de sus candidaturas a las elecciones sindicales celebradas en varios centros de trabajo de la empresa, y en despedir sin causa a sus candidatos y delegados elegidos, por entender que tales actuaciones atentaban contra la imagen de la organización sindical. Además, solicitaba el cese inmediato de la conducta empresarial de incentivación económica, con horas sindicales, únicamente a los delegados de otros dos sindicatos presentes en la empresa, así como la anulación de los procesos electorales celebrados en determinados centros de trabajo (en los que, según decía, las candidaturas del sindicato demandante no había podido ser proclamadas por dimisión de sus candidatos) y el abono de una indemnización por daños y perjuicios.

Pues bien, en cuanto a la alegación empresarial de acumulación indebida, sostiene la Sala que aunque el art. 176 LPL limita el objeto del proceso a la tutela de la lesión sindical e impide la acumulación de acciones de distinta naturaleza, ello no obsta para que se soliciten y decreten determinadas consecuencias en orden a la reparación de la lesión, por virtud del art. 180 LPL. Y ello porque la regla general es la prohibición de acumulación y la obligatoriedad de utilizar la modalidad procesal correspondiente distinta a la de tutela en los supuestos del art. 182 LPL, pero no cabe entender que se ha producido una indebida acumulación de acciones, ni el empleo de un procedimiento inadecuado, cuando se solicita la nulidad de determinados procesos electorales, pero la vulneración que se pretende va más allá del proceso electoral cuya nulidad se persigue, imputándose un comportamiento generalizado de persecución sindical, caso en el que se utiliza legítimamente el cauce sumario y preferente de tutela y no se incurre en indebida acumulación de acciones. Y en

el supuesto de autos, la denuncia era muy amplia y no se refería sólo a unos procesos electorales concretos, por más que, de prosperar la pretensión, las consecuencias pudieran alcanzar a la anulación de alguno de ellos en particular.

También descarta la Sala la tesis empresarial de que **la competencia** para enjuiciar la pretensión corresponde a los Juzgados de lo Social de Madrid y no al Tribunal Superior de Justicia, razonando la sentencia que la petición de tutela extiende sus efectos a un ámbito superior al de la circunscripción de los Juzgados, pues al menos dos de los centros de trabajo cuyos procesos electorales se pretende anular se encuentran situados bajo la jurisdicción de los Juzgados de localidades diferentes.

Igualmente descarta la Sala las alegaciones de **cosa juzgada** realizadas por la empresa, recordando que esta excepción exige identidad de sujetos, objeto y causa de pedir, y en este caso no concurrían en relación a la que pudo servir de fundamento a las impugnaciones electorales que obtuvieron sentencias desestimatorias firmes y definitivas, porque mientras en los procedimientos electorales, en principio, la causa de pedir habría de ceñirse a los estrictos y limitados motivos que contempla el art. 76 ET respecto a las impugnaciones arbitrales, y los arts. 128 o 133.1 LPL en las jurisdiccionales, por el contrario, en el procedimiento de autos, la causa de pedir era el derecho a la libertad sindical que se entendía vulnerado.

No obstante, sí entiende la Sala que la pretensión anulatoria de todos los procesos electorales efectuados en los centros de trabajo que mencionaba la demanda estaba prescrita, al haber transcurrido más de un año desde la celebración de las mismas, y si bien es cierto que los derechos fundamentales son imprescriptibles esta naturaleza resulta compatible con que el ordenamiento limite temporalmente la vida de las acciones concretas que derivan de las lesiones infligidas a tales derechos.

Por último, respecto de la pretensión indemnizatoria, recuerda la sentencia que aunque se haya mantenido que el perjuicio se presume una vez acreditada la vulneración de los derechos fundamentales, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, ello no excluye que el demandante aporte al juez indicios o elementos suficientes que justifiquen su concreta petición indemnizatoria. Y ello porque acreditada la violación del derecho, **no es automática la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios**, sino que es precisa la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que basar el cálculo, y que los

mismos resulten acreditados. Si bien en este caso se entiende que se ofrecieron criterios o parámetros suficientes para su cuantificación («...equivalente a la sanción administrativa correspondiente a infracciones muy graves...»), que permitieron a la Sala de instancia hacer una «valoración prudencial» del daño a indemnizar.

3.3. *Proceso de conflicto colectivo*

Recuerda la **STS 20-6-08 (Rc 131/07)**, que la aplicación de una norma puede plantear controversias en todo su ámbito de aplicación, en cuyo caso será Órgano competente para resolverlas el que tenga una extensión territorial igual o superior al de la misma, pero también es posible que el conflicto afecte a un área inferior, en cuyo caso será conocido por el Órgano Judicial competente en el ámbito de afectación del conflicto. En este caso el Sindicato Independiente de Baleares había formulado demanda de conflicto colectivo ante el Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad, a fin de que se declarase que los trabajadores de Baleares de la Caixa d'Estalvis y Pensiones de Barcelona («La Caixa») tenían derecho a no ver suprimido el Complemento de Residencia establecido en el Convenio Colectivo por efecto del abono de las mejoras del pacto de 9 de diciembre de 2004, para no quedar en una situación de discriminación respecto de los trabajadores peninsulares. Pues bien, aplicando la doctrina expuesta, concluye la Sala que el ámbito de actuación del sindicato accionante se limita a la Comunidad Autónoma de Baleares, debiéndosele reconocer el derecho a accionar para la tutela de los intereses de sus representados en ese concreto ámbito ante el órgano judicial al que lo ha hecho. De modo que el hecho de que el mismo conflicto pueda afectar a Canarias, Ceuta y Melilla, no puede impedir la actuación del sindicato en su territorio, dejando la solución al albur de que exista un organismo sindical con un ámbito de actuación y representación nacional que quiera o pueda plantear el conflicto con carácter general para todo el territorio de la nación. Así las cosas, el sindicato demandante solo puede accionar respecto de los trabajadores de la Caixa en Baleares y por tanto el conflicto se residencia ante el juez natural (Tribunal Superior de Justicia de Baleares).

Por lo demás, se advierte en la **STS 5-11-08 (Rc 178/07)**, que resulta inadecuado el procedimiento estudiado en estas líneas cuando se refiere el pleito a pretensiones que afectan a un conjunto de trabajadores, pero la

controversia versa sobre el establecimiento de los hechos [siguiendo lo mantenido en STS 6-3-02 (Rc 437/01)]. Sostiene la Sala, en este sentido, que el **conflicto carece del elemento finalístico porque no goza del imprescindible carácter jurídico** que requiere art. 151.1 LPL —que conecta la «aplicación» a la «interpretación» con una conjunción copulativa «e» («... que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma») — sino que ofrece la simple naturaleza de una controversia fáctica, consistente en la mera aplicación de un precepto del convenio a unos determinados hechos, pero sin compromiso interpretativo alguno. Y al ser el conflicto de orden fáctico tampoco concurre el «interés general» que es esencia del procedimiento especial.

Por su parte, las **SSTS 5-11-08 (Rc 41/07), 23-12-08 (Rc 35/07) y 7-4-09 (Rc 56/08)**, se pronuncian sobre la adecuación de este proceso para la impugnación de los procedimientos de selección de personal o promoción interna para maquinistas de RENFE, al estar implicados de modo especial los intereses de los trabajadores individuales que participan en el concurso. Aclarando que es posible la impugnación de las bases de la convocatoria y del concurso por la vía del conflicto colectivo, pero solamente mientras se encuentre en fases anteriores a su resolución, por lo que concurre la excepción de inadecuación procedimental en la impugnación litigiosa si ya se había publicado la relación nominal de los declarados aptos.

Respecto a los efectos de la interposición de una demanda de conflicto colectivo sobre las acciones individuales, las **SSTS 12-3-09 (Rc 4199/07), 11-3-09 (Rc 4077/07), 17-3-09 (Rc 115/08), 11-3-09 (Rc 4084/07), 12-3-09 (Rc 4092/07), 16-3-09 (Rc 3775/07)** (para reclamaciones salariales individuales frente a IBM), recuerdan que la tramitación de un procedimiento de conflicto colectivo sólo interrumpe la prescripción de las acciones individuales que se hubieran ejercitado o pudieran ejercitarse si tienen el mismo objeto. Así, contrariamente a lo resuelto en TS 29-10-07, estas sentencias sostienen que los conflictos colectivos planteados frente a IBM sobre compensación y absorción en 1992 [relativo al plus de antigüedad y concluido por TS 20-9-04 (Rc 1047/93)] y 1995 [mejora voluntaria/complemento personal y concluido por STS 21-11-01 (Rc 3207/99)], no interrumpieron la prescripción sobre diferencias en salario base y complemento salarial relativas al periodo 1991 a 1995, en virtud de demanda presentada en 2002, por no existir interconexión entre los dos conflictos y no impedir nada que mientras se tramitaba cada uno de ellos se reclamase a la empresa el otro.

De otro lado, la **STS 5-5-09 (Rc 2019/08)**, siguiendo doctrina de la sentencia 20-2-02 (Rc 2235/01), advierte que el art. 158.3 LPL significa que lo resuelto en la sentencia de conflicto colectivo se impone sobre lo resuelto en una sentencia individual, a salvo la existencia de otros argumentos de legalidad o constitucionalidad, como igualdad y discriminación, que pudieran hacer reflexionar sobre la posibilidad de una sentencia con contenido diferente y sin aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada. Doctrina que se expone a propósito de un proceso planteado en reclamación de diferencias salariales por un trabajador del INE contratado para obra o servicio determinado consistente en la elaboración del censo demográfico decenal, habiéndose pactado la exclusión del convenio y una retribución inferior a la prevista en el mismo. Pues bien, esta sentencia considera que no procede tal exclusión, debiendo aplicarse el salario previsto en el convenio, declarando la ineficacia del efecto de cosa juzgada respecto de la STS 26-12-02 (Rc. 73/02), por ser diferentes las pretensiones, pese a la innegable existencia de cierta conexión entre ellas, destacando a tal efecto que en el caso de autos se centraba la argumentación de la resolución recurrida en los principios constitucionales a la igualdad y no discriminación, derechos que no habían sido valorados en la STS 26-12-02, para admitir la posibilidad de excluir la aplicación del convenio colectivo del Instituto demandado al personal contratado por obra o servicio para la realización de ciertos censos, y resolver el resto de cuestiones entonces planteadas. Concluye, así, la Sala que una reclamación colectiva cuya pretensión es declarar la nulidad de una contratación en masa fuera de convenio para trabajadores temporales por parte del INE, para la confección del censo demográfico 2001-2002, y que judicialmente no se tuvo acreditada como peyorativa, no tiene efecto positivo de cosa juzgada respecto de reclamación individual de diferencias salariales por parte de trabajadores que solicita la retribución que en Convenio se fija para las mismas funciones.

Por último, respecto a este proceso especial requiere particular atención la **STS 27-6-08 (Rc casación ordinaria 107/06)** que resuelve una demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Comisión Sindical de la Empresa «Altadis; S.A» para que se declarase que determinados complementos de trabajo debían integrarse en el haber regulador del plan de pensiones de la comercial. La empresa discute varias cuestiones, a saber: la legitimación de la actora para interponer este tipo de demanda, y la adecuación del procedimiento, básicamente por dos razones: por entender que la pretensión no afecta a un grupo genérico y homogéneo, al

estar afectados no sólo trabajadores, sino también a terceras personas, no vinculadas laboralmente con la empresa (determinados beneficiarios del plan de pensiones); y por no tener la cuestión debatida carácter jurídico, ni trascendencia colectiva.

Comienza la Sala por pronunciarse sobre la adecuación del procedimiento, señalando que la cuestión sometida a debate afecta a un grupo homogéneo de trabajadores y no a una diversidad heterogénea de empleados, al dilucidarse si la aportación económica al Plan de Pensiones —por parte de la Empresa y de los trabajadores— ha de realizarse computando también las percepciones correspondientes a cometidos laborales generadores de determinados pluses (superior categoría; turnicidad; rotación), correspondientes a todos aquellos trabajadores que se encuentren adheridos al citado Plan y que simultáneamente hayan realizado, desempeñen actualmente o puedan realizar en el futuro las indicadas funciones. Esto es: a un grupo genérico configurado *a priori* y no a una suma de trabajadores individuales cuya defensa singular ofrezca argumentos propios.

De otra parte, la controversia afecta directamente de manera exclusiva a las aportaciones dinerarias que al Plan de Pensiones han de realizar «Altadis, SA.» y sus trabajadores, sin perjuicio de que indirectamente esas controvertidas aportaciones también trasciendan a los beneficiarios del Plan. Pero esa posterior incidencia extralaboral no desvirtúa, a entender de la Sala, el sentido de la cuestión litigiosa, que se limita exclusivamente el alcance de la obligación en orden a las contribuciones de previsión y precisamente en el curso de la misma. Y tiene la pretensión una dimensión jurídica o colectiva, al traer su causa en el art. 42 del Convenio Colectivo de «Tabacalera, S.A.» para los años 1990/1991, que acordó la transformación de la Mutualidad de Tabacalera de Previsión Social en un Plan de Pensiones y dispuso que el texto definitivo de tal Plan se incluyese «como Anexo al presente Texto, remitiéndose a la Dirección General de Trabajo, a efectos de su registro y publicación en el Boletín Oficial del Estado»; lo que le atribuye incuestionable naturaleza normativa.

También niega la Sala la falta de legitimación activa de la Comisión Sindical de Altadis S.A. Si bien recordando que por la naturaleza del recurso, se encuentra constreñido por los términos en los que se plantea por las partes, y en este caso la recurrente niega la legitimación «ad causam» de la Comisión Sindical (que no la legitimación «ad processum»),

por considerar que carece de interés legítimo para demandar la interpretación del Plan de Pensiones que reclama, por cuanto que no se trata de un órgano de representación unitaria, sino sindical, tal como lo califica el art. 42 del Acuerdo Marco de la demandada, porque este precepto no atribuye a la Comisión Sindical la supervisión, interpretación, aplicación o ejecución de los Planes de Pensiones, ni nada que tenga que ver con los Planes de Pensiones, sino a la Comisión de Control del Plan. En otras palabras, admitida de forma expresa la cualidad sindical de la Comisión, está clara su legitimación *ex art.* 152 LPL, teniendo que decidirse sólo sobre si carece de interés legítimo por venir éste atribuido a la Comisión de Control del Plan.

A tal efecto, se advierte que si bien la normativa en juego parece atribuir esta legitimación a la Comisión de Control del Plan, sin que resulte cuestionable la legitimación procesal y *ad causam* de la Comisión de Control para la defensa de los intereses colectivos comprometidos en el Plan de Pensiones, es preciso hacer algunas precisiones: en primer lugar, que esa legitimación procesal por fuerza ha de proyectarse frente a terceros, pues dada la composición de la Comisión resulta inimaginable que los representantes de la empresa promotora y de los trabajadores dirijan una demanda —en inaceptable confusión de intereses— contra sus propios representados; y en segundo término porque esa atribución de representatividad de los intereses colectivos (empresa promotora; partícipes; y beneficiarios) se hace con carácter concurrente y no excluyente, no sólo porque no hay indicio de voluntad diversa del legislador, sino muy decisivamente porque de entenderse lo contrario se limitaría el derecho constitucional —art. 37.2 CE— a la promoción de conflictos colectivos por parte de los sujetos colectivos citados. Y resultaría del todo inimaginable un contexto normativo que impidiese a los empresarios (por sí mismos) y a los trabajadores (a través de sus órganos de representación unitaria o sindical) promover conflictos en materia tan genuinamente colectiva como los planes de pensiones, para dejar la resolución de los intereses contrapuestos —de trabajadores y empresa— a un órgano en mayor o menor medida paritario, que en tales supuestos se encontraría —por su propia composición y exigencia de mayoría cualificada— abocado a una situación de bloqueo o de real inoperatividad a los efectos discutidos de ejercicio de acciones judiciales. Con mayor motivo cuando la intención de la normativa reguladora es la de que los integrantes de la Comisión de Control no sean miembros del propio Plan de Pensiones, sino que puedan ser profesionales que aporten conocimientos especializados.

Lo expuesto permite a la Sala llegar a la conclusión de que la Comisión de Control no tiene atribuida la legitimación que la empresa pretende atribuirle, y que la Comisión Sindical, precisamente por ser un órgano de naturaleza sindical, tiene legitimación para interponer la demanda en cuestión en defensa de los intereses de los trabajadores.

3.4. Impugnación de convenios

Se discute en **STS 14-10-08 (Rc 129/07)**, **la adecuación del procedimiento de impugnación de convenios colectivos para atacar la decisión empresarial de anular un acuerdo suscrito**, como ya se advirtió en su momento, de una parte por el Presidente de Iberia (en esa condición), y de otra parte, por el Presidente del sindicato SEPLA y el jefe de la sección sindical de dicho sindicato (también en tales condiciones), para regular el cupo de días de garantía sindical y billetes que Iberia debían otorgar a la presidencia del sindicato. Pues bien, rechaza la Sala la tesis empresarial según la cual se trata de un acuerdo privado entre partes que no puede considerarse ni convenio ni pacto colectivo cuya anulación deba impugnarse por el cauce procesal previsto en arts. 161-ss LPL. Se razona, al efecto, en la sentencia que en tanto que se trata de un acuerdo o pacto cuyo objeto es mejorar las condiciones de empleo en el ámbito de las relaciones entre la organización representativa de trabajadores y la empresa, no cabe dudar de su naturaleza colectiva y laboral-sindical, por lo que la controversia sobre su validez puede encauzarse por el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, especialmente si se tiene en cuenta que es doctrina de la Sala que este cauce procesal es el adecuado también para impugnar otros acuerdos colectivos, como convenios extraestatutarios o pactos de empresa. Por lo demás, sostiene la Sala que aunque también podría pensarse que el cauce adecuado fuera el del conflicto colectivo, ello tampoco conllevaría el éxito del motivo planteado por la empresa, porque las garantías procesales de ambos procedimientos son muy similares, lo que hace innecesario descartar una vía que no ha producido indefensión a ninguna de las partes.

Por su parte, se pronuncia la **STS 5-11-08 (Rc 74/07)** sobre **la legitimación de una empresa para impugnar el Convenio de otra comercial, con la que tenía contratado el desarrollo de cierta actividad, en condición de «tercero perjudicado»**, argumentando que el Convenio era ilegal porque en su negociación había intervenido por parte de los trabajadores únicamente el delegado de personal, que a su entender no tenía legitima-

ción suficiente, y porque dicho Convenio le perjudicaba gravemente. Pues bien, sostiene la Sala, reiterando doctrina — TS 30-5-05 (Rc 70/04)—, que la impugnación si bien se realiza formalmente como tercero perjudicado, constituye realmente una impugnación por ilegalidad, contemplada en art. 163.1.a) LPL, en tanto que se discute la legitimación del banco social, para la que únicamente están legitimadas las representaciones de los trabajadores y de los empresarios a los que la norma convencional afecta, condición que, lógicamente, no tiene la empresa demandante en tanto que no fue parte del Convenio —que regula únicamente las relaciones laborales existentes entre la otra mercantil y sus trabajadores—.

En cuanto a **la legitimación para iniciar el proceso correspondiente**, se advierte en **STS 16-12-08 (Rc 124/07)**, que en tanto que los sindicatos desempeñan una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo, en principio es posible considerarlos legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, pero sin que ello les transforme en guardianes abstractos de la legalidad, debiendo, por ende, existir una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, que ha de medirse en función de la implantación en el ámbito del conflicto, implantación que concurrirá cuando posea un nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto. Doctrina que se recuerda en este caso para reconocer legitimación al sindicato accionante porque tenía delegados de personal en la empresa demandada, pero no legitimación suficiente para recabar su entrada en la comisión negociadora del convenio en cuestión.

De otra parte, se advierte en la **STS 26-1-09 (Rc 28/06)**, respecto del Convenio Colectivo de ADIF y Renfe Operadora, que **no resulta posible acumulación alguna indemnizatoria en impugnación de convenio colectivo**, porque en principio y salvo supuestos excepcionales, el contenido necesario y único de la pretensión ha de ser la nulidad de los preceptos cuya ilegalidad se denuncia, con independencia de la naturaleza de la infracción legal, ordinaria o constitucional, pues las consecuencias anudadas a la vulneración de los derechos de libertad sindical a que se refiere el art. 181 LPL —cese de la conducta, reposición a la situación inmediatamente anterior y, eventualmente indemnización— son contenidos propios y característicos de las acciones nacidas en el ámbito de tales derechos y encauzadas a través de ese proceso de tutela. En efecto, en el proceso especial de impugnación de convenios el único pronunciamiento

posible es el de nulidad del precepto, lo que supone la devolución del problema a los negociadores de la norma pactada, en lugar de llevar a cabo la Sala una regulación ajustada a la legalidad infringida.

Por último, conviene hacer referencia a la jurisprudencia de la Sala IV, correspondiente al periodo comentado, en la que se **delimita el proceso especial que nos ocupa respecto del de conflicto colectivo**, comenzando por señalar la **STS 11-12-08 (Rc 86/06)** [en un supuesto en el que lo reclamado era una pretendida «interpretación» de las tablas salariales del convenio colectivo —RENFE Operadora— para darle valores sustitutivos «legalmente más idóneos», encubriendo en realidad una inequívoca impugnación de lo pactado], que solicitándose la nulidad de determinados preceptos del convenio, la única vía procesal adecuada es la modalidad de impugnación de convenio (arts. 161 a 165 LPL), resultando no idónea cualquier otra vía. Y aunque la norma advierte que la impugnación puede instarse a través «de los trámites del proceso de conflicto colectivo», esta remisión lo es exclusivamente a efectos de la aplicación de determinados trámites, sin afectar a la singularidad de la modalidad procesal en sí misma, con sus consecuencias en orden a la determinación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto de juicio y la propia sentencia [**SSTS 11-12-08 (Rc 86/06)** y **22-1-09 (Rc 95/07)**]. Por su parte, el proceso de conflicto colectivo es el adecuado para declarar cuál de varias opciones interpretativas sobre el sentido de una disposición o cláusula es la más ajustada a derecho, siempre que no se pretenda la invalidación o eliminación de una regla o precepto [**STS 11-12-08 (Rc 86/06)**].

En todo caso, si a pesar de que se hubiese seguido el cauce de impugnación de convenios y el correcto fuese el de conflicto colectivo —o viceversa—, la inadecuación procedimental no conllevará la nulidad de actuaciones si se tiene en cuenta que las garantías procesales de ambos procesos son muy similares, y no parece necesario descartar una vía que no ha producido indefensión a ninguna de las partes, imponiendo así una solución que resulta contraria a la economía procesal a determinadas alturas del proceso (en este caso en fase de casación) [**STS 22-1-09 (Rc 95/07)**].

3.5. Proceso especial de despido

La Sala ha venido sosteniendo que no suspende la caducidad de la acción de despido la presentación defectuosa y no subsanada de la demanda, porque el instituto de la caducidad sirve al principio de seguridad

jurídica (art. 9.3 CE) y por ello la suspensión del plazo correspondiente tiene carácter excepcional, pudiendo sólo actuar en los supuestos taxativamente previstos en la ley, como es la presentación de la preceptiva reclamación previa o solicitud de conciliación extrajudicial, de ahí que los supuestos de interrupción del plazo de caducidad sean de interpretación estricta. Doctrina que se recuerda ahora en **STS 18-12-08 (Rc 838/08)**, para sostener que la interposición de una primera demanda por despido, archivada por no subsanar la falta de firma del actor, no es causa de suspensión del plazo de caducidad a efectos de una segunda demanda por el mismo despido, pese a que se hubiese admitido provisionalmente la primera demanda, porque las primeras actuaciones ni dan lugar a la apertura de un nuevo plazo de caducidad, ni producen efectos suspensivos del cómputo del mismo.

De otra parte, sostiene la **STS 23-7-08 (Rc 3682/07)** que **la fijación empresarial de un plazo inferior al legal de tres días (art. 276 LPL) para la reincorporación del trabajador improcedentemente despedido, no determina la readmisión irregular**, sino únicamente que se tenga por no fijado el plazo y se aplique el mínimo legal. Razona la Sala que la readmisión está legalmente condicionada al cumplimiento de un serie de exigencias, cuyo desconocimiento determina bien que se considere incumplido el mandato de la sentencia o que la readmisión se califique como irregular (cuyo efecto es la extinción del contrato de trabajo con abono de la indemnización legal más los salarios de tramitación, con una posible indemnización adicional de carácter punitivo). La sanción del incumplimiento empresarial se convierte así en una ejecución limitada por equivalente económico, y en sanción imperfecta en la medida en que no impone la nulidad de la conducta empresarial de resistencia a la orden judicial, ni la ejecución forzosa de ésta. Y esta sanción imperfecta queda referida a los supuestos de no readmisión o de readmisión irregular, supuestos que no alcanzan al incumplimiento del plazo de tres días previsto en el art. 276 LPL, de modo que un plazo inferior debe tenerse por no puesto, pudiendo el trabajador incorporarse en el plazo legal.

En otro orden de cosas, se refiere la **STS 3-11-08 (Rc 4057/07)**, a **la posibilidad de que en un proceso de despido en el que la empresa ya ha reconocido la improcedencia de la extinción, la sentencia que resuelve la demanda conceda a la comercial la opción entre readmitir e indemnizar**, cuando ni se entregó al trabajador, ni se consignó en el Juzgado cantidad alguna en concepto de indemnización, incumpliendo así el ciclo secuencial que el art. 56.1 ET establece para entender extinguido el

contrato. Pues bien, sostiene la Sala en cuanto al momento en que se considera extinguido el contrato, que el resultado extintivo se producirá sólo si concurren todas y cada una de las circunstancias previstas en el señalado precepto, de lo contrario se mantiene la pendencia de la situación, subsistiendo la obligación de pago de salarios de tramitación y la posibilidad de reabrir la opción si el despido se califica de improcedente.

3.6. Acumulación de acciones

Se pronuncia la **STS 27-11-08 (Rc 3399/07)** sobre **la acumulación de las acciones de despido y extinción por voluntad del trabajador**, y aunque aprecia la Sala falta de contradicción por ser diversa la modalidad del despido (objetivo en la recurrida; disciplinario en la de contraste) y las propias causas de las acciones de despido y extinción (falta de pago de salarios en la recurrida; vejaciones reiteradas y competencia desleal, en la de contraste), resulta de particular interés a efectos de esta crónica porque **aclara doctrina previa**, formulada en sentencias de 25-1-2007 (Rc. 2851/05, Sala General) y de 10-7-2007 (Rc. 604/06), advirtiendo en primer término que la regla prevista en el art. 32 LPL, referida a la acción de despido y la de extinción del contrato ex art. 50 ET, obliga no sólo a acumular, sino a resolver ambas acciones para evitar tener que reproducir un nuevo pleito que chocaría con la previsión de acumulación del precepto si se resolviera sólo la primera y el signo del recurso fuera contrario a la decisión de instancia. En efecto, cuando las conductas cruzadas de las partes en litigio correspondan a una misma situación de conflicto (en las mismas causas), la sentencia debe analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes; lo que no excluye, como precisa el art. 106.1 LPL, que deban quedar indemnes las garantías que, respecto a alegaciones, prueba y conclusiones, se hallan establecidas para el proceso de despido. Esto no significa que haya de decidirse las dos acciones a la vez, sino que la sentencia debe dar respuesta en primer lugar a la acción que considera que está en la base de la situación del conflicto y luego pronunciarse sobre la segunda acción y en su caso sobre las indemnizaciones que pudieran proceder. Sin embargo, cuando una y otra acción se basan en causas independientes, habría de seguirse un criterio cronológico procesal, no excluyente, lo que normalmente llevará al examen prioritario de la acción resolutoria. Se rectifica la doctrina, afirmando que en tales supuestos de independencia de las causas invocadas en ambas acciones, hay que seguir un criterio cronológico sustantivo que dé prioridad a la acción que

haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma. Con ello se evitan situaciones procesales de la parte demandante tendentes, mediante el simple mecanismo de dilatar breves días la reacción frente al despido, a dar prioridad a la acción de extinción por el mero hecho de ejercitarla antes.

Por lo demás, la indemnización prevista en el ET art. 50 es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental (STS 26-1-09 (Rc 28/06) y 16-1-09 (Rc 251/08)).

4. Sentencia y ejecución

4.1. *Condena en costas*

Se pronuncian las SSTS 13-5-08 (Rc 487/07) y 19-12-08 (Rc 337/08) sobre la procedencia de condenar en costas a la Comunidad de Madrid en procesos en los que se insta el derecho a percibir una pensión no contributiva de invalidez. Entiende la Sala que no procede tal condena porque a la Comunidad le resulta de aplicación en estos casos la doctrina establecida a propósito de los Servicios de Salud autonómicos, toda vez que la actividad desplegada por la entidad demandada —reconocimiento o denegación de pensiones no contributivas— ha venido a sustituir a la que efectuaba una Entidad Gestora de la Seguridad Social. De modo que merece el reconocimiento del carácter de Entidad Gestora, concurriendo las mismas razones para que reciba el mismo trato en cuanto a la condición de beneficio de justicia gratuita, salvadas las excepciones en las que pudiera serles apreciada temeridad o mala fe en sus planteamientos. Doctrina que recuerda la STS 10-7-08 (Rc 3835/07) para eximir al Servicio Canario de Salud de la condena en costas.

Exención que se extiende, igualmente, al SPEE, no sólo por su concepto, naturaleza, régimen jurídico, organización y competencias específicas que le atribuye la Ley de Empleo (Ley 57/2003), que le identifican como sucesora del INEM, sino porque como tal la declara la citada Ley en su Disposición adicional primera [STS 9-2-09 (Rc 1681/08)].

4.2. *Condenas de futuro*

En nuestro ordenamiento jurídico, se proclama la **licitud y validez de las condenas de futuro** en el art. 220 LECv cuando se reclame el

pago de intereses o de prestaciones periódicas. Que es lo que entiende la Sala que acontece en el caso de la **STS 27-5-08 (Rc 1273/07)** en el que los demandantes solicitaban que se condenase a la entidad demandada, Previsión Sanitaria Nacional, al abono de las cantidades adeudas en concepto de pensiones de jubilación y/o viudedad desde el momento en que se cesó en el pago, y que se la condenase a abonarles en adelante las sucesivas anualidades de tales pensiones.

4.3. Efecto de cosa juzgada

Debe llamarse la atención, fundamentalmente, en esta materia sobre dos sentencias. La primera es la **STS 13-6-08 (Rc 809/07)** que se refiere a la existencia de cosa juzgada material (art. 222 LECv) cuando un aspecto determinado de la controversia en el proceso de Seguridad Social para el reconocimiento de pensiones (de incapacidad permanente total en este caso), como es **la fijación de la base reguladora de la prestación, ha sido resuelto en pleito precedente en el que el debate procesal se había centrado en un aspecto litigioso distinto** (el grado de incapacidad). Concluye la Sala, reiterando doctrina, que el grado de incapacidad y la base reguladora de una pensión pública son factores indisolublemente unidos en la pretensión y en la sentencia firme de reconocimiento del derecho. De modo que no puede sostenerse que la base reguladora de una pensión no queda afectada por la sentencia firme que la reconoce por el mero hecho de que en el proceso que resuelve esa sentencia la controversia se centrara en el grado de incapacidad, y ello porque las alegaciones del proceso posterior sobre la misma bien pudieron formularse en el curso del pleito precedente.

La segunda es la **STS 11-11-08 (Rc 207/08)** —reiterada en **STS 3-3-09 (Rc 1319/08, y 5-5-09 (Rc 2019/08)**— sobre el efecto de cosa juzgada en reclamación del complemento de prejubilación a cargo del BSCH correspondientes a distintos periodos, apreciando el efecto positivo producido por sentencia desestimatoria firme, pese al cambio posterior de la jurisprudencia sobre el tema, porque la evolución de la jurisprudencia sobre la materia no afecta a la delimitación de la causa de pedir, que no está en función de la doctrina jurisprudencial, sino de los hechos y su conexión con la norma que los regula; y ninguna norma ha variado con carácter retroactivo el fundamento de la pretensión que opera en los dos procesos, con independencia de que la doctrina jurisprudencial haya podido manifestarse con posterioridad a la firmeza dictada en

el primer proceso. Es cierto que la identidad en el objeto no es completa por variar el periodo reclamado. Pero esa variación no desvirtúa las conclusiones anteriores porque no existen acaecimientos posteriores que introduzcan una variación en la causa de pedir y se discute el efecto positivo de la cosa juzgada, que conforma la decisión del nuevo proceso de acuerdo con la anterior, y no ante el excluyente o negativo, que elimina el nuevo proceso por su identidad con el que ya fue decidido.

Recuerda la Sala, además, en esta sentencia, que a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, en el que es necesaria la concurrencia de las tres identidades (sujetos, objeto y fundamento de la pretensión), el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para este efecto es suficiente que lo decidido y juzgado en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condicione, vinculándolo a lo ya fallado.

Por lo demás, conviene tener presente que si bien la regla general es que la apreciación de oficio de la cosa juzgada no es posible en el recurso de casación para unificación de doctrina, debiendo invocarse expresamente en el mismo, concurriendo los presupuestos de contradicción y siempre que no se trate de una cuestión nueva traída al recurso, esta doctrina se ha matizado en la **STS 5-5-09 (Rc 2019/08)**, para permitir que **se aprecie de oficio en este recurso extraordinario si el Ministerio Fiscal la alega en su informe y su existencia no pudo ser planteada en suplicación por razones cronológicas** [doctrina que tiene precedente en STS 23-7-99 (Rc 4817/98)] y **también cuando se trata de supuesto previamente resuelto por la propia Sala Cuarta** [precedentes de 8-2-00 (Rc 2208/99) y 6-3-02 (Rc 1367/01)].

4.4. Ejecución de sentencia. Cambio de partes

Se sostiene en **STS 25-9-08 (Rc 2362/07)**, reiterando doctrina, que la ejecución de sentencia iniciada frente a una empresa declarada en quiebra **no puede ampliarse a la Sociedad Anónima Laboral constituida por sus trabajadores**, pese a que esta última continúe la actividad de la primera, contrate a la mayor parte de la plantilla, ocupe el mismo inmueble y utilice los medios de producción de la quebrada, que arrienda a los síndicos.

4.5. Ejecución de sentencias firmes por despido

Sostiene la Sala, en **STS 16-12-08 (Rc 4245/07)**, reproduciendo precedente de 23-7-08 (Rc 3682/07), que de los dos plazos establecidos en el art. 276 LPL, de diez días para comunicar la fecha de reincorporación y tres días para la efectiva incorporación, el incumplimiento del primero de ellos es esencial y equivale a readmisión irregular, por desatender el mandato legal, en tanto que el segundo tiene diversa finalidad (conceder tiempo suficiente al trabajador para reincorporarse) y **su incumplimiento empresarial no genera irregular readmisión**, sino que —por ser nulo— el plazo inferior se tenga por no puesto y sea válida la reincorporación efectuada en el plazo legal.

4.6. Intereses procesales

Se plantea en **STS 11-3-09 (Rc 886/08)**, cuáles son los **intereses procesales que se generan cuando en un proceso de despido se ofrece y consigna judicialmente por el empleador una determinada indemnización** y ésta es posteriormente incrementada en la resolución judicial de instancia, apreciando la sentencia que la diferencia entre una y otra cuantía deriva de un error subsanable a los efectos de la reducción del montante de los salarios de tramitación. La sentencia se recurre en suplicación por la comercial, y de lo que se trata es de decidir si los intereses procesales han de jugar sólo respecto de la diferencia reconocida entre la cantidad consignada y la fijada en la sentencia condenatoria o respecto de la totalidad de la indemnización reconocida. Pues bien, la Sala llega a la conclusión de que los intereses procesales deben calcularse sobre el total por entender que aquel ofrecimiento y consignación no pueden considerarse equivalente al pago. Manteniendo, respecto a la fecha final del cálculo, que ésta coincide con el día en que dicha cantidad pudo ser pagada al acreedor.

5. Recurso de suplicación

5.1. Resoluciones recurribles

En el intervalo correspondiente a esta crónica puede resultar de interés la **STS 6-4-09 (Rc 154/08)**, relativa al **acceso al recurso de suplica-**

ción de los pleitos sobre indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes. La Sala considera que éstas son prestaciones económicas de la Seguridad Social, procediendo recurso de suplicación aunque se tenga reconocida una indemnización por un concreto apartado del baremo, si lo que se pretende es otra indemnización con fundamento en apartado distinto del baremo al de la ya reconocida. En concreto, en este caso el actor había iniciado proceso judicial para reclamar que sus lesiones fuesen indemnizadas conforme a **dos baremos de hipoacusia** —el 10: 2.020 € y el 8: 1.010€—, en lugar de conforme a un único baremo como había hecho el INSS —que sólo reconocía la del baremo 10—, pretensión que se estima en instancia, negando la Sala de suplicación el recurso a la entidad gestora alegando que tratándose de una indemnización de este tipo debe estarse a la cuantía de lo reclamado —1.010€—. Tesis que descarta la sentencia comentada, argumentando que se trata en realidad del reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones, por lo que cabe recurso de suplicación con independencia de la cuantía económica que corresponda por aplicación del concreto apartado del baremo pretendido o denegado.

Se abren, así, las puertas al recurso de suplicación a los supuestos de discrepancia sobre el baremo correspondiente a las lesiones permanentes no invalidantes, aclarando o precisando con ello, en cierto modo, la jurisprudencia previa, que en esta materia había atendido a la cuantía de la diferencia reclamada para determinar el derecho o no de la parte al recurso en cuestión cuando se discutía la aplicación de uno u otro baremo [SSTS 22-11-94 (Rc 1950/93) y 19-7-94 (Rc 2508/93)], —salvo afectación general, como había ocurrido para los supuestos de baremo correspondiente a la hipoacusia [SSTS 19-1-04 (Rc 2118/03), 24-1-04 (Rc 1989/03), 8-3-06 (Rc 4084/04), 10-5-06 (Rc 794/05), y 4-10-06 (Rc 80/05)]—. Si bien, es preciso tener en cuenta que la Sala ya había sostenido en STS 10-10-07 (Rc. 2280/06), que en los casos en los que la pretensión hubiese sido desestimada en vía administrativa, negando al trabajador la consideración de afecto de este tipo de lesiones, y en instancia se reconociese tal calificación, al no discutirse la cuantía de la indemnización sino el derecho a la misma, ésta debía tratarse como prestación de Seguridad Social a efectos del recurso. Así las cosas, la sentencia en estas líneas reseñada **aclara la cuestión para los casos en los que reconociéndose en vía administrativa una indemnización conforme a cierto baremo, lo que se discute judicialmente es la procedencia de acumular al reconocido la indemnización resultante de la aplicación de**

otro, concluyendo que tal reclamación merece la consideración de prestación a efectos del recurso, sin valorar su cuantía concreta.

Por lo demás, conviene tener presente que ha aclarado la Sala que a los efectos de la determinación de la cuantía no se computa **la petición genérica de intereses, sino exclusivamente los vencidos** a la fecha de la presentación de la demanda **y cuantificados** (el importe «cierto y líquido»), conforme a las reglas de art. 252 LECv [**STS 30-6-08 (Rc 4504/05)**].

En todo caso, se excluye de la posibilidad de recurso, en la **STS 21-7-08 (Rc 1832/07)**, la impugnación de la sanción de suspensión temporal —por un mes— del abono del subsidio de incapacidad temporal de un trabajador del RETA, por no alcanzar el límite cuantitativo indicado y no estar comprometido el reconocimiento del derecho, ni mediar afectación general. Reitera con ello la Sala su doctrina mayoritaria según la cual en los supuestos en los que se cruza y superpone la existencia de una sanción administrativa y un contenido económico concreto, la recurribilidad de la sentencia depende de este segundo factor (contenido económico concreto). La única excepción admisible serían los supuestos en los que quedase acreditado que inseparablemente unido a la sanción, y además del importe económico reclamado, se discuten otros perjuicios distintos a la propia prestación de concreta cuantía [**STS 26-9-00 (Rc 4725/98)**].

De otra parte, sostiene la **STS 16-1-09 (Rc 3584/07)**, siguiendo precedentes, que procede recurso de suplicación frente a los autos dictados en ejecución de sentencia cuando el título ejecutivo se refiere a «salarios dejados de percibir» «hasta la notificación de la sentencia», en una relación de trabajo fijo-discontinuo, habida cuenta de la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación (con posibilidad de excluirlos en supuestos de otro empleo y suspensión de contrato) y de que la concreción de las cantidades a satisfacer requiere la comprobación del periodo de trabajo efectivo al tratarse de un trabajador fijo-discontinuo, por lo que la oposición a la cantidad fijada en ejecución puede considerarse un «punto sustancial no decidido en el pleito» y por ello susceptible de ser recurrido en suplicación.

Por último, la **STS 28-5-08 (Rc 813/07)** recuerda que **los límites legales de cuantía mínima a efectos del acceso al recurso de suplicación no resultan de aplicación cuando la sentencia se impugna por infracciones procesales** generadoras de indefensión a la parte. En este sentido, no suscita duda interpretativa alguna el claro texto del art. 189.1.d) LPL, al

afirmar que procederá «en todo caso» el recurso de Suplicación «contra las sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial de procedimiento... siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión». Así, el recurso entablado al amparo del art. 189.1.a) LPL —por infracciones procedimentales— «cabe en todo tipo de sentencias a tenor del art. 189 d) pero su objeto se constriñe al examen de la infracción de normas o garantías del proceso, sin que quepa aducir ni conocer otro tipo de motivos» [doctrina expuesta ya en STS 10-7-02 (Rc 230/02)].

5.2. *Afectación general*

En el periodo correspondiente a esta crónica, la Sala ha tenido ocasión de insistir en varias ocasiones, entre ellas en **STS 23-12-08 (Rc 979/07)**, en la actual doctrina sobre la apreciación de generalidad, reiterando que la notoriedad no puede apreciarse por la mera existencia de otros pocos asuntos iguales de la misma empresa pendientes de recurso, sino que es preciso constatar una situación de conflicto generalizado, a apreciar a la vista de las características intrínsecas del litigio, sin que valga el argumento de si resulta o no aplicable un convenio colectivo.

Aplicando esta doctrina, se ha apreciado afectación general, por ejemplo, en el caso de **STS 23-10-08 (Rc 3671/07)** que traía origen en la reclamación de cantidades correspondientes al 20% del salario base en concepto de plus de peligrosidad por nivel de ruido. Razona la Sala que si bien no existían en este caso numerosos pleitos sobre la materia, tal ausencia debía entenderse suplida por la existencia de dos reclamaciones anteriores de las que ya había conocido la Sala (resueltas con resoluciones desestimatorias por falta de contradicción, pero sin discusión sobre la cuantía al superar las reclamaciones litigiosas el umbral legal) y por un conflicto colectivo que ya *per se* acredita la concurrencia de un interés general no pacífico (conflicto que había concluido con sentencia que declaraba que los puestos de trabajo de la empresa demandada con un nivel de ruido superior a cierto límite debían tener la consideración de penosos).

Por su parte, en materia de Seguridad Social, ha sostenido la Sala, en **STS 23-1-09 (Rc 250/08)**, que la afectación generalizada no puede derivarse —por sí sola— de la pretendida interpretación de una norma sobre revalorización de pensiones, porque de lo que se trata es de que existan

«conflictos reales en aplicación de dichas normas y no se desprende de los autos que la cuestión litigiosa haya afectado a gran número de beneficiarios de la Seguridad Social, como pensionistas». Tampoco cuando se trata de determinar el cálculo de la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal de una trabajadora fija discontinua en el sector de conservas vegetales de Murcia, pese al elevado número de trabajadores de tal condición en la citada Comunidad Autónoma y referido sector laboral [SSTS 10-2-09 (Rc 2832/07), 1-4-09 (Rc 2353/08), reproduciendo lo ya dicho en STS 19-7-05 (Rc 3311/04)].

Por lo demás, la evidencia compartida de las partes sobre la afectación generalizada no sustrae a los órganos jurisdiccionales el control sobre la concurrencia efectiva de tal afectación [STS 21-1-09 (Rc 4446/07)].

5.3. Consignación para recurrir

Sostiene la STS 3-11-08 (Rc 3287/07) que **a los efectos de admisión del recurso de suplicación frente a una sentencia que declara el despido improcedente, es subsanable la falta de consignación de la indemnización, cuando se había optado por la readmisión y se consignaron sólo los salarios de tramitación.** Razona la Sala que, con carácter general, la condena que se impone en una sentencia al pago de diversos conceptos es siempre única y por la cantidad total, y es ese importe total de la «cantidad objeto de la condena», sin necesidad de mas individualización, el que debe ser objeto de una única consignación para cumplir con las exigencias del precepto procesal. Regla general que no se exceptúa en los procesos de despido, en los que también se produce una única condena al pago de cantidad que, junto a la indemnización sustitutiva de la readmisión, «comprenderá también» en expresión de art. 110 LPL, los salarios de tramitación. De modo que las consecuencias del incumplimiento de la obligación que impone el art. 228 LPL vienen reguladas en el art. 193.2 y 3 LPL, siendo distintas para el incumplimiento total de la obligación de consignar la condena, que siempre provoca la inadmisión del recurso, y para el caso de cumplimiento deficiente de la obligación, que da lugar a la apertura de un trámite de subsanación. Y en el caso de autos no se había producido por la empresa un incumplimiento total de la obligación de consignar, sino solo un cumplimiento deficiente, al consignar solo parte de la condena impuesta (solo los salarios de trámite y no la indemnización sustitutiva), defecto que, por lo expuesto, debe considerarse subsanable.

5.4. Imposibilidad de apreciación de oficio de la prescripción en fase de suplicación

Se pronuncia la **STS 24-2-09 (Rc 3654/07)** —reproduciendo la TS 5-10-94 (Rc 402/94—, sobre **la posibilidad de que la Sala de suplicación entre a valorar la excepción de prescripción (art. 59.2 ET) no alegada por la parte hasta la fase de recurso**, esto es: que la aprecie de oficio. Pues bien, sostiene la sentencia que la prescripción, como excepción propia de carácter material, **no entra dentro del ámbito del «iura novit curia», ni puede ser apreciada de oficio** por el juez, porque se funda en un hecho meramente excluyente, que no afecta por sí mismo a la existencia del derecho que se ejercita. Y si esta prohibición se aplica en la instancia, con mayor rigor ha de serlo en un recurso extraordinario como el de suplicación, en el que las facultades de conocimiento del órgano judicial «ad quem» están limitadas por los motivos del recurso.

A lo que se añade que la apreciación de oficio de la prescripción produciría una alteración de los términos del debate con vulneración del principio de contradicción, y del derecho a la defensa de la parte recurrida —que en ningún momento habría podido oponerse a la prescripción—.

6. Casación unificadora

6.1. Falta de contradicción

Es doctrina consolidada de la Sala que en los temas procesales, salvo supuestos excepcionales vinculados con la competencia funcional de la Sala o a la falta de jurisdicción, rige también la exigencia de la contradicción previa que el LPL art. 217 fija como presupuesto de admisión de todo recurso de casación unificadora como signo definidor de su naturaleza especial. Siendo necesario que las irregularidades formales constituyan el núcleo de la argumentación o «ratio decidendi» de las sentencias. De modo que no existe contradicción entre una sentencia que decide sobre una cuestión procesal y otra que sin entrar en ella resuelve sobre el fondo, porque mientras que en un caso el problema procesal es objeto inmediato y directo de enjuiciamiento, en el otro no ha entrado en el ámbito de la decisión. Pues bien, particularmente estricta en la aplicación de estos parámetros resulta la **STS 8-4-09 Rec. 1267/08**), en la que se sos-

tiene, a propósito de una reclamación del complemento de funciones por parte del personal laboral al servicio de la Junta de Galicia, que falta contradicción en el recurso de unificación de doctrina cuando una sentencia declara la falta de jurisdicción y la de referencia decide sobre el fondo sin abordar el problema de la jurisdicción, porque las cuestiones sobre las que deciden las sentencias son distintas, al pronunciarse una sobre la jurisdicción y otra sobre el fondo del asunto. Razonando la sentencia que no puede entenderse que hay una doctrina implícita que sea necesario unificar cuando esa doctrina no se ha manifestado como tal en una sentencia.

La exigencia de igualdad se extiende a la normativa aplicable al caso, de modo que **la contradicción no existe si los hechos suceden bajo la vigencia de normas —o convenios colectivos— que los regulan de diferente modo.** Si bien, como se advierte en la **STS 24-7-08 (Rc 456/07)**, **no es relevante a efectos de admitir la contradicción el hecho de que las sentencias comparadas resuelvan sobre convenios colectivos distintos, siempre que el contenido de los mismos sea idéntico en lo sustancial**, en este caso, en la regulación de las licencias o permisos retribuidos, siendo lo que se discutía la inclusión de la hospitalización por parto entre los supuestos que daban derecho a permiso retribuido, teniendo en cuenta que los dos convenios lo reconocían por la enfermedad grave con hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Pues, como señala la sentencia, lo que se rechaza a efectos de contradicción no es la contraposición de preceptos distintos, sino que éstos regulen la materia controvertida de modo diferente, lo que no acontecía en este caso.

En todo caso, como se sabe ciertas materias se presentan particularmente complejas a la hora de acreditar la contradicción necesaria. En esta línea, se ha sostenido que respecto de **la valoración de la suficiencia de la carta de despido es difícil que se pueda dar la contradicción exigida**, ya que para ello es necesaria una coincidencia de hechos y de redacción de las cartas que difícilmente concurren en la realidad [**STS 16-1-09 (Rc 4165/07)**]. Como se advierte en la sentencia (que tiene voto particular) la determinación de este contenido afecta normalmente a cuestiones de carácter absolutamente particular e individualizado, en las que es casi imposible establecer generalizaciones o pautas válidas para diferentes supuestos, ya que la adopción de cada solución concreta depende fundamentalmente de las circunstancias, datos y elementos que en ese caso concreto concurren.

Por la misma causa, las cuestiones relativas a **la valoración del fraude no son materia propia de la unificación de doctrina**. Lo que se recuerda con insistencia a propósito de la apreciación de fraude en la actuación de los prejubilados de Telefónica que antes de solicitar la pensión de jubilación obtienen contrato temporal. Razona la Sala que en estos casos no resultan coincidentes las situaciones de los actores [SSTS **10-2-09 (Rc 600/08)**, para contrato por tres meses, **24-2-09 (Rc 1995/08)**, para contrato por 31 días, **24-3-09 Rec. 1501/08**), para contrato de once días en puesto de inferior categoría profesional, **22-4-09 (Rc 4532/07)** para contrato a tiempo parcial y con duración de mes y medio por amortización de puesto de trabajo, con empresa de la que es titular un familiar, y en la misma línea: SSTS **22-1-09 (Rc 4610/07)**, **10-2-09 (Rc 600/08)**, **2-3-09 (Rc 994/08)**, y **25-3-09 (Rc 1201/08)**, **23-3-09 (Rc 2151/08)**]. Y ello pese a que en supuesto similar de cese voluntario en Telefónica, la **STS 14-5-08 (Rc 884/07)** había apreciado contradicción «a fortiori». Además, las SSTS **2-3-09 (Rc. 994/08)**, **21-5-09 (Rc. 3205/08)** advierten que el recurso en estos casos carece de contenido casacional toda vez que la Sala ha insistido con reiteración en que falta éste cuando se discute la existencia de fraude por fundarse en valoración de intenciones, pues ello requiere una valoración casuística de las circunstancias individualizadas y variables en cada caso.

6.2. *Idoneidad de sentencia de proceso individual como referencial en conflicto colectivo*

La **STS 24-7-08 (Rc 456/07)** se pronuncia sobre la idoneidad de una sentencia referencial dictada en un proceso individual para establecer la contradicción con la recurrida, resultante de un proceso de conflicto colectivo. Razona la Sala, en este sentido, que el carácter colectivo de la recurrida no es obstáculo para la contradicción, por una parte, porque las sentencias de conflicto colectivo no producen efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales ya resueltos por sentencia firme (art. 158.3LPL, *a sensu contrario*), y por otra, porque las sentencias dictadas en unificación de doctrina no proyectan sus efectos sobre las referenciales (art. 226.1 LPL). Razón que llevó en su día, como se recuerda en esta sentencia, a la Sala a modificar su anterior criterio en la sentencia del Pleno de 14-7-00 (Rc 4534/98), y a aceptar la validez de las sentencias firmes de conflicto colectivo, en el caso opuesto, es decir cuando éstas se invocan como referenciales a los efectos de la contradicción.

6.3. *Idoneidad como sentencia de contraste de sentencia dejada sin efectos por una transacción*

En **STS 23-10-08 (Rc 1281/07)** se considera idónea para sustentar la contradicción que este recurso exige, una sentencia de suplicación dejada sin efecto por un auto que aprueba una transacción. Sostiene la sentencia, a tal efecto, que **es conforme a la finalidad de la exigencia de firmeza de la decisión referencial, pues el auto que aprueba la transacción no anula ni revoca la sentencia, sino que la sustituye por la transacción y la priva de efectos**. Por ello la sentencia continúa teniendo un contenido doctrinal aprovechable a estos efectos, que está dotado de la consistencia necesaria para entrar en un juicio de contradicción, al contener un criterio en sí mismo estable en la medida en que la terminación del proceso determina que ya no pueda ser combatido en él.

6.4. *El incumplimiento formal como causa de inadmisión*

Como se recuerda en **TS 7-4-09 (Rc 37/08)**, conforme al art. 483.2.2.º LECiv será causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de interposición. Requisitos formales que se incumplen cuando se solicita la revocación de la sentencia «en cuanto al importe de la indemnización y salarios de tramitación consignados en la misma», sin hacer referencia a las cantidades concretas que por uno y otro concepto habrían de corresponder.

7. Recurso de revisión. Alcance del cohecho, la violencia y la maquinación fraudulenta

La mención que el legislador hace a la posibilidad de revisar una sentencia firme ganada «injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta», requiere, a entender de la Sala, una interpretación estricta de estas causas. Así, **la referencia al cohecho, sin más, impide incluir por ejemplo la prevaricación**, a la que sí hace referencia la norma reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 102.1.d). Y la llamada a la **violencia no alcanza a los supuestos de simple intimidación [STS 8-7-08 (Rc de revisión 20/06)]**.

Por su parte, la maquinación fraudulenta consiste en la conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrida que, mediante el empleo de astucia,

artificio u otro medio semejante, tiende a conseguir una lesión a quien pretende ampararse en este recurso [**SSTS 8-7-08 (Rc de revisión 20/06), 22-4-09 (Rc de revisión 19/08)**]. Y el juego de esta causa requiere la concurrencia de un elemento subjetivo: que la maquinación haya sido realizada personalmente o con auxilio de un tercero por la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable [STS 13-7-00 (Rc 3313/99) y 14-5-02 (Rc 834/01)] [**STS 6-10-08 (Rc de revisión 24/07)**].

En todo caso, debe considerarse siempre tal maquinación como una conducta de la parte que injustamente ganó la sentencia, y en ningún modo atribuible al juzgador que la dictó [**STS 8-7-08 (Rc de revisión 20/06)**]. Pesando sobre la parte actora que la invoca la carga de probar la veracidad de los hechos que alega como integrantes de la maquinación fraudulenta [**STS 22-4-09 (Rc de revisión 19/08)**].

Por último, la **STS 22-4-09 (Rc de revisión 19/08)** recuerda la doctrina de la Sala respecto de esta excepcional vía, con especial mención a la exigencia no sólo de que la sentencia sea firme en los términos previstos en los arts. 207.2 LECv y 245.3 LOPJ, sino también de que se hayan agotado previamente los recursos jurisdiccionales que la Ley prevé para que la sentencia pueda considerarse firme a efectos revisorios; pues sólo de este modo quedará garantizada la subsidiaridad de este recurso, no pudiendo, por ende, emplearse cuando pudo utilizarse otro medio normal de impugnación. Aplicando esta doctrina al caso de autos, razona la Sala que en principio no resultaría posible la admisión del recurso al no haber interpuesto la parte recurso de casación unificadora contra la resolución del Tribunal Superior de Justicia, no obstante, precisa la sentencia que como en este caso la materia litigiosa se refería a un despido disciplinario y la Sala tiene dicho que estas cuestiones carecen de interés casacional, resulta inapropiada la exigencia de interposición de un recurso que estaría, por la propia doctrina de la Sala, llamado al fracaso.

SALA QUINTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. PENAL.....	349
1. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.....	349
Abandono de destino. Deber de motivación. Devolución de la Sentencia al Tribunal de instancia.....	349
2. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.....	349
Circunstancia eximente de miedo insuperable: al recurrente, a causa de la hostilidad fuerte e insoportable que recibió de sus compañeros de Unidad, no le era exigible una conducta distinta a la que realizó.....	349
3. DELITO CONTRA LOS DEBERES DE CENTINELA.....	351
Incumplimiento de los deberes de centinela: delito de riesgo/ resultado.....	351
4. DELITO CONTRA LA DISCIPLINA.....	352
Abuso de Autoridad. Maltrato de obra a subordinado. Objeto del proceso penal. Principio Acusatorio. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.....	352
5. DELITO CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO.....	353
Delito de deslealtad: doctrina. Elementos. Especial referencia a los elementos subjetivos del injusto. Ánimo de engañar: se estima. No hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia.....	353
6. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.....	354
Delito de Deserción. Artículo 120 del Código Penal Militar. Ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de obligaciones militares. Prueba indiciaria.....	354
7. DELITO CONTRA EL DEBER DE PRESENCIA.....	355
Conformidad. Consentimiento no informado en cuanto a las consecuencias sobre cese en las FAS.....	355
8. DELITO CONTRA LOS DEBERES DE PRESENCIA.....	356
Abandono de destino: no exigibilidad de otra conducta.....	356

	<i>Página</i>
9. DELITO CONTRA LA DISCIPLINA	357
Insulto a superior. Revisión de Sentencia por aplicación de la Disposición Transitoria 2. ^a .2 LO 12/2007 y art. 7. bis CPM. Denegación. Jurisprudencia de la Sala.....	357
II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO	359
1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES.....	359
Falta leve de «la falta de respeto a superiores» del art. 7.12 LO 8/1998. Doctrina sobre las reservas (la reserva formulada en 1979 a los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo surte sus efectos desde la entrada en vigor de la LO 8/98 a la comuni- cación al Secretariado del Consejo de Europa el 23.05.2007). Libertad de expresión de los militares y sus límites. Falta de proporcionalidad de la sanción (en cuanto cuestión de legali- dad ordinaria puede alegarse en procedimiento preferente y sumario). Cuestión de inconstitucionalidad	359
2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES.....	361
Falta leve de respeto a superior (art. 7.12 LO 8/1998). Divul- gación hecha por escrito de expresiones irrespetuosas para un superior, proferidas por quien no es militar.....	361
3. DENUNCIA JUDICIAL CONTRA SUPERIOR.....	362
Falta grave. artículo 8.17 «Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y basadas en aseveraciones falsas». Sólo ad- mite la forma dolosa. Presunción de inocencia en el ordena- miento disciplinario militar. Denuncia judicial contra supe- rior. No consta la falsedad de las aseveraciones.....	362
4. RÉGIMEN TRANSITORIO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY ORGÁNI- CA DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL.....	364
Aplicación retroactiva de Ley Orgánica 12/2007, de Régi- men Disciplinario de la Guardia Civil: revisión de oficio y aplicación de la nueva Ley cuando para el sancionado se de- rivarán efectos más favorables. Consumo ocasional de dro- gas (arts. 8.22 LO 11/1991 y 8.26 LO 12/2007)	364
5. Falta leve de embriaguez.....	365
Presunción de inocencia: vacío probatorio.....	365

I. PENAL

1. Delito contra el deber de presencia

Abandono de destino. Deber de motivación. Devolución de la Sentencia al Tribunal de instancia

En la **STS 27-01-2009 (Rc 76/2008)**, la Sala estima no colmado el Derecho a la tutela judicial efectiva del a la sazón condenado por un delito de Abandono de destino, con devolución de las actuaciones al Tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia debidamente motivada en cuanto a la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad apreciada, no tanto por no resolver sobre el valor del informe pericial que justificara la atenuación de la pena, cuanto por no motivar, siquiera mínimamente, la concurrencia de la circunstancia atenuante por analogía citada, y ello por cuanto el órgano jurisdiccional de instancia concluía sin la menor motivación en su fundamentación jurídica que no concurrían circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad, en clara contradicción con la parte dispositiva de la Sentencia, y con un posterior razonamiento de derecho dedicado a la individualización de la pena, entre cuyos razonamientos no se comprendían los relacionados con la circunstancia atenuante finalmente apreciada en el Fallo ni, en consecuencia, su posible influencia sobre la duración de la pena de prisión impuesta.

2. Delito contra el deber de presencia

Circunstancia eximente de miedo insuperable: al recurrente, a causa de la hostilidad fuerte e insoportable que recibió de sus compañeros de Unidad, no le era exigible una conducta distinta a la que realizó

En la **STS 30-01-2009 (Rc 57/2008)**, se examina el reproche casacional que efectúa el recurrente a la Sentencia de instancia por infracción de ordinaria legalidad al no aplicarse la eximente de miedo insuperable.

Para demostrar que concurría tal circunstancia, y que, como efecto inmediato, no debió ser condenado, el recurrente alegaba la existencia de un trato vejatorio y el temor de sufrir un ataque contra su integridad física y moral; en concreto, se refería al hecho de que por parte de sus compañeros se le diera un trato vejatorio, humillante y amenazante, que le atemorizaba, hasta el punto de impedirle cumplir con su obligación de regresar a su Unidad, de la que se ausentó con el único fin de proteger bienes jurídicos personales tales como son su integridad moral e incluso física, los cuales eran vulnerados constante y sistemáticamente, sin que ni las quejas ni las denuncias judiciales de tales hechos promovidas por la Fiscalía sirvieran de nada, tal y como acreditaba que las mismas habían sido, tal y como refiere la sentencia, finalmente archivadas.

La cuestión se circunscribió a determinar si la hostilidad de los compañeros del recurrente, calificada por el Tribunal de instancia como «fuerte e intolerable», fue o no de suficiente intensidad para estimar concurrente la circunstancia eximente de miedo insuperable y, por su aplicación, absolver al recurrente, lo que no hizo aquél, al estimar tal hostilidad con aptitud para desproveer a los hechos de su carácter delictivo.

Señala la Sentencia de esta Sala, respecto de la que su Presidente emitió voto particular discrepante, que si bien le asiste la razón al Tribunal de enjuiciamiento en la medida en que el miedo insuperable no afecta a la antijuridicidad; la ausencia del recurrente estaba prohibida y mientras duró el recurrente actuó contrariamente a la norma, no es menos cierto que dicho Tribunal olvidó continuar razonando que el ámbito donde opera la eximente de miedo insuperable, es el de la imputabilidad.

Que en el caso el recurrente estaba atemorizado es una conclusión que fluye de modo natural de la propia convicción del Tribunal de instancia: si el recurrente sufría una hostilidad «fuerte e intolerable» (basta que fuera fuerte, aunque no fuera intolerable en el sentido de insoportable, sino en el de inadmisibles legal o éticamente), procede concluir — es la única conclusión razonable — que el recurrente tenía temor. Lo decisivo es, pues, establecer si ese temor era o no insuperable. El criterio apropiado para ello es determinar qué sería lo exigible al «común de los hombres» en la misma situación del recurrente. Ha de analizarse lo que haría un hombre homosexual que por serlo es objeto por parte de sus compañeros de Unidad, con los que convive diariamente, de vejaciones y humillaciones (una hostilidad «fuerte e intolerable», dice el Tribunal de instancia).

La Sala entiende que al hombre medio, en las circunstancias enunciadas, que son las que concurrían en el recurrente, no le sería exigible que actuase de modo diferente al de éste, no le sería exigible que actuara conforme a derecho volviendo a su Unidad. Como hizo el recurrente, el hombre medio en esas circunstancias se habría ausentado de la Unidad, lugar en que sufría el trato vejatorio generador del miedo, a fin de no seguir soportándolo y evitar consecuencias quizás más graves.

En definitiva, la Sala estima, acogiendo el motivo de casación, que al recurrente no le era exigible otra conducta, de suerte que, por concurrir la causa de exención de la responsabilidad penal prevista por el legislador en el artículo 20.6 del Código penal, no merece reproche penal alguno.

3. Delito contra los deberes de centinela

Incumplimiento de los deberes de centinela: delito de riesgo/resultado

En la **STS 12-02-2009 (Rc 79/2008)**, dictada en recurso promovido por el Ministerio Fiscal en un único motivo casacional en el que denuncia la indebida aplicación del tipo recogido en el Código Penal Militar, que define el delito contra los deberes del centinela. El recurrido, que lógicamente se opuso al criterio de la Fiscalía Togada, adujo que pese a concurrir varios elementos integrantes del tipo, como son la condición de militar y la consideración legal de centinela, no era apreciable una actuación voluntaria, ni una conciencia de la ilicitud de su propia conducta por el inculpado, subrayando, especialmente, que no se había producido el resultado de grave daño al servicio.

El Tribunal de instancia, consideró que en esta figura delictiva —a diferencia del delito de abandono del puesto del artículo precedente del referido Código Penal militar, que no lo exige— se precisa la producción de un resultado: el grave daño al servicio, que no se requiere que sea material, pero que habrá de ser grave, para lo que habrá de tenerse en cuenta la transcendencia del hecho, siendo así que —se afirma en la sentencia impugnada— la seguridad de la Unidad no se vio afectada en ningún momento, ni se ocasionó una repercusión negativa en el desenvolvimiento normal de la Unidad.

Recuerda la Sala Quinta al estimar el recurso que la exigencia típica de grave daño se refiere a la realización del servicio, que puede originar un incumplimiento total o parcial y que ha de ser una alteración que oca-

sione detrimento, perjuicio, menoscabo, pero que, no requiere que esos daños sean materiales pues, sin ellos, puede el servicio quedar incumplido y, por ende, gravemente dañado y aunque el delito exige, ciertamente, la producción de un resultado, «ello no quiere decir que éste sea material, pues, el “grave daño” lo es con relación al servicio y es obvio que puede originarse un grave daño al servicio sin que se haya producido daño alguno material o que éste sea de poca monta.

Por tanto, el tipo objetivo de este específico delito también se colma, tanto en lo que concierne al incumplimiento de las obligaciones propias del centinela, como al resultado jurídico del grave daño para el servicio, en la afectación al mismo servicio que se desempeña y no en función del riesgo para la seguridad de lo que sea objeto de vigilancia, *«porque el daño no es material sino jurídico y se refiere al normal desenvolvimiento de la misión del centinela, el cual se impone como consecuencia de la acción contraria a los deberes del servicio»*.

4. Delito contra la disciplina

Abuso de Autoridad. Maltrato de obra a subordinado. Objeto del proceso penal. Principio Acusatorio. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo

En la **STS 12-02-2009 (Rc 31/2008)**, ante la alegada por la parte recurrente conculcación del principio acusatorio y consiguiente indefensión, al pronunciarse el Tribunal sentenciador sobre un hecho que no estaba recogido en el auto de procesamiento dictado por el Juez Instructor pero sí en el escrito de conclusiones que evacuara el Ministerio Público, afirma la Sala que, el Auto de procesamiento no atribuye el «status» de acusado, sino que es el escrito de Conclusiones provisionales, el que hace que el denunciado, que después puede ser imputado y luego, aunque no siempre procesado, pase a ser acusado en un proceso penal militar y finalmente condenado o absuelto por el Tribunal sentenciador que dictará su sentencia vinculada por el cuadro fáctico que haya fijado la acusación en su escrito de conclusiones provisionales.

Por tanto el principio de legalidad obliga a exponer en el escrito de Conclusiones Provisionales *«los hechos que resultan del sumario»*, (no los recogidos en el Auto de Procesamiento) y a citar *«las diligencias de que deduce su prueba»*, es más, la Defensa del acusado, una vez conocido el escrito de Conclusiones Provisionales del Fiscal de instancia tuvo

la oportunidad de efectuar, en su escrito de Conclusiones Provisionales, cuantas alegaciones fácticas y proposición de pruebas exculpatorias tuvo por conveniente sin producción, por tanto, de la menor **indefensión material** que, como es sabido, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, es la única con relevancia constitucional.

Por ello, cuando el Juez decide abrir el juicio oral (en el procedimiento abreviado), la resolución en que así lo acuerda no define el objeto del proceso ni delimita los delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento ni supone vinculación alguna respecto de los hechos imputados, pues éstos y aquellos deben quedar concretados, inicialmente en los escritos de conclusiones provisionales de las partes acusadoras y finalmente, tras la práctica de las pruebas, en las conclusiones definitivas. En el procedimiento penal abreviado es a través de los escritos de acusación con los que se formaliza e introduce la pretensión punitiva con todos los elementos fácticos y jurídicos. Mediante esas conclusiones se efectúa una primera delimitación del objeto del proceso, que queda taxativamente fijado en las conclusiones definitivas.

Desde este punto de vista, el auto que acuerda la apertura del juicio oral sólo sirve para permitir que el procedimiento siga adelante. Su finalidad es valorar la consistencia de la acusación con el fin de impedir imputaciones infundadas y con ello la llamada «pena de banquillo», actuando en este caso el Juez, en funciones de garantía jurisdiccional, pero no de acusación. El auto supone, pues, un juicio de racionalidad sobre la existencia de motivos bastantes para el enjuiciamiento, supliendo de esta manera en el proceso abreviado la falta del auto de procesamiento del proceso ordinario, pero ni tiene como éste naturaleza inculpatoria ni tiene el alcance de conformar positivamente los términos fácticos y jurídicos del plenario, pues eso es función de las acusaciones.

5. Delito contra los deberes del servicio

Delito de deslealtad: doctrina. Elementos. Especial referencia a los elementos subjetivos del injusto. Ánimo de engañar: se estima. No hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia

La STS **02-03-2009 (Rc 68/2008)**, con ocasión del recurso de casación interpuesto por Soldado a la sazón condenado por un delito de deslealtad recuerda al desestimar el recurso, que para la existencia del tipo

señalado, se requiere como elemento subjetivo distinto al dolo genérico, el empleo de cualquier clase de engaño. El engaño requerido por el tipo penal en cuestión ha de tener cierta entidad y además ha de ser idóneo para causar error y confundir al destinatario de la mendacidad, y no sólo eso, sino que además el engaño exigido puede ser «ex ante y ex post», bastando a estos efectos con que el ardid utilizado vaya encaminado a no cumplir lo debido.

Se tratará pues de examinar de consuno si se ha probado el engaño atribuido al recurrente, y, si dicho engaño, de existir, se hizo con la intención de excusarse del cumplimiento, no de una obligación genérica, sino de un específico acto de servicio, concluyendo la sentencia que en el caso que nos ocupa el engaño o ardid utilizado por el soldado fue acreditado sin margen alguno de duda, de suerte que la única cuestión resolutoria se extendió a concretar si dicho engaño fue hecho con la finalidad clara de eludir un deber, matizando que la prueba de tal elemento subjetivo, sólo puede obtenerse en la mayoría de los casos a través de indicios, es decir, mediante la llamada prueba indiciaria sometida a una serie de condicionamientos, concretamente que los referidos indicios sean plurales y que exista una conexión lógica entre ellos y las conclusiones obtenidas siempre que éstas no sean excesivamente abiertas.

6. Delito contra los deberes de presencia

Delito de Deserción. Artículo 120 del Código Penal Militar. Ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de obligaciones militares. Prueba indiciaria

La STS **24-03-2009 (Rc 92/2008)**, tras ser alegado por el recurrente infracción de ley por aplicación indebida del precepto penal de carácter sustantivo últimamente citado, afirmando que no ha quedado acreditado, sin ningún género de dudas que, al no regresar a su unidad tuviera plena conciencia y voluntad de ausentarse de modo permanente, esto es, que conociera y entendiera de modo preciso las consecuencias legales de dicho comportamiento, especialmente las penales, por tanto, no se ha probado el elemento subjetivo, pues tratándose de un tipo delictivo que sólo permite la comisión dolosa, no ha quedado acreditado el ánimo de sustraerse de forma definitiva de sus obligaciones militares, recuerda la Sala su doctrina, expuesta recientemente en Sentencia de febrero de 2009, según la cual el delito de deserción exige como elemento objetivo, la ausen-

cia física de la Unidad y, como elemento subjetivo, el ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares.

Se exige, por tanto, un elemento finalista, como es el ánimo permanente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones militares que, por su carácter interno y tendencial, es un elemento que pertenece a la esfera íntima de la persona, al ámbito de su conciencia y habrá de probarse, en la mayoría de los casos, a través de inferencias (que conforme a la reiterada Doctrina de esta Sala, habrán de ser racionales) debiendo apreciarse un engarce lógico entre el hecho básico y el hecho consecuencia, siempre que las conclusiones que se pudieran deducir de los hechos acreditados no sean por sí mismas excesivamente abiertas.

En su consecuencia y afirmado que en el caso que nos ocupa existieron pruebas de las que racionalmente se deduce el elemento intencional exigido por el tipo penal, concluye la Sala que, difícilmente puede alegarse desconocimiento acerca de las consecuencias de su conducta, pues es ésta una afirmación que en un militar profesional resulta de difícil credibilidad.

7. Delito contra los deberes de presencia

Conformidad. Consentimiento no informado en cuanto a las consecuencias sobre cese en las FAS

La STS **14-04-2009 (Rc 116/2008)**, trata sobre la información previa que ha de recibir el acusado sobre las consecuencias de la conformidad que éste pueda prestar con el escrito de acusación.

La queja del recurrente venía realmente referida a la omisión de un requisito esencial para la validez de la conformidad, en el sentido de que el acusado fue informado por el Secretario Relator sobre las ventajas de la conformidad, que se proponía prestar asistido del Letrado de su defensa, pero no de los graves inconvenientes de la misma, en especial que la condena llevaría implícita su cese en las Fuerzas Armadas, por aplicación de las previsiones contenidas en la Ley de Tropa y Marinería y en la Ley de la Carrera Militar.

La concreta cuestión que en el Recurso se suscitaba ya había sido tratada y resuelta muy recientemente por esta Sala, en Sentencias de 12 de marzo, 6 y 13 de abril del presente en las que reiteramos que la conformi-

dad válida es la que viene precedida de la debida información que por el órgano judicial debe facilitarse al acusado, para que éste decida en función de aquel conocimiento sin perjuicio del asesoramiento proveniente de su Letrado. El deber de informar incumbe al Secretario judicial, y al Tribunal verificar a través de su Presidente que la conformidad se presta libremente y con conocimiento de sus consecuencias. Sobre lo que ha de ser objeto de la información debida, hemos dicho en las Sentencias citadas que la misma ha de comprender no solo las consecuencias estrictamente penales, sino «también aquellas consecuencias de la condena que nazcan directamente de ésta, estén recogidas en una norma con rango de ley y afecten de forma objetivamente relevante a la vida profesional militar».

En el presente caso la condena por delito doloso de Abandono de destino incidiría directamente sobre el compromiso en vigor, dando lugar a su resolución. Ninguna advertencia o prevención se hizo al acusado en tal sentido, según está redactada el Acta extendida por el fedatario judicial, ni hay constancia tampoco del anterior dato en el texto de la Sentencia recurrida.

En estas condiciones, la conformidad no fue expresiva del consentimiento emitido por el recurrente tras ser informado de las aludidas consecuencias, por lo que la infracción de este requisito de carácter esencial debe determinar la nulidad de la Sentencia de instancia, lo que comporta la realización de nuevo enjuiciamiento en las condiciones dichas de información o instrucción suficiente al acusado, previamente a manifestar éste la posible conformidad con los términos en que la acusación se formule; nuevo enjuiciamiento que correrá a cargo del mismo Tribunal integrado por miembros distintos de los que dictaron la Sentencia que se anula.

8. Delito contra los deberes de presencia

Abandono de destino: no exigibilidad de otra conducta

La STS **20-04-2009 (Rc 69/2008)**, recuerda que para que una acción sea culpable no basta con que el sujeto sea capaz de conocer la ilicitud de su conducta, sino que resulta necesario que en ese momento le sea exigible un comportamiento adecuado a la norma. Así la no exigibilidad de otra conducta, como causa de exclusión de la culpabilidad, se apreciaría en situaciones en las que operaría «*como una norma específica de derecho positivo, así en algunos supuestos del estado de necesidad y, en otros, como complemento indispensable del propio sistema penal....cubriendo, en favor del reo, determinadas fisuras o vacíos*», pues la medi-

da de la exigibilidad (o de la culpabilidad) se encuentra en lo que puede considerarse en cada caso como lo que en las mismas o semejantes circunstancias puede constituir el comportamiento de la mayoría de las personas, estimándose como conducta no merecedora de sanción penal aquélla que se ajusta a tal medida.

La evidente singularidad del caso presente se desprende del propio relato de hechos, que como acreditados se tienen en la sentencia, y allí se consigna no sólo que la inculpada venía padeciendo una depresión reactiva durante el período de su ausencia, sino el maltrato familiar que sufrió durante el periodo de su ausencia y la situación prolongada de violencia de género que venía padeciendo. Pero además se ofrece como acreditado el dato, también muy relevante, de que la acusada tenía a su cargo el cuidado y mantenimiento de dos hijas de corta edad y la muy delicada situación económica en la que se encontraba.

Pues bien, aunque la decisión que la recurrente adoptó infringía su deber de presencia al margen del marco normativo que lo regulaba, sin estar amparado su comportamiento por causa alguna de justificación y siéndole éste imputable, no cabe sostener que la acusada fuera culpable en el sentido de ser susceptible de soportar el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad, en razón de la anormalidad de la situación límite por la que atravesaba la recurrente al realizar los hechos, debido a las circunstancias recogidas por el Tribunal de instancia en el relato fáctico.

Así, concluye la Sala en este caso concreto no puede formularse reproche culpabilístico, porque la recurrente se comportó como cabría esperar de la mayoría de las personas según el baremo del individuo medio, que es el destinatario de la norma, pues aunque con su comportamiento infringió la norma jurídica reguladora del deber de presencia y el tipo penal que protege dicho bien jurídico, su conducta venía claramente motivada por la preservación de otros bienes que no pueden considerarse de menor entidad.

9. Delito contra la disciplina

Insulto a superior. Revisión de Sentencia por aplicación de la Disposición Transitoria 2.ª.2 LO 12/2007 y art. 7. bis CPM. Denegación. Jurisprudencia de la Sala

En la STS 27-05-2009 (Rc 128/2008), con invocación del motivo casacional previsto para los supuestos de infracción de ordinaria legalidad, la

parte recurrente denuncia la aplicación indebida del párrafo segundo del art. 7. bis del Código Penal Militar, introducido por la Disposición Adicional Cuarta LO 12/2007, de 22 de octubre, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil; denuncia de ilegalidad que la Fiscalía Togada sitúa acertadamente en la eventual infracción del apartado 2. de la Disposición Transitoria Segunda de la expresada LO 12/2007, en relación con lo previsto en el párrafo primero del también mencionado art. 7. bis. CPM.

Al respecto, esta Sala ya se ha pronunciado en resoluciones de 16 y 20 de abril y 6 de mayo de 2009 sobre la interpretación que merece el primer párrafo del art. 7. bis CPM, en relación con lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda LO 12/2007 como presupuesto de aplicación de la misma, habiendo declarado que a partir de la naturaleza militar del Instituto armado de la Guardia Civil y la condición de militares que corresponde al personal de este Cuerpo, invariablemente proclamada por el legislador al menos desde LO 2/1986, de 12 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y más recientemente por el Gobierno de la Nación en RD 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas; sus miembros son potenciales sujetos activos de los delitos tipificados en el CPM, de manera significativa de aquellos en que la autoría corresponde sólo a quienes reúnan la dicha condición militar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes jurídicos que se tutelan radicados en las disciplina, la relación jerárquica, la unidad y cohesión interna, la protección de los medios y recursos puestos a su disposición, o el desempeño de funciones y cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios «policiales», ni tampoco abarcados por las concretas situaciones enumeradas en el párrafo segundo del reiterado art. 7. bis; bienes jurídicos que en todo caso seguirían siendo objeto de protección penal cuando fueran afectados por conductas provenientes de cualquier militar, pero no sin razón que lo justifique, cuando la misma afectación trajera causa de actuaciones atribuibles a los militares miembros del Cuerpo de la Guardia Civil.

Sigue expresando la Sala que el entendimiento de la literalidad del párrafo primero del precepto incorporado al CPM, compatible con el Preámbulo de la LO 12/2007, no excluye la extensión de las tipologías contenidas en dicho texto punitivo al personal del Instituto de la Guardia Civil, cuando la actuación de sus miembros no se produce en la realización de los actos propios de servicios de carácter «policial» que estuvieran desempeñando quienes en cada caso resulten ser sujetos activos de la conducta reprochable sea ésta activa u omisiva; subrayando ahora que el

único elemento personal a tomar en consideración en la exégesis del precepto es lógicamente el sujeto activo, que lleva a cabo las acciones u omisiones excluidas de la aplicación material del CPM sin que la existencia de sujetos pasivos, como sucede en el presente caso, resulte relevante en cuanto a hallarse éstos desempeñando por su parte algún servicio «policial», circunstancia que la proposición legal no contempla por venir la misma referida exclusivamente al protagonista del hecho.

Al hilo de lo expuesto concluye que no son necesarios adicionales esfuerzos argumentativos para sostener, con el Tribunal Militar Territorial y la Fiscalía Togada que participa del criterio expuesto en el Auto recurrido, que la actuación del condenado aún acontecida durante un acto de servicio, no formaba parte del desempeño de las funciones que hemos dado en llamar «policiales» a que se contrae la cláusula de exclusión aplicativa del CPM, habiéndose producido los hechos en el ámbito de las relaciones «ad intra» propias del régimen castrense del Instituto, no afectándose en el caso el desempeño de algún cometido policial, sino la disciplina esencial en la estructura de la organización militar. Por consiguiente, el cuadro probatorio consignado en el «factum» sentencial en que se sustentó la condena por delito de «Insulto a superior», del art. 101 CPM, sigue siendo constitutivo del delito militar apreciado en la instancia, al que no resulta extensible la cláusula obstativa de aplicación de las previsiones de dicho texto legal punitivo.

II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. Libertad de expresión de los militares

Falta leve de «la falta de respeto a superiores» del art. 7.12 LO 8/1998. Doctrina sobre las reservas (la reserva formulada en 1979 a los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo surte sus efectos desde la entrada en vigor de la LO 8/98 a la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa el 23.05.2007). Libertad de expresión de los militares y sus límites. Falta de proporcionalidad de la sanción (en cuanto cuestión de legalidad ordinaria puede alegarse en procedimiento preferente y sumario). Cuestión de inconstitucionalidad

En la **STS 19-01-2009 (Rc 15/2008)**, la cuestión planteada se refería al ejercicio por un militar de su derecho a expresarse libremente y consistió, en síntesis, en determinar si el recurrente, Capitán del Ejército del Aire, traspasó los límites a que el ejercicio de dicho derecho se encontraba so-

metido para los militares, y, en concreto, si faltó al respeto debido a un superior, el Coronel del Ejército del Aire Director de la Residencia Militar «Alcázar», porque en la carta que le remitió se realizaban determinadas manifestaciones que pudieran considerarse ofensivas hacia su persona, pues, según se refiere en los hechos que se declaran probados en la Sentencia recurrida, dicha carta incluía las siguientes expresiones: *«le ruego que retire lo de “Estimado amigo y compañero” pues de la falsedad que en la misma se contiene y del trato que me ha dispensado no se desprende ni estima, ni amistad ni compañerismo», que «también me mintió el Director al afirmar ...», que «no deja lugar a dudas de que me estaba engañando ...» y que «evidentemente no voy a consentir impasible los caprichos de esa Dirección, tras haber conseguido que se declaren ilegales unas prácticas antediluvianas asumidas de los anteriores Directores».*

Tras recordar la Sala los puntos básicos de la reiterada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo sobre las libertades del artículo 20.1 a) de la Constitución Española señala como es lo cierto que, en el caso de autos y a la luz de la doctrina expuesta, el recurrente traspasó uno de los límites del derecho de libertad de expresión de los militares, a saber, el respeto a los órganos y autoridades superiores, cuya legitimidad no ofrece dudas al resultar impuesto como garante de la disciplina interna militar.

De la simple lectura de la carta suscrita por el recurrente se infiere que —no obstante la razón de fondo que a éste asistía en razón de la desatinada actuación del Coronel Director de la Residencia Militar «Alcazar» que, con evidente desconocimiento u olvido de lo previsto en la Instrucción Comunicada de la Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de Defensa de 20 de octubre de 2006, por la que se establecen los criterios generales de la organización y el funcionamiento de las Residencias Militares «Alcazar» y «Don Quijote», impidió que el hoy recurrente se alojara en el primero de tales establecimientos junto con su pareja de hecho, no obstante lo dispuesto en dicha Instrucción, al exigirle indebidamente que acreditara dicha relación— con ella infringió lo dispuesto en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas antes citados, pues los términos que en la misma utilizó, tachando la conducta de un superior de mentirosa y engañosa infringía claramente, con independencia de su adecuación o no a la realidad de lo acontecido, lo estipulado en la antedicha norma.

El recurrente sigue diciendo gozaba de libertad para expresarse y formular a su superior —o a los superiores de los que éste, a su vez, depen-

día, tal y como, por cierto, efectivamente hizo— cuantas objeciones creyera que debía plantearle por la decisión adoptada respecto a su solicitud de alojamiento en la Residencia «Alcázar» junto con su pareja de hecho. Pero ese derecho debió ejercerlo con respeto, si bien no lo hizo así, constituyendo las expresiones utilizadas, según conclusión del Tribunal de instancia —que esta Sala comparte por entenderla razonable y adecuada a las reglas de la sana crítica—, una desvaloración personal del mando al que se dirige, al utilizar expresiones directamente descalificadoras del mismo, siendo ello lo que constituye la falta de respeto que motivó la sanción.

2. Libertad de expresión de los militares

Falta leve de respeto a superior (art. 7.12 LO 8/1998). Divulgación hecha por escrito de expresiones irrespetuosas para un superior, proferidas por quien no es militar

En la **STS 20-01-2009 (Rc 16/2008)**, la queja de la parte que recurriera, a la sazón la Abogacía del Estado con posterior adhesión del Ministerio Fiscal, se basaba en que a partir de los hechos que en la Sentencia se declararon probados, y de la valoración efectuada por el Tribunal de instancia en cuanto a que las expresiones contenidas en el escrito de determinado Comandante del Ejército del Aire, debían considerarse irrespetuosas para la persona del General Director del Museo del Aire, al haber traspasado el dicho Oficial autor de la misiva los límites del derecho a la libertad de expresión, el órgano judicial «a quo» hubo de incardinar los hechos en el mencionado tipo disciplinario toda vez que, además, estaba acreditada la divulgación a terceros de aquel escrito en que se recogían consideraciones u opiniones realizadas por persona no militar pero referidas a un superior del Comandante las que, como mínimo, desmerecían el ejercicio de su cargo.

La conducta que probadamente protagonizó el Comandante consistió en redactar un escrito en el que se recogían expresiones emitidas por un comunicante amigo o conocido suyo, referidas a la capacidad profesional del General Director del Museo del Aire. El escrito se transmitió vía fax de orden del Comandante a otra persona, que a la sazón tenía cierto encargo o responsabilidad dentro de la «Asociación Amigos del Museo del Aire», que a su vez lo hizo llegar al Secretario de dicha Asociación y éste lo acabó entregando al afectado.

Del tipo disciplinario no forma parte la necesaria difusión o divulgación de las expresiones o manifestaciones que se consideren irrespetuosas, al contrario de lo que ocurre con otras tipologías cuya perfección requiere dicha actuación divulgadora del sujeto activo, pero ciertamente en la medida en que aquellas expresiones o manifestaciones pueden emitirse no solo en presencia del destinatario de las mismas o mediante escrito que le esté dirigido, sino también ante terceros a través de los cuales trasciende la falta de consideración hacia el superior, en estos casos, como sucede con el presente, la comisión de la infracción disciplinaria precisa de trascendencia o divulgación, porque de no mediar alguna difusión los hechos difícilmente podrían llegar a conocerse.

El Comandante al transmitir vía fax un escrito de aquellos contenidos que, reiterando lo dicho, el Tribunal Territorial valoró en términos de adecuación típica consecutivos a su no justificación a través del inaplicable derecho fundamental a la libre expresión, estaba desvelando aquellas opiniones de su comunicador que resultaban descalificadoras para un superior, de las que quedó enterado un tercero ajeno a aquella conversación, con lo que al no mediar ningún deber de reserva en la transmisión el transmitente estaba aceptando, a modo de dolo eventual, la posibilidad de que el receptor a su vez lo difundiera, revelara o comunicara a otras personas, esto es, lo divulgara, sobre todo teniendo en cuenta que el destinatario del fax lo recibió como miembro activo de una Asociación interesada en el tema de la dotación de aparatos aéreos que se exhiben en el Museo, quien efectivamente y como era previsible acabó trasladando el escrito a un directivo de la organización, el Secretario de la misma, y a través de éste, asimismo tercero respecto de los intervinientes en la inicial conversación, quedó de manifiesto y se hizo público el reiterado escrito y lo que en él se recogía.

3. Denuncia judicial contra superior

Falta grave. artículo 8.17 «Hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y basadas en aseveraciones falsas». Sólo admite la forma dolosa. Presunción de inocencia en el ordenamiento disciplinario militar. Denuncia judicial contra superior. No consta la falsedad de las aseveraciones

En la STS 12-02-2009 (Rc 72/2008), se queja el recurrente de la vulneración del principio de legalidad-tipicidad que se consagra en el

artículo 25 de la Constitución por indebida aplicación del artículo 8.17 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio; entiende el recurrente que la conducta imputada como sancionable, adolece de falta de tipicidad absoluta; afirma que es imposible subsumir los hechos imputados en el tipo sancionador, al no constar debidamente acreditado en el procedimiento instruido por razón de la denuncia por ellos planteada contra dos oficiales de superior empleo ni la existencia de unas manifestaciones contrarias a la disciplina, ni que «esas manifestaciones contrarias a la disciplina, se encuentran basadas en aseveraciones falsas, al ser el letrado defensor de los dicentes, en el ejercicio de una defensa encomendada el que, al redactar la denuncia, la realiza y no los recurrentes», negando además que exista falsedad alguna en las afirmaciones que se contienen en la denuncia.

Al respecto recuerda la Sala que la falta aludida requiere para ser apreciada, la realización de aseveraciones falsas, es decir, faltar a la verdad (elemento objetivo), así como un elemento subjetivo, se exige para la estimación de la falta referenciada que la falsedad cometida, además de relevante, hubiera sido hecha intencionalmente.

Igualmente, si bien que en torno al carácter doloso o culposo de la falta en cuestión, se reitera que el principio de culpabilidad es exigible en el ámbito de las infracciones administrativas de suerte que para la imposición de una sanción se requiere que aquella se cometa dolosamente o bien por culpa o negligencia, excluyéndose la responsabilidad por el mero resultado, superándose así la vieja doctrina del Tribunal Supremo inspirada en una especie de responsabilidad objetiva, resolviendo que el tipo disciplinario analizado en el citado art. 8.17.º no admite la vertiente culposa, siempre en atención a la estructura del tipo en cuestión, pues es difícil imaginar la posibilidad de vulnerar el bien jurídico protegido por el mismo en virtud de acciones imprudentes y sí solo dolosas, más aptas por la propia naturaleza de la falta.

Así el contenido de una denuncia, en cuanto que acto de iniciación del proceso penal, son los hechos denunciados con eventual relevancia punitiva pero no su valoración jurídica, que ni siquiera incumbe efectuarla al denunciante; del mismo modo que el objeto del proceso son los hechos posiblemente punibles y no su calificación que adquiere trascendencia solo al tiempo de configurar la pretensión punitiva. Los denunciadores participan al órgano jurisdiccional unos hechos de los que tienen conocimiento y que consideran constitutivos de delito o falta, pero no adquieren por ello carga procesal alguna, ni siquiera la de probar los

hechos aducidos porque no son parte como tales denunciantes, asumiendo solamente las responsabilidades que se deriven de la falsedad de su denuncia.

4. Régimen Transitorio de aplicación de la nueva LO 12/2007, Disciplinaria de la Guardia Civil

Aplicación retroactiva de Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil: revisión de oficio y aplicación de la nueva Ley cuando para el sancionado se derivarán efectos más favorables. Consumo ocasional de drogas (arts. 8.22 LO 11/1991 y 8.26 LO 12/2007)

En la STS 05-03-2009 (Rc 90/2008), nuevamente la Sala se pronuncia en relación con la concurrencia de dos leyes disciplinarias en el seno de la Guardia Civil, la LO 11/1991, vigente en la fecha de los hechos y de la resolución sancionadora, y la LO 12/07, vigente al tiempo de la decisión del recurso contencioso-disciplinario militar interpuesto contra esa resolución, y, la aplicabilidad retroactiva de la nueva ley al supuesto enjuiciado, caso de resultar favorable al sancionado.

Hemos de recordar que para resolver este conflicto normativo según señala la jurisprudencia recaída desde las resoluciones de 16 y 19 de junio de 2008, el legislador dicta determinadas normas de derecho intertemporal; en el caso que nos ocupa, tienen esa naturaleza las contenidas en las Disposiciones transitorias primera y segunda de la nueva Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, de las que interesa ahora recordar la contenida en el apartado cuarto de la primera: «*Las resoluciones firmes que a la entrada en vigor de esta ley no hubiesen sido ejecutadas total o parcialmente, así como las que no hubiesen alcanzado firmeza, serán revisadas de oficio si de la aplicación de la misma se derivaran efectos más favorables para el sancionado*».

Las posturas mantenidas por las partes sobre la interpretación de la DT.^a fueron opuestas: mientras que los recurrentes sostuvieron en cada caso la citada retroactividad en lo favorable, la Abogacía del Estado entendía que la Sala debía aplicar la ley de 1991, por cuanto la transcrita Disposición transitoria, cuando habla de resoluciones firmes, se refiere a la firmeza administrativa, de suerte que si la resolución sancionadora ya no puede ser revisada en vía administrativa, la nueva ley resulta inaplicable sea o no más favorable.

La cuestión debatida fue, pues, si la ley más favorable era aplicable cuando la vía administrativa había sido agotada, esto es, cuando la resolución sancionadora ya no podía ser revisada por la Administración.

La respuesta de la Sala fue positiva, pues mientras la resolución sancionadora sea susceptible de ser reformada, lo que se produce no sólo cuando está abierta la vía administrativa, sino también cuando, agotada ésta, el sancionado solicita la intervención de los Tribunales, la ley más favorable es aplicable. Si antes de que la resolución sancionadora sea definitivamente firme, lo que no sucede hasta que la jurisdicción contencioso-administrativa se pronuncia (si su intervención ha sido solicitada), el legislador dicta una norma que resulta más favorable para el recurrente, corresponde aplicarla porque así lo exige el valor justicia, que es el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

5. Falta leve de embriaguez

Presunción de inocencia: vacío probatorio

En la **STS 18-05-2009 (Rc 96/2008)**, alegado de parte recurrente la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, al apreciarse la falta leve disciplinaria de embriagarse vistiendo uniforme en acuartelamientos o bases, cuando no constituya infracción más grave, en situación, a su juicio, de vacío probatorio, dado que solo se tuvo en cuenta la versión del Capitán que emitiera el parte, en el que consta la impresión personal de este mando pero sin figurar en el mismo la descripción de los síntomas o signos externos que apreciara en el recurrente, para llegar a la conclusión de hallarse éste bajo los efectos de la embriaguez, la Sentencia haciendo síntesis de la jurisprudencia de la Sala recaída a propósito de la falta apreciada así como que el procedimiento preferente establecido en el art. 49 LO 8/1998, para la corrección de las faltas leves, se configura como aligerado de trámites pero no de garantías de manera que en su breve tramitación no pueden obviarse los derechos fundamentales contenidos en el art. 24 CE., sin que en ningún caso pueda causarse indefensión al encartado, considera que la Administración que sancionó no ha levantado desde el principio la carga probatoria que le incumbía respecto de la falta disciplinaria apreciada, con vulneración del derecho esencial a la presunción de inocencia que no puede ser subsanada en la vía jurisdiccional, según doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala.

Tal conclusión resulta, sigue señalando la resolución, dado que el relato factual probatorio consignado por el Tribunal sentenciador no varía sustancialmente respecto del que se estableció en la Resolución sancionadora, coincidencia lógica por cuanto que en el Recurso jurisdiccional no obran elementos distintos de aquellos con que contó la Autoridad que sancionó, pues, el «factum» sentencial adolece de igual falta de prueba de que dispuso el Coronel autor de la expresada Resolución, al tiempo de formar su convencimiento sobre la realidad de los hechos que consideró con relevancia disciplinaria. El Tribunal no ha expresado, ni podría hacerlo, otras razones de convicción distintas de las que figuran en el procedimiento oral seguido al efecto, con perceptible falta de rigor en orden a preservar las garantías que están en la base del citado art. 24 CE.

Lo primero que se echa en falta es la incorporación del parte disciplinario, defecto que se pretende justificar en el hecho de figurar éste unido a un atestado, instruido por posible delito atribuido al recurrente con ocasión de hechos relacionados con el episodio de embriaguez. La reproducción fragmentaria que en la Resolución se hace del contenido del parte, refiere la mera percepción de quien lo emitió sobre el estado de embriaguez del recurrente, como consecuencia de la ingestión por éste de bebidas alcohólicas dentro de la base militar, pero sin que conste la intensidad de la ebriedad que debe alcanzar el grado de semiplena. En orden a la verificación de los hechos, se afirma por el mando sancionador haber oído al promotor del parte sin que consten los términos en que la ratificación de éste se produjera. Al mismo objeto se dice haber oído a los testigos presenciales sin constancia de lo que dijeron, y ni siquiera se les identifica a efectos de posible prueba testifical.

SALA DEL ART. 61 DE LA LOPJ

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	371
1. SENTENCIA DE ILEGALIZACIÓN DEL PARTIDO COMUNISTA DE LAS TIERRAS VASCAS.....	371
2. SENTENCIA DE ILEGALIZACIÓN DEL PARTIDO POLÍTICO ACCIÓN NACIONALISTA VASCA	372
3. EJECUCIÓN SOMETIDA AL PRINCIPIO DISPOSITIVO.....	375
4. ANULACIÓN DE PROCLAMACIÓN DE LAS CANDIDATURAS PRESENTADAS POR D3M A LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO VASCO CONVOCADAS POR DECRETO 1/2009 DE 2 DE ENERO.....	375
5. ANULACIÓN DE LA PROCLAMACIÓN DE LAS CANDIDATURAS PRESENTADAS POR EL PARTIDO POLÍTICO ASKATASUNA A LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO VASCO CONVOCADAS POR DECRETO 1/2009 DE 2 DE ENERO.....	377
6. ANULACIÓN DE LA PROCLAMACIÓN DE LA CANDIDATURA PRESENTADA POR INICIATIVA INTERNACIONALISTA-LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS PUEBLOS A LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO, CONVOCADAS POR REAL DECRETO 482/2009, DE 3 DE ABRIL, DE LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO	378
7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 30 DE JUNIO DE 2009	380

INTRODUCCIÓN

Durante el periodo 2008-2009, al que se refiere esta crónica, la Sala Especial del artículo 61 ha desarrollado una notable actividad. Las resoluciones más importantes han sido dictadas en procesos vinculados directamente a la ejecución de la Sentencia de 27 de marzo de 2003, de ilegalización de los partidos políticos HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA.

Exponemos a continuación una síntesis de la doctrina y conclusiones alcanzadas en las resoluciones más significativas:

1. Sentencia de ilegalización del Partido Comunista de las Tierras Vascas. (Sentencia de 22 de septiembre de 2008, Autos acumulados 3/2008 y 4/2008).

La Sala acoge las pretensiones de ilegalización formuladas por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado y, en su Fundamento Jurídico Decimotercero, el Tribunal resume las conclusiones alcanzadas a la luz de la actividad probatoria desarrollada en el proceso, afirmando que se ha comprobado que la Demandada mantiene un amplio número de personas con doble militancia en organizaciones vinculadas a un grupo terrorista y en especial a un partido ilegalizado por ser un elemento de la estrategia de un grupo terrorista, lo que constituye la conducta prevista en el art. 9.3.c. LO 6/2002. Asimismo la Demandada ha mantenido una

La elaboración de la Crónica de la Sala del Artículo 61 de la LOPJ ha sido realizada por el Ilmo. Sr. D. Fernando ROMÁN GARCÍA, Magistrado Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

colaboración habitual con Batasuna, que actúa de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista, a través de la difusión de su discurso político, por lo que incurre en la causa prevista en el art. 9.3.f. LO 6/2002. Concurren, además, otras acciones de apoyo a Batasuna que constituyen formas de apoyo mediato a ETA. Añade la Sala que es evidente que una interpretación teleológica de la ley impone considerar que el apoyo a un partido que es ejecutor de una estrategia marcada por el terrorismo, realiza en forma mediata las previsiones del art. 9.2.c. LO 6/2002. La Ley prevé, además, de manera expresa esta forma de cooperación en el art. 9.3.e., cuando describe la acción de cesión de derechos que otorga el ordenamiento, en este caso los derechos de actuar como partido político y los de locación de inmuebles, a quienes colaboran con terroristas, como es el caso de un partido que ha sido ilegalizado por actuar como instrumento de una estrategia terrorista.

2. Sentencia de ilegalización del Partido Político Acción Nacionalista Vasca. (Sentencia de 22 de septiembre de 2008, Autos acumulados 5 y 6/2008)

La Sala Especial del artículo 61 estima íntegramente las demandas de ilegalización del Partido Acción Nacionalista Vasca interpuestas por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal.

La Sala analiza en primer lugar, siguiendo el planteamiento de las partes, **la relevancia del Auto dictado el 5 de mayo de 2007 por este mismo Tribunal** en relación con la impugnación de la proclamación de las candidaturas presentadas por ANV a las elecciones locales y forales de 2007. Al respecto, señala el Tribunal que las demandantes consideran que el proceso de identificación de ANV con BATASUNA resulta claramente de multitud de indicios que prueban, desde el punto de vista político, la plena colaboración de ANV en la consecución de los objetivos por los que BATASUNA mereció la ilegalización por sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2003, e incluso la sumisión a las directrices de actuación marcadas por aquella organización, y, desde el punto de vista económico, la vinculación existente entre ambas organizaciones, que permiten descubrir como esa colaboración se viene concretando en una significativa asistencia financiera a BATASUNA por parte de la formación política demandada en este proceso, llegando a afirmar el Abogado del Estado que tales indicios acreditan que ANV constituye una de las vías de financiación de las actividades de BATASUNA, habiéndose

constituido de hecho una «caja única» para la gestión de las cuentas de ANV y el PCTV, al servicio de BATASUNA.

Este proceso de identificación se inicia precisamente con la presentación por ANV de 245 listas de candidaturas para las elecciones locales y forales de mayo de 2007, de las que la proclamación de 133 fue anulada por auto de esta Sala de 5 de mayo de 2007, por haberse detectado en ellas la presencia de un número de candidatos tan señalado, cualitativa o cuantitativamente, pertenecientes a los partidos ilegalizados por nuestra sentencia de 27 de marzo de 2003, que podía considerarse racionalmente que aquellos partidos habían utilizado estas candidaturas para dar continuidad a la misma actuación que antes había conducido a esa ilegalización.

ANV arguye que este auto de 5 de mayo de 2007 es completamente irrelevante en este proceso, porque en él no se enjuició con carácter general la actuación de ANV sino el hecho de que, sin consentimiento de ANV, BATASUNA hubiera podido «colocar en las listas de esas candidaturas un número de miembros suficiente para continuar su actuación política a través de ellos».

Afirma la Sala que es cierto que en ese auto no se enjuició si ANV podía considerarse continuadora de BATASUNA a fin de proceder a su completa ilegalización, toda vez que las pretensiones de las partes se limitaron a la nulidad de la proclamación de aquellas listas en cuya composición se había descubierto la presencia de un número significativo de miembros de la ilegal BATASUNA.

Tal situación podía explicarse por la infiltración de BATASUNA en otro partido legal, para ocupar sin conocimiento de su dirección, parte de sus candidaturas pero también como un cambio en la estrategia de ANV, que, después de la ilegalización de BATASUNA, había decidido dar cobertura a la acción política que antes llevaba a cabo esa organización ilegal.

La evidencia de esa primera situación motivó, según declararon las partes demandantes al pedir la nulidad de parte de las candidaturas presentadas por ANV a las elecciones convocadas en marzo de 2007, que su pretensión no se extendiera a la declaración de ilegalización de ese partido político, pero ello no excluye que la acumulación de indicios posteriores a marzo de 2007, permita afirmar que esa importante presencia de miembros de la ilegal BATASUNA en las listas de ANV no se produjo sorprendiendo la buena fe de este partido político sino que respondió a un acuerdo entre los dirigentes de ambos partidos para que ANV apoyara

en las instituciones democráticas los objetivos perseguidos por ETA, como antes lo había hecho BATASUNA.

Por otra parte, la Sala establece que la sospecha de que tras la ilegalización de **BATASUNA** esta organización hubiera conseguido un **acuerdo con ANV** para que este partido le sustituyera en los ayuntamientos que habrían de constituirse tras las elecciones convocadas en marzo de 2007, reconocida por las propias partes demandantes y latente en nuestro auto de 5 de mayo de 2007, podía desprenderse de algunos indicios anteriores a esa fecha, como son los que se recogen en el Fundamento Jurídico Tercero A) 16, párrafos a) a h) en que se exponen diversos ejemplos de apoyo a ANV a iniciativas de las organizaciones BATASUNA, AS-KATUSUNA O SEGI, o de la intervención de algún miembro de la Mesa Nacional de BATASUNA en actos convocados por ANV, entre el 5 de enero de 2006 y 3 de enero de 2007.

Pero —afirma rotundamente la Sala— es el propio comportamiento de ANV y BATASUNA durante la campaña electoral realizada por ANV en las elecciones convocadas en marzo de 2007, y la propia reacción de ambas organizaciones tras conocer el resultado de las elecciones, lo que acredita, sin género de duda, que existía un acuerdo entre ANV y BATASUNA para que aquel partido restase en las instituciones el apoyo a ETA que antes llevaba a cabo BATASUNA.

Añade la Sala que, de todo lo argumentado en este fundamento jurídico (fundamento jurídico decimoprimer) resulta, además, que ANV es un partido político que ha acabado colaborando reiterada y gravemente con BATASUNA, complementando y apoyando políticamente, en consecuencia, a la organización terrorista ETA, e incurso en la causa de ilegalización prevista en el artículo 9.2 c), en relación con el 9.3 f) LOPP.

Por todo ello, la Sala concluye que los hechos expuestos en los tres fundamentos anteriores son subsumibles en los presupuestos de aplicación, del artículo 9.2. c), en relación con los apartados f) y g) del artículo 9.3 LOPP, al poner de manifiesto el total apoyo político así como la parcial asistencia financiera de ANV a la organización ilegal BATASUNA.

Además de lo anterior, considera la Sala que diversas actuaciones de ANV tras las elecciones celebradas en mayo de 2007, son perfectamente subsumibles en algunas de las concretas circunstancias específicas que, según el artículo 9.2 y 3 LOPP, sirven para calificar la actividad de un partido como gravemente vulneradora de los principios democráticos.

Por lo que declara finalmente la ilegalidad del partido político EUSKO ABERTZALE EKINTZA/ACCIÓN NACIONALISTA VASCA (EAE/ANV) y ordena su disolución con los efectos previstos en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos.

3. Ejecución sometida al principio dispositivo. (Auto de 22 de diciembre de 2008, Proceso de ejecución 1/2008, autos acumulados 3 y 4/2008)

La Sala declara expresamente en este Auto, dictado en el proceso de ejecución de la Sentencia de ilegalización del Partido Comunista de las Tierras Vascas, que en nuestro ordenamiento la ejecución se somete también al principio dispositivo, que en el caso de la ilegalización de partidos políticos funciona con las especialidades que derivan del principio de legitimación pública ya examinado. Así el art. 549 de la LEC establece que «sólo se despachará la ejecución a petición de parte» y este principio se recoge en el art. 104.2 de la LCJA y en el art. 135 de la LPL. El art. 12.2 LOPP prevé efectivamente que «corresponde a la Sala sentenciadora asegurar, en trámite de ejecución de sentencia, que se respeten y ejecuten todos los efectos previstos por las leyes para el supuesto de disolución de un partido político». Pero hay que entender que las facultades que este proceso otorga a la Sala han de realizarse dentro del marco de las pretensiones que en ese sentido formulan las partes legitimadas conforme al propio art. 11.1 de la LOPJ. En este sentido se pronuncia el fundamento jurídico 2º del auto de 5 de mayo de 2007 —impugnación de las candidaturas de ANV en ejecución—, en el que se mantuvo —ante la eventualidad de ampliar la impugnación o conocer incluso del carácter ilegal del correspondiente partido político— que «el ámbito de nuestro enjuiciamiento» «debe limitarse a las pretensiones ejercitadas» «de acuerdo con las exigencias del principio dispositivo».

4. Anulación de proclamación de las candidaturas presentadas por D3M a las elecciones al Parlamento Vasco convocadas por Decreto 1/2009, de 2 de enero. (Sentencia de 8 de febrero de 2009, Procesos contencioso electorales acumulados 1 y 2/2009)

Destaca en esta Sentencia el razonamiento empleado por el Tribunal en relación con la valoración conjunta de la prueba aportada conformada por los elementos probatorios objetivos y subjetivos analizados.

Al respecto, afirma el Tribunal haber alcanzado la convicción de la existencia de una continuación o sucesión de las agrupaciones de electores a las que hoy nos referimos respecto de los partidos políticos ilegalizados, apreciando la presencia de un designio defraudador dirigido a la continuidad de los partidos ilegalizados que se infiere de una serie de elementos probatorios de diversa índole que más adelante pondremos de manifiesto. De modo que tales agrupaciones electorales no responden verdaderamente al fin legítimo del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, sino al de eludir los efectos de un pronunciamiento judicial de ilegalización y disolución de unos partidos políticos, cuya continuación se pretende.

Los expresados hechos ponen de relieve la existencia de un proceso de configuración de las agrupaciones que proponen las candidaturas recurridas, como mero instrumento que permita su utilización por los partidos ilegalizados, lo que revela de manera inmediata su falta de autonomía por la sujeción a las directrices de los partidos ilegalizados.

En este particular debe destacarse especialmente el revelador contenido de las informaciones periodísticas incluidas en los informes policiales y los hechos expuestos en los mismos recogidos en el fundamento de derecho quinto, que ponen de manifiesto, sin sombra alguna de duda, que el proceso de presentación de candidaturas presentadas por agrupaciones de electores ha sido dirigido, preparado, organizado, dinamizado, controlado y animado por Batasuna, a fin de poder llevar a cabo el designio de dicha formación política ilegalizada de participar en los procesos electorales y, en su caso, conseguir la presencia de sus candidatos en la Cámara Vasca.

Tales informes reflejan hechos incontestados de conocimiento general y declaraciones de personalidades u organizaciones políticas vinculadas al entorno de ETA/Batasuna. También revelan que no ha existido por parte de los autores de las mencionadas declaraciones voluntad alguna de ocultar el papel jugado desde el entramado de Batasuna en la instrumentalización de las agrupaciones electorales cuya constitución han promovido y dirigido, desde su posición privilegiada en dicho entramado, lo que se corrobora por su tarea de recogida de firmas en apoyo de las agrupaciones electorales impugnadas.

En el presente supuesto, el apoyo y tutela ejercidos desde la ilegalizada Batasuna sobre las agrupaciones constituidas para propiciar la presentación de las candidaturas cuya proclamación se impugna es eviden-

te, y manifiesta con rotundidad el verdadero objetivo de las mismas, consistente en dar continuidad a la actividad de aquel partido político ilegal.

En síntesis, por tanto, la valoración de la prueba aportada con sometimiento a las reglas de la sana crítica conduce a la Sala a estimar acreditados una serie de indicios o hechos indiciarios, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, antes relacionados, de cuya apreciación conjunta permite inferir racionalmente la concurrencia en las agrupaciones de electores impugnadas del presupuesto de hecho defraudatorio que recoge el artículo 44.4 de la LOREG, que ha de conllevar la anulación de la proclamación de sus candidaturas, que habían sido impugnadas por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

5. Anulación de la proclamación de las candidaturas presentadas por el Partido Político ASKATASUNA a las elecciones al Parlamento Vasco convocadas por Decreto 1/2009, de 2 de enero. (Auto de 8 de febrero de 2009, Recurso 1/2003)

La Sala del artículo 61 anula, en virtud de este Auto, las candidaturas presentadas por el partido político ASKATASUNA a las elecciones al Parlamento Vasco de 2009, utilizando para ello el cauce del incidente de ejecución de la Sentencia de 27 de mayo de 2003, dictada por esta misma Sala, que declaró la ilegalización de los partidos políticos HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA.

Aprecia la Sala una clara vinculación entre estos partidos y ASKATASUNA, señalando al respecto que en ese objetivo de asegurar la presencia en los actuales comicios juega un papel fundamental el partido ASKATASUNA que, desde su creación en la trama diseñada por ETA BATASUNA y, en una clara relación de dependencia y subordinación a ésta, no ha tenido más finalidad que servir de cauce participativo en la vida política a la banda terrorista ante las sucesivas ilegalizaciones de HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA.

El Tribunal considera que ha quedado **constatada la vulneración de la norma** cuya infracción se atribuía por parte de los demandantes a las candidaturas del partido político ASKATASUNA. Así, se deduce que tales candidaturas incurren en la figura de la «continuidad o sucesión» de un partido ya declarado ilegal y disuelto, conforme señala el artículo

12.3 de la LOPP. Conclusión que se obtiene de la valoración de los elementos que este precepto contiene así como de otros de similar naturaleza y entidad a los previstos legalmente, como son, entre otros: el momento fundacional del partido, la finalidad pretendida con su fundación, la identidad estatutaria respecto a otros partidos ilegalizados, las vinculaciones y actuaciones de los promotores de ASKATASUNA y la inclusión de este partido y de su actividad, junto con las agrupaciones electorales D3M, en el marco de un plan de acción común defraudatorio.

Por ello, valorado conjuntamente el material probatorio aportado a este proceso, conforme a la doctrina y jurisprudencia expuestas, concluye la Sala en alcanzar la convicción jurídica de que las candidaturas presentadas por el partido político ASKATASUNA a las elecciones al Parlamento Vasco del presente año incurrir en el presupuesto de hecho contemplado en el artículo 12.1 b) y 3 de la LOPP, lo que impone un pronunciamiento estimatorio de los recursos por concurrir todos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para apreciar la continuidad y sucesión de estas candidaturas respecto de la actividad y objetivos de los partidos políticos HERRI BATASUNA, BATASUNA y EUSKAL HERRITARROK, declarados judicialmente ilegales y disueltos en la sentencia de 27 de marzo de 2003.

6. Anulación de la proclamación de la candidatura presentada por Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad entre los Pueblos a las elecciones al Parlamento Europeo, convocadas por Real Decreto 482/2009, de 3 de abril, de la Presidencia del Gobierno. (Auto de 16 de mayo de 2009, Recurso 1/2003)

De especial relevancia en este Auto es el Fundamento relativo a la valoración de la prueba, en el que la Sala afirma haber llegado a la convicción de que la candidatura hoy impugnada no es más que un instrumento de ETA/Batasuna, en tanto ha sido infiltrada al socaire de una aparente y simple proximidad ideológica, hasta instrumentalizarla para la consecución de sus fines, que no son otros que garantizar la presencia de los partidos políticos ilegalizados en las instituciones democráticas, eludiendo así los procesos de ilegalización anteriores. Y a ello no pueden ser obstáculo las alegaciones presentadas en el trámite correspondiente por la candidatura impugnada, en particular las contenidas en el apartado tercero del escrito presentado, según ahora analizaremos.

Así, señala la Sala, que ha quedado probado que ETA/Batasuna ha tenido en todo momento intención de presentarse a los distintos procesos electorales, en particular a las Elecciones Europeas de 2009, tal y como queda acreditado en los documentos que les fueron incautados y ya referidos, teniéndose constancia además de la celebración de una asamblea local con el objeto de preparar las elecciones europeas. Los distintos procesos de impugnación de candidaturas y de ilegalización de partidos políticos han dejado poco margen de actuación fraudulenta, de tal suerte que uno de los pocos resquicios sería el de la presentación indirecta a través de las candidaturas de partidos políticos de extrema izquierda, con los que presentan cierta afinidad ideológica, instrumentalizándolas por un proceso de infiltración, puesto de manifiesto hacia el exterior, tanto al inicio cuando se designaron a los candidatos, como en el último momento, esto es, cuando se precisaron más avales para la candidatura.

Aprecia la Sala que, junto a esos elementos objetivos, concurren también elementos de vinculación subjetiva que muestran la intensidad de la conexión de la candidatura con las organizaciones ilegalizadas.

Todo lo anterior fundamenta la convicción de este Tribunal para concluir que se ha producido una instrumentalización de la candidatura impugnada respecto de los partidos políticos ilegalizados, apreciando la presencia de un designio defraudador. De aquí que la Sala entienda que tal candidatura no responde verdaderamente al fin legítimo del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, sino al de eludir los efectos de unos pronunciamientos judiciales de ilegalización y disolución de unos partidos políticos, cuyo cese de actividad se pretende sortear.

Por ello, valorado conjuntamente el material probatorio aportado a este proceso, conforme a la doctrina y jurisprudencia expuestas, concluye la Sala en alcanzar la convicción jurídica de que la candidatura presentada por la coalición de partidos políticos denominada INICIATIVA INTERNACIONALISTA-LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS PUEBLOS a las elecciones al Parlamento Europeo del presente año incurre en el presupuesto de hecho contemplado en el artículo 12.1 b) y 3 de la LOPP, lo que impone un pronunciamiento estimatorio de las demandas de ejecución por concurrir todos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para apreciar la instrumentalización de esta candidatura respecto de la actividad y objetivos de los partidos políticos HERRI BATASUNA, BATASUNA y EUSKAL HERRITARROK, declarados judicialmente ilegales y disueltos en la sentencia de 27 de marzo de 2003, y

de los partidos políticos PCTV y ANV, ilegalizados igualmente en sentencias de 22 de septiembre de 2008, por lo que acuerda estimar las demandas deducidas por la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal y anular el acto de proclamación de la candidatura mencionada que había sido impugnado.

Este Auto de la Sala Especial del artículo 61 fue impugnado por la representación de la candidatura mencionada y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 21 de mayo de 2009, estima el recurso de amparo anulando e Auto que había sido dictado por el Tribunal Supremo por entender que había incurrido en vulneración del derecho de la coalición electoral recurrente a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 CE).

7. Por último, reviste una especial importancia la **sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2009** dictada en el asunto Herri Batasuna y Batasuna contra España que concluye afirmando que la sentencia de 27 de mayo de 2003, dictada por la Sala Especial del Artículo 61 de la LOPJ que acordó la ilegalización y ordenó la disolución de los partidos políticos Euskal Herritarrok, Herri Batasuna y Batasuna, no incurre en violación del art. 11 del Convenio, sin que haya lugar a analizar si se produjo tal violación del art. 10 del Convenio.