

DOSSIER DE

Jurisprudencia

Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS

Emilio Cortés Bechiarelli
(Director)



Judith Solé Resina
Pedro Ángel Rubio Lara
Leopoldo Gómez Zamora
Martín Godino Reyes
Xavier Uriós



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizabal



tirant
lo blanch



DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 11
Sentencias de especial relevancia TC y TS

JUDITH SOLÉ RESINA
PEDRO ÁNGEL RUBIO LARA
LEOPOLDO GÓMEZ ZAMORA
MARTÍN GODINO REYES
XAVIER URIÓS



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizabal



tirant lo blanch
Valencia, 2016

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Índice

Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Civil.....	4
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal.....	29
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ...	49
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social.....	72
Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional	108

CIVIL

JUDITH SOLÉ RESINA

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat Autònoma de Barcelona*

(Tol 5737246)

Cabecera: Custodia compartida. Requisitos. Se estima el recurso de casación y se deja sin efecto la custodia compartida, dado que se incoó contra el padre procedimiento abreviado por delito de coacciones a la madre, unido a que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante.

Jurisdicción: Civil

Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 26/05/2016

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Pleno

Número Sentencia: 350/2016

Número Recurso: 2410/2015

Supuesto de hecho: El Tribunal Supremo revoca la custodia compartida a un padre que tenía “falta total de respeto” a la madre. La sentencia recuerda además que al padre le había sido incoado por la vía penal auto de procedimiento abreviado (no firme) por coacciones a su mujer en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica

RESUMEN

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha revocado la custodia compartida de un niño de siete años concedida a sus padres, y la otorga en exclusiva a la madre, por “la falta total de respeto, abusiva y dominante” que mantenía el progenitor respecto a la mujer. El alto tribunal estima el recurso de la madre y anula la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña que, pese a constatar la postura abusiva del padre, entendió que no era relevante para dar la custodia compartida porque, según su criterio, la concesión de ese sistema de custodia no perjudicaba el interés del menor.

La sentencia recuerda además que al padre le había sido incoado por la vía penal auto de procedimiento abreviado (no firme) por coacciones a su mujer en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica.

Para el Supremo, “partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y

dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente”.

Estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia.

En el auto de incoación de procedimiento penal, señalaba que el padre decidió iniciar una situación de acoso con su exmujer, “que tuvo proyección y que hubo de vivir más de una vez el hijo menor”. “Rondaba las inmediaciones del domicilio de la mujer, o lugares que sabía que frecuentaba, realizando gestos provocativos, profiriendo insultos, contra (ella) o personas de su entorno. Los intercambios del menor, cuando intervenía la madre o familiares de ella, los convertía en situaciones conflictivas”.

1. EL CASO

1.1. Pretensión formulada

En un procedimiento de divorcio se formula recurso de casación en el que solicita que se deniegue la custodia compartida del hijo menor. La demandante postula que no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acordar dicha medida, porque falta la existencia de una relación de respeto entre los padres, y que se ha abierto un procedimiento penal contra el marido por un delito de coacciones, lo que impide apreciar la custodia compartida como beneficiosa para el interés del menor, al no haber comunicación ni respeto entre los cónyuges. Considera que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del prevalente interés del menor, pues el sistema de guarda y custodia compartida que obliga al menor a convivir en un entorno familiar plagado de enfrentamientos, no puede beneficiar su desarrollo personal, tratándose de un factor de riesgo para el menor.

1.2. Desarrollo del litigio en la instancia

Se inició procedimiento de divorcio contencioso por parte de D.^a Anastasia contra D. Aniceto, solicitándose la disolución del matrimonio por divorcio, la guarda y custodia a favor de la madre del hijo menor Joaquín, derecho de visitas a favor del padre, fijación de pensión de alimentos a cargo del padre y compensatoria a favor de la mujer.

D. Aniceto, contestó a la demanda y formuló reconvencción en la que solicita al juzgado la guarda y custodia del hijo menor a favor del padre, derecho de visitas a favor de la madre y fijación de pensión de alimentos a cargo de la madre, a la vez que pide que se declare la no procedencia de pensión compensatoria alguna. Subsidiariamente solicita al juzgado que se establezca un régimen de guardia y custodia compartida sobre el hijo del matrimonio, y no se establezca pensión de alimentos alguna, corriendo cada progenitor con los gastos que se ocasionen en las respectivas estancias, y asumiendo cada uno y por mitad los gastos de educación y gastos extraordinarios que se generen.

El escrito de demanda presentado por D. Aniceto fue devuelto y no admitido (dejándose una fotocopia en su lugar) al no constar poder de representación del procurador y se le tuvo por no personado. En fecha 16 de mayo de 2014 se otorga poder apud acta por el demandado al procurador a quien se le tiene por parte, pero sin que presentaran nuevamente la contestación a la demanda. En diligencia de ordenación de fecha 30 de mayo de 2014 se le declaró en situación de rebeldía procesal. Recurrida en reposición esta diligencia de ordenación se desestimó su reposición.

Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Carballo dictó sentencia, con fecha 7-11-2014 estimando parcialmente la demanda formulada en nombre y representación de doña Anastasia, contra don Aniceto, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, declarando la disolución por divorcio del matrimonio y estableciendo el sistema de custodia compartida, que cada progenitor abonará los gastos del menor que se produzcan durante el periodo que asuma su custodia, que los gastos extraordinarios se abonarán por ambos progenitores por mitad, y que no ha lugar a la fijación de pensión compensatoria.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia, con fecha 27 de mayo de 2015, en la que desestima el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 7 de noviembre de 2014, manteniendo la guarda y custodia compartida del hijo menor del matrimonio y ello pese a constar un procedimiento penal por coacciones contra el marido, por entender que

el art. 92.7 CC debe ser interpretado restrictivamente, al tiempo que no queda acreditado que los hechos hayan ocurrido como relata la mujer, de forma que en el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del apartado 7.º del art. 92 CC, pues el padre ha quedado incurso en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer, pero no debe olvidarse que la interpretación del art. 92, apartados 5, 6 y 7, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que “el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos”. La sentencia declara probadas “las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida”, ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurran otras circunstancias que lo desaconsejen.

1.3. Motivos del recurso ante el Tribunal Supremo

Dña. Anastasia interpuso recurso de casación basado en dos motivos, ambos al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento:

El primer motivo, es la infracción del art. 92.7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo (SSTS núm. 252 de 7 de abril de 2011; núm. 619 de 30 de octubre de 2014 y núm. 616 de 18 de noviembre de 2014).

Entiende la recurrente que la sentencia recurrida no ha valorado correctamente la situación existente a fin de denegar la custodia compartida, al no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acordar dicha medida como es la existencia de una relación de respeto entre los padres, existiendo un procedimiento penal contra el marido por un delito contra la libertad de la mujer, lo que impide apreciar dicha medida como beneficiosa para el interés del menor, al no existir comunicación ni respeto entre los cónyuges.

El segundo motivo es la infracción del art. 92 del CC al considerar que se ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor (SSTS de 17 de junio de 2013; 28 de noviembre de 2014; núm. 2480 de 6 de noviembre de 2014; núm. 835 de 6 de febrero de 2014; núm. 26 de 5 de febrero de 2013; núm. 2926 de 7 de junio de 2013; núm. 579 de 22 de julio de

2011 y núm. 578 de 21 de julio de 2011), por contener la sentencia recurrida conclusiones erróneas a la vista de las pruebas practicadas.

Considera la recurrente que el hecho de obligar al menor a convivir en un entorno familiar plagado de enfrentamientos, no puede beneficiar su desarrollo personal, tratándose de un factor de riesgo para el menor, citándose a favor de su derecho el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, así como el anteproyecto de la Ley de Protección de la Infancia informado por el Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014, que incluye a los menores como víctimas de violencia de género.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 20 de enero de 2016, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal a los mismos fines.

Admitido el recurso, D. Aniceto presentó escrito de oposición al mismo, por el contrario el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de casación interpuesto.

Posteriormente la recurrente presentó escrito de un hecho posterior a la sentencia recurrida, cual fue el auto de 10 de febrero de 2016, del Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de La Coruña, diligencias previas 773/2014, en el que se acuerda continuar por los trámites de procedimiento abreviado al poder ser los hechos que en las mismas se investigan, imputados a D. Aniceto, constitutivos de un delito de violencia en el ámbito familiar y coacciones. Igualmente aporta un informe forense integral, en el que se reconoce a D.^a Anastasia, se explora al menor Joaquín y se entrevista a D. Aniceto, realizado por la forense de ese mismo juzgado. De la documental aportada se dio traslado al recurrido que formuló las alegaciones que estimó oportunas aportando como documento copia de la presentación de recurso de reforma y subsidiario de apelación al auto de procedimiento abreviado de 10 de febrero de 2016.

1.4. Fallo y argumentos de la sentencia

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia.

El Tribunal recuerda, como ya hizo en la sentencia de 4 de febrero de 2016, que aunque se trate de una ley posterior a la demanda, deben aplicarse al caso enjuiciado los criterios que establece la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y

que ya venía considerando la Sala. Concretamente su art. 2, que exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Explica la Sentencia que aunque el concepto de interés del menor, desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no es aplicable por su fecha a los presentes hechos, sí puede considerarse como canon hermenéutico, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”; “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

La Sentencia afirma que el art. 92.7 del Código Civil responde a estos mismos principios cuando establece que “no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

El Tribunal atiende a la existencia de un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica y argumenta que “partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente”.

2. COMENTARIO

2.1. Motivo por el que esta sentencia es especialmente relevante

La doctrina del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida en casos de violencia doméstica es clara. Valga para todas la reciente STS de 4 de febrero de 2016 (*Tol 5638073*) en la que ante la existencia de una sentencia que condena al demandado como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 171. 4º y 5º, en relación con los artículos 57.3º y 48.2º del Código Penal, y en aplicación del art. 92.7 CC, falla en contra de este sistema de guarda con base en lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Afirma que “no se pueden dejar sin repuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada.”

Sin embargo, el supuesto de hecho objeto de esta sentencia pone en evidencia la necesidad de dejar un mayor margen de actuación al juzgador, en la decisión sobre la guarda de los hijos menores, en los supuestos en los que se alega que pueden concurrir conductas delictivas por parte de los progenitores, cuando no existe una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, ni el Juez ha advertido, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Efectivamente, aquí solo existe una denuncia al progenitor por coacciones ante el Juzgado de Violencia doméstica que da lugar a la apertura de un procedimiento abreviado. En este caso, incluso, el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, ni siquiera impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos. Y sin embargo, ello obliga al Tribunal a descartar la opción de la guarda conjunta por aplicación del art. 92.7 CC.

Este caso es una muestra clara de la desproporción que puede comportar la aplicación de la norma (art. 92.7 CC) en esta cuestión, que no permite otra solución ante la existencia de un procedimiento penal.

2.2. Guarda compartida y violencia doméstica u otros delitos: lege data y lege ferenda

En la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el art. 92.7 CC dispone:

“7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”

De ahí que, la apertura de un procedimiento penal por coacciones —delito contra la libertad—, que es el caso que nos ocupa, excluye automáticamente la posibilidad de guarda conjunta.

Cabe notar que el Anteproyecto de ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, a diferencia del vigente art. 92.7 CC, requiere, para que se excluya la custodia compartida, bien que exista bien una condena penal por sentencia firme, por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos; bien que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género. Y que precisamente, uno de los puntos más discutidos de este Anteproyecto es la regulación que propone con relación a la atribución de la guarda y custodia en situaciones de violencia doméstica. Sobre esta cuestión, el Informe del Consejo Fiscal de 13 de septiembre de 2013 aconseja dejar al juzgador un margen de maniobra muy superior al que el Anteproyecto le reconoce, al entender que la regulación contenida en éste “puede generar, a través de respuestas estandarizadas, decisiones injustas y desproporcionadas”. También la Asociación de Abogados de Familia argumenta en su Informe de 30 de octubre de 2013, que la exclusión de la guarda y custodia en caso de violencia doméstica o de género no debería ser automática.

En esta línea de otorgar un mayor margen de decisión a la autoridad judicial, y/o requerir la existencia de la constatación de indicios de criminalidad, se encuentran las regulaciones que sobre la materia han desarrollado algunas comunidades autónomas. Así:

· El art. 80.6 del Código del Derecho Foral de Aragón, que establece que:

“6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

· El art. 233-11.3 Código Civil de Cataluña, que dispone:

“3. En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.”

· El artículo 3.8 de la Ley Foral Navarra 3/2011, que dicta:

“8. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.

b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.”

· El art. 5.6 La Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas los progenitores de los cuales no conviven, regula la guarda de los hijos tras la ruptura de la convivencia de sus padres, que establece:

“6. Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares”.

De lege ferenda parece necesario modificar el art. 92.7 CC es esta línea, de forma que la exclusión de la custodia conjunta —también de la custodia individual de quien comete los actos presuntamente delictivos— no sea automática en el caso de la existencia de una simple denuncia de un hecho que pueda constituir delito, exigiendo que haya sentencia firme o una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados de criminalidad. Entre tanto, claro está, los tribunales deben seguir aplicando la norma. Una norma sobre la que planea la duda de su respeto a la presunción de inocencia (Vid. En este sentido, Belén Ureña Carazo, “La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género, La Ley Derecho de Familia, nº 11, 2016) y de su adaptación al principio del interés prioritario del menor.

Esto es lo que hace el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, aplicar el art. 92.7 CC y, en tanto que en el caso planteado la solución a la que se llega podría parecer algo desproporcionada, por faltar las evidencias de violencia doméstica o de género, el Alto Tribunal trae a colación otro argumento que justifica la decisión de excluir la custodia compartida: existencia de mala relación entre los progenitores y falta de respeto mutuo.

2.3. Guarda compartida y relaciones entre los progenitores

La Doctrina del TS, ya ha fundamentado en otras muchas ocasiones la exclusión de la custodia compartida en los supuestos de violencia doméstica o de género en la necesidad de que entre los padres exista respeto mutuo para que esta pueda desarrollarse como requiere el interés del menor.

En este sentido, la STS de 4 de febrero de 2016 (*Tol 5638073*) afirma que *“Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*

Aunque no puede perderse de vista que en algunas decisiones el TS ha tratado esta cuestión con menos rigidez, especialmente cuando ha existido mala relación que no se ha identificado con un supuesto de violencia de género. En este sentido:

La STS de 17 de diciembre de 2012 (*Tol 3403063*) establece *“De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.”*

La STS de 29 de noviembre de 2013 (*Tol 4031153*) dispone que: *“las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (STS 22 de julio 2011), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación “no tienen buenas relaciones”, no ampara por sí misma una medida contraria a*

este régimen, cuando no se precisa de que manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores”.

La STS de 16 de febrero de 2015 (Tol 4751653), indica que “para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)”. Y declara que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

También la STS de 9 de septiembre de 2015 (Tol 5426939), se pronunció sobre las discrepancias de los padres sobre la custodia compartida, estableciendo que éstas no impiden que se acuerde si beneficia a los menores.

Con todo, en el supuesto que nos ocupa el TS acude a la justificación de la falta de respeto, a mayor abundamiento, pues la literalidad del art. 92.7CC justifica —exige— que se excluya la custodia compartida en el supuesto planteado. El Tribunal afirma que no concurren “los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acordar dicha medida como es la existencia de una relación de respeto entre los padres, existiendo un procedimiento penal contra el marido por un delito contra la libertad de la mujer, lo que impide apreciar dicha medida como beneficiosa para el interés del menor, al no existir comunicación ni respeto entre los cónyuges”.

La decisión la fundamenta en el art. 2 LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “encaso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que el Tribunal ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Y añade, “corolario lógico de lo anterior es lo dispuesto en el art. 92.7 CC”.

2.4. Custodia conjunta y ejercicio de la potestad con distribución de funciones

Como se ha visto, la doctrina del Tribunal Supremo es clara al exigir un mínimo de respeto y actitud colaborativa como requisitos indispensables

para que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida, y entiende que su falta desaconseja este régimen, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

Entendemos imprescindible, en este momento, traer a colación la distinción entre custodia y ejercicio de la potestad, aunque las limitaciones de este trabajo no permiten tratar esta cuestión con profundidad. Valga recordar algunas premisas de base:

En principio, y salvo que la filiación no se haya determinado respecto alguno de los progenitores o se haya privado a alguno de ellos de la potestad por sentencia o se hayan distribuido sus facultades por convenio o sentencia judicial, el ejercicio de la potestad es conjunto por ambos progenitores. Ejercicio conjunto que implica que deben actuar al unísono en todos los actos relativos a la potestad (art. 156.1 CC).

La guarda es una parte o aspecto del contenido personal de la potestad, que también abarca la esfera patrimonial y de representación del menor. Se encuentra directamente relacionada con los deberes y facultades de los titulares de la potestad de cuidar de los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionarles una formación integral (art. 154CC).

Tras la ruptura de la pareja o en caso de falta de convivencia entre los progenitores, la guarda debe distribuirse entre ellos, estableciendo un sistema de guarda individual con el correspondiente régimen de relaciones personales y visitas con el progenitor no custodio, o uno de custodia conjunta o compartida por ambos. En todo caso, la guarda se ejerce por el padre/madre que en cada momento tenga al menor consigo, ya porque tenga asignada de hecho o de derecho la residencia habitual, ya porque el menor se halle en su compañía a consecuencia del régimen de comunicación y de relación que se haya establecido.

Hay que recordar que el sistema de guarda o custodia conjunta o compartida, en realidad lo que instaura es un sistema de guarda alternada —también hay guarda alternada el sistema de guarda individual con régimen de relaciones personales, aunque por tiempos distintos—, en la que la guarda es ejercida de forma individual por periodos de tiempo similares alternativamente por uno y otro progenitor. Incluso en los supuestos en los que se instaura la guarda conjunta, la titularidad de la potestad se mantiene, en principio, conjunta —y aquí sí que es conjunta y no alterna— por lo que debe ser actuada por ambos progenitores conjuntamente.

El Tribunal Supremo tiene declarado que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los progenitores exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas

que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad” (Vid por todas, STS de 11 de febrero de 2016 (*Tol* 5647972)).

Lógicamente la falta de respeto o mala relación entre los progenitores afecta en mayor medida a las actuaciones que estos deben efectuar conjuntamente —ejercicio de la potestad, en otros aspectos distintos a la guarda, como la toma de decisiones sobre aspectos importantes en la vida del menor— que a aquellas que realizan alternadamente —en la que los progenitores no deben actuar al unisono conjuntamente—, por lo que se nos ocurre que, en realidad, la protección del interés del menor, pasará por encontrar soluciones a los enfrentamientos —conflictividad— que se produzcan por este motivo. Dejando a salvo, claro está, los supuestos de violencia doméstica y las medidas especialmente dirigidas a la protección de las víctimas que van desde la privación del régimen de visitas hasta la privación de la potestad —(Art. 39, 53, 73, 148, 170, 171, 72 CP, arts. 65, 66 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, art. 158 CC).

Y en este punto cabe recordar que nuestro ordenamiento ya prevé también instrumentos encaminados a resolver estas situaciones de falta de acuerdo entre los progenitores en el ejercicio de la potestad, manteniendo la titularidad conjunta de la misma. Así, el art. 156.5 CC dispone que “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

En nuestra opinión, salvo que quede probado para un caso concreto, puede resultar poco fundada la tesis de que en general la exclusión de la custodia conjunta facilita el ambiente pacífico y estable emocionalmente que requiere el interés del menor.

Probablemente, el mal ambiente entre los progenitores no se evitará estableciendo un régimen de guarda individual con estancias o visitas. A priori, nada demuestra que el régimen de guarda conjunta lo agrava y el de guarda individual lo evita, y por ello, en nuestra opinión, resulta difícil justificar la exclusión de la guarda conjunta por la existencia de conflictividad entre los progenitores, mala relación o falta de respeto. En su lugar, se nos ocurre que se puede acudir al instrumento de la distribución de las facultades propias del ejercicio de la potestad que ya prevé nuestro ordenamiento, instrumento especialmente dirigido a procurar el bien del menor

contribuyendo a mejorar la situación de desacuerdo en dicho ejercicio entre los progenitores con relación a los asuntos que le conciernen, y que incide solamente en el ámbito de las relaciones horizontales que estos mantienen entre sí. De este modo, se evita vulnerar el interés superior del menor, que pasa por compartir el tiempo de forma similar con sus dos progenitores.

3. CONCLUSIONES

La solución al caso planteado no puede ser otra que la que da el Tribunal Supremo, a la vista del art. 92.7 CC: La apertura de un procedimiento penal por coacciones a la madre imposibilita el establecimiento de un sistema de guarda compartida entre los progenitores.

De lege ferenda es necesario reformar esta norma de modo que deje un mayor margen de decisión a la autoridad judicial cuando no existe una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, ni el Juez ha advertido, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una batería de medidas tendentes a proteger a las víctimas de violencia de género, y en estos supuestos el interés del menor puede justificar la exclusión de la custodia —individual y conjunta— o del régimen de relaciones personales o visitas, y la suspensión o privación de la potestad.

Para los casos en que la violencia doméstica no quede acreditada ni haya indicios fundados de su existencia, sin embargo, la exclusión automática de la custodia compartida resulta discutible y puede ser contraria al principio de inocencia, y también al interés superior del menor.

Cuando lo que se constata es la mala relación o falta de respeto entre los progenitores, la exclusión de la custodia compartida basada únicamente en este dato no parece una garantía de protección del interés del menor, con carácter general. En este punto habría que pensar en la posibilidad de establecer el sistema de custodia conjunta —alternada— y distribuir las funciones de la potestad entre los padres, como una fórmula más efectiva de solución de la conflictividad entre los progenitores y de consecución de un ambiente adecuado para el correcto desarrollo emocional del menor, con mayor respeto a su interés superior.

Sentencia núm. 350/2016

Fecha de sentencia: 26/05/2016
 Tipo de procedimiento: CASACIÓN
 Número del procedimiento: 2410/2015
 Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando
 Fecha de Votación y Fallo:04/05/2016
 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
 Procedencia: Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Tercera.
 Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu
 Transcrito por: L.C.S.
 CASACIÓN núm.: 2410/2015
 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
 Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 350/2016

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Fernando Pantaleón Prieto

D. Xavier O'Callaghan Muñoz

En Madrid, a 26 de mayo de 2016.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 46/2015, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso, núm. 116/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Carballo; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Anastasia, representada por el procurador D. Rafael Otero Salgado, bajo la dirección letrada de Dña. Lucía Rama Vázquez, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Aniceto representado por el procurador D. Marco Aurelio Labajo González bajo la dirección letrada de D. Carlos López Petinal y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- 1.- Dña. Anastasia, y en su nombre y representación el procurador D. Rafael Otero Salgado actuando bajo la dirección letrada de Dña. Lucía Rama Vázquez, interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso contra D. Aniceto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

“Por la que estimando la presente demanda, declare:

1. Se acuerde la disolución por divorcio del matrimonio formado por doña Anastasia y don Aniceto.
2. La demandante renuncia al uso y disfrute del que fue domicilio familiar, por residir ya hace meses en otro domicilio en compañía de su hijo menor de edad.
3. La atribución a la demandante doña Anastasia de la guarda y custodia del hijo menor Joaquín.
4. Se establezca en concepto de alimentos la cantidad de cuatrocientos cincuenta euros (450.-euros) mensuales, que serán abonadas por el padre del menor, cifra que sufrirá anualmente la misma variación que experimente el I.P.C. Deberá también abonar el padre el 50% de todos los gastos extraordinarios del menor.
5. Se establezca en concepto de pensión compensatoria la cantidad de doscientos euros (200.-euros) mensuales, cifra que sufrirá anualmente la misma variación que experimente el I.P.C.
6. Se fije el régimen de visitas a favor del padre consistente en:
 Fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo.
 Semana Santa: del viernes al martes con la madre en los años impares y del miércoles al lunes con el padre, alternándose estos períodos los años pares.

Verano: Quince días en el mes de julio y otros quince días en el mes de agosto, debiendo no ser coincidentes con los períodos vacacionales de la madre.

Navidad: Del 22 al 31 de diciembre con la madre los años impares, correspondiendo el siguiente periodo del 1 al 7 de enero al padre. Los años pares el primer periodo del 22 al 31 de diciembre estará en compañía del padre, correspondiendo el segundo periodo a la madre.

El hijo será recogido por el padre en el domicilio de la madre, y dejado igualmente en dicho domicilio materno.

El anterior régimen de visitas, se llevará a cabo con la mayor cordura y flexibilidad por parte de los progenitores, atendiendo a las circunstancias de cada momento y teniendo siempre presente el interés del hijo.

Todo ello, conforme lo peticionado en el cuerpo de este escrito, y con expresa imposición de las costas procesales al demandado si resiste la pretensión.”.

2.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes interesando al Juzgado:

“Dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados”.

3.- D. Aniceto y en su nombre y representación el procurador D. Joaquín González Carrera bajo la dirección letrada de D. Carlos López Petinal, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

“Por la que se acuerden las siguientes medidas, consistentes en:

A) Titularidad y ejercicio de la patria potestad del hijo menor: Esta parte no se opone a que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sea compartida entra ambos progenitores, siempre en vigilancia del interés y beneficio del hijo, comprometiéndose ambos progenitores a consultarse mutuamente todas aquellas decisiones importantes que afecten a la vida y educación del menor, así como comunicarse las incidencias que afecten a los hijos, de carácter eventual o extraordinario, principalmente en el supuesto de

enfermedades, actividades escolares y extraescolares y cambios de domicilio.

B) Guarda y custodia del hijo menor.- Ha de ser atribuida a D. Aniceto.

C) Régimen de visitas.- La madre podrá tener a su hijo Joaquín en su compañía en los siguientes periodos:

1. La madre disfrutará de la compañía de su hijo, los fines de semana alternos, segundo y cuarto de cada mes, desde las 17:00 horas del viernes, hasta las 20:00 horas del domingo, llevándose a cabo la recogida y entrega de las menores en el domicilio del padre.

2. Las vacaciones de Navidad.- Corresponderá a la madre la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, desde el día 23 de diciembre a las 12:00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas en los años pares; y desde las 12:00 horas del día 31 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 7 de enero, en los años impares. La recogida y entrega de los hijos también se hará en el domicilio del padre.

3. Las vacaciones de Semana Santa.- Corresponderá a la madre el periodo que va desde el Viernes de Dolores a las 18:00 horas, hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo, en los años pares; y desde las 10:00 horas del Jueves Santo hasta las 20:00 horas del Lunes de Pascua, en los años impares. En estos casos la entrega y recogida de los hijos se hará igualmente en el domicilio del padre.

4. En cuanto a las vacaciones de verano, disfrutará la madre de la compañía de su hijo Joaquín los quince primeros días de julio y los quince primeros días de agosto los años pares, y los quince últimos días de julio y los quince últimos días de agosto los años impares.

D) Uso y disfrute de la vivienda conyugal.- La atribución del uso y disfrute del domicilio que constituyó el domicilio familiar situado en la calle 0000 (La Coruña) ha de ser atribuido al padre, por pertenecer en exclusiva al mismo.

E) Pensión alimenticia.- Dña. Anastasia deberá satisfacer, en concepto de pensión alimenticia, para su hijo Joaquín, la cantidad de cuatrocientos euros (400.-euros) al mes, importe que deberá satisfacer dentro de los cinco primeros días de

cada mes, y que hará efectivo mediante ingreso bancario en la cuenta corriente que designe el padre al efecto. Dicha cantidad deberá ser actualizada anualmente conforme al I.P.C. que periódicamente publica el I.N.E. u organismo que en su caso le sustituya, sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación del mismo a la madre.

F) Pensión compensatoria.- Habida cuenta de la situación económica de los cónyuges, esta parte entiende que la separación y divorcio no produce desequilibrio económico para ninguno de ellos, es por lo que es evidente que no procede la prestación de pensión compensatoria alguna.

G) Gastos extraordinarios.- Los gastos extraordinarios de los menores, serán satisfechos al 50% entre ambos progenitores, teniendo, entre otros dicha consideración los siguientes:

a) Aquellos gastos médicos-quirúrgicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, incluido el Seguro Médico Privado.

b) Los gastos extraordinarios de educación, tales como clases complementarias, campamentos, actividades deportivas, cursos en el extranjero, estudios superiores...

Subsidiariamente, el hijo menor de edad, Joaquín, quedará sujeto a la patria potestad prorrogada a favor de los padres, quedarán bajo guarda y custodia compartida, manteniéndose asimismo la patria potestad compartida por ambos progenitores, y estableciéndose el siguiente régimen de estancias y convivencia:

– Desde el día 1 al 15 de cada mes el hijo menor residirá en el domicilio del padre en los años pares, y desde el día 16 de cada mes hasta el último día de ese mismo mes el hijo residirá con el padre en el domicilio de este en los años impares.

– Desde el día 1 al 15 de cada mes el hijo menor residirá en el domicilio de la madre en los años impares, y desde el día 16 de cada mes hasta el último día de ese mismo mes el hijo residirá con la madre en el domicilio de este en los años pares.

En todo caso, ambos cónyuges se comprometen a interpretar de manera flexible el anterior régimen de estancias y a facilitar la comunicación del hijo con el otro progenitor durante las estancias

con cada uno de ellos en orden a proteger el superior interés del menor.

Al establecerse un régimen de guarda y custodia compartida sobre el hijo del matrimonio no se establece pensión de alimentos alguna, corriendo cada progenitor con los gastos que se ocasionen en las respectivas estancias, y asumiendo cada uno y por mitad los gastos de educación y gastos extraordinarios que se generen.

Es de Justicia que se pide”.

Y formuló demanda reconventional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que enjuició aplicables solicitó al juzgado dictara sentencia:

”Por la que se desestime la demanda interpuesta, y la estimación íntegra de la reconención formulada donde se acuerden las siguientes medidas, consistentes en:

A) Titularidad y ejercicio de la patria potestad del hijo menor.- Esta parte no se opone a que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores, siempre en vigilancia del interés y beneficio del hijo, comprometiéndose ambos progenitores a consultarse mutuamente todas aquellas decisiones importantes que afecten a la vida y educación del menor, así como comunicarse las incidencias que afecten a los hijos, de carácter eventual o extraordinario, principalmente en el supuesto de enfermedades, actividades escolares y extraescolares y cambios de domicilio.

B) Guarda y custodia del hijo menor.- Ha de ser atribuida a D. Aniceto.

C) Régimen de visitas.- La madre podrá tener a su hijo Joaquín en su compañía en los siguientes periodos:

1. La madre disfrutará de la compañía de su hijo, los fines de semana alternos, segundo y cuarto de cada mes, desde las 17:00 horas del viernes, hasta las 20:00 horas del domingo, llevándose a cabo la recogida y entrega de las menores en el domicilio del padre.

2. Las vacaciones de Navidad.- Corresponderá a la madre la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, desde el día 23 de diciembre a las 12:00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas en los años pares; y desde las 12:00

horas del día 31 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 7 de enero, en los años impares. La recogida y entrega de los hijos también se hará en el domicilio del padre.

3. Las vacaciones de Semana Santa.- Corresponderá a la madre el periodo que va desde el Viernes de Dolores a las 18:00 horas, hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo, en los años pares; y desde las 10:00 horas del Jueves Santo hasta las 20:00 horas del Lunes de Pascua, en los años impares. En estos casos la entrega y recogida de los hijos se hará igualmente en el domicilio del padre.

4. En cuanto a las vacaciones de Verano, disfrutará la madre de la compañía de su hijo Joaquín los quince primeros días de julio y los quince primeros días de agosto los años pares, y los quince últimos días de julio y los quince últimos días de agosto los años impares.

D) Uso y disfrute de la vivienda conyugal.- La atribución del uso y disfrute del domicilio que constituyó el domicilio familiar situado en la calle 0000 (La Coruña) ha de ser atribuido al padre, por pertenecer en exclusiva al mismo.

E) Pensión alimenticia.- Dña. Anastasia deberá satisfacer, en concepto de pensión alimenticia, para su hijo Joaquín, la cantidad de cuatrocientos euros (400.-euros) al mes, importe que deberá satisfacer dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que hará efectivo mediante ingreso bancario en la cuenta corriente que designe el padre al efecto. Dicha cantidad deberá ser actualizada anualmente conforme al I.P.C. que periódicamente publica el I.N.E. u organismo que en su caso le sustituya, sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación del mismo a la madre.

F) Pensión compensatoria.- Habida cuenta de la situación económica de los cónyuges, esta parte entiende que la separación y divorcio no produce desequilibrio económico para ninguno de ellos, es por lo que es evidente que no procede la prestación de pensión compensatoria alguna.

G) Gastos extraordinarios.- Los gastos extraordinarios de los menores, serán satisfechos al 50% entre ambos progenitores, teniendo, entre otros, en consideración los siguientes:

a) Aquellos gastos médicos-quirúrgicos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, incluido el Seguro Médico Privado.

b) Los gastos extraordinarios de educación, tales como clases complementarias, campamentos, actividades deportivas, cursos en el extranjero, estudios superiores...

Subsidiariamente, el hijo menor de edad, Joaquín, quedará sujeto a la patria potestad prorrogada a favor de los padres, quedarán bajo guarda y custodia compartida, manteniéndose asimismo la patria potestad compartida por ambos progenitores, y estableciéndose el siguiente régimen de estancias y convivencia:

– Desde el día 1 al 15 de cada mes el hijo menor residirá en el domicilio del padre en los años pares, y desde el día 16 de cada mes hasta el último día de ese mismo mes el hijo residirá con el padre en el domicilio de este en los años impares.

– Desde el día 1 al 15 de cada mes el hijo menor residirá en el domicilio de la madre en los años impares, y desde el día 16 de cada mes hasta el último día de ese mismo mes el hijo residirá con la madre en el domicilio de este en los años pares.

En todo caso, ambos cónyuges se comprometen a interpretar de manera flexible el anterior régimen de estancias y a facilitar la comunicación del hijo con el otro progenitor durante las estancias con cada uno de ellos en orden a proteger el superior interés del menor.

Al establecerse un régimen de guardia y custodia compartida sobre el hijo del matrimonio no se establece pensión de alimentos alguna, corriendo cada progenitor con los gastos que se ocasionen en las respectivas estancias, y asumiendo cada uno y por mitad los gastos de educación y gastos extraordinarios que se generen”.

4.- El escrito de demanda presentado por D. Aniceto fue devuelto y no admitido (dejándose una fotocopia en su lugar) al no constar poder de representación del procurador y se le tuvo por no personado. En fecha 16 de mayo de 2014 se otorga poder apud acta por el demandado al procurador D. Joaquín González Carrera a quien se le tiene por parte, pero sin que presentaran nuevamente la contestación a la demanda. En

diligencia de ordenación de fecha 30 de mayo de 2014 se le declaró en situación de rebeldía procesal. Recurrida en reposición esta diligencia de ordenación se desestimó su reposición.

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Carballo se dictó sentencia, con fecha 7-11-2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

“Fallo. Estimando parcialmente la demanda formulada en nombre y representación de doña Anastasia, contra don Aniceto, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por los litigantes el 8 de septiembre de 2007 en la Iglesia de 0000 (A Coruña); con las siguientes medidas:

1.º- El menor Joaquín quedará bajo la guardia y custodia de ambos progenitores, con carácter semanal, desde la salida del centro escolar el viernes hasta el viernes siguiente; compartiendo la patria potestad sobre el mismo ambos progenitores. El menor será recogido por el progenitor a la salida del centro escolar, una vez finalizadas todas las actividades, lectivas o no, que tengan lugar en dicho centro.

2.º- No ha lugar a la fijación de régimen de visitas a favor del progenitor que no ostente la custodia del menor durante la semana.

3.º- Dado el sistema de custodia compartida que se establece, cada progenitor abonará los gastos del menor que se produzcan durante el periodo que asuma su custodia. Los gastos extraordinarios se abonarán por ambos progenitores por mitad.

4.º- No ha lugar a la atribución del uso de la vivienda conyugal.

5.º- No ha lugar a la fijación de pensión compensatoria.

6.º- No ha lugar a pronunciamiento judicial acerca del uso y disfrute de bienes gananciales. Todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia”.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Tercera de la Audiencia

Provincial de La Coruña dictó sentencia, con fecha 27 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

“Fallamos: Que con desestimación del recurso interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 7 de noviembre de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Carballo, resolviendo el divorcio contencioso nº 116/2014, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la citada resolución; todo ello sin hacer expresa imposición en cuanto al pago de las costas causadas.”.

TERCERO.- 1.- Por Dña. Anastasia se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento. Infracción del art. 92.7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo (SSTS núm. 252 de 7 de abril de 2011; núm. 619 de 30 de octubre de 2014 y núm. 616 de 18 de noviembre de 2014).

Motivo segundo. Infracción del art. 92 del CC al considerar que se ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor (SSTS de 17 de junio de 2013; 28 de noviembre de 2014; núm. 2480 de 6 de noviembre de 2014; núm. 835 de 6 de febrero de 2014; núm. 26 de 5 de febrero de 2013; núm. 2926 de 7 de junio de 2013; núm. 579 de 22 de julio de 2011 y núm. 578 de 21 de julio de 2011), por contener la sentencia recurrida conclusiones erróneas a la vista de las pruebas practicadas.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 20 de enero de 2016, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal a los mismos fines.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Marco Aurelio Labajo González, en nombre y representación de D. Aniceto, presentó escrito de oposición al mismo, por el contrario el Ministerio Fiscal solicita la estimación del recurso de casación interpuesto.

3.- Posteriormente el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación

de la recurrente presentó escrito de un hecho posterior a la sentencia recurrida, cual fue el auto de 10 de febrero de 2016, del Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de La Coruña, diligencias previas 773/2014, en el que se acuerda continuar por los trámites de procedimiento abreviado al poder ser los hechos que en las mismas se investigan, imputados a D. Aniceto, constitutivos de un delito de violencia en el ámbito familiar y coacciones. Igualmente aporta un informe forense integral, en el que se reconoce a D.ª Anastasia, se explora al menor Joaquín y se entrevista a D. Aniceto, realizado por la forense de ese mismo juzgado.

4.- De la documental aportada se dio traslado al recurrido y el procurador D. Marco Aurelio Labajo González, en su nombre y representación, formuló las alegaciones que estimó oportunas aportando como documento copia de la presentación de recurso de reforma y subsidiario de apelación al auto de procedimiento abreviado de 10 de febrero de 2016.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Antecedentes.

Se inició procedimiento de divorcio contencioso por parte de D.ª Anastasia contra D. Aniceto, solicitándose la disolución del matrimonio por divorcio, la guarda y custodia a favor de la madre del hijo menor Joaquín, nacido el 12 de enero de 2009, derecho de visitas a favor del padre, fijación de pensión de alimentos a cargo del padre y compensatoria a favor de la mujer.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró disuelto el matrimonio por divorcio, estableció el régimen de guarda y custodia compartida del menor.

Recurrida la mencionada resolución, se dictó sentencia en segunda instancia, desestimando el recurso interpuesto, manteniendo la guarda y custodia compartida del hijo menor del matrimonio y ello pese a constar un procedimiento penal por coacciones contra el marido, por entender

que el art. 92.7 CC debe ser interpretado restrictivamente, al tiempo que no queda acreditado que los hechos hayan ocurrido como relata la mujer, de forma que en el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del apartado 7.º del art. 92 CC, pues el padre ha quedado incurso en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer, pero no debe olvidarse que la interpretación del art. 92, apartados 5, 6 y 7, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que “el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos”. La sentencia declara probadas “las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida”, ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurren otras circunstancias que lo desaconsejen.

Se formula recurso de casación por la mujer en dos puntos o motivos: a) infracción del art. 92.7 CC y la jurisprudencia del TS recogida en las SSTS de 7 de abril de 2011, 30 de octubre de 2014 y 18 de noviembre de 2014, al entender que la sentencia recurrida no ha valorado correctamente la situación existente a fin de denegar la custodia compartida, al no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acordar dicha medida como es la existencia de una relación de respeto entre los padres, existiendo un procedimiento penal contra el marido por un delito contra la libertad de la mujer, lo que impide apreciar dicha medida como beneficiosa para el interés del menor, al no existir comunicación ni respeto entre los cónyuges; y b) infracción del art. 92 CC, al considerar que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del prevalente interés del menor, contemplado en las SSTS de 17 de junio de 2013, 28 de noviembre de 2014,

6 de noviembre de 2014, 6 de febrero de 2014, 5 de febrero de 2013, 7 de junio de 2013, 22 de julio de 2011 y 21 de julio de 2011, por contener la sentencia recurrida conclusiones erróneas a la vista de la prueba practicada. Considera la recurrente que el hecho de obligar al menor a convivir en un entorno familiar plagado de enfrentamientos, no puede beneficiar su desarrollo personal, tratándose de un factor de riesgo para el menor, citándose a favor de su derecho el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, así como el anteproyecto de la Ley de Protección de la Infancia informado por el Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014, que incluye a los menores como víctimas de violencia de género.

El Ministerio Fiscal solicitó ante esta Sala, la estimación del recurso de casación.

SEGUNDO.- Continuación de antecedentes.

En el FDD 2.º de la sentencia del juzgado se declaró y fue aceptado expresamente por la Audiencia Provincial que:

“El menor tiene en la actualidad cinco años de edad. Acude al colegio de 0000 en A Coruña. No se ha detectado en el menor ninguna alteración de conducta o comportamiento inadecuado, no consta que no acuda correctamente aseado y que presente más enfermedades que las habituales en todos los niños de su edad. De la práctica de la prueba practicada resulta que ambos progenitores se han dedicado a la crianza de su hijo, sin que exista acreditación alguna de que los progenitores no sean igualmente idóneos para el cuidado de su hijo menor. Desde la ruptura de la pareja el menor ha venido residiendo de manera alterna con ambos progenitores en periodo semanal, así ha quedado acreditado de la declaración de los mismos en el acto de la vista. Ambos cuentan con residencia en A Coruña, doña Anastasia en régimen de alquiler y don Aniceto por ser la vivienda de sus padres; aun cuando el domicilio familiar está en 0000, propiedad del esposo y que fue abandonado por la madre de manera voluntaria. El menor acude a un centro escolar en A Coruña. Ambas localidades distan en unos 15 kilómetros por vía rápida

(0000), por lo que dicha circunstancia no puede ser considerada un obstáculo para la atribución de un régimen de custodia compartida. Incluso la modificación del régimen de convivencia previamente pactado por las partes no puede ser considerado beneficioso para el menor. Y todo ello tomando igualmente en consideración que el menor ha mantenido desde la ruptura de la pareja un contacto de convivencia con ambos progenitores, y que ambos disponen de un horario laboral y de apoyo familiar que les permite hacer frente a la asunción de las obligaciones que la custodia de su hijo implica. Así se desprende de la testifical practicada”.

TERCERO.- Documentación presentada ante esta Sala.

Esta Sala acuerda la admisión de la documental presentada ante ella, dado lo dispuesto en el art. 752 LEC.

1. Por la recurrente se presentó testimonio del auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme), en el que consta en el antecedente de hecho único lo siguiente:

“De lo actuado se desprende que Dña. Anastasia y D. Aniceto mantuvieron una relación matrimonial, llegando a tener un hijo en común. En agosto de 2013, por decisión de la mujer, se separaron iniciando los trámites para su divorcio. A pesar que en el principio convinieron la situación del hijo común o el reparto del uso de los vehículos de los que eran propietarios, entre tanto no recaía la regulación judicial, el varón decidió iniciar una situación de acoso que se produjo esencialmente en los meses anteriores al de agosto de 2014, situación que tuvo proyección y que hubo de vivir más de una vez el hijo menor. “Rondaba las inmediaciones del domicilio de la mujer, o lugares que sabía que frecuentaba, realizando gestos provocativos, profiriendo insultos, contra Dña. Anastasia o personas de su entorno. Los intercambios del menor, cuando intervenía la madre o familiares de ella, los convertía en situaciones conflictivas.

“Por ejemplo el 19 de mayo de 2014 cuando la madre intentó recoger al niño en el colegio, pues Aniceto no se lo permitió ver desde un tiempo apreciable, se presentó él, avisado por su herma-

na y el novio de ésta, quienes también pretendían hacerse cargo del niño, e intento que no se lo llevara queriendo quitárselo, a la fuerza, de los brazos.

"...

"También privó unilateralmente a la mujer del uso del vehículo que, tras la separación, ella venía utilizando con el pretexto de que "...tenía el mismo derecho para andar con él".

"Todas estas actuaciones las llevó a cabo como represalia por la decisión de la mujer determinando en Dña. Anastasia como sintomatología compatible con un cuadro ansioso depresivo".

En dicho procedimiento penal se emitió informe conjunto por médica forense, psicólogo y trabajadora social en que se indicaba:

"Consideraciones medico forenses:

"En el caso que nos ocupa, se describe una relación conflictiva, con conductas violentas por parte del varón, de forma repetitiva, creando una relación de dependencia, con sentimiento de culpa, minimización y esperanza de cambio. En donde se observan los siguientes elementos traumatizantes:

"Agresiones físicas: no referidas, excepto un agarrón.

"Agresión sexual: no referidas.

"Agresiones verbales: a modo de insultos, desvalorizaciones...

"Control de actividades: aislamiento social, llamadas al psicólogo... el móvil...

"Control económico: pedir los recibos de gastos...

"Conductas destructivas en el hogar: no referidos.

"Omisiones de cuidado y convivencia: no referidas.

"Consecuencias de las mismas, la explorada presentó una sintomatología ansioso-depresiva, de la que recibió terapia.

"Al momento actual persiste clínica de corte ansioso-depresiva en donde interviene como elemento estresante las dificultades surgidas del ejercicio de la guarda y custodia compartidas del hijo de ambos.

"Conclusiones.

"Primera.- En el momento de la valoración la peritada presenta sintomatología compatible con un cuadro ansioso depresivo. Muestra sentimientos de indefensión, desesperanza y tristeza que proyecta en todos los ámbitos de su vida.

"Segunda.- La sintomatología que presentó la informada es compatible con un agente estresante como la relación de pareja descrita.

"Tercera.- Con relación al menor, si bien no se ha podido realizar una exploración completa, no obstante lo observado y el contenido del informe del psicólogo del menor, hacen pensar que existe sufrimiento del menor con relación a dinámica relacional conflictiva entre los progenitores. Sería recomendable que ambos progenitores establezcan mecanismos de comunicación que minimicen los efectos conflictivos negativos, para garantizar un mejor desarrollo psico-evolutivo del menor.

"Y ello es cuanto pueden informar en cumplimiento de lo solicitado".

CUARTO.- Motivo primero.- Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento. Infracción del art. 92.7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo (SSTS núm. 252 de 7 de abril de 2011; núm. 619 de 30 de octubre de 2014 y núm. 616 de 18 de noviembre de 2014).

Motivo segundo. Infracción del art. 92 del CC al considerar que se ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor (SSTS de 17 de junio de 2013; 28 de noviembre de 2014; núm. 2480 de 6 de noviembre de 2014; núm. 835 de 6 de febrero de 2014; núm. 26 de 5 de febrero de 2013; núm. 2926 de 7 de junio de 2013; núm. 579 de 22 de julio de 2011 Y núm. 578 de 21 de julio de 2011), por contener la sentencia recurrida conclusiones erróneas a la vista de las pruebas practicadas.

Entiende la recurrente que la sentencia recurrida no ha valorado correctamente la situación existente a fin de denegar la custodia compartida, al no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acordar dicha medida como es la existencia de una relación de respeto entre los padres, existiendo un procedimiento penal

contra el marido por un delito contra la libertad de la mujer, lo que impide apreciar dicha medida como beneficiosa para el interés del menor, al no existir comunicación ni respeto entre los cónyuges.

Considera la recurrente que el hecho de obligar al menor a convivir en un entorno familiar plagado de enfrentamientos, no puede beneficiar su desarrollo personal, tratándose de un factor de riesgo para el menor, citándose a favor de su derecho el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, así como el anteproyecto de la Ley de Protección de la Infancia informado por el Consejo de Ministros de 25 de abril de 2014, que incluye a los menores como víctimas de violencia de género.

QUINTO.- Respuesta de la Sala.

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

Procede denegar las causas de inadmisibilidad alegadas por el recurrido, dado que no se pretende una reevaluación de las pruebas practicadas, sino el análisis de la sentencia recurrida en relación con la pretendida infracción de los preceptos invocados y, esencialmente, si se ha respetado o no el interés del menor.

Esta Sala debe recordar, como hizo en la sentencia de 4 de febrero de 2016; rec. 3016 de 2014 que:

“El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor.

“Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso

penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

Igualmente en reiteradas sentencias, entre otras la sentencia de 11 de febrero de 2016; rec. 326 de 2015, hemos declarado que:

“Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

“Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

“Igualmente en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor. El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”; “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara...”.

En el caso de autos consta un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito

de violencia doméstica, unido a que en la propia sentencia recurrida se declara que "pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida".

Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

Estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia, al cual deberá aportar la recurrente el auto de incoación de procedimiento abreviado y el informe forense al que nos hemos referido.

SEXTO.- No procede imposición de costas al recurrente (arts. 394 y 398 LEC).

Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Anastasia contra sentencia de 27 de mayo de 2015 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Coruña.

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida, dejando sin efecto la custodia compartida y atribuyendo la custodia del menor Joaquín a su madre.

3.º- El juzgado determinará el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia.

4.º- Se mantiene la denegación de la pensión compensatoria.

5.º- No procede imposición de costas al recurrente (arts. 394 y 398 LEC).

6.º- Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleón Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz.
Firmado y rubricado.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

PENAL

PEDRO ÁNGEL RUBIO LARA

Profesor Titular de Derecho penal

Universidad de Murcia

(Tol 5733452)

Cabecera: Revisión de sentencias reforma 2015. Reglas de aplicación. Declaración de las costas de oficio en caso de estimarse la revisión

Jurisdicción: Penal

Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 11/05/2016

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 405/2016

Número Recurso: 1145/2015

RESUMEN

En la revisión de sentencias por aplicación retroactiva de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, deben distinguirse dos supuestos, regulados respectivamente por las DT 2ª y 3ª: cuando las sentencias sean firmes y cuando se encuentren pendientes de recurso. En el primer caso los jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Pero en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable la nueva Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a la reforma del Código. En el segundo, es decir, en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes, continuando la tramitación conforme a derecho. En el primer caso la regla general, como se deduce del texto de la norma y aclara la STS 266/2013,

de 19 de marzo, recientemente reiterada por la STS 346/2016, de 21 de abril, consiste en que cuando la pena impuesta en la sentencia revisada también es imponible en el nuevo marco legal, no se debe dar lugar a un nuevo ejercicio de individualización caso por caso, ni tampoco a una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo, pero como excepción deben introducirse las prevenciones necesarias para evitar que la aplicación literal de la disposición transitoria segunda provoque resultados contrarios al principio de proporcionalidad. Es decir que solo se permite una nueva individualización de la pena, de forma excepcional, cuando por cualquier razón los criterios o principios sobre la imposición de la misma (proporcionalidad) resulten alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad, pues solo un principio constitucional puede facultar para matizar la interpretación literal de la Ley, que excluye la revisión en los supuestos en los que la pena impuesta también pueda legalmente imponerse con la nueva regulación. Por el contrario, en el segundo supuesto, es decir, en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, si el recurso de casación estuviera sustanciándose, se adaptan los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, continuando la tramitación conforme a derecho, por lo que al resolver el recurso se aplica directamente la nueva regulación. Ello conlleva dos consecuencias, en primer lugar que la pena debe individualizarse con libertad de criterio en la segunda sentencia por esta Sala, sin limitación alguna derivada de que la pena impuesta en la sentencia de instancia sea también imponible en el nuevo marco legal. Y, en segundo lugar, que al revisar la sentencia se está estimando un motivo de casación adaptado a la nueva Legalidad vigente, lo que implica que las costas DEBEN SER DECLARADAS DE OFICIO, dada la estimación (art. 901 Lecrim, y STS 658/2015, de 26 de octubre).

I. CUESTIONES PREVIAS: LOS MOTIVOS DEL RECURSO

Lo cierto es que, como consecuencia de la denegación de pruebas propuestas en tiempo y forma, se produce la indefensión y la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, conforme al artículo 24 de la Constitución española.

En la sentencia que aquí se analiza se alega que la sala no acordó la reapertura de la fase de instrucción, ni tampoco se practicó en el acto del juicio una declaración testifical propuesta por la defensa, siendo estos los motivos del recurso. En concreto, el recurso interpuesto se fundamenta en tres motivos que son:

a) Vulneración constitucional del artículo 24.2 CE, al no acordar la sala la reapertura de la fase de instrucción y por no haberse practicado en el acto del juicio una declaración testifical propuesta por la defensa.

b) Infracción de ley, fundamentada en el desconocimiento de la existencia del delito y, por tanto, en referencia de la valoración de la prueba, al amparo del artículo 849 de la L.E. Crim.

c) Quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1º de la L.E. Crim., por denegación de diligencias de prueba y por contradicción de los hechos probados.

No obstante, en esencia, el primer y el tercer motivo tienen el mismo contenido, pero argumentado desde distinto punto de vista: el constitucional y el procesal. Así, el motivo sería el de no haberse acordado la reapertura de la instrucción para practicar una prueba testifical, habiéndose producido la petición de la defensa de práctica de esta prueba en el juicio oral y tratándose de la declaración de un nuevo testigo y el de no haberse practicado en el juicio la declaración de un testigo propuesto por la defensa y que no compareció.

En consecuencia, las cuestiones esenciales que se deben discutir en este recurso serían:

1º. Contenido del derecho a la prueba y los requisitos para poder ser practicada.

2º. En especial, el momento procesal oportuno para la práctica de la prueba testifical y, sobre todo, la pertinencia de la prueba.

Sin duda alguna lo relevante no es que las pruebas se desestimen, sino que habrá que analizar que la desestimación sea la consecuencia de la previa de la conculcación por el Tribunal de algún derecho fundamental del recurrente y que ello se traduzca en una efectiva denegación de tutela judicial efectiva. Así, las SSTC 37/2000, de 14 de febrero (*Tol 1410*); 19/2001, de 29 de enero (*Tol 117289*); 73/2001, de 26 de marzo (*Tol 81444*); 4/2005, de 17 de enero (*Tol 570190*); 308/2005, de 12 de diciembre (*Tol 776649*); 42/2007, de 26 de febrero (*Tol 2211135*) y 174/2008, de 22 de diciembre, (*Tol 1416106*) entre otras.

II. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DENEGACIÓN DE LA PRÁCTICA DE UNA PRUEBA PENAL

1. El derecho a la prueba

El derecho a la prueba, esto es, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es uno de los derechos que configura el proceso.

Teniendo presente que la fase probatoria normalmente es la más relevante del procedimiento y que es cuando se trata de demostrar al órgano judicial los argumentos esgrimidos por el recurrente, corresponderá al Tribunal la función de velar por el buen desarrollo de esta fase de forma que las pruebas sean, como no puede ser de otra manera, obtenidas legalmente, deben ser pertinentes, esto es, relacionadas con el litigio, por un lado, y útiles al mismo, por otro. Es de obligado cumplimiento que las pruebas tengan que estar destinadas a esclarecer los hechos objeto del litigio y el incumplimiento o vulneración de este derecho provocaría la indefensión de la parte afectada, por lo que se ve del todo necesario fundamentar rigurosamente la inadmisión de medios probatorios que puedan incidir en la sentencia (SSTC 30/1986 (Tol 79577) y 45/1990 (Tol 80338)). Además, la lesión del derecho invocado sólo se habrá producido si, en primer término, la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial y, en segundo término, si esa falta generó indefensión material a los recurrentes en el sentido de que el Tribunal aprecie, en los términos alegados en la demanda de amparo, la relación de la práctica de la prueba con los hechos que se quisieron probar y no se probaron y la trascendencia de la misma en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo. Así, las SSTC 73/2001 (Tol 81444), 183/1999, de 11 de octubre (Tol 81223), 170/1998, de 21 de julio (Tol 81024); 37/2000, de 14 de febrero (Tol 1410), y 246/2000, de 16 de octubre (Tol 81698).

En esencia, habría que reconocer básicamente dos extremos:

a) Se reconoce constitucionalmente y en los Convenios Internacionales asumidos por el derecho interno español el derecho a la prueba, como parte de las garantías fundamentales, que favorezcan un juicio justo y proscriban la indefensión, tal como nos señala el artículo 24.2 CE.

b) El derecho a prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado que implique la admisión de todas las pruebas que propongan las partes o que, incluso, se tengan que practicar todas las pruebas admitidas, pues sólo se practicarán aquellas que sean posibles y necesarias (SSTC. 36/1983, de 11 de mayo (Tol 79203); 89/1986, de 1 de julio (Tol 79635); 22/1990, de 15 de febrero (Tol 338821) y 59/1991, de 14 de marzo (Tol 80473)).

Siendo esto así, aunque se reconozca constitucionalmente el derecho a la prueba, esto no significa (por no ser absoluto) que el tribunal no pueda valorar su admisión, pertinencia o práctica (artículos 659 y s de la L.E.Crim).

Si bien es cierto que esa valoración ha de razonada y fundamentada y debe buscar la pertinencia y necesidad de las pruebas, evitando así diligencias inapropiadas y que se produzcan dilaciones indebidas (así, SSTS de 1 de abril (Tol 406722) y 23 de mayo de 1996 (Tol 406367)).

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, se encuentra configurada conforme a los siguientes criterios:

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio (*ToI 397468*)).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero (*ToI 82936*), y 70/2002, de 3 de abril (*ToI 258605*); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre (*ToI 81068*) y 219/1998, de 16 de noviembre (*ToI 81070*)).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por

otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio (*Tol 397468*); 359/2006, de 18 de diciembre (*Tol 2283620*); y 77/2007, de 16 de abril (*Tol 2276691*)).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar.

En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero (*Tol 1410*); 19/2001, de 29 de enero (*Tol 117289*); 73/2001, de 26 de marzo (*Tol 81444*); 4/2005, de 17 de enero (*Tol 570190*); 308/2005, de 12 de diciembre (*Tol 776649*); 42/2007, de 26 de febrero (*Tol 2211135*) y 174/2008, de 22 de diciembre (*Tol 1416106*)).

2. Requisitos para la admisión de las pruebas penales

En todo caso las pruebas han de tener un carácter determinante y han de servir para rebatir el hecho esencial.

La casación por motivo de denegación de prueba establecido en el art. 850.1 LECrim., según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 792 y 793.2 LECrim. (actuales arts. 785.1 y 786.2 LECrim.) y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional requiere las condiciones siguientes: 1.º La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley actual art. 786.2). 2.º La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el

juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona. 3.º Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4.º Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa; y 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (SSTS. 1661/2000 de 27.11 (*Tol 4920321*), 869/2004 de 2.7 (*Tol 483659*), 705/2006 de 28.6 (*Tol 979499*), o de 1988 (*Tol 2357974*); 26 de junio de 1992 (*Tol 398236*)).

A título de resumen, Los requisitos para la impugnación casacional serían:

- a) La diligencia probatoria ha de ser solicitada en tiempo y forma.
- b) La prueba debe ser declarada pertinente por el Tribunal y haber sido programada su celebración para el juicio oral para el caso de que el recurso se interponga por falta de práctica de la prueba en juicio.
- c) La parte recurrente debe haber reclamado la subsanación de la falta (art. 849 L.E.Crim.), impugando la inadmisión.
- d) Formulación de las preguntas que se pretendía realizar al testigo.
- e) Que la prueba propuesta sea posible de practicar, sin que se incurra en dilaciones indebidas.
- f) Si se tratase de la denegación de la práctica de una prueba previamente admitida, se exige que la parte que intente interponer el recurso hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes, o la oportuna protesta, causa de inadmisión que se convierte en este trámite resolutorio en causa de desestimación (art. 884. 5 y 850, para los motivos de casación, de la L.E.Crim).

2.1. Solicitud de la diligencia probatoria en tiempo y forma

Ha de considerarse que la solicitud de práctica de la prueba testifical, para cuya declaración se interesó la reapertura de la instrucción, no corresponde a la forma procesalmente correcta, ni tampoco fue este el momento oportuno, pues habiéndose abierto ya el juicio oral lo que hubiera correspondido era solicitar su citación para declarar en el mismo. En este supuesto no correspondía promover una dilación manifiestamente indebida al solicitar la retroacción de la causa, de nuevo, hasta la fase de instrucción.

En efecto como se dice en la STS. 760/2001 de 7.5 (*Tol 4925640*), la estimación del quebrantamiento de forma previsto como motivo casacional del artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige entre los requisitos formales que el solicitante en tiempo y forma de la prueba inadmitida

por la Sala formule la correspondiente “protesta” como previene el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, equivalente a la “reclamación” a que se refieren los artículos 855 y 874.3º, por la que se expresa la disconformidad con la resolución denegatoria. La protesta tiene por finalidad plantear ante el Tribunal que acordó la denegación de la prueba, la proporcionalidad de la decisión adoptada, teniendo en cuenta, únicamente, los intereses en conflicto desde la posición de la parte que la propuso, manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada, al tiempo que proporciona criterios que permiten el replanteamiento de la decisión. La protesta excede la naturaleza propia de un puro requisito formal en cuanto exterioriza la falta de aceptación de la decisión judicial; de modo que si no se realiza se entenderá que el proponente se conforma con la decisión en la instancia, y por ello no podrá plantear luego en casación una cuestión resuelta antes con su aquiescencia. De otra parte ante el silencio del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el plazo para formalizar la protesta y la imposibilidad de quedar indefinidamente sin plazo el ejercicio de los derechos, esta Sala ya ha dicho que la protesta debe hacerse en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de notificación del Auto denegatorio, cuyo término coincide con el señalado en el artículo 212 para la preparación del recurso de casación (Sentencias de 12 de mayo de 1986 (Tol 2321179); 11 de noviembre de 1987 (Tol 2328305); 6 de junio de 1988 (Tol 2357974); 26 de junio de 1992 (Tol 398236)).

Prevención ésta no cumplida por la parte recurrente que contra el pronunciamiento de la Sala inadmitiendo las pruebas que detalla no formuló protesta ni reclamación alguna.

Por otra parte, la STS núm. 219/2010, de 11 de febrero (Tol 1814086) señala que *en cuanto a la posibilidad de haberlo interesado durante la fase de instrucción tampoco es una razón de inadmisión aceptable y, conforme a lo que se establece también en la Sentencia de 2 de diciembre de 2008 del T.S., la prueba ha de proponerse donde y cuando se podía proponer, es decir, en el escrito de defensa y luego en el inicio del Juicio Oral. La tesis de que podría haberse solicitado durante la fase sumarial no es admisible. En efecto, como ya dijo esta Sala en Sentencia de 20 de noviembre de 2000 la preclusión que resulta de la finalización por resolución firme de unas diligencias sumariales atañe a la actividad sumarial misma es decir a la práctica de las diligencias de esa naturaleza, que no pueden confundirse con la actividad probatoria propiamente dicha a desarrollar en el Juicio Oral, y cuya proposición tiene lugar, concluida ya la fase sumarial, en las conclusiones provisionales, dando lugar a un pronunciamiento de admisión, favorable o no, que depende de la relación existente entre el objeto del proceso y las pruebas propuestas por la parte.*

Las diligencias de prueba a practicar en el Juicio Oral se propusieron en el tiempo y en la forma que la ley previene para ello, y ninguna norma exige que las pruebas del juicio Oral hayan de tener algún antecedente en las diligencias practicadas en fase de instrucción.

2.2. Declaración de pertinencia de la prueba por el Tribunal

Es doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo (por poner unos ejemplos, los más significativos, ver las SSTs. 771/2006 de 18.7 (Tol 984846), 771/2010 de 23.9 (Tol 1953637), que la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la calificación de “pertinente”. Como ha recordado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas “rechazando las demás” (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11 (Tol 4920321).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la

impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1 (Tol 14851). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que “el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de “pertinentes”, porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa “sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales”. Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: “pertinencia” es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye “thema decidendi”; “relevancia” existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004 (Tol 614251).

No obstante como la parte plantea tal denegación no solo por el cauce del quebrantamiento de forma, art. 850.1 LECrim., sino por la vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, reconocidos en el art. 24 CE —proceso con todas las garantías, derecho a la tutela judicial efectiva y el de utilizar los medios de prueba pertinentes— y aunque se prescindieran de estos requisitos o exigencias formales, habría que plantarse la concurrencia de los presupuestos materiales o de fondo de necesidad y relevancia de la prueba.

En efecto, por su parte, el Tribunal Constitucional ha venido configurando el derecho de defensa y a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes, en múltiples resoluciones y las conclusiones que se extraen en dichos pronunciamientos podemos rehuirlos (STS. 150/2010 de 5.3 (Tol 1808651) en:

a) La conculcación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, situado en el marco de un derecho fundamental más genérico como es el derecho de defensa, solo adquiere relevancia constitucional cuando produce real y efectiva indefensión.

La STC. 198/97 (Tol 252327) dice: “el rechazo irregular de la prueba por el Órgano jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la de-

fensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiriera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una indefensión material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional”.

b) El juicio de pertinencia, límite legal al ejercicio del derecho, resulta de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios, los cuales vienen obligados a explicar y motivar las resoluciones en que rechacen las pruebas propuestas.

La STC. 25/97 (*Tol 83169*) precisa: “el art. 24.2 CE. permite que un Órgano judicial inadmita un medio probatorio propuesto sin que ello lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no obliga, por consiguiente, al Juez a admitir todos los medios probatorios que la parte estime pertinentes, sino únicamente aquellos que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales, pero resulta inaceptable, con toda evidencia, la posibilidad de que el Juez, sin motivación, rechace las pruebas interesadas.

c) Solo corresponderá al Tribunal Constitucional la revisión sobre la declaración de pertinencia de las pruebas, cuando esta resulte absurda, incongruente o cuando en él se haya rechazado una diligencia no solo pertinente sino con trascendencia para modificar el sentido de la decisión final.

La STC. 178/98 (*Tol 81032*) recoge “quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, ya que sólo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quienes por este motivo buscan amparo”.

En igual dirección la STC. 232/98 (*Tol 1965664*) nos dice: “En efecto, como ha resaltado el Tribunal Constitucional la garantía constitucional contenida en el precepto únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa. De no constatarse esta circunstancia resultaría ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no ha existido la lesión denunciada. Esto exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia”.

Ahora bien, como ya hemos adelantado a los efectos del derecho constitucional a la utilización de medios de prueba propuestos, no está el Juez obligado a admitir todos los medios de prueba que cada parte estima pertinentes a su defensa, que una prueba ostente la cualidad de pertinente por hallarse relacionada o entrelazada con el proceso, no supone que inexcusablemente debe ser admitida.

Los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de economía procesal, pueden mover al órgano jurisdiccional a inadmitir diligencias de prueba que ostenten la cualidad de pertinentes por diferentes razones fundamentalmente por considerarlas superfluas, redundantes o desproporcionadas en relación a la infracción objeto de enjuiciamiento.

Y en cuanto a la relevancia del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material —que es la verdaderamente trascendente— y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de esta.

2.3. Requisitos de la prueba testifical

En caso de prueba testifical, la diligencia probatoria ha de ser solicitada en tiempo y forma, con expresión de los datos personales (nombre, apellidos, domicilio y residencia), conforme a lo prevenido por el artículo 656 de la L.E.Crim, bien de forma expresa o como adhesión al escrito de calificación propuesta por otra parte procesal.

En la prueba testifical se exige la formulación de las preguntas que se pretendía realizar al testigo cuya declaración se ha denegado o, en su caso, se ha denegado la suspensión del juicio oral pese a su incomparecencia.

Este requisito dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puede deducirse las preguntas que se pretendía realizar al testigo, donde se pretende posibilitar el juicio de pertinencia al Tribunal, no tratándose de un presupuesto formal.

2.4. Carácter determinante de la prueba

Las pruebas, para poder ser admitidas, han de calificarse de decisivas y han de tener un carácter determinante.

En cuanto a la relevancia del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material —que es la verdaderamente trascendente— y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de esta.

Por último, debe exigirse que la prueba sea además necesaria, es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone (SSTS. 9.2.95 (*Tol 403181*), 16.12.96 (*Tol 406151*) de modo que su omisión le cause indefensión (STS. 15.11.94 (*Tol 404883*), a diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible (STS 17.1.91 (*Tol 2431115*), la “necesidad” de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente considerados como pertinentes, pueden lícitamente no realizarse por muy diversas circunstancias (STS. 21.3.95 (*Tol 403188*), que eliminan de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

La sentencia del T. S. de 6.6.02 (*Tol 202495*), recuerda la doctrina jurisprudencial sobre prueba pertinente y prueba necesaria. Nos dice la S. 24.10.2000 (*Tol 117562*) que “ya por reiterada doctrina del TEDH. —casos *Brimvit*, *Kotousji*, *Windisck*, y *Delta*— se reconoce que no es un derecho absoluto e incondicionado. El TC. tiene declarado que no se produce vulneración del derecho fundamental a la prueba, cuando esta es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y en este sentido se articula la diferencia entre prueba pertinente y prueba necesaria, estimando que sólo la prueba necesaria es decir, aquella que tiene aptitud de variar el resultado, que sea indebidamente denegada puede dar lugar a una indefensión con relevancia constitucional [SSTC 149/87 (*Tol 148421*), 155/88 (*Tol 80004*), 290/93 (*Tol 82311*), 187/96 (*Tol 83116*)].

III. LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES

Como cuestión añadida en este proceso se plantea también la posibilidad de la aplicación retroactiva de las leyes penales y, en concreto, respecto del delito de resistencia a los agentes de la autoridad tipificado en el artícu-

lo 556 del Código penal, puesto que en la reforma operada por L.O. 1/2015 se produce una rebaja sustancial de la pena impuesta a esta conducta de resistencia a agentes de la autoridad (antes era una pena de prisión de seis meses a un año, y ahora establece una alternativa de tres meses a un año de prisión o multa de seis a dieciocho meses). Por ello se interesa la revisión de la pena, coso que —sin duda alguna— procede. En este caso que se plantea la norma posterior surgida tras la reforma de 2015 recoge una pena más favorable para el reo, por lo que procede aplicar su retroactividad.

Como excepción a la regla general de no revisibilidad, la disposición transitoria segunda de la L.O. 1/2015 se refiere a la posibilidad de que la reforma establezca para el mismo hecho una pena alternativa no privativa de libertad. En este caso, deberá iniciarse el proceso de revisión, lo que no implica que sea obligatorio sustituir la pena inicialmente impuesta por la nueva pena de multa no prevista como alternativa en su momento, sino que dicha decisión únicamente debe adoptarse cuando tras el examen de la causa así se estime oportuno (Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2004 y también la de 1/1996)

IV. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

El Tribunal se limita a aplicar la reiterada jurisprudencia del TC y del TS sobre la denegación de la práctica de la prueba, centrando la argumentación en la prueba testifical, respecto de un delito intentado contra la salud pública y otro consumado de resistencia a los agentes de la autoridad.

Esta sentencia argumenta que se tiene un derecho a la prueba, pero que como resulta que este derecho no es absoluto, sino que se encuentra —por el contrario— limitado a una serie de requisitos, es por eso que el Tribunal está facultado para valorar si admite o no las pruebas, al comprobar su necesidad y posibilidad, además de su pertinencia y su carácter determinante.

Sin embargo, es sumamente criticable que no haya fundamentado o motivado el carácter no pertinente y, al tiempo, no determinante de la misma. Especialmente, cuando se trata de un testigo. No debemos olvidar que la declaración testifical es la diligencia de investigación consistente en el examen de una persona ajena al procedimiento para que preste una declaración de conocimiento, estando orientadas a la averiguación de los hechos, a la determinación de las personas responsables y a la ordenación de otras diligencias; por el contrario, la prueba practicada en el juicio oral pretende formar el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos por los que se procede. Y también es fundamental el valor que tiene esta prueba,

pues cuando las declaraciones testificales se prestan durante la investigación, normalmente se desconocerá a priori el grado de interés de lo que va a manifestarse; puede que carezca de toda relevancia a la hora de formular la acusación o de articular la defensa, en cuyo caso no será propuesta en el juicio. Por lo que, en consecuencia, lo que no motiva y fundamenta —al menos como cabía de esperar— es la denegación de la práctica de una prueba tan relevante como es la testifical.

SENTENCIA En la Villa de Madrid, a once de Mayo de dos mil dieciséis

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por **Patricio**, contra sentencia de fecha 13 de mayo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, en causa seguida al mismo por delitos de contra la salud pública y resistencia a la autoridad, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Tournon, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando el acusado recurrente representado por la Procuradora D^a M^a del Mar Serrano Moreno.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 6 de Móstoles instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 331/2015, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, que con fecha 13 de mayo de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

“El día 4 de octubre de 2013 se detectó por funcionarios pertenecientes al Grupo de Estupefacientes de la Brigada de Policía Judicial de la Comisaría de Móstoles, que un paquete proce-

dente de Costa Rica, remitido por Silvio y dirigido a nombre de Jose Pedro a la dirección sita en la CALLE000, número NUM000, NUM001 NUM002 de Móstoles, podía contener sustancia estupefaciente, por lo que se montó un dispositivo de vigilancia en la oficina de correos de la Plaza de Villafontana de dicha localidad, en la que se hallaba depositado dicho paquete y donde sobre las 15.30 horas del día 7 de octubre de 2013, compareció el acusado Patricio, mayor de edad, sin antecedentes penales y en situación legal en España, quien exhibiendo las fotocopias de un permiso de residencia de familiar ciudadano de la Unión a nombre de Alberto y otro a nombre de Jose Pedro, así como una hoja manuscrita en que Jose Pedro autorizaba a Alberto a recibir el paquete, procedió a retirarlo, tal y como tenía encomendado y conociendo su ilícito contenido. Una vez el acusado se hallaba en el exterior de la oficina de correos, los agentes que componían el dispositivo de vigilancia se acercaron a él identificándose como policías, momento en que Patricio emprendió la huida arrojando al suelo el paquete que portaba, si bien, al verse perseguido, se detuvo y encaró ante el Policía Nacional con carnet profesional NUM003, quien se abalanzó hacia el acusado, mientras éste le lanzaba una patada y un puñetazo que no llegaron a impactarle.

La apertura del paquete que portaba el acusado se llevó a cabo en presencia de éste, de su Letrado y del titular del Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Móstoles, asistidos del Secretario Judicial, hallando en su interior entre otros efectos una sustancia que, debidamente analizada,

resultó ser cocaína, con un peso de 80 gramos y una pureza del 63%, la cual habría adquirido en el mercado ilícito un valor de 7.514,76 euros”.

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLAMOS: “Que, absolviéndole de la falta de maltrato de obra de la que venía acusado, debemos condenar y condenamos a Patricio como autor responsable de un delito contra la salud pública en grado de tentativa y de un delito de resistencia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de prisión de un año, seis meses y un día y multa de 4.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de diez días caso de impago, por el delito contra la salud pública y a la pena de prisión de seis meses, por el delito de resistencia, con la accesoria para ambos de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de la sustancia incautada a la que se dará el destino legal.

Para el cumplimiento de las penas impuestas abónese al acusado el tiempo que haya sido privado de libertad por esta causa.

Firme esta resolución y una vez entre en vigor la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, procédase a su revisión conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la referida Ley”.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por la representación de Patricio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de Patricio formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., y del art. 846 bis c, apartado 4, por infracción de precepto constitucional, alegando que la sala no acordó la reapertura de la fase de instrucción y en segundo lugar no haberse practicado en el

acto del juicio una declaración testifical propuesta por la defensa. SEGUNDO: Al amparo del art. 849 de la L.E.Crim., en cuanto a la valoración de la prueba. TERCERO: Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º de la L.E.Crim., subdividiendo en dos motivos, uno la denegación de diligencias de prueba y otro la manifiesta contradicción en los hechos probados.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista, y lo impugnó, por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el veintiséis de abril pasado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito intentado contra la salud pública y de otro de resistencia a agente de la autoridad. El recurso interpuesto se funda en tres motivos, uno por vulneración constitucional, otro por infracción de ley y el tercero por quebrantamiento de forma.

El primero y el tercer motivo plantean la misma cuestión desde la doble perspectiva procesal y constitucional: no haberse acordado por la Sala, a petición de la defensa en el juicio oral, la reapertura de la instrucción para oír la declaración de un nuevo testigo y no haberse practicado en el juicio la declaración de un testigo propuesto por la defensa y que no compareció.

Esta Sala ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva de las garantías fundamentales y del derecho a un “juicio justo” con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (artículo 24.2) y los Convenios Internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico por vía de ratificación (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1995), pero también ha señalado, de modo continuado y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (S.T.C. 36/1983 de 11 de

mayo, 89/1986 de 1 de julio, 22/1990 de 15 de febrero, 59/1991 de 14 de marzo y S.T.S. Sala 2ª de 7 de marzo de 1988, 29 de febrero de 1989, 15 de febrero de 1990, 1 de abril de 1991, 18 de septiembre de 1992, 14 de julio de 1995 y 1 de abril de 1996), que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su necesidad y posibilidad.

El reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto a su admisión, la pertinencia de las pruebas propuestas “rechazando las demás” (Art. 659 y concordantes de la Lecrim), y en cuanto a su práctica, la necesidad de las pruebas admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o indebidas dilaciones.

Como señalaban entre otras, las Sentencias de esta Sala de 1 de abril y 23 de Mayo de 1996, esta facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como suspensiones irrazonables generadoras de indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

Consecuencia de lo anterior, y en su desarrollo, la doctrina jurisprudencial de esta Sala viene exigiendo una serie de requisitos para la impugnación casacional por esta vía:

a) La diligencia probatoria ha de ser solicitada en tiempo y forma. Si se trata de testigos, con expresión de nombre, apellidos, domicilio y residencia, conforme al art. 656 de la Ley procesal, bien de forma expresa o como adhesión al escrito de calificación propuesta por otra parte procesal.

b) La prueba debe ser declarada pertinente por el Tribunal y haber sido programada su celebración para el juicio oral, en el caso de que el recurso

se interponga por falta de práctica de la prueba en el juicio.

c) La parte recurrente debe haber reclamado la subsanación de la falta (art. 849 5º Lecrim), impugnando la inadmisión. Los distintos procedimientos previstos en la Ley procesal dan lugar a distintas soluciones legales como respuesta procesal obligada de la parte en caso de denegación de la admisión de una prueba pues, mientras en el procedimiento ordinario, el art. 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitarla, en el Abreviado, por el contrario, los arts. 785 y 786.2 exigen la reproducción de la petición de prueba en el juicio oral y, caso de nueva denegación, la formulación de protesta.

d) Tratándose de prueba testifical se ha venido exigiendo la formulación de las preguntas que se pretendía realizar al testigo cuya declaración se ha denegado o, en su caso, se ha denegado la suspensión del juicio oral pese a su incomparencia. Este requisito se ha matizado y no juega con la misma intensidad en todos los supuestos, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puede deducirse las preguntas que se pretendía realizar al testigo y, consecuentemente, la valoración de la decisión judicial. En todo caso, no se trata de un presupuesto formal pues lo que se pretende a través de este requisito es posibilitar el juicio de pertinencia tanto del Tribunal de instancia, al adoptar su decisión, como del Tribunal de casación al revisarla.

e) Que sea “posible” la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización hasta el límite que permita el derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

f) En caso de denegación en el juicio de la práctica de una prueba previamente admitida, se exige conforme a lo prevenido en el citado art. 884 5º de la Lecrim con carácter general para los motivos de casación encauzados a través del art. 850, que la parte que intente interponer el recurso hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes, o la oportuna protesta, causa de inadmisión que se convierte en este trámite resolutorio en causa de desestimación.

A su vez en la STS Sentencia: 355/2015, de 28 de mayo, se recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca

violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero, y 70/2002, de 3 de abril); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio; 359/2006, de 18 de diciembre; y 77/2007, de 16 de abril).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar.

En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero; 19/2001, de 29 de enero; 73/2001, de 26 de marzo; 4/2005, de 17 de enero; 308/2005, de 12 de diciembre; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre).

SEGUNDO.- En el caso actual no concurren los requisitos enunciados para que pueda estimarse

vulneración del derecho a la prueba. Ni las pruebas fueron solicitadas en el momento procesal oportuno, ni pueden calificarse de decisivas.

Por lo que se refiere al testigo para cuya declaración se interesó la reapertura de la instrucción, ha de estimarse que la solicitud no fue planteada en forma procesalmente correcta y en el momento oportuno, pues habiéndose abierto ya el juicio oral lo procedente habría sido solicitar su citación para declarar en el mismo, en lugar de promover una dilación manifiestamente indebida al interesar la retroacción de la causa hasta la fase de instrucción.

Y por lo que se refiere a la declaración del funcionario de correos que entregó el paquete, lo cierto es que consta que no pudo ser identificado por lo que su comparecencia al juicio no resultaba factible.

En cualquier caso son pruebas que no tienen un carácter determinante pues ninguna de ellas rebate el hecho esencial, plenamente acreditado y reconocido por el recurrente de que éste se pres-
tó voluntariamente a recoger un paquete procedente de Centroamérica y que contenía cocaína.

TERCERO.- El segundo motivo, por infracción de ley, alega desconocimiento del contenido del paquete en relación con el delito de tráfico de estupefacientes y desconocimiento de la condición policial de los agentes, en cuanto al delito de resistencia a agentes de la autoridad.

Por lo que se refiere al primero la alegación carece manifiestamente de fundamento. Las circunstancias concurrentes, en concreto el hecho de que el recurrente se presentase a recoger un paquete recibido de Iberoamérica con una documentación a nombre de un tercero que resultó ser falsa, y el hecho de que saliese corriendo cuando fue interpelado policialmente, ponen claramente de relieve que el recurrente conocía que el paquete contenía una sustancia ilegal, que conforme a las reglas de experiencia era razonable suponer que se trataba de droga. En cuanto al segundo, el hecho probado establece que los agentes se identificaron como policías, sin que pueda alegar ignorancia del idioma o del significado de esta palabra una persona como el recurrente que lleva más de doce años de residencia en España.

CUARTO.- Fuera ya del recurso inicialmente planteado se suscita la cuestión de la aplicación retroactiva de la reforma del Código Penal de 2015. La LO 1/2015 modifica la pena prevenida para el delito objeto de sanción, la resistencia a los agentes de la autoridad tipificada en el art. 556 CP, antes sancionada con una pena de prisión de seis meses a un año, y ahora con una penalidad alternativa de tres meses a un año de prisión o multa de seis a dieciocho meses, por lo que debe revisarse la pena impuesta.

En la revisión de sentencias por aplicación retroactiva de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, deben distinguirse dos supuestos, regulados respectivamente por las Disposiciones transitoria segunda y tercera de la referida Ley: cuando las sentencias sean firmes y cuando se encuentren pendientes de recurso.

En el primer caso los jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Pero en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código.

En el segundo, es decir, en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

Pues bien, en el primer caso la regla general, como se deduce del texto de la norma y aclara la STS 266/2013, de 19 de marzo, recientemente reiterada por la STS 346/2016, de 21 de abril, consiste en que cuando la pena impuesta en la sentencia revisada también es imponible en el nuevo marco legal, no se debe dar lugar

a un nuevo ejercicio de individualización caso por caso, ni tampoco a una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo, pero como excepción **deben introducirse las prevenciones necesarias para evitar que la aplicación literal de la disposición transitoria segunda de la LO 1/2015 provoque resultados contrarios al principio de proporcionalidad.**

Es decir que solo se permite una nueva individualización de la pena, de forma excepcional, cuando por cualquier razón los criterios o principios sobre la imposición de la misma (proporcionalidad) resulten alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad, pues solo un principio constitucional puede facultar para matizar la interpretación literal de la Ley, que excluye la revisión en los supuestos en los que la pena impuesta también pueda legalmente imponerse con la nueva regulación.

Por el contrario, en el segundo supuesto, es decir, en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, si el recurso de casación, estuviera sustanciándose, se adaptan los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, continuando la tramitación conforme a derecho, por lo que al resolver el recurso se aplica directamente la nueva regulación. Ello conlleva dos consecuencias, en primer lugar que la pena debe individualizarse con libertad de criterio en la segunda sentencia por esta Sala, sin limitación alguna derivada de que la pena impuesta en la sentencia de instancia sea también imponible en el nuevo marco legal. Y, en segundo lugar, que al revisar la sentencia se está estimando un motivo de casación adaptado a la nueva Legalidad vigente, lo que implica que las costas deben ser declaradas de oficio, dada la estimación del motivo adaptado (art. 901 Lecrim y STS 658/2015, de 26 de octubre).

QUINTO.- Procede, en consecuencia, desestimar los motivos de casación inicialmente planteados, pero estimar la solicitud de revisión de la anterior sentencia, con declaración de las costas de

oficio, conforme a lo prevenido en el art. 901 de la LECrim.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida en la Constitución, esta Sala ha decidido:

1º) **DESESTIMAR** los motivos del recurso por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley interpuesto por **Patricio**, contra sentencia de fecha 13 de mayo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, en causa seguida al mismo por delitos de contra la salud pública y resistencia a la autoridad.

2º) **ESTIMAR** la solicitud de revisión de la anterior sentencia interpuesta por la representación del recurrente, en aplicación de la reforma del 2015 del Código Penal; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia sin expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA:

Fallo Segunda Sentencia:

Se modifica la pena privativa de libertad impuesta al recurrente **Patricio**, por el delito de resistencia, imponiéndole la de TRES meses de prisión, dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

LEOPOLDO J. GÓMEZ ZAMORA

Letrado de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Secretario del Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas

(ToI 5720273)

Cabecera: Expropiación. Construcción de la carretera GI-131, en término municipal de Andoain. La sentencia impone a la Administración la diligencia de identificar a los interesados porque el afectado no busca ser privado de su bien mediante procedimiento sino que es la expropiación, iniciada por la Administración, la que determina la condición de expropiado.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 29/04/2016

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Sexta

Número Sentencia: 950/2016

Número Recurso: 3212/2014

Numroj: STS 1972/2016

Ecli: ES:TS:2016:1972

I. OBJETO DEL PROCESO, TIPO DE RECURSO, PARTES Y SALA

Objeto:

La sentencia, de la que es ponente D. Wenceslao Francisco Olea Godoy, estima el recurso de casación número 3212/2014, promovido por la representación procesal de don D. *Ángel Daniel* y D^a *Encarna*, contra la sentencia 358/2014, de 21 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso n° 64/2013 que interpusieron los recurrentes frente a la resolución del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Gipuzkoa, de fecha 20 de diciembre de 2012, recaída en un expediente del Proyecto de Construcción de la variante de la carretera GI-131 en Andoain, que fija el justiprecio de la finca propiedad de los recurrentes.

Tipo de recurso:

Se interpuso recurso de casación contra la sentencia 358/2014, de 21 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso 64/2013. El recurso de casación resultó estimado admitiendo la legitimación de la persona jurídica representada por las personas físicas propietarias de la finca expropiada por lo que se resolvió el debate jurídico de fondo, sobre la valoración de la finca expropiada, desestimando la pretensión de la parte recurrente en último término y manteniendo la valoración del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa. Es decir que aunque se estimó el recurso y se anuló la sentencia de instancia finalmente en la valoración sobre el fondo no se dio la razón al recurrente.

Partes:

– Recurrente: D. *Ángel Daniel* y D^a *Encarna*.

Aquí cabe hacer una precisión puesto que la legitimación, especialmente en vía administrativa y su relevancia en la vía judicial, es objeto de debate en el recurso ya que en la finca expropiada se realizaba una actividad industrial por la mercantil “Bereciartua, S.A.”. La clave de la sentencia, como veremos, es la distinción entre la condición de propietario y la de titular de derechos o de intereses económicos directos sobre la cosa expropiable. En este caso los propietarios son D. *Ángel* y D^a *Encarna*, pero la mercantil ostenta un interés económico; si bien las relaciones entre todos ellos están mezcladas o confundidas como se reconoce a lo largo de la resolución.

La finca se encontraba inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de los recurrentes que son un matrimonio.

A su vez el 100% del capital social de la mencionada mercantil también les pertenecía a ellos.

La sociedad con personalidad jurídica propia ostentaría un derecho independiente que podría ejercitar por sí misma sin embargo su interés ha sido reclamado por los propietarios de la finca (aunque a su vez lo son de la mercantil).

– Recurrida: Diputación Foral de Guipúzcoa.

En el procedimiento de instancia había dos codemandadas pro en el recurso de casación sólo se ha personado una Administración como recurrida:

Por un lado está la Administración provincial, que será la Diputación Foral de Guipúzcoa en este caso, como Administración expropiante y que tramita el expediente del proyecto de la carretera de la que trae causa la

expropiación. Esta Administración será la que tenga que hacer frente al justiprecio que se determine.

Por otro lado la Administración autonómica puesto que la resolución impugnada emanaba de la misma ya que el objeto formal de impugnación es precisamente la Resolución del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Gipuzkoa. El Jurado Territorial de Expropiación Forzosa únicamente emite una resolución fijando el justiprecio.

En el procedimiento de instancia se menciona expresamente cómo la Letrada de los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en representación del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa, contesta a la demanda solicitando la desestimación del recurso pero, aunque no se dice expresamente en la sentencia del Tribunal Supremo, no se personó para oponerse o interponer recurso de casación.

En el recurso de casación solo figura una de las dos administraciones como parte recurrida por oponerse al recurso de casación formulado por la recurrente. Recordemos que conforme al artículo 21.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) se considera parte demandada a las Administraciones públicas u órganos contra cuya actividad se dirija el recurso y también a las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante. Sin duda a la Administración autonómica, de la que emana el acto formalmente recurrido, le podía afectar la decisión del recurso por lo que habría de tenérsela como parte recurrida sin perjuicio de que no formalizara su oposición al recurso. A pesar de que el Tribunal Supremo en la sentencia comentada sólo habla de una parte recurrida (antecedente de hecho tercero), que formalizó la oposición al recurso, en el antecedente segundo explicita que se ha emplazado a las partes para que comparezcan y parece ser que no se personó la Comunidad Autónoma. Posiblemente la falta de oposición al recurso se debe al escaso interés material en el proceso ya que únicamente emite un acuerdo sobre el justiprecio en la pieza tramitada al efecto (pero ni tramita el expediente de la expropiación, ni el proyecto, ni asume el pago del justiprecio) y en evitación de la imposición de costas en caso de estimarse el recurso.

Sala: Sala de lo Contencioso-Administrativo del tribunal Supremo. Sección sexta.

II. DISPUTA JURÍDICA

En el asunto que nos ocupa se plantean dos motivos de casación que son resueltos en sendos fundamentos jurídicos:

El primer motivo casacional se plantea por “*error in iudicando*” como se aclara en la sentencia) del artículo 88.1.d) de la LJCA por vulneración de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 33.3º de la Constitución, así como de la jurisprudencia que los interpreta. Se trata de una cuestión formal por entender la Sala de instancia la falta de legitimación para reclamar la indemnización.

El segundo motivo, también por “*error in iudicando*” del artículo 88.1º.d) de la LJCA, se denuncia la infracción de los artículos 339.2º (sobre la designación de perito judicial) y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) relativa a la valoración de los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica. Dichos preceptos de la LEC resultarían aplicables por mor de la disposición adicional primera de la LJCA al señalar que *en lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil*.

En puridad este segundo motivo resulta expresamente desestimado y si se entra al fondo del asunto realizando una valoración de la prueba pericial y de otros elementos de fondo del recurso no es por la estimación del segundo motivo planteado sino precisamente como consecuencia de la estimación del primero y por aplicación del artículo 95.2 d) LJCA (hoy expresamente suprimido) que prevé que en caso de estimarse el recurso por alguno de los motivos se resolverá conforme a Derecho, y _estimándose el motivo del artículo 88.1.d) LJCA_ se resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 3212/2014 de 29 de abril de 2016 que analizamos se plantea en el marco de un procedimiento expropiatorio, concretamente en la pieza de valoración. El procedimiento administrativo que nos lleva a la decisión del Tribunal Supremo parte de la expropiación realizada por la Diputación Foral de Gipuzkoa, como Administración expropiante, para la construcción de una carretera. Se declaró la necesidad de ocupación de una parte de la finca que era propiedad de los recurrentes y se extendió la correspondiente acta previa de ocupación; los propietarios y la Administración expropiante realizaron sus hojas de aprecio valorando la superficie expropiada y el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Gipuzkoa adoptó el correspondiente acuerdo sobre el justiprecio de la finca.

El objeto del recurso judicial es el acuerdo Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Gipuzkoa que realizaba la valoración en vía administrativa. Se impugnó en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que desestimó íntegramente el recurso por sentencia de 21 de julio de 2014, confirmando el acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa. Frente a la decisión adoptada en primera instancia por el órgano judicial se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Al final la decisión del Tribunal Supremo supone una victoria pírrica para el recurrente que si bien ve estimado su recurso de casación finalmente se frustra su pretensión pues el órgano judicial no reconoce una valoración superior a la que se le concedía en la instancia, si bien les reconoce la legitimación para reclamar. Los recurrentes percibirán el justiprecio fijado en el acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa.

Veamos someramente en qué consistió la decisión del Tribunal:

El primer motivo del recurso que se estima respecto a la legitimación en relación con la condición de propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación y de los titulares de intereses económicos directos sobre la cosa expropiable lo estudiaremos con detalle más adelante en este comentario por lo que aquí analizaremos de forma más somera la disputa jurídica que lleva a la desestimación de fondo.

En el segundo motivo del recurso se argüía que al no haber entrado al fondo no se había valorado la prueba, criticando “*no haberse procedido a llevar a cabo valoración alguna*” de dicha prueba. El Tribunal es claro al afirmar que el reproche formal no puede ser acogido puesto que para la Sala de instancia no resultaba ya procedente examinar la concurrencia de perjuicio alguno para la sociedad por negarle la legitimación, por lo que no procedía entrar en el examen de dicha prueba. No obstante al aceptar la legitimación de la pretensión esgrimida procedía valorar la prueba pero no por la razón formal argüida sino porque al casar la sentencia había que dictar otra en su lugar entrando al fondo en los términos en que apareciera planteado el debate en la instancia.

Reconociendo la confusión en quién reclama los derechos se aprecia que el fondo de lo que se debe resolver es si procede indemnización de los daños y perjuicios que se dicen ocasionados a la actividad industrial desarrollada por la sociedad titularidad de los recurrentes.

El Tribunal Supremo tras realizar un completo análisis de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) llega a la conclusión de que, *en contra de lo que se ha pretendido por los recurrentes desde el inicio del procedimiento expropiatorio, las instala-*

ciones industriales no solo siguen desarrollándose en la misma finca, sino que incluso se ha llegado a construir una nueva nave en la ampliación que de la misma se tenía prevista (...). Hay que comentar aquí que las expropiaciones deben valorarse al momento en que se produce la expropiación y no en consideración a acontecimientos futuros si bien el Tribunal Supremo valora la prueba judicial realizada al efecto. Si no se hacía necesario mover la industria se analiza si la parte expropiada suponía algún perjuicio e incluso reconociendo que éste pudiera existir por no poder disponer de esa parte para determina actividad, se concluye que la prueba no valoraba ese perjuicio de forma objetiva o satisfactoria por lo que no se consideraba indemnizable ni efectivo. Por ello, examinada la prueba pericial aportada al proceso, no puede estimarse que con la misma se haya desvirtuado la reiterada jurisprudencia conforme a la cual los acuerdos de los órganos colegiados de valoración en materia de expropiación forzosa, tienen la presunción de legalidad, acierto y veracidad, por lo que debe desestimarse la pretensión de la recurrente y confirmar el acuerdo originariamente impugnado, con desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Cabe realizar una mención al pronunciamiento en materia de costas, que por la cuantía del asunto podían resultar elevadas, caso de imponerse, aunque la sala tercera del Tribunal Supremo suele utilizar la facultad de limitarlas. En el primer recurso, ante el TSJ País Vasco, se impusieron las costas a la parte recurrente. Las costas a las que resultaba condenada eran tanto a las de la demandada (la Comunidad Autónoma del País Vasco, como autora del acto impugnado) como a las de la codemandada (la Diputación Foral de Guipúzcoa como beneficiaria de la expropiación como titular del proyecto de la carretera y administración expropiante). Finalmente la sentencia de casación estima el recurso pero desestima la pretensión por lo que en el fallo decide *no imponer costas en el recurso de casación ni en la instancia*. Esta última mención es lógica pues si se anula la sentencia no va a adquirir nunca firmeza que permita realizar una tasación de las costas.

IV. COMENTARIO

Antes de entrar en el fondo de las cuestiones tratadas en la sentencia debemos detenernos en el planteamiento y **admisión del recurso de casación**.

Nos referiremos aquí al recurso de casación antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que modificó la Ley 29/1998,

de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y concretamente los artículos 86 a 93 que regulaban el recurso de casación.

El recurso de casación es un recurso extraordinario que puede interponerse por motivos tasados y frente a determinadas resoluciones. No resultaba sencillo superar el trámite de admisión del recurso ante el Tribunal Supremo, e incluso en caso de sobrepasar el obstáculo y que se admita, el planteamiento incorrecto de un motivo o de las consecuencias procesales asociadas al mismo podía dar al traste con el planteamiento del motivo en el seno del recurso. El Gabinete Técnico del Tribunal Supremo realiza una importante labor de desbroce de los recursos que llegan a la Sala. En este contexto resulta extraño, aunque no del todo infrecuente, que la Sala tercera del Tribunal Supremo subsane o integre un motivo de casación para hacerlo admisible; en el recurso que nos ocupa sucede así, dice la resolución judicial que “(...) *se funda en dos motivos, deberá entenderse, porque nada se aclara, que ambos por la vía casacional del “error in iudicando” del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (...)*”. No es el único pasaje donde se reprocha, si bien para después admitirlo y entrar al fondo, el planteamiento incompleto del recurso: “*El primero de los motivos, que adolece de la irregularidad formal de no indicarse la vía por el que se formula, aunque deberá entenderse por su contenido que lo es por la del “error in iudicando”*”. No resultaría difícil encontrar autos que por similares irregularidades inadmitieran el motivo incluso el recurso pero en ciertas ocasiones se abandona cierto rigor en la admisión de los recursos para entrar al fondo de la cuestión planteada. Así ha ocurrido en este supuesto de hecho en el que se ha preferido admitir incluso pasando por alto una cuestión formal para poder decidir sobre el fondo.

La cuestión más relevante de la sentencia es el tratamiento que se hace de la **legitimación en relación con la condición de propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación y de los titulares de intereses económicos directos sobre la cosa expropiable.**

En primer lugar se trata la legitimación formal e indica el TSJ en la sentencia de instancia que “*Bereciartua, S.A., debió hacer valer su condición de interesada en la primera fase del procedimiento, resultando oportuna en este punto la cita por la Administración Foral demandada del artículo 4.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, en cuya virtud se entenderán las actuaciones del expediente de expropiación, no solo con “el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación” (artículo 3.1 de la misma Ley), sino también con los “titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable”, empero siempre que lo soliciten y acrediten su condición debidamente.*

No habiéndolo hecho así, no pueden ahora los recurrentes, que han comparecido en el expediente expropiatorio como personas físicas propietarias del suelo y actúan en su propio nombre y derecho, enarbolar los derechos indemnizatorios de la mercantil, con personalidad jurídica diferenciada de la de sus socios.”. El TSJ viene a reconocer que la mercantil puede ostentar un derecho pero debería haberlo hecho valer por ella misma ya que tiene personalidad jurídica propia y separada de sus dueños. No es aceptable que los titulares del terreno, personas físicas, reclamen perjuicios económicos causados a la mercantil que desarrolla una actividad en ese terreno que como persona jurídica debe hacer valer sus propios intereses en la vía administrativa.

El Tribunal Supremo responde expresamente a esta cuestión diciendo que *“no podemos negar que ya en el procedimiento, desde su inicio, se dejó constancia de que en los terrenos expropiados se desarrollaba en la finca afectada por la expropiación una actividad industrial de la que, en puridad de principios, no era titularidad del matrimonio propietario de los terrenos, sino de la sociedad. Se añade a ello que ya también desde el inicio del procedimiento se dejó constancia, y la Administración no puede negarlo, que la expropiación afectaba a dicha explotación, al menos de manera aparente. Ese mero hecho debiera haber supuesto la consideración de la sociedad, en cuanto tal, como afectada por la construcción de la nueva carreta, de considerarla como expropiada, a los efectos establecidos en los mencionados preceptos”* (se refiere a los artículos 1.1º, 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa y 33.3º de la Constitución). El Tribunal Supremo invierte de forma clara la carga de introducir los intereses legítimos en la expropiación e interpreta que la Administración debe velar por llamar a todos aquellos que puedan figurar como titulares de algún derecho afectado por la expropiación al procedimiento.

La cuestión que se plantea pivota sobre quiénes son los interesados o afectados por la expropiación y, más concretamente, sobre cómo deben hacer valer su derecho. El TSJ adopta una tesis, digamos, más rigorista imponiendo la carga a la mercantil de manifestar su legítimo interés de forma autónoma a los titulares de la finca; mientras que el Tribunal Supremo acepta una tesis más integradora reconociendo que si bien la persona jurídica podría haber hecho valer su derecho es la Administración la que tenía que haberse percatado a lo largo del expediente de que existía un interés legítimo o derecho que podía afectar a la esfera económica de la mercantil y en consecuencia haberla traído al procedimiento.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado de una forma similar en la STS 1501/1965 de 15 de diciembre de 1965 (*Tol 4322927*) —que siendo antigua se sustenta en los mismos principios e incluso en algunas normas como la

preconstitucional Ley de Expropiación Forzosa— que señalaba que en aquel supuesto:“(…) se acordó declarar inadmisibile el recurso de reposición formulado (…), por haber sido interpuesto fuera de plazo y porque la arrendataria, doña Ariadna, carece de la condición de interesada, al no haber cumplido a su debido tiempo los requisitos que para tenerla por tal exige el artículo 4º de la vigente Ley de Expropiación Forzosa (…)” y se indicaba que doña Ariadna “(…) en cuanto sucesora directa en dicho arrendamiento, aparece reconocida por el propietario de la citada finca a la muerte de aquél, según se comprueba con el acta notarial, (…)

que figura unida al expediente, en que ha recaído la resolución impugnada (…), por lo que es incuestionable su interés directo en la decisión impugnada, (…)

habiendo sido tenida por parte en vía administrativa, no puede la Administración volver contra sus propios actos y negarle esa legitimación en la contencioso-administrativa, según tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 16 de mayo y 10 de noviembre, ambas de 1962, todo lo cual conduce a la conclusión de no ser acogible el indicado motivo de inadmisibilidad (…)

CONSIDERANDO que la inexistencia de notificación a don Juan Francisco o sus herederos del acto administrativo, (…) por la que se aprobó el expediente expropiatorio, (…)

constituye, en cuanto al expresado interesado, arrendatario de la finca número NUM000 y titular de industria en ella existente, un defecto esencial que vicia la nulidad de la actuación administrativa posterior con él relacionada y que, por referirse a la observancia de las normas procesales, es materia de orden público, apreciable incluso de oficio por los Tribunales, (…), procediendo, en consecuencia, declarar dicha nulidad en el presente caso, a fin de que se lleve a cabo en forma legal la notificación expresada, con la prosecución que en derecho sea pertinente, sin entrar por ello a examinar las demás causas de inadmisibilidad alegadas ni las cuestiones suscitadas respecto a las valoraciones correspondientes a los derechos del interesado.”.

El Tribunal Supremo desde antiguo interpreta que en garantía de los perjudicados por la expropiación, si en el expediente consta tal condición, deben ser llamados al procedimiento. En consecuencia si se les pudo tener como interesados en la vía administrativa y no se hizo no podrá después negárseles la condición de interesados o afectados.

En este contexto la condición de interesado se manifiesta de forma clara en el artículo 3 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF) que establece como tal al “propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación” con el que se entenderán, en primer lugar, las actuaciones del expediente expropiatorio. La Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser

destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente. No se duda en el supuesto analizado de la posición de titular del bien expropiado, que es el matrimonio antes mencionado y no la mercantil, si bien existe cierta confusión sobre la titularidad de diversos derechos o intereses.

En este caso hay que acudir al artículo 4 de la LEF que señala en su primer apartado que se entenderán también las actuaciones del expediente con los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable pero de algún modo lo condiciona a *“siempre que lo soliciten”* y establece que en este caso *“se iniciará para cada uno de los arrendatarios el respectivo expediente incidental para fijar la indemnización que pueda corresponderle”*. Puede colegirse que el artículo 4.1 LEF impone al interesado que haga valer su derecho si lo considera afectado y que en consecuencia se iniciará el correspondiente expediente separado; así lo entiende el TSJ que imponía hacer valer a la mercantil su condición de interesada en la primera fase del procedimiento. El apartado segundo del artículo 4 LEF estipula que si de los registros públicos resultare la existencia de los titulares derechos reales e intereses económicos *“será preceptiva su citación en el expediente de expropiación”* por lo que la Administración no puede hacer dejación de su obligación de localizar a los interesados o afectados por la expropiación y desde luego deberá advertirles de tal condición si se desprende del expediente administrativo. Así se hace ver en la presente sentencia comentada.

El Tribunal Supremo finalmente se decanta por aplicar el concepto de manera laxa y ello porque a pesar de la posición un poco confusa de los recurrentes y la mercantil en formular su petición de valoración de los daños de la expropiación, la Administración debería haber subsanado esta circunstancia llamando a todos los interesados al procedimiento conforme al espíritu y finalidad del objeto de la expropiación que de manera más general se plasma en el artículo 1.1 de la LEF y el 33.3 de la Constitución.

En definitiva la argumentación jurídica de la sentencia comentada entiendo vulnerados los artículos 1.1º (sobre el objeto de la expropiación forzosa), 3 (sobre el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación) y 4 (sobre los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable y los arrendatarios) de la Ley de Expropiación Forzosa en relación con el artículo 33.3º de la Constitución. La resolución judicial hace un importante esfuerzo argumentativo que de manera esquemática y siguiendo la ilustrativa exposición que realiza la sentencia comentada estudiaremos:

1º El artículo 33.3 de la Constitución establece que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. La sentencia razona en primer lugar que el objeto de la institución de la expropiación forzosa, plasmado en el artículo 1.1 de la LEF, resulta ser la privación singular de la propiedad de cualquier bien, derecho o interés patrimonial legítimo, *“cualquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan”*. En consecuencia si la sociedad desarrollaba su actividad industrial en la finca afectada por la obra pública a que servía la expropiación, la mencionada sociedad debía, en principio, verse afectada por la expropiación ya en sus bienes, ya en sus derechos.

El no considerar a la mercantil como afectada por la expropiación la puede privar de bienes o derechos legítimos y con infracción del artículo 33.3 de la Constitución al no mediar para ella ni procedimiento, ni indemnización.

2º Por su parte el artículo 4 de la LEF reconoce que las actuaciones expropiatorias deberán entenderse con todos los interesados que ostenten intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, así como con los arrendatarios cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos. Dice la sentencia que *“de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la mencionada Ley no puede negarse que tenía la cualidad de titular de derechos reales o “intereses económicos directos sobre la cosa expropiable”, incluso en el caso de no tener la condición de arrendataria”*. Ciertamente en este caso no consta que se tuviera la condición de arrendataria pero sí había un claro interés económico directo debido a que la actividad industrial se realizaba sobre la finca, independientemente del título legitimador. En puridad la existencia de tal interés no lo niega nadie pues era patente que se realizaba una actividad industrial en la finca a la vista del análisis del expediente, lo que se discutía era la forma de ejercitar tal derecho.

3º La cuestión es, por consiguiente, que para considerar interesado a un tercero que no figura como propietario existen dos vías: debe solicitarse y acreditarse por el mismo o lo debe apreciar la Administración. En este supuesto no sucedió ni lo uno ni lo otro. La mercantil no esgrimió su derecho como interesada o afectada por la expropiación de forma separada a las personas físicas propietarias de la finca y la Administración no incluyó a la mercantil como afectada por la expropiación. Como se ha dicho, siendo evidente que existe un interés económico afectado, habrá que determinar quién debió advertirlo; la Administración o el propio interesado.

La sentencia para solucionar este aspecto analiza los hechos acaecidos llegando a la conclusión de que la Administración debió reconocer la condición de interesada a la mercantil pues existían suficientes indicios para

saber que sus derechos resultarían afectados por la expropiación. Dice la sentencia que *“La Administración expropiante no puede negar dichas circunstancias de la mercantil porque, como ya se ha dicho, son reiteradas sus declaraciones de voluntad en el procedimiento que asumen el conocimiento de las mismas, (...)”*.

4º La sentencia impone a la Administración la diligencia de identificar a los interesados porque obviamente el afectado no busca ser expropiado sino que es la Administración la que, por causa justificada de utilidad pública o interés social, priva al particular de sus bienes y derechos previa indemnización. *La condición de expropiado no es una cualidad cuya carga se imponga a los afectados, sino que es la propia Administración expropiante la que está obliga a hacer la relación de los mismos, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley y en el artículo 16 de su Reglamento.*

En el procedimiento expropiatorio se debe proceder de manera especialmente garantista puesto que no podemos olvidar que se está privando al titular legítimo de bienes o derechos de la propiedad de los mismos o causando de alguna manera un perjuicio. El hecho de que se haga por un interés público superior legitima a la figura pero no priva de que en la medida de lo posible se deba paliar el perjuicio mediante la justa indemnización.

5º Por su puesto que el interesado podría hacer valer su derecho o interés a lo largo del procedimiento pero si no lo hace será la Administración la que habrá de subsanarlo. *Si bien es verdad que en la normativa expropiatoria se contempla la posibilidad de que la mencionada relación de bienes —y titulares— afectados por la expropiación pueda ser objeto de corrección a instancias de los interesados y que podría pensarse que era la sociedad mercantil titular de la actividad industrial la que debiera haber promovido esa modificación, es lo cierto, de una parte, que la persona física que compareció en el procedimiento expropiatorio, implícitamente estaba invocando derechos de la sociedad, y así lo aceptó y entendió la Administración al dar respuesta a esas pretensiones. Ello comporta que la objeción material y formal que se hace en la contestación a la demanda comporta una contradicción con la actuación seguida en el procedimiento de expropiación, al negar una pretendida legitimidad de la mencionada persona física para reclamar en nombre de la sociedad que se aceptó de manera implícita y reiterada en vía administrativa.*

Los tribunales se pronuncian usualmente en este sentido, no se puede negar en vía jurisdiccional una legitimación que se ha reconocido en la vía administrativa. La mencionada STS 1501/1965 de 15 de diciembre de 1965 (Tol 4322927) ahondaba en este sentido.

6º El artículo 103.1 de la Constitución y el artículo 3 de la Ley 30/1992 reconocen los principios de actuación de las Administraciones públicas entre

los cuales se incluye el de buena fe y de confianza legítima. La sentencia comentada califica estos principios de actuación como *“obligaciones y cargas que nuestro legislador impone a las Administraciones en la tramitación de los procedimientos”*. Entiende así que en el ámbito de la expropiación forzosa la exigencia de la buena fe imponía la obligación de haber advertido a la persona física que comparecía haciendo alegaciones en su favor y en el de la sociedad que debía haber presentado sendas personaciones y reclamaciones de forma separada. *Y es contrario a esa exigencia en las relaciones de la Administración con los ciudadanos tratar de acogerse a esa confusa actuación ya en fase procesal denegando en el proceso una legitimación que nunca negó en vía administrativa*. Extiende el principio de la buena fe en la actuación de la Administración a que la misma *no solo debe facilitar información, sino “orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a... las solicitudes que se propongan realizar” los ciudadanos*.

En definitiva la doctrina que podemos extraer de la sentencia comentada señala que si la expropiación forzosa impone que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes (artículo 33.3 de la Constitución), la Administración debe determinar quiénes son los afectados por la expropiación y se reconoce que las actuaciones expropiatorias deberán entenderse con todos los interesados que ostenten intereses económicos directos sobre la cosa expropiable (artículo 4 de la LEF). Estos interesados deben solicitar y acreditar por sí mismos el interés que ostentan pero en todo caso si tal derecho, interés o afección se manifiesta en el expediente, debe ser la Administración la que lo aprecie de oficio o advierta al interesado del mismo.

La sentencia impone a la Administración la diligencia de identificar a los interesados porque el afectado no busca ser privado de su bien mediante procedimiento sino que es la expropiación, iniciada por la Administración, la que determina la condición de expropiado.

Conforme a los principios de buena fe y de confianza legítima la Administración debe dirigirse a los afectados por la expropiación para que ejerzan sus derechos si así les conviene y una vez que ha admitido su legitimación en la vía administrativa no puede oponer la falta de legitimación *“ad causam”* en el ámbito jurisdiccional.

El órgano judicial, sin dejar de reconocer la confusión de la actuación de las personas físicas en la fase administrativa y procesal impone la carga de haber aclarado tal situación a la Administración expropiante ya que *“esa confusa actuación pudo y debió ser advertida por la misma Administración*

expropiante que, en todo caso, aceptó la intervención de la mencionada persona física en la doble condición de titular de la propiedad de la finca y de la persona jurídica que desarrollaba la actividad industrial en la misma. De ahí que no le era dable a la Sala de instancia, acogiendo la objeción formulada por la Administración demandada, denegar una titularidad —la de la industria— y una condición —la de afectada por la expropiación— que nunca le fue denegada por la misma Administración en vía administrativa.”

SENTENCIA En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de dos mil dieciséis

Visto por la Sala Tercera, Sección Sexta, del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen

anotados el presente recurso de casación con el número 3212/2014 que ante la misma pende de resolución,

interpuesto por D. Ángel Daniel y D^a. Encarna, representados por la procuradora D^a. Natalia Martín de

Vidales Llorente, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia del País Vasco de fecha 21 de julio de 2014 dictada en el recurso nº 64/2013. Ha sido parte recurrida

la Diputación Foral de Guipúzcoa, representada por la procuradora D^a. Isabel Juliá Corujo

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 21 de julio de 2014 contiene parte dispositiva del siguiente tenor: “Que debemos desestimar como desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 64/13 interpuesto por la representación procesal de D. Ángel Daniel y D^a Encarna, frente a la resolución del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Gipuzkoa, de fecha 20 de diciembre de 2012, recaída en el expediente NUM000 (Proyecto de Construcción de la variante de la carretera GI-131 en Andoain, 1-V-18/2002-B), que fija el justiprecio de la finca nº NUM001, propiedad de los recurrentes, en 42.767,44 euros, premio de afección incluido, declarando su conformidad a derecho, con im-

posición a la recurrente de las costas del procedimiento.”

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de D. Ángel Daniel y D^a. Encarna presentó escrito ante la sala de instancia preparando el recurso de casación contra la misma. Por Providencia la sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, fundamentado en los motivos siguientes: Primero.- Por el motivo casacional que se autoriza en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se denuncia la infracción de los artículos 1.1º, 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa y del artículo 33.3º de la Constitución, así como de la jurisprudencia que los interpreta, de la que se deja cita concreta.

Segundo.- Por la misma vía del “error in iudicando” del artículo 88.1º.d) de la citada Ley Jurisdiccional, se denuncia la infracción de los artículos 339.2º y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se termina suplicando a este Tribunal de casación que “... dicte resolución admitiendo el mismo, y previos los demás trámites pertinentes en Derecho, acuerde estimar los motivos de casación alegados, casando y anulando la sentencia objeto de este recurso.”

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó

a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalice escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la sala que se dicte sentencia desestimatoria del mismo, con imposición de las costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Concluas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia el día 26 de abril de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. OBJETO DEL RECURSO Y MOTIVOS.- Se interpone el presente recurso de casación por Don Ángel Daniel y Doña Encarna, contra la sentencia 358/2014, de 21 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso 64/2013, que había sido promovido por los mencionados recurrentes, en impugnación del acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Gipuzkoa, adoptado en sesión de 20 de diciembre de 2012 (expediente NUM000), por el que se fijaba en la cantidad de 42.767,44 €, el justiprecio de una finca de su propiedad —designada con el número NUM001 del plano parcelario— que les habían sido expropiada por la Diputación Foral de Gipuzkoa, para la construcción de la carretera GI-131, en término municipal de Andoain.

Según resulta del proceso y su expediente, para la ejecución de construcción de la antes mencionada carretera, se había declarado de necesidad de ocupación una superficie de 2.955,20 m² de la mencionada finca, situada en término municipal de Urnieta, a tenor de lo que se hizo constar en el acta previa a la ocupación, extendida en fecha 17 de noviembre de 2006 (obra al folio 1 del expediente). En ese acto, que se entendió directamente con el Sr. Ángel Daniel, se hizo constar expresamente por la propiedad que en la finca se desarrollaba por el allí compareciente “una actividad industrial”, y que la reducción de la finca con la expropiación supo-

nía la “eliminación de espacio”, solicitando que le fuera adjudicada parte de una parcela contigua propiedad del Ayuntamiento que quedaría, tras la construcción de la carretera, en situación “inservible”. Los propietarios presentan hoja de aprecio —obra a los folios 10 y siguientes del expediente— basada en un informe de ingeniero industrial en el que se considera que el justiprecio debía fijarse en la cantidad de 2.581.194,38 €, de los que 285.906 € se correspondían con el terreno ocupado y el resto por la afección que la expropiación suponía para la actividad industrial que se realizaba en la finca por la mercantil “Bereciartua, S.A.” En esa valoración se partía de la premisa de que la expropiación parcial de la finca suponía la industria no podría desarrollarse en ella, por lo que debería trasladarse a otra ubicación, incluyendo en el justiprecio reclamado los daños y perjuicios por dicho traslado.

La Administración expropiante rechaza dicha valoración y opone hoja de aprecio contradictoria —folios 141 y siguientes— en la que se considera que los bienes objeto de valoración eran el terreno, en una superficie de 1746,50 m², valorados en 29.250,23 €; el vuelo, referido a “camino hormigonado” y un “cerramiento”, por importe de 10.870 €; una pradera existente en la parte expropiada, que ascendía a 640,51 €; cantidades a las que incrementado el premio de afección comportaba un justiprecio total de 42.767,44 €. Se consideraba que los terrenos afectados con la construcción de la nueva carretera tenían la clasificación de suelo no urbanizable, que no impedían la ampliación de la actividad industrial de la antes mencionada sociedad y que la expropiación no afectaba a los terrenos que dicha sociedad tenía en la zona del polígono, por lo que la actividad de la empresa no se veía afectada por la expropiación y no procedía su indemnización. A la vista de las discrepancias entre las partes, el Jurado de valoraciones estima que, dada la condición de los terrenos como no urbanizables, no procedía tener en cuenta los criterios que se contienen en la hoja de aprecio de la propiedad por no existir licencia para ampliación de las instalaciones industriales, acogiendo íntegramente

la hoja de aprecio de la Administración expropiante.

Esa decisión adoptada por el órgano colegiado de valoración es contra la que se alzan los expropiados ante la Sala de instancia interponiendo el recurso contencioso, en el que suplicaban que el justiprecio se fijara conforme a lo reseñado en su hoja de aprecio; pretensión a la que se oponía la Administración provincial y Autonómica. Añadimos a lo expuesto, por ser relevante a los efectos del debate suscitado, que en el proceso se ha practicado prueba pericial evacuada por perito designado por la misma Sala, en el que se concluye que el justiprecio de la expropiación debía fijarse en la cantidad de 1.031.942,90 €.

La sentencia de instancia desestima el recurso de los expropiados y confirma el mencionado acuerdo de valoración.

Las razones que llevan al Tribunal de instancia a la confirmación de la decisión administrativa se contienen, en lo que interesa al presente recurso, en el fundamento cuarto en el que, tras haber delimitado en los anteriores el objeto del recurso y los motivos de la impugnación y de la oposición a la pretensión, se razona: “El Jurado de Expropiación Forzosa en el Acuerdo impugnado acoge la valoración consignada en la hoja de aprecio de la Administración, que parte de la clasificación del suelo como no urbanizable, y aplica, ante la inexistencia de valores comparables, el sistema de capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo previsto en el artículo 26.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, fijando el justiprecio de la finca NUM001, propiedad de los recurrentes en 42.767,44 euros, con inclusión de los siguientes conceptos: valor del suelo —se analizan las características del terreno expropiado y se valora, a pesar de su escaso aprovechamiento agropecuario, en virtud de su escasa pendiente y localización, como un terreno con potencialidad de huerta semi-intensiva—; valor del suelo —camino hormigonado y cerramiento de 41 metros lineales de malla metálica con estacas de madera—; perjuicios derivados de la rápida ocupación; y por último, 5% del premio de afección sobre el valor del suelo y el vuelo.

Ninguno de esos conceptos se discute en el escrito rector del proceso, sin perjuicio de las alegaciones que de forma extemporánea (art. 65. 1 LJ) introduce ex novo el letrado en el trámite de conclusiones a resultas de las apreciaciones valorativas del perito judicial que se articula con el único fin de incrementar el justiprecio acordado por el Jurado con una partida indemnizatoria que comprenda los gastos de traslado de la actividad industrial (fabricación de palets y embalaje de madera) desarrollada en el terreno expropiado por la empresa Bereciartua, S.A., también afectada por la expropiación, en razón de que se ve privada de la plataforma para el almacenamiento y secado de la madera, lo que hace inviable la actividad empresarial.

Pretensión que no es admisible, toda vez que en la relación de bienes y derechos afectados que se incorpora como Anexo 2 al Acuerdo adoptado en su sesión de 2 de agosto de 2006 por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Gipuzkoa, aprobatorio del Proyecto de Construcción de la Variante de la carretera GI-131 en Andoain, que conlleva la declaración de utilidad pública de las obras, así como de la necesidad de ocupación, a efectos expropiatorios, de los bienes y derechos relacionados en el Anexo, aparece, en lo que a este debate afecta, la parcela nº NUM001 (naturaleza catastral: rústica Polígono NUM002, parcela NUM003), propietario D. Ángel Daniel.

En el acta previa a la ocupación, de fecha 17 de noviembre de 2006, se consigna: “Se afectan 2.955,20 m² de terreno en expropiación con aptitud para el cultivo de labradío y ocupado en la actualidad por camino hormigonado en 283 m² y pradera en el resto (2.672,20 m²). Se afectan 41 ml. de cierre de malla metálica con estacas de madera cada 2,5 m y h = 2,5 m.”.

De ahí que en la siguiente fase del procedimiento expropiatorio, que tiene por objeto valorar y tasar los bienes, esto es, la fase del “justiprecio”, el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa, en congruencia, valorara el terreno expropiado en los conceptos antes reseñados.

A juicio de la defensa actora, se ha de incorporar al justiprecio una suma indemnizatoria por

el traslado de la actividad económica de la sociedad mercantil Bereciartua, S.A., sin embargo, esta persona jurídica no figura en el repetido Anexo, y sus derechos no pueden ser invocados por las personas físicas propietarias del suelo, ahora recurrentes, aun ostentando el 100% del capital social de esa mercantil.

A tal efecto, Bereciartua, S.A., debió hacer valer su condición de interesada en la primera fase del procedimiento, resultando oportuna en este punto la cita por la Administración Foral demandada del artículo 4.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, en cuya virtud se entenderán las actuaciones del expediente de expropiación, no solo con “el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación” (artículo 3.1 de la misma Ley), sino también con los “titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable”, empero siempre que lo soliciten y acrediten su condición debidamente.

No habiéndolo hecho así, no pueden ahora los recurrentes, que han comparecido en el expediente expropiatorio como personas físicas propietarias del suelo y actúan en su propio nombre y derecho, enarbolar los derechos indemnizatorios de la mercantil, con personalidad jurídica diferenciada de la de sus socios.

A mayor abundamiento, cabe señalar la alteración en el fundamento de la indemnización controvertida, así, el informe pericial elaborado por el Ingeniero Industrial D. Silvio, que sustenta la hoja de aprecio de los propietarios del suelo, valora los perjuicios irrogados a la mercantil por la imposibilidad de su futura ampliación, complementaria de las instalaciones actuales; sin embargo, en el escrito de demanda, con base en un nuevo informe pericial, emitido por el Ingeniero Agrónomo D. Carlos Daniel, adjunto al escrito de alegaciones a la hoja de aprecio a la Administración, la expropiación de los terrenos afecta, no ya a la expansión de la empresa, sino a la preexistente actividad desarrollada por Bereciartua, S.A. por causa de la privación de la plataforma de almacenamiento y secado de madera que venía siendo utilizada por la mercantil, afección no constatada por el Sr. Silvio.

Precisión que no es baladí a la vista de la consolidada doctrina jurisprudencial surgida en torno al carácter vinculante de las hojas de aprecio, que nos recuerda la recientísima sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 2 de junio de 2014 (rec. 582/2012, al declarar que: “Esta vinculación está, desde luego, referida a la cantidad global que se reclama, que no podrá ser sobrepasada, pero también comprende los conceptos indemnizables cuando éstos tengan sustantividad propia como bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos y estén diferenciados unos de otros. Así se ha dicho, entre otras, en nuestra sentencia de 12 de Junio de 1998 (Rec. Casación 1926/94) que señala: “siendo doctrina reiterada de esta Sala y Sección que la valoración efectuada en la hoja de aprecio es vinculante para la parte que la presente en base a la teoría de los actos propios, dado que el artículo 34 de la Ley de Expropiación Forzosa, que la recurrente cita como infringido, establece que el justiprecio debe fijarse a la vista de las hojas de aprecio formuladas por el propietario y la Administración, alcanzando la vinculación tanto a los conceptos indemnizables como al “quantum” Se sigue de lo razonado, la íntegra desestimación del presente recurso, sin necesidad de ningún otro análisis.” A la vista de lo razonado se formula el presente recurso que, como ya se dijo, se funda en dos motivos, deberá entenderse, porque nada se aclara, que ambos por la vía casacional del “error in iudicando” del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por los que se denuncia, en el primero de ellos, que la sentencia de instancia infringe los artículos 1.1º, 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa, así como el artículo 33.3º de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este Tribunal Supremo que los interpreta. En el segundo motivo, se denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 339.2º y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se termina suplicando a este Tribunal de casación que se estimen los motivos del recurso, se anule la sentencia de instancia y se dicte otra en sustitución en la que anule el acuerdo originaria-

mente impugnado y se acceda a la pretensión accionada en la demanda.

Ha comparecido en el recurso la Diputación Foral de Gipuzkoa que suplica la desestimación del motivo.

SEGUNDO. PRIMER MOTIVO. IDENTIFICACIÓN DE LOS EXPROPIADOS. LA MERCANTIL “BERECIARTUA, S.A.”.- El primero de los motivos, que adolece de la irregularidad formal de no indicarse la vía por el que se formula, aunque deberá entenderse por su contenido que lo es por la del “error in iudicando”; denuncia que la sentencia de instancia vulnera los artículos 1, 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 33.3º de la Constitución. La fundamentación del motivo gira en torno a la consideración de la mercantil “Bereciartua, S.A.” como expropiada, que es el argumento que sirve de fundamento a la pretensión de los recurrentes. Para comprender el debate que en torno a ello se suscita en el proceso y comprender también la declaración que, como se ha visto en su transcripción, se hace en la sentencia de instancia, hemos de señalar que la finca de autos, si bien es propiedad de los recurrentes y como tal aparece en el Registro de la Propiedad, es lo cierto que en ella están ubicadas las instalaciones de la referida mercantil, que desde una generación familiar anterior a los recurrentes, estaba destinada a la producción de derivados de madera (elaboración de palet), para lo cual tenía necesidad de proceder al secado de la misma y su obligado apilamiento en un espacio delimitado en la finca de autos. La evolución de la mencionada sociedad se refleja detalladamente en la oposición que se hace por los expropiados a la hoja de aprecio de Administración, baste señalar ahora que al momento de la expropiación los recurrentes son los propietarios del 100 por 100 del capital social por adquisición de las acciones en poder de otros miembros de la familia. De otra parte, consta que el recurrente, Don Ángel Daniel, es el administrador único de la mercantil.

Sobre esa base, es cierto, como se ha sostenido en el proceso, que se han considerado como expropiados al matrimonio recurrente y no a la sociedad, argumento que, como hemos visto, sirve

a la Sala de instancia para concluir que “esta persona jurídica no figura en el repetido Anexo —Anexo 2 al acuerdo sobre la expropiación—, y sus derechos no pueden ser invocados por las personas físicas propietarias del suelo, ahora recurrentes, aun ostentando el 100% del capital social de esa mercantil.” Debe añadirse que conforme consta en las actuaciones y se acepta por las partes, la finca aparece inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del mencionado matrimonio, como ya antes se dijo.

No obstante lo anterior, es lo cierto que ya desde el acta de ocupación —no consta en el expediente el acta previa— se hizo constar la manifestación del mencionado Sr. Ángel Daniel referida a “la actividad industrial que desarrolla el afectado”, sin mayor concreción en si dicha actividad la desarrollaba en cuanto tal o la sociedad, pero no ofrecía dudas de que era la sociedad la titular de la actividad maderera a la vista de las fluidas e intensas relaciones con la misma Corporación municipal, de la que se deja constancia incluso en aquel acto.

Por otra parte, en la hoja de aprecio de la propiedad sí se hace ya expresa referencia a la mercantil y gran parte del contenido y fijación del justiprecio se refieren a las instalaciones de la misma. Se añade a ello que la Administración, al examinar esa petición de justiprecio y oponer su hoja de aprecio contradictoria, no pone objeción formal alguna a que se incluya en el justiprecio partidas que no se correspondieran con la titularidad formal de los expropiados, sino que de manera expresa se hace referencia a la mercantil —“la expropiación necesaria para la ejecución de la carretera no afecta a los terrenos que BERECIARTUA, S.A., dispone en...” — y el mismo acuerdo del Jurado, al examinar las valoraciones y fundar su decisión, hace referencia a las cantidades reclamadas por los expropiados en relación con las instalaciones industriales.

Es decir, de la misma actuación de la Administración en el procedimiento expropiatorio, no se objetó reparo formal alguno a la reclamación de la indemnización que el Sr. Ángel Daniel había realizado, también y casi exclusivamente, en nombre de la sociedad, sino que, muy al contra-

rio, lo que entonces se dijo es que la expropiación no afectaba a la sociedad en cuanto tal, a su actividad empresarial.

No es sino hasta la contestación a la demanda por parte de la Administración expropiante cuando se cuestiona la legitimidad para reclamar los perjuicios de la mercantil —fundamento de derecho segundo— negando que el matrimonio propietario y socios únicos puedan reclamar en nombre de la mercantil. Acogiendo esa alegación, lo que la sentencia niega es que la sociedad pueda reclamar la indemnización pretendida o que los expropiados puedan reclamar en su nombre dicha indemnización.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores que resultan del proceso y su expediente, hemos de examinar si, como se sostiene en el motivo, la sentencia, con la decisión adoptada, ha desconocido las exigencias impuestas en los artículos 1.1º, 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa y 33.3º de la Constitución.

Y planteado el debate en la forma expuesta no podemos negar que ya en el procedimiento, desde su inicio, se dejó constancia de que en los terrenos expropiados se desarrollaba en la finca afectada por la expropiación una actividad industrial de la que, en puridad de principios, no era titularidad del matrimonio propietario de los terrenos, sino de la sociedad. Se añade a ello que ya también desde el inicio del procedimiento se dejó constancia, y la Administración no puede negarlo, que la expropiación afectaba a dicha explotación, al menos de manera aparente. Ese mero hecho debiera haber supuesto la consideración de la sociedad, en cuanto tal, como afectada por la construcción de la nueva carretera, de considerarla como expropiada, a los efectos establecidos en los mencionados preceptos. Por tanto, ha de aceptarse que se han vulnerados los mencionados preceptos en que se funda el motivo y ellos por las siguientes razones: Primero.- Conforme a lo establecido en el artículo 1.1º de la Ley expropiatoria, el objeto de la institución es la privación singular de la propiedad privada de cualquier bien, derecho o interés patrimonial legítimo, “cualquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan”. Es indudable que

si la sociedad desarrollaba su actividad industrial en la finca afectada por la obra pública a que servía la expropiación, la mencionada sociedad debía, en principio, verse afectada por la expropiación.

Segundo.- Sin perjuicio de que nunca se hizo constar por el Sr. Ángel Daniel el título en concepto del cual la persona jurídica tenía la posesión de la finca para desarrollar en ella su actividad industrial, es lo cierto que, en todo caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la mencionada Ley no puede negarse que tenía la cualidad de titular de derechos reales o “intereses económicos directos sobre la cosa expropiable”, incluso en el caso de no tener la condición de arrendataria, circunstancia que no consta. Pues bien, aquella la primera circunstancia le confería la cualidad de expropiada, de conformidad con el mencionado precepto.

Tercero.- La Administración expropiante no puede negar dichas circunstancias de la mercantil porque, como ya se ha dicho, son reiteradas sus declaraciones de voluntad en el procedimiento que asumen el conocimiento de las mismas, como es el hecho de que opone a la reclamación de la persona física que actuaba en el procedimiento, el Sr. Ángel Daniel, en una condición ciertamente confusa, pero que fue en la que se le había requerido, dejando constancia reiterada el mismo de la afectación de los intereses de la persona jurídica.

Cuarto.- Las condición de expropiado no es una cualidad cuya carga se imponga a los afectados, sino que es la propia Administración expropiante la que está obligada a hacer la relación de los mismos, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley y en el artículo 16 de su Reglamento, que en su párrafo segundo impone de manera expresa la obligación de que en esa relación se haga indicación de los nombres. Y es indudable que, como decimos, la Administración tenía conocimiento de la afectación que la expropiación tenía sobre unas instalaciones industriales, que conocía no eran de titularidad del matrimonio propietario de los terrenos.

Quinto.- Si bien es verdad que en la normativa expropiatoria se contempla la posibilidad de que

la mencionada relación de bienes —y titulares— afectados por la expropiación pueda ser objeto de corrección a instancias de los interesados y que podría pensarse que era la sociedad mercantil titular de la actividad industrial la que debiera haber promovido esa modificación, es lo cierto, de una parte, que la persona física que compareció en el procedimiento expropiatorio, implícitamente estaba invocando derechos de la sociedad, y así lo aceptó y entendió la Administración al dar respuesta a esas pretensiones. Ello comporta que la objeción material y formal que se hace en la contestación a la demanda comporta una contradicción con la actuación seguida en el procedimiento de expropiación, al negar una pretendida legitimidad de la mencionada persona física para reclamar en nombre de la sociedad que se aceptó de manera implícita y reiterada en vía administrativa.

Sexto.- Como complemento de lo expuesto en el párrafo anterior, no puede desconocerse las obligaciones y cargas que nuestro legislador impone a las Administraciones en la tramitación de los procedimientos, también de los de expropiación, que han de completar el régimen establecido en la vieja Ley de 1954. En este sentido ha de señalarse la exigencia de la buena fe que se impone en el artículo 3.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en sus actuaciones con los ciudadanos. Exigencia de la buena fe que en el caso de autos le imponía la obligación de haber advertido a la persona física que comparecía haciendo alegaciones en su favor y en el de la sociedad —de la que era administrador único y, junto con la otra copropietaria, únicos socios— de hacer dicha personación y reclamaciones de forma separada. Y es contrario a esa exigencia en las relaciones de la Administración con los ciudadanos tratar de acogerse a esa confusa actuación ya en fase procesal denegando en el proceso una legitimación que nunca negó en vía administrativa. Y esa exigencia de la buena fe ha de completarse con el cuadro de derechos y obligaciones que a las Administraciones se impone en el artículo 35 de la ya caduca Ley de Procedimiento de 1992, cuando impone la ne-

cesidad de que la Administración, no solo debe facilitar información, sino “orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a... las solicitudes que se propongan realizar” los ciudadanos (apartado g), como era el caso de autos.

En resumen de lo expuesto, sin dejar de reconocer la confusión de la actuación del Sr. Ángel Daniel en la fase administrativa —más en la procesal, porque el poder otorgado a procuradores lo es del matrimonio en su condiciones de propietarios de la finca— es lo cierto que esa confusa actuación pudo y debió ser advertida por la misma Administración expropiante que, en todo caso, aceptó la intervención de la mencionada persona física en la doble condición de titular de la propiedad de la finca y de la persona jurídica que desarrollaba la actividad industrial en la misma. De ahí que no le era dable a la Sala de instancia, acogiendo la objeción formulada por la Administración demandada, denegar una titularidad —la de la industria— y una condición —la de afectada por la expropiación— que nunca le fue denegada por la misma Administración en vía administrativa.

Procede estimar el motivo primero del recurso.

CUARTO. MOTIVO

SEGUNDO. DECISIÓN SOBRE LA PRETENSIÓN. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.- La estimación del motivo primero del recurso obliga a esta Sala a dictar nueva sentencia, en los términos en que ha quedado planteado el debate, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y precisamente en ese trance es necesario examinar el segundo de los motivos del recurso que, como ya se dijo, precisamente cuestiona la valoración que se hace por la Sala de instancia de la prueba practicada en autos, no solo en relación con la ya resuelta cuestión sobre la titularidad del derecho de la reclamación, sino también en relación con la cuantía y existencia de los daños y perjuicios reclamados.

En efecto, si bien es cierto que, como ya vimos en su transcripción, la sentencia rechaza la pretensión por la falta de titularidad de las personas físicas para reclamar los derechos afectados de la

sociedad, también se rechaza la pretensión porque se ha producido una alteración en la pretensión indemnizatoria realizada en nombre de la mercantil. Frente a ello se sostiene por la defensa de los recurrentes en este motivo segundo, por la misma vía casacional del "error in iudicando", que se vulneran los artículos 339.2 ° y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y aun cuando el reproche que se hace a la Sala de instancia es que habiendo admitido la pericial propuesta por los mismos recurrentes y habiéndose practicado la misma, la sentencia no haga referencia a ella, en palabras del escrito de interposición, "no haberse procedido a llevar a cabo valoración alguna" de dicha prueba; el reproche formal no puede ser acogido desde el mismo momento que para la Sala de instancia no resultaba ya procedente examinar la concurrencia de perjuicio alguno para la sociedad, de donde cabe concluir que no procedía entrar en el examen de dicha prueba. No obstante lo anterior, si es obligado ahora que procedamos a examinar dicha prueba a los efectos de pronunciarnos sobre la pretensión accionada por los recurrentes, sin perjuicio de la dificultad que ello entraña a la vista de la cualidad procesal de los recurrentes en este proceso. Con todo y suscitado el debate en sede probatoria, habida cuenta de que lo cuestionado en la instancia estaba referida a la pretensión reclamada en concepto de indemnización de los daños y perjuicios que se dicen ocasionados a la actividad industrial desarrollada por la sociedad titularidad de los recurrentes, lo primero que debe recordarse es, como se deja constancia en la Sala de instancia, que existe no poca confusión en dicha reclamación por parte de los afectados. De lo antes apuntado deja constancia la sentencia de instancia —fundamento cuarto—, y como antes hemos reseñado al hacer referencia a las actuaciones que se practicaron en el procedimiento y en el proceso, debemos recordar que esa contradicción se aprecia porque en la hoja de aprecio de la propiedad se aducía que los perjuicios ocasionados a la industria se basaban en que la expropiación de parte de la finca impedía poder continuar la explotación en las instalaciones en que se venía desarrollando hasta el momento

de la expropiación, lo que obligaba al traslado de las instalaciones y precisamente la cantidad reclamada lo era con referencia a los daños y perjuicios que ocasionaba dicho traslado. Por el contrario, tanto en la demanda como en el informe pericial practicado en periodo probatorio por técnico designado por la Sala, esos daños y perjuicios se centraban, no en la necesidad del traslado, sino en el hecho de que la expropiación de parte de la finca obligaba a que la actividad industrial desarrollada por la sociedad debiera realizarse con un mayor coste por encarecimiento de la materia prima. Y así, como ya vimos, lo que se sostiene en definitiva en el proceso es que como la superficie expropiada estaba destinada por la empresa para el secado de la madera que permitiese su posterior transformación, la imposibilidad de disponer de espacios para dicho secado obligaba a tener que adquirir madera ya seca, que es de superior coste y precisamente el perito calcula la indemnización sobre la base de ese mayor coste de la materia prima. Pues bien, sin perjuicio de no dejar de reconocer la alteración que se hace respecto de lo que fue objeto de reclamación en la hoja de aprecio de la "propiedad", como se hace constar en la sentencia de instancia, es lo cierto que esta Sala no puede compartir las conclusiones que se pretenden obtener del informe pericial mencionado, que debe ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica que impone el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y en esa labor hemos de señalar que, en contra de lo que se ha pretendido por los recurrentes desde el inicio del procedimiento expropiatorio, las instalaciones industriales no solo siguen desarrollándose en la misma finca, sino que incluso se ha llegado a construir una nueva nave en la ampliación que de la misma se tenía prevista y así resulta del reportaje fotográfico que de manera completa se incorpora al informe del perito. Y el mismo perito deja constancia del diferente régimen jurídico de los terrenos ocupados por la industria (terrenos propiedad del matrimonio, clasificados en parte como urbanizables de uso industrial y otros como no urbanizables; otros de propiedad municipal con contrato de arrendamiento,

también clasificados como urbanos). Sobre esa base, lo que estima el perito es, como ya antes se dijo, que el hecho de la reducción de la superficie ocupada por la industria con ocasión de la expropiación es que no hay espacio para poder apilar la madera adquirida en su estado natural y esperar el secado para su transformación; sino que la ausencia de ese espacio obliga a la empresa a adquirir madera seca, de mayor valor. Es esa diferencia de valor la que utiliza el perito para calcular la indemnización.

A la vista de esa metodología del perito para calcular la afectación de la expropiación sobre la industria, lo primero que ha de señalarse es que el técnico incorpora un hecho nuevo al proceso. En efecto, nunca antes en las actuaciones, ni en vía administrativa ni procesal, se había concretado de manera indubitada que la expropiación parcial de la finca —la industria se desarrollaba en terrenos de titularidad y naturaleza urbanística bien diferente— afectaría concretamente a la imposibilidad de poder seguir adquiriendo la madera como siempre se había venido haciendo; muy al contrario, lo que se dijo en un primer momento es que no podría desarrollarse la industria —hoja de aprecio— y debía trasladarse; después que no podría acometerse la ampliación proyectada —proceso—, circunstancia que si ha sido posible, como ya se ha dicho. Lo que ahora se pretende por el técnico es que afecta a esa concreta actividad de secado de la madera y la obligación de adquirir la materia prima a un coste superior. Y no puede dejarse de señalar el atípico razonamiento del que se sirve el técnico para esa premisa —folio 29 vuelto del informe— porque partiendo del informe que se había emitido para formular la hoja de aprecio —que concluía en la necesidad del traslado de la industria— en el que se hacía referencia a la “inviabilidad de la empresa... (porque) la expropiación de la finca, ha dejado a la empresa sin una plataforma donde almacenar y secar la madera...”; concluye el perito procesal que para la actividad industrial se puede adquirir la madera seca o no. Sin embargo, el criterio básico del informe de la hoja de aprecio hacia referencia, más que a la necesidad del secado, al almacenamiento.

Pero incluso aceptando la premisa de que se parte en el informe pericial procesal, que no puede acogerse, debe señalarse que cuando el técnico acomete la labor de fijar la indemnización que correspondería a ese mayor coste los criterios que se toman en consideración no ofrecen las garantías que serían deseables para concluir en una indemnización del importe como la concluida en el informe. En efecto, ya hemos dicho y queda constancia en autos, que la industria, con la ampliación, se sigue desarrollando en la misma finca.

De otra parte, que el informe pericial se emite en febrero de 2014. Pues bien, pese a esas circunstancias el perito no calcula ese pretendido mayor coste de la contabilidad de la empresa en el momento en que se emite el informe, si quiera fuese para concluir en ese mayor coste de la materia prima, incluso haber solicitado la información y contabilidad de ese mayor coste a la propia empresa. Muy al contrario, lo que hace es remontarse a las conclusiones del informe que se emitió en la hoja de aprecio de la propiedad y tomar como punto de referencia “los datos del impuesto de sociedad de los años 2004, 2005 y 2006”, para concluir en una “rentabilidad media de 56.052 €/anuales”, para oponer que “si se aumentasen los costes —no se afirma categóricamente— de explotación de la empresa, con el añadido de adquisición de madera seca, la rentabilidad de la empresa, pasaría a ser negativa”; y se pretende justificar esa aseveración con lo expuesto en el anejo 23, del que no resulta dato alguno en relación con ese debate.

Es decir, el perito estima que con la obligada adquisición de la madera al mayor coste, la empresa habría entrado en pérdida lo cual ni llevaría a la indemnización por ese mayor coste, sino a indemnizar su clausura y, sobre todo, que esa conclusión es contraria a la realidad de las cosas porque, como deja constancia clara el informe, la industria sigue funcionando y fácil habría sido aportar al momento del informe datos concretos y reales de ese mayor coste de adquisición de la materia prima.

En conclusión, examinada la prueba pericial aportada al proceso, no puede estimarse que

con la misma se haya desvirtuado la reiterada jurisprudencia conforme a la cual los acuerdos de los órganos colegiados de valoración en materia de expropiación forzosa, tienen la presunción de legalidad, acierto y veracidad, por lo que debe desestimarse la pretensión de la recurrente y confirmar el acuerdo originariamente impugnado, con desestimación del recurso contencioso-administrativo.

QUINTO. COSTAS.- La estimación del presente recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la no imposición de costas de esta casación y, apreciándose serias dudas de derecho en el debate suscitado con base a la actuación de la misma Administración demandada, como se ha dicho, no procede hacer concreta imposición de las costas de la instancia, de conformidad con lo establecido en el mencionado precepto.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido: Primero.- Estimar el presente recurso de casación número 3212/2014, promovido por la representación procesal de Don Ángel Daniel y Doña Encarna, contra la sentencia 358/2014, de 21 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País

Vasco, en el recurso nº 64/2013, con imposición de las costas del recurso a los recurrentes, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Segundo.- Casar y anular la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

Tercero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los mencionados recurrentes contra el acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Gipuzkoa, adoptado en sesión de 20 de diciembre de 2012, mencionado en el primer fundamento, que se confirma por estar ajustado al ordenamiento jurídico.

Cuarto.- No imponer costas en el recurso de casación ni en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, haciendo constar que es firme y no procede interponer recurso alguno.

D. Octavio Juan Herrero Pina D^a. Margarita Robles Fernández D. Juan Carlos Trillo Alonso D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D^a. Ines Huerta Garicano PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo.

Sr. Magistrado Ponente D. Wenceslao Francisco Olea Godoy, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

SOCIAL

MARTÍN GODINO REYES

Abogado. Socio Director de Sagardoy Abogados

(Tol 5675174)

Cabecera: Despido colectivo en BANKIA, SA. Requisitos de la notificación del despido a los trabajadores individuales. No es necesario que en la misiva se incorporen los criterios de selección ni la baremación que al trabajador corresponde en función de ellos, porque no lo exige la ley y porque la negociación previa del pdc y el mandato de representación de los negociadores hacen presumir su conocimiento. En su caso han de acreditarse —los criterios de selección y baremación individual— en el proceso de impugnación individual del despido, sin que el trabajador sufra en su derecho de defensa, al poder solicitarlos previamente al proceso mediante diligencias preliminares, actos preparatorios y aportación de prueba por la demandada. Voto particular

Jurisdicción: Social

Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 15/03/2016

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Número Sentencia: 219/2016

Número Recurso: 2507/2014

Supuesto de hecho: El Tribunal Supremo da validez a las cartas de despido individuales derivadas del ERE pactado de Bankia. El alto tribunal estima el recurso de la entidad contra una sentencia del TSJ de Madrid que había declarado improcedentes varios despidos

RESUMEN

El Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado sentencia en un recurso de casación para unificación de doctrina en la que ha resuelto una cuestión relevante en el marco de un proceso de despido individual derivado del despido colectivo de Bankia.

Tras un proceso de negociación con la representación legal de los trabajadores, Bankia alcanzó el 8 de febrero de 2013 un acuerdo para proceder al despido colectivo de un máximo de 4.500 trabajadores, que se llevaría a cabo mediante adhesión a un programa de bajas indemnizadas, así como mediante la designación directa de la empresa, pudiendo en este caso y de ser necesario proceder a la amortización de puestos de trabajo en el número que se estimara y aplicando los criterios de baremación incluidos

en el citado acuerdo para la determinación de las personas afectadas por tal medida.

Una vez notificada la decisión de despido a los trabajadores concretos afectados, se formularon por éstos numerosos pleitos individuales, planteando básicamente dos cuestiones: si en la carta de despido que se les había entregado debían consignarse los criterios de selección que a ellos les afectaban y si debía darse copia de dicha carta a los representantes de los trabajadores. En definitiva, el debate consistía en determinar si cuando tiene lugar el despido individual derivado de un despido colectivo, en el caso con acuerdo, la carta de despido debe contener todos y cada uno de los requisitos contemplados en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, que regula los requisitos de forma del despido por causas objetivas.

En el recurso resuelto ahora, formulado por Bankia, seis de los trabajadores de esta empresa habían planteado la cuestión relativa a la suficiencia de las cartas de despido recibidas, pero sólo en lo tocante a la falta de fijación en la carta de los criterios de baremación que se les había aplicado, y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid les había dado la razón confirmando la sentencia de instancia en lo esencial, declarando la improcedencia de los despidos con derecho a las indemnizaciones oportunas.

Al estudiar el asunto, la Sala Cuarta ha considerado que la cuestión debatida en autos se reducía a decidir si se ajusta a derecho —en términos de suficiencia— el contenido de la carta de despido individual comunicada a los trabajadores afectados por el proceso de despido colectivo.

La Sala recuerda que, tras la reforma laboral de 2012, el Estatuto de los Trabajadores señala expresamente que “el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley”, pero considera también que la existencia de un proceso negociador debe tener alguna relevancia y permite atenuar el formalismo, precisamente porque ese proceso va precedido de documentadas negociaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores.

Así, la sentencia concluye que “parece razonable entender que en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones” y por semejantes consideraciones también se excluye “la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el proceso de despido colectivo de que se trate.”

La Sala, en definitiva, estima el recurso de Bankia y casa y anula la sentencia recurrida, desestimando la demanda de despido de los trabajadores. La sentencia cuenta con un voto particular discrepante firmado por varios magistrados.

COMENTARIO

El Pleno de la Sala Cuarta ha dictado sentencia en un Recurso de Casación para unificación de Doctrina en la que se ha resuelto una cuestión relevante en el marco de un proceso de despido individual derivado del despido colectivo de Bankia.

La empresa Bankia tras un proceso de negociación con la representación legal de los trabajadores, alcanzó el 8/02/2013 un Acuerdo para proceder al despido colectivo de un máximo de 4500 trabajadores, que se llevaría a cabo mediante adhesión a un programa de bajas indemnizadas así como mediante la designación directa de la empresa, pudiendo en este caso y de ser necesario, proceder a la amortización de puestos de trabajo en el número que se estime y aplicando los criterios de baremación incluidos en el citado Acuerdo para la determinación de las personas afectadas por tal medida.

Una vez notificada la decisión de despido a los trabajadores concretos afectados, se formularon por éstos numerosos pleitos individuales, planteando básicamente dos cuestiones: si en la carta de despido que se les había entregado debían consignarse los criterios de selección que a ellos les afectaban y si debía darse copia de dicha carta a los representantes de los trabajadores. En definitiva el debate consistía en determinar si cuando tiene lugar el despido individual derivado de un despido colectivo, en el caso con acuerdo, la carta de despido debe contener todos y cada uno de los requisitos contemplados en el art. 53 del Estatuto de los Trabajadores, que regula los requisitos de forma del despido por causas objetivas.

En el presente recurso, formulado por Bankia, seis de los trabajadores de esta empresa habían planteado la cuestión relativa a la suficiencia de las cartas de despido recibidas, pero sólo en lo tocante a la falta de fijación en la carta de los criterios de baremación que se les ha aplicado, y el TSJ de Madrid les había dado la razón confirmando la sentencia de instancia en lo esencial declarando la improcedencia de los despidos con derecho a las indemnizaciones oportunas.

La Sala Cuarta, tras establecer que la cuestión debatida en autos se reduce a decidir si se ajusta a derecho en términos de suficiencia el contenido de la carta de despido individual comunicada a los trabajadores afectados

por el proceso de despido colectivo de autos, procede a resaltar cómo con anterioridad a la reforma laboral de 2012 la doctrina unificada sostenía que la comunicación del cese en los despidos colectivos ni tan siquiera comportaba las exigencias formales establecidas para los despidos objetivos, puesto que el art. 53 ET estaba pensado exclusivamente para el despido objetivo del art. 52 del ET, y sin embargo tras la citada reforma laboral el Estatuto de los Trabajadores señala expresamente que “el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley”.

De ello, dice el Tribunal Supremo, puede deducirse que —en principio— la carta notificando el despido individual derivado de proceso de despido colectivo ha de revestir —en general— las mismas formalidades que la comunicación del despido objetivo, precisamente porque la remisión se hace sin precisión singular alguna, y debe alcanzar por ello a la expresión de “la causa”. No obstante lo anterior, la existencia de un proceso negociador debe tener alguna relevancia y permite atenuar el formalismo, precisamente porque ese proceso va precedido de documentadas negociaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores. Siendo ello así, concluye la Sala “parece razonable entender que en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones” y por semejantes consideraciones también se excluye “la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el PDC de que se trate.”

En atención a todo ello, y visto que en los despidos individuales analizados la carta de despido refiere detalladamente la causa legitimadora del PDC“(…), relatando de manera suficiente la existencia de cuantiosas pérdidas y la exigencia de un Plan de Reestructuración, aprobado por la Comisión Europea y suscrito por el Reino de España; “y que también refiere —al menos en parte— el extenso Acuerdo obtenido con la RLT de 08/02/13; e igualmente reproduce también de forma parcial —aunque suficiente— los criterios de selección que en el mismo constan; y señala su concreta aplicación en el caso, “de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general” que es precisamente la valoración individual que “trata con detalle el Acuerdo [Anexo III.E] al que la carta se remite y que había sido llevada a cabo por la empresa en el año 2012”, todo ello lleva a la Sala a entender que eran de conocimiento general por más que no conste la notificación individualizada de los puntos obtenidos por cada trabajador, y pro-

cede a estimar el recurso de Bankia y casar y anular la sentencia recurrida, desestimando la demanda de despido de los trabajadores.

La sentencia presenta un voto particular discrepante firmado por varios magistrados.

I. DESCRIPCIÓN DEL CASO

1.1. Los aspectos colectivos esenciales

Dentro del proceso de reestructuración de una buena parte del sector financiero que se llevó a cabo, especialmente, durante los años 2012 y 2013, Bankia promovió el 9 de enero de 2013 un procedimiento de despido colectivo por causas económicas y organizativas, concluyéndose el periodo de consultas con acuerdo con una amplísima mayoría de la representación de los trabajadores, firmado el 8 de febrero de 2013.

En dicho acuerdo se establecía que el número máximo de afectados por el despido colectivo sería de 4500 empleados. En caso de que con la adscripción voluntaria a la baja indemnizada, primer criterio de selección de los afectados, no se consiguiera la amortización del número de puestos de trabajo establecidos, se establecía que la *“designación de las personas... se llevará a cabo teniendo en cuenta la valoración resultante de los procesos de evaluación realizados por la entidad respecto del perfil competencial, indicadores de potencial y cumplimiento de objetivos (en los que se tienen en cuenta factores de servicio al cliente, compromiso, rendimiento, trabajo en equipo y polivalencia)”* Y se añadía que esos procesos de valoración se han extendido a la totalidad de los empleados, con una metodología y contenido común, han sido reforzados con entrevistas personales, contrastados con la participación de los responsables directos de cada agrupación y revisados conforme a criterios homogéneos. En fin, el acuerdo desarrollaba también de manera muy detallada el proceso de valoración del perfil competencial para llevar a efecto el proceso de evaluación de los empleados, distinguiendo métodos parcialmente distintos para el personal directivo y para el resto de empleados.

1.2. Los aspectos individuales en el proceso judicial

Los demandantes en el proceso individual de despido que ha dado lugar a la Sentencia que se comenta fueron despedidos en el mes de abril de 2013, en el ámbito del despido colectivo promovido por Bankia al que se ha hecho referencia.

En las respectivas cartas de despido, y tras exponerse de una manera resumida las causas económicas y organizativas que habían dado lugar a la tramitación del despido colectivo, se comunicaba la extinción del contrato haciendo referencia al acuerdo de 8 de febrero de 2013, de finalización del periodo de consultas, y específicamente a la previsión del mismo de que *“la designación por parte de Bankia se efectuará de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general”*. Tras ello, las cartas de despido, con el mismo texto en este aspecto para todos los despedidos, señalaban lo siguiente: *“De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional en la que Vd. presta sus servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día...”*.

En fin, la Sentencia de instancia daba cuenta de que todos los accionantes despedidos habían sido evaluados a finales del año 2012 por el Técnico de Recursos Humanos al que estaba adscrito cada trabajador, declarándose probada la puntuación obtenida en dicha evaluación, dato que no estaba recogido en la carta de despido.

La Sentencia terminaba declarando la improcedencia de los despidos por entender que la carta de despido era insuficiente, no cumpliéndose con ella los requisitos previstos en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores, precepto al que se remite para los despidos individuales derivados de despido colectivo el artículo 51.4 del mismo texto legal, pronunciamiento confirmado por la Sentencia dictada el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de abril de 2014, que es la recurrida en casación para la unificación de doctrina.

En ésta última Sentencia se considera por el Tribunal que en la carta de despido *“no se indica la valoración que ha obtenido cada demandante, ni que se les haya notificado sus resultados con anterioridad al acuerdo mencionado —se refiere al de 8 de febrero de 2013—, ni la nota de corte para poder determinar si se ha cesado a los que menos puntuación han obtenido... (por lo que) no solo no pueden defenderse adecuadamente sino que se les ha privado de la posibilidad de adherirse a las bajas indemnizadas, lo que hubiesen realizado de saber que tenían una puntuación que les conduciría a una extinción decidida por la empresa con menor indemnización...”*. Razonamiento que, a juicio del Tribunal, conduce a entender que no se han cumplido las exigencias del artículo 53.1 ET y deba mantenerse la declaración de improcedencia del despido.

II. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL Y LOS ARGUMENTOS DE LA MISMA

De manera particularmente contundente la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016 admite sin duda alguna la existencia de contradicción entre la recurrida y la dictada por el propio TSJ de Madrid el 14 de febrero de 2014, ambas dictadas a propósito de demandas contra despidos individuales derivados del despido colectivo promovido por Bankia, identificando también con precisión el objeto del debate: *“si se ajusta a derecho —suficiencia— el contenido de la carta de despido individual comunicada a los trabajadores afectados por el PDC de autos”*.

Tras una brevísima referencia a la situación legal anterior a la Ley 3/2012, se centra la Sentencia en la redacción del artículo 51.4 ET que se deriva de dicha Ley, y a cuyo tenor, y tras haberse alcanzado acuerdo en el periodo de consultas o haberse comunicado la decisión empresarial, *“el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de la Ley”*, que como se recordará exige *“comunicación escrita al trabajador expresando la causa...”*. Por ello puede afirmar con toda rotundidad la Sentencia que el nudo del debate es el alcance que deba darse a la expresión “causa” utilizada por el citado precepto legal.

En la búsqueda de la correcta interpretación de la expresión legal, la Sentencia invoca algunos pronunciamientos precedentes de la propia Sala al resolver despidos objetivos, para concluir que *“la expresión causa utilizada por el art. 53.1.a) ET debe interpretarse como alusiva a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tal como ha sido reiteradamente entendido por esta Sala”*, por lo que la remisión que hace el artículo 51.4 ET a dicho precepto ha de entenderse con el mismo alcance, pues son las mismas formalidades las que han de cumplirse en uno y otro caso, al tratarse de una remisión sin precisión adicional alguna.

Posiblemente con tal afirmación la Sentencia podría haber concluido ahí su razonamiento, puesto que no se discutía en el proceso que, así entendida la exigencia de expresión de la “causa” en la carta de despido, ésta se había cumplido, ya que la carta recogía con suficiencia las razones económicas y organizativas justificativas del despido, por otra parte tampoco cuestionadas en el litigio. Pero la Sentencia da un paso más, al poner de relieve la importancia de que en los despidos individuales derivados de un despido colectivo se haya producido un proceso negociador previo con los representantes de los trabajadores, lo que permite afirmar que el contenido de la carta de despido puede ser suficiente, incluso de forma menos exigente que en los

despidos objetivos, al ser posible, y necesaria, su contextualización en el marco del proceso negociador del despido colectivo, especialmente si ha concluido con acuerdo.

En todo caso, superada tal incursión, la Sentencia obtiene las conclusiones que se derivan de la interpretación sobre el alcance de la exigencia de expresión de la causa que contiene el artículo 53.1 ET, y lo hace de manera inequívoca: no es necesaria la reproducción en la carta de despido de los criterios de selección y tampoco de la concreta aplicación de los criterios al personal afectado.

Sobre la reproducción de los criterios de selección, señala la Sala que es una exigencia *“ausente en el artículo 53.1 ET y en la remisión legal que al mismo hace el art. 51.4, de manera que su exigencia desbordaría el mandato legal”*. Además, se trataría de un formalismo innecesario cuando los criterios han sido objeto de negociación y acuerdo por los representantes de los trabajadores, proyectando la eficacia jurídica de sus actos en la esfera de sus representados, para lo que se hace una interesante invocación sobre el alcance de la figura del mandato legal representativo.

Sobre el segundo aspecto, la constancia en la carta de despido de la concreta aplicación de los criterios al personal afectado, nuevamente se recuerda por la Sentencia que es una exigencia ausente de la vigente regulación legal, pues no puede extraerse de una interpretación correcta del artículo 53.1 ET. Además, añade la Sala, la constancia en la carta de despido de la valoración individual del empleado requeriría para su comparación la valoración de los restantes compañeros de trabajo con los que se realiza el juicio de comparación, lo que daría lugar a una comunicación de extensión y complejidad no razonables. En fin, añade todavía la Sentencia, no hay en tal ausencia padecimiento alguno del derecho de defensa del trabajador, que puede solicitar los datos que considere necesarios bien como acto preparatorio antes de la presentación de la demanda o como solicitud de aportación documental una vez interpuesta la misma, para poder combatir así eficazmente los criterios de selección aplicados por la empresa.

Separa así la decisión del Tribunal Supremo el plano sustantivo, en el que ha de enmarcarse el contenido necesario de la carta de despido, y para ello hay que estar a la interpretación que considera correcta del artículo 53.1 ET y de la exigencia de constancia en la carta de despido de la causa del mismo, y el plano procesal, para el caso de que se cuestione por los afectados el criterio aplicado, en cuyo caso existen remedios en la regulación del proceso laboral para que el trabajador pueda defenderse eficazmente, como se ha señalado.

Sentada y explicada su doctrina, la proyección de la misma al caso que se aborda conduce necesariamente a la Sentencia a estimar el RCU interpuesto por Bankia, por considerar que las cartas de despido notificadas a los demandantes cumplen de manera suficiente la exigencia legal de expresión de la causa. En efecto, *“la carta de despido no sólo refiere detalladamente la causa legitimadora del PDC que es —como vimos— la única exigencia legal...sino que refiere —al menos en parte— el extenso acuerdo obtenido con la RLT de 8-2-13, e igualmente reproduce también de forma parcial —aunque suficiente— los criterios de selección que en el mismo constan, y señala su concreta aplicación al caso, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la entidad con carácter general”*. Y saliendo al paso de la objeción que había realizado la Sentencia recurrida, considera que la valoración individualizada o puntuación de cada trabajador, al margen de que no es razonable pensar que fuera desconocida para el trabajador, podía haberse conseguido procesalmente a través del cauce de los actos preparatorios o la solicitud de aportación de prueba, garantizándose con ello plenamente el derecho de defensa.

En consecuencia se casa la Sentencia recurrida y se desestima la demanda de despido.

III. EL VOTO PARTICULAR

La Sentencia que se comenta está dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y cuenta con Voto Particular formulado por cuatro Magistrados de la misma, que expresan su discrepancia con el criterio mayoritario que refleja la Sentencia.

Comienza afirmando el Voto Particular que la doctrina sentada *“constituye otro paso atrás en el muy importante retroceso en las facultades de control judicial del despido, esta vez respecto de los despidos individuales derivados de un despido colectivo ex art. 51 ET”*, en este caso, afirma el Voto discrepante, con omisión de lo que significa el presupuesto exigible en los despidos colectivos de determinar *“los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido (art. 3.3.v Directiva 98/59/CE...)”*.

Advierte igualmente el Voto Particular que con la tesis adoptada mayoritariamente difícilmente los jueces y tribunales *“van a poder controlar jurisdiccionalmente un despido ex art. 51 ET en orden a la concreta elección del trabajador despedido, si resulta que el empresario no tiene ni siquiera que*

escuetamente reflejarlos en la carta de despido”, sin que a su juicio tenga sentido que ante despidos fundados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los del artículo 51 ET “*sea un requisito necesario para la regularidad del despido la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados con pleno control judicial de los mismos*” y en el supuesto de los despidos objetivos, y ahora en los derivados del despido colectivo, “*no tenga que indicarlos (sin perjuicio, de que luego se dejen a salvo los criterios de oportunidad como facultad empresarial) con lo que los trabajadores afectados no los conocen y el juez no podrá controlarlos*”.

Considera el Voto Particular que en el caso resuelto por la Sentencia con la que se discrepa la carta de despido contenía una fórmula estereotipada y común para todos los afectados por el despido colectivo, lo que impedía a los trabajadores afectados conocer el motivo por el que habían sido elegidos por la empresa y no lo habían sido otros trabajadores, impidiendo con ello al trabajador una defensa adecuada y al Juez controlar razonablemente la decisión empresarial.

Expresa igualmente el Voto Particular que la interpretación que se hace de la exigencia de expresión de la causa del despido contenida en el artículo 53 ET, equivalente con la exigencia de los hechos que lo motivan en el caso de los despidos disciplinarios —art. 55.1 ET—, no puede ser tan reduccionista como la realizada por la Sentencia, de manera que la carta de despido en el caso planteado adolece de evidente insuficiencia.

Más en concreto, el Voto Particular plantea su discrepancia sobre las razones básicas esgrimidas por el criterio mayoritario de la Sala. Por un lado, entiende que el control judicial debe alcanzar no solo a la expresión de la causa del despido sino también a la individualización de los trabajadores afectados. Por otra parte, considera que la solución que ahora se da es contraria al criterio sentado en la Sentencia de la Sala de 25 de junio de 2014, en la que se había señalado que la aplicación de los criterios de selección a los trabajadores afectados debía ser discutida en el proceso individual planteado por cada trabajador y no en el proceso de impugnación del despido colectivo. Tampoco se comparte lo que se denomina “*fundamento economista*” de la Sentencia, pues consideran los Magistrados discrepantes que las comunicaciones escritas han de tener la extensión que sea necesaria. En fin, se valora como inaceptable que sea el trabajador “*la parte procesal a la que le incumba la prueba de acreditar los motivos por los que ha sido despedido aunque para ello tuviera que utilizar actos preparatorios para integrar la carta de despido*” o que deba presumirse que los trabajadores afectados conozcan unos criterios que no le han sido notificados por el conocimiento de los

representantes de los trabajadores o porque deban desplegar una mínima diligencia.

Todo ello, considera el Voto Particular, debería haber conducido a la desestimación del recurso de unificación de doctrina.

IV. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Estamos ante una Sentencia de trascendencia muy notable, como demuestra el debate que antes y después de que se haya dictado se ha planteado en la doctrina científica laboral, y más ampliamente en el ámbito de las relaciones laborales y sindicales, sobre la materia y la solución adoptada.

La construcción jurídica de la Sentencia es, desde luego, impecable, y no es fácil encontrar debilidad alguna en cada una de las afirmaciones o pasos sobre los que se construye el razonamiento. Son básicamente tres. La primera, que la exigencia de “causa” en la comunicación de los despidos objetivos derivados de un despido colectivo, que opera por la remisión que el artículo 51.4 ET hace al artículo 53.1 del texto estatutario, no puede ir referida, en una interpretación literal, histórica y de contexto, a otra cosa que a las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican la decisión empresarial, como ocurre en el despido disciplinario con los hechos que motivan el mismo. La segunda, que la exigencia de que se reproduzcan los criterios de selección en la comunicación individual del despido carece de cualquier sustento normativo en la redacción del vigente art. 53.1 ET, pues es requisito además que ya se ha debido cumplir, allí sí, durante la tramitación del despido colectivo, que además ha tenido que ser objeto de negociación con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas, haya o no concluido con acuerdo, y que solo forzando la interpretación de la norma podría entenderse incorporado también a la exigencia de la comunicación individual. En fin, en tercer lugar, que tampoco el mismo precepto, que es el que regula la forma de comunicación individual a los afectados por un despido colectivo, ampara una supuesta exigencia de que en la misma se expresen los criterios que en particular determinan la selección del personal afectado por el despido colectivo.

Posiblemente porque los argumentos jurídicos incorporados al descrito iter argumental de la Sentencia son difícilmente contestables, el Voto Particular, que en muchos apartados más parece una crítica al legislador que a la Sentencia de la que se discrepa, se centran sobre todo en señalar la insatisfacción que la solución material adoptada ofrece, y el debilitamiento que a su juicio se produce en la tutela de los derechos de los trabajadores. Pero

es evidente que tales consecuencias, discutibles por otra parte, no parece puedan ser salvadas mediante una interpretación forzada de la norma que desconozca su inequívoco alcance.

En todo caso, sería un error a nuestro juicio hacer una valoración demasiado general o extensiva de la doctrina sentada en la Sentencia, desconectándola de los avatares y circunstancias concretas del caso resuelto. En particular en lo que se refiere a la necesidad, o al menos conveniencia, de reflejar en la comunicación individual del despido derivado de un despido colectivo el criterio de selección que ha determinado precisamente su afectación. Es verdad que la Sentencia señala de manera muy rotunda que *“excluimos la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el PDC de que se trate”*, añadiendo que *“los criterios de selección y su concreta aplicación al trabajador individualmente considerado, solamente han de pasar al primer plano de documentación para el supuesto de que se cuestionen en oportuna demanda los propios criterios de selección y/o su específica aplicación a los singulares trabajadores”*, pero también lo es que, en el caso resuelto, la carta de despido hacía referencia a los criterios de selección, aunque de manera ciertamente genérica, al señalarse como utilizados *“el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general”*, criterios que se recogían en el acuerdo colectivo de finalización del periodo de consultas, con la importante precisión, contenida en el acuerdo, de que tales procesos de valoración eran los que se había realizado recientemente a todos los empleados de la entidad conforme a una metodología y procedimiento comunes, con entrevistas personales y participación de los responsables de cara área o unidad.

Por tanto la doctrina que se sienta por la Sentencia ha de leerse necesariamente en conexión con el caso resuelto, para evitar conclusiones demasiado precipitadas. Lo realmente relevante, y a mi juicio por ello no tiene razón el Voto Particular en alguna afirmación excesiva sobre el padecimiento del necesario control judicial, es que se separa el contenido *“suficiente”* de la comunicación del despido individual derivado de un despido colectivo, que exige constancia de la causa pero no necesariamente de los criterios de selección, y el control judicial sobre la selección del trabajador, que no se niega en absoluto, pero no por la vía pretendida de imputar a la comunicación de despido irregularidad en su formulación, a pesar de expresar la causa en los términos exigidos por el artículo 53.1 ET, entendida ésta como las razones económicas, organizativas, técnicas o de producción que justifiquen el despido, sino por la vía del planteamiento por parte del demandante

de su disconformidad con su designación, cuestión que habrá de resolverse por el Juez en el ámbito del proceso a través de los cauces de proposición y práctica de la prueba previstos en la LRJS, acudiendo incluso al cauce de la solicitud de actos preparatorios de la demanda.

No incurre la Sentencia, a pesar de la imputación que también hace en tal sentido el Voto Particular, en ninguna alteración indebida de la distribución de la carga de la prueba, puesto que la empresa ha de probar la causa del despido recogida en la comunicación escrita. Lo que se advierte es que la discrepancia sobre la decisión de seleccionar al trabajador afectado por un despido colectivo ha de plantearse por el propio trabajador en su demanda, en cuyo caso las partes habrán de debatir y practicar prueba sobre tal cuestión, lo que en el caso resuelto es tan evidente que la Sentencia de instancia ya daba por probada la puntuación obtenida por los trabajadores demandantes en el proceso de valoración que había dado lugar a que fueran seleccionados como afectados por el despido, en aplicación de un criterio identificado y desarrollado en su alcance por el acuerdo de finalización del periodo de consultas.

Con todo, nos encontramos sin duda con una Sentencia importante, con doctrina relevante que ha de tenerse presente a partir de ahora para actuar con seguridad jurídica en la redacción de las comunicaciones escritas de extinciones de contrato derivadas de un despido colectivo, clarificando cuestiones que habían sido objeto de dudas y debate desde la reforma laboral del año 2012, que alteró de manera profunda el régimen de esta última institución, sobre todo al desaparecer la tradicional intervención administrativa para llevarlo a efecto.

Sentencia Nº: 219/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO SENTENCIA

Presidente Excmo. Sr. D.: Jesús Gullón Rodríguez

Fecha Sentencia: 15/03/2016

Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA 2507/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 24/02/2016

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

Ponente Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fer-

nández Secretaria de Sala: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera

Jiménez Reproducido por: OLM

Nota:

DESPIDO COLECTIVO EN BANKIA, SA.

REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN DEL DESPIDO A LOS TRABAJADORES INDIVIDUALES.

NO ES NECESARIO QUE EN LA MISIVA SE INCORPOREN LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN NI LA BAREMACIÓN QUE AL TRABAJADOR CORRESPONDE EN FUNCIÓN DE ELLOS, PORQUE NO LO EXIGE LA LEY Y PORQUE LA NEGOCIACIÓN PREVIA DEL PDC Y EL MANDATO DE REPRESENTACIÓN DE LOS NEGOCIADORES HACEN PRESUMIR SU CONOCIMIENTO.

EN SU CASO HAN DE ACREDITARSE —LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN Y BAREMACIÓN INDIVIDUAL— EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DEL DESPIDO, SIN QUE EL TRABAJADOR SUFRA EN SU DERECHO DE DEFENSA, AL PODER SOLICITARLOS PREVIAMENTE AL PROCESO MEDIANTE DILIGENCIAS PRELIMINARES,

ACTOS PREPARATORIOS Y APORTACIÓN DE PRUEBA POR LA DEMANDADA. VOTO PARTICULAR

Recurso Num.: /2507/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Luis Fernando de Castro Fernández

Votación: 24/02/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL PLENO

SENTENCIA Nº: 219/2016

Excmos. Sres.:

D. Jesús Gullón Rodríguez

D. Fernando Salinas Molina

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Jesús Souto Prieto

D. Jordi Agustí Juliá

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil dieciséis.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de "BANKIA, SA" frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 9 de abril de 2014 [recurso de Suplicación nº 1905/2013], que resolvió el formulado por la misma parte frente a la sentencia dictada con fecha 16 de septiembre de 2013, por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández,

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de septiembre de 2013 el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Erasmo, D. Gabino, D. Isidoro, D^{ña}. Custodia, D^{ña}. Fermina y D. Marcial contra BANKIA, SA, debo declarar y declaro la improce-

dencia de los despidos de fecha 11 de mayo de 2013 de los que los demandantes fueron objeto, condenando a la demandada BANKIA, SA a estar y pasar por esta declaración, así como a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opten entre la readmisión de los trabajadores o abonarles la indemnización en las cantidades que constan en el siguiente cuadro, una vez deducidas cantidades percibidas en concepto de indemnización con anterioridad, conforme lo establecido en el fundamento de derecho duodécimo. Se advierte a la empresa demandada que de no optar por la indemnización lo hace por la readmisión. Si se produjese la readmisión se deberán abonar los salarios de tramitación desde el despido hasta la fecha de notificación de la presente resolución, en las cuantías establecidas en el siguiente cuadro para salario/día.

NOMBRE INDEMNIZACIÓN SALARIO DIA Erasmo
63494,41 100,37

Gabino 152742,67 145,60

Custodia 146674,86 146,01

Fermina 112465,00 124,94

Isidoro 113156,99 119,62

Marcial 146213,09 144,07

Y debo absolver y absuelto a D SECCIONES SINDICALES DE BANKIA DE CCOO, DE UGT, DE ACCAM, DE SATE Y CSICA de los pedimentos deducidos en su contra".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Salario, categoría y antigüedad.- Se ejercita en la demanda de autos acción en reclamación sobre despido, debiendo señalarse al respecto que con base a la prueba documental aportada en el acto de juicio oral, resulta acreditada la relación laboral, la antigüedad, el salario y la categoría profesional de los demandantes, según lo siguiente:

1. Respecto a D. Erasmo:

– Antigüedad: 21/12/1998 (por no se hecho controvertido)

– Categoría: Grupo I, Nivel IX (por no ser hecho controvertido)

– Salario: 3.011,12 euros brutos mensuales, con inclusión de prorrata de pagas extra

(folio 2587 del ramo de prueba de BANKIA)

2. Respecto a D. Gabino:

– Antigüedad: 20/10/1988 (por no ser hecho controvertido)

– Categoría: Grupo I, Nivel V (por no ser hecho controvertido)

– Salario: 4.367,88 euros brutos mensuales, con inclusión de prorrata de pagas extra (folio 2726 del ramo de prueba de BANKIA)

3. Respecto a DÑA. Custodia:

– Antigüedad: 16/10/1989 (por no ser hecho controvertido)

– Categoría: Grupo I, Nivel V (por no ser hecho controvertido)

– Salario: 4.380,19 euros brutos mensuales, con inclusión de prorrata de pagas extra (folio 2661 del ramo de prueba de BANKIA)

4. Respecto a DÑA. Fermina:

– Antigüedad: 10/02/1992 (por no ser hecho controvertido)

– Categoría: Grupo I, Nivel VI (por no ser hecho controvertido)

– Salario: 3.748,32 euros brutos mensuales, con inclusión de prorrata de pagas extra (folio 2630 del ramo de prueba de BANKIA)

5. Respecto a D. Isidoro:

– Antigüedad: 04/02/1991 (por no ser hecho controvertido)

– Categoría: Grupo I, Nivel VII (por no ser hecho controvertido)

– Salario: 3.588,54 euros brutos mensuales, con inclusión de prorrata de pagas extra (folio 2696 del ramo de prueba de BANKIA)

6. Respecto a D. Marcial:

– Antigüedad: 24/07/1989 (por no ser hecho controvertido)

– Categoría: Grupo I, Nivel VI (por no ser hecho controvertido)

– Salario: 4.322,24 euros brutos mensuales, con inclusión de prorrata de pagas extra (folio 2561 del ramo de prueba de BANKIA)

SEGUNDO.- Con fecha 9/01/2013 se inició periodo de consultas del Expediente de Despido Colectivo de extinción de un máximo de 4.900 contratos de trabajo por causas económicas, entre la demandada BANKIA, SA y los representantes de los trabajadores (documento 58 del ramo

de prueba de la actora), terminando el citado periodo de consultas el 8/02/2013 con acuerdo respecto a la extinción de los contratos de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones (documento 65 del ramo de prueba de la actora), que se da íntegramente por reproducido.- El acuerdo I del citado acuerdo de fecha 8/02/2013 establece lo siguiente: “El número máximo de empleados afectados por el despido colectivo no podrá exceder de 4.500 empleados. El plazo de ejecución de las medidas previstas en el presente Acuerdo, se extenderá hasta el 31 de diciembre de 2015, salvo que se especifique expresamente un plazo distinto para alguna de ellas”.- En el acuerdo II del citado acuerdo de fecha 8/02/2013 se establece lo siguiente: “II. BAJAS INDEMNIZADAS.- A) Designación por la empresa previa propuesta inicial de los empleados Primero.- La decisión de la extinción de las relaciones laborales corresponde en todo caso a la empresa. No obstante, podrán proponer su adhesión al programa de bajas indemnizadas los empleados de la Entidad que estén interesados en ello en los términos, plazos y condiciones establecidos en el presente Acuerdo.- Segundo.- Las propuestas de adhesión al programa de bajas indemnizadas por parte de los empleados se efectuarán conforme al siguiente sistema: - A partir del día 11 de febrero de 2013, se abrirá un plazo de 15 días naturales de duración dirigido a la generalidad de los empleados, para que aquellos que estén interesados formulen su propuesta de adhesión al programa de bajas indemnizadas. Transcurrido ese periodo, la empresa analizará durante un plazo de quince días laborables las propuestas.- Complementariamente, dentro de cada ámbito provisional o las agrupaciones y/o unidades funcionales de servicios centrales en que se ordene la reestructuración y reorganización, externalización o venta de unidades productivas de la Entidad, se abrirá u periodo de 10 días naturales de duración para que los empleados del correspondiente ámbito, que estén interesados, formulen su propuesta de adhesión al programa de bajas indemnizadas. Dicho plazo se iniciará a partir del siguiente día laborable al

de la comunicación empresarial a los representantes de los trabajadores en la que se indicará el número de centros y el número de los puestos de trabajo que es necesario amortizar en el ámbito correspondiente.- Una vez transcurrido cada uno de los periodos a los que se refiere el párrafo anterior, la Empresa valorará en cada caso, en el plazo de 4 días laborables, las solicitudes formuladas y decidirá acerca de las mismas en cada ámbito.- En cualquier caso, la empresa podrá, por razones justificadas, denegar las propuestas de adhesión, y en todo caso, corresponderá a la Empresa la determinación de las bajas y de su fecha de efectividad.- Tercero.- Las indemnizaciones que se abonarán a los empleados que causen baja en la Entidad por este motivo se calcularán del siguiente modo: 1.- Personas con edad superior o igual a 54 años a fecha 31.12.2013: .- Percibirán una indemnización en un único pago, equivalente al 60% de la Retribución Total, multiplicado por el número de años que median entre la fecha de extinción de la relación laboral más dos años, y la fecha de cumplimiento de los 63 años de edad, con el límite máximo de 5 años.- A efectos del cálculo de la Retribución Total se estará a lo establecido en el Anexo II del presente Acuerdo.- Adicionalmente en materia de cotizaciones a la Seguridad Social, Bankia asumirá o compensará el coste equivalente del Convenio Especial con la Seguridad Social desde la fecha de extinción más dos años, hasta la edad reflejada en el siguiente cuadro según la edad del empleado a la fecha de extinción:

Edad a la fecha de extinción de la relación laboral Fecha máxima considerada para el abono del Convenio Especial 54 años Cumplimiento de los 61 años de edad (*) 55 años Cumplimiento de los 62 años de edad (*) 56 años o más Cumplimiento de los 63 años de edad

(*) En el caso de que el empleado no cuenta con el número de años de cotización necesarios para acceder a la situación de jubilación en cualquiera de sus modalidades conforme a la legislación vigente en materia de pensiones a la fecha de firma del presente Acuerdo, el compromiso de compensación de los importes del Convenio Especial de ampliará hasta la fecha de cumplimien-

to de los requisitos para acceder a la jubilación en cualquier modalidad y, en todo caso, como máximo hasta la edad de 63 años.- La formalización y asunción o compensación por parte de Bankia del coste equivalente a dicho Convenio Especial, estará supeditado a la previa acreditación de la suscripción en cualquiera de sus modalidades yago del mencionado convenio, y a lo establecido en cada momento en la normativa vigente y, concretamente a lo previsto en el art. 51.15 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional 31" del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.- Durante el primer año a contar desde la extinción de la relación laboral, Bankia efectuará a su favor una única aportación al Plan de Pensiones o póliza de excesos vinculada al mismo, igual que la que le correspondió como aportación corriente anual en el ejercicio 2011 por el concepto de ahorro o jubilación, sin ningún tipo de incremento o revalorización. - En el caso de empleados partícipes de Planes de Pensiones incluidos en regímenes de prestación definida para la jubilación, la citada aportación corriente será el coste anual resultado de la valoración actuarial realizada para el ejercicio 2011, excluyendo cualquier aportación para las contingencias de riesgo y aportaciones adicionales derivadas de planes de reequilibrio. - En el caso de personas no adheridas a los diferentes Planes de Pensiones, se les aplicará la fórmula correspondiente al objeto de cumplir con el compromiso indicado en el párrafo anterior. 2.- Personas con una edad inferior a 54 años a fecha 31. 12.2013.- Percibirán una indemnización total resultado de la suma de las cuantías detalladas en los siguientes apartados a), b), c) y d): a) Importe equivalente a 30 días de retribución fija por año de servicio con el límite de 22 mensualidades.- b) importe de 2.000 euros por cada tres años completos de prestación de servicios.- c) Importe conforme la siguiente escala: Condición sobre años de prestación de servicios

Importe
 < 5 4.000 €
 >= 5 y < 10 9.000€
 >= 10 y < 15 14.000€
 >= 15 y < 20 19.000€

> = 20 24.000 6

d) Importe adicional para empleados con 25 años o más de prestación de servicios: Condición Importe por año completo de servicio que supere los 25 años

Si retribución fija anual <=

50.000 euros 5.000 6

Si retribución fija anual >

50.000 euros 6.000 6

B.- Designación directa por parte de la Empresa.-

Primero.- Una vez finalizado y resuelto el

procedimiento de adhesión al programa de bajas

indemnizadas, y en caso de que sea necesario un

mayor ajuste de plantilla en el ámbito correspon-

diente, la Empresa podrá proceder a la amorti-

zación de puestos de trabajo en el número que

sea necesario en los términos y con los límites

contenidos en el presente Acuerdo. A tal fin, se

estará a lo dispuesto en el Anexo III del presente

Acuerdo (Criterios de afectación de empleados.

Marco de Aplicación y Desarrollo).- Segundo.-

Para la determinación de las personas afectadas

por esta medida se tomará como ámbito de

afectación la provincia o las agrupaciones y/o

unidades funcionales de servicios centrales en la

que se preste servicios.- En este sentido, una vez

deducidos de los puestos de trabajo que la Em-

presa decide amortizar como consecuencia del

procedimiento de adhesión y descontadas aque-

llas personas que se vean afectadas por procesos

de movilidad geográfica y cambio de puesto de

trabajo para cubrir las necesidades originadas

por las adhesiones iniciadas por los empleados

(en Servicios Centrales podrán considerarse va-

cantes en agrupaciones afines), la Empresa de-

signará a las personas afectadas por el despido

colectivo dentro del ámbito correspondiente

teniendo en cuenta la valoración resultante de los

procesos de evaluación realizados por la Entidad

respecto del perfil competencial, indicadores de

potencial.- Tercero.- En el caso de matrimonios o

parejas de hecho acreditadas, en los que las dos

personas trabajen en la Entidad, solo se podrá

afectar a uno de los cónyuges a su elección de

acuerdo a las necesidades funcionales y de per-

files requeridos, pudiendo ser necesaria la movi-

lidad geográfica para cumplir este requisito.- En

caso de empleados con alguna discapacidad superior al 33% reconocida por los organismos competentes de cada Comunidad Autónoma y siempre y cuando existe amortización de su puesto de trabajo, se valorará su reubicación en otro puesto siempre y cuando sea acorde a su perfil profesional.- Cuarto.- Todas las personas afectadas por la medida prevista en el presente apartado que lo soliciten serán incorporadas a la Bolsa de Empleo creada al efecto. El objetivo de dicha Bolsa de Empleo, junto con el Plan de Re-colocación Externa derivado del presente acuerdo, es ofrecer al empleado afectado, durante un periodo de dieciocho meses a contar desde la extinción de su relación laboral, un puesto de trabajo de carácter indefinido o la reincorporación al mercado de trabajo o a la actividad económica mediante otras fórmulas—por cuenta propia o ajena—, que puedan significar una reducción de los efectos negativos de la pérdida del empleo en Bankia.- La incorporación en la Bolsa de Empleo conllevará un derecho preferente de incorporación en los procesos derivados de medidas de externalización y otras actuaciones que permitan la sucesión empresarial en caso de que fuera necesaria la contratación, teniendo en cuenta la idoneidad del trabajador para el puesto que en su caso pudiera ser ofertado.- Quinto.- El desarrollo de todos los criterios de afectación se encuentran recogidos en el Anexo III del presente Acuerdo (Criterios de afectación de empleados. Marco de Aplicación y Desarrollo).- Sexto.- Los empleados afectados por la presente medida percibirán una indemnización total, fraccionada conforme el siguiente detalle: Un primer pago a realizar en el momento de la extinción de la relación laboral que se corresponderá con una cuantía equivalente a 25 días de Retribución Fija por año de servicio con el límite de 16 mensualidades.- Un segundo pago que será por el importe resultante de la suma de las cuantías señaladas a continuación en los apartados a) y b): a. La diferencia entre el importe percibido en el primer pago y la cuantía correspondiente a 30 días de Retribución Fija por año de servicio con el límite de 20 mensualidades calculada a fecha de extinción de la relación laboral.- b. Importe

de 2.000 euros por cada tres años completos de prestación de servicios a la fecha de extinción de la relación laboral.- La percepción de la cuantía de este segundo pago se realizará transcurridos 18 meses desde la extinción de la relación laboral, siempre y cuando durante dicho periodo Bankia no haya ofrecido a la persona un empleo de carácter indefinido, bien de forma directa, bien a través de la Bolsa de Empleo o del Plan de Recolocación externa recogidos en el presente Acuerdo.- En cualquier caso, el importe total de indemnización no podrá superar al importe que le hubiere correspondido en el supuesto de adhesión voluntaria a las bajas indemnizadas.- A efectos de definición de los distintos elementos y condiciones que intervienen en el cálculo de la indemnización total se estará a lo establecido en el Anexo II del presente Acuerdo.” TERCERO.- En el apartado A.II del Anexo III del acuerdo de fecha 8/02/2013 (documento 65 del ramo de prueba de la actora), se establece que: “Como medida para aminorar el efecto directo de las extinciones derivadas de la amortización de puestos de trabajo, en el momento en que se efectúe la comunicación a la representación de los trabajadores, se abrirá un plazo de diez días naturales para que las personas interesadas en proponer su adhesión al proceso, así lo hagan, de acuerdo a las reglas establecidas estos criterios de afectación y de conformidad con el Acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. Corresponde a la empresa la decisión sobre la aceptación definitiva de la solicitud de adhesión y la fijación de su fecha de efectos. La determinación del número de personas afectadas por los despidos en cada fase se realizará a nivel provincial, una vez deducidas las bajas producidas por la decisión empresarial sobre la aceptación de las propuestas de adhesión por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo para cubrir las necesidades originadas por la redistribución de cargas de trabajo y la necesidad de creación y dotación, también mediante la reasignación de puestos de trabajo, de centros que administren las cuentas y posiciones a liquidar. La designación de las personas que, una vez realizados los ajustes anteriores, se vean afectados por las

desvinculaciones se llevará a cabo teniendo en cuenta la valoración resultante de los procesos de evaluación realizados por la entidad respecto de perfil competencial, indicadores de potencial y cumplimiento de objetivos (en los que se tienen en cuenta factores de servicio al cliente, compromiso, rendimiento, trabajo en equipo y polivalencia). Los procesos de valoración se han extendido a la totalidad de los empleados, metodología y contenido común, han sido reforzados con entrevistas personales, han sido contrastados con la participación de los responsables directos de cada agrupación y se han revisado conforme a criterios homogéneos. La comunicación a los afectados por las desvinculaciones se realizará teniendo en cuenta la reducción del impacto en el negocio y en el servicio prestado al clientes, por lo que se deberán ir realizando de manera paulatina y acomodada al desarrollo general de los cierres, durante todo el periodo que dure el ajuste en cada territorio.”

CUARTO.- En el apartado E del Anexo III del Acuerdo de fecha 8/02/2013 (documento 65 del ramo de prueba de la actora), se establece el proceso de valoración Perfil Competencia de empleados, estableciendo en síntesis, que el primer paso ha sido establecer los criterios de valoración en términos de comportamientos observables en el día a día, estableciendo dos perfiles para la valoración, uno aplicable al equipo directivo y otro para el resto de empleados; el siguiente paso ha sido la valoración de los empleados, que se inició con el equipo directivo y que progresivamente se ha extendido a toda la organización, con las siguientes fases: Fase 1: A partir del conocimiento que los gestores de personas tienen de su colectivo, complementado con entrevistas, feedback con los superiores jerárquicos e información disponible de todos los empleados, se han evaluado a todos los empleados en base a los criterios anteriores;

Fase 2: Para asegurar la mayor fiabilidad de la información, la valoración realizada se ha contrastado y validado sucesivamente con los directores de las agrupaciones correspondientes: - En la red de empresas y particulares: primero con el Director de Zona/Director de Negocio y después con el

Director Territorial/Director Empresas.- En los departamentos dentrales primero con los Directivos de Area y después con el Director de la Agrupación.- Por último se han llevado a cabo procesos de validación de la información. Se han realizado los análisis estadísticos correspondientes, buscando garantizar una información final fiable, objetiva y sin riesgos.- QUINTO.- La demandada Bankia, por medio de cartas fechadas en abril de 2013, (documento 1 del ramo de prueba de la actora) comunica a los demandantes la extinción de su contrato con fecha de efectos de 11 de mayo de 2013, cuyo contenido se da por reproducido en su integridad, y en la que se establece lo siguiente: "Como consecuencia del referido proceso de negociación con fecha 8 de febrero de 2013 se ha suscrito con casi la totalidad de la representación de los trabajadores de Bankia un acuerdo para la reestructuración de Bankia, que prevé la adopción de diferentes medidas, entre ellas la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas hasta un máximo de 4.500 empleados.- Asimismo, dicho acuerdo establece la aplicación de un conjunto de criterios a la hora de determinar aquellos trabajadores que resulten afectados como consecuencia del proceso de reestructuración. En este sentido, se ha establecido que, dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional, la designación por parte de Bankia se efectuará, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general. La designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo.- De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional en la que Vd. presta servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 11 de mayo de 2013. Desde la fecha de la presente comunicación y hasta la fecha pre-

vista de extinción del contrato disfrutará de un permiso retribuido con el fin de buscar un nuevo empleo, en el que se encuadra la licencia retribuida establecida en el artículo 53 de Estatuto de los Trabajadores".- SEXTO.- Como consecuencia del proceso de unificación de 7 Cajas en la Entidad Bankia, en el año 2012 se realiza un sistema de evaluación individualizadora de cada trabajador, realizándose la evaluación de cada trabajador por el Técnico de Recursos Humanos al que estaba adscrito cada trabajador, realizándose posteriormente contraste y valoración de los resultados.- Los actores fueron valorados por Bankia por medios de informes de fechas 21 y 22/11/2012, en una escala de 1 al 10, con las siguientes valoraciones:

- A D. Erasmo: 3 puntos (folios 2576 a 2586 del ramo de Bankia)

- A D. Gabino: 3 puntos (folios 2716 a 2725 del ramo de prueba de Bankia)

- De DÑA. Custodia: 3,5 puntos (folios 2649 a 2660 del ramo de prueba de Bankia)

- De DÑA. Fermina: 2,25 puntos (folios 2620 a 2629 del ramo de prueba de Bankia)

- De D. Isidoro: 3,75 puntos (folios 2683 a 2695 del ramo de prueba de Bankia)

- De D. Marcial: 2,5 puntos (folios 2550 a 2560 del ramo de prueba de Bankia)

SÉPTIMO.- Como consecuencia del Procedimiento de Despido Colectivo de Bankia se han realizado 108 desvinculaciones por designación directa (despido) en la Red de Particulares de la Provincia de Madrid, de las cuales 66 corresponden a Comerciales, 17 corresponden a Subdirectores de Oficina y 25 corresponden a Directores de Oficina, entre los que se encuentra los demandantes (folios 127 a 135 del ramo de prueba de Bankia).- OCTAVO.- Se ha celebrado la perceptiva conciliación con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de BANKIA, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 9 de abril de 2014, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el re-

curso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 30 de Madrid, en autos nº 767/2013, seguidos a instancia de Erasmo, Gabino, Custodia, Fermina, Isidoro y Marcial contra BANKIA, S.A., SECCIONES SINDICALES EN BANKIA DE CC.OO., UGT, ACCAM, SATE y CSICA, en reclamación por DESPIDO, revocando la misma únicamente en cuanto al importe de la indemnización que se fija en las siguientes cuantías para:

- Erasmo 062.842,13 euros
- Gabino 152.742,67 euros
- Isidoro 111.679,62 euros
- Custodia 146.674,86 euros
- Fermina 112.465,00 euros
- Marcial: 146.213,09 euros

manteniendo el resto de los pronunciamientos. Devuélvase a la empresa el depósito y la diferencia entre los dos fallos condenatorios”.

Con fecha 11 de junio de 2014 se dictó auto aclarando la sentencia dictada en el presente recurso, en el que consta la siguiente parte dispositiva: “Que aclaramos el fallo de la sentencia de fecha 9/4/2014 dictada por esta Sala en el recurso de suplicación 1905/2013 en el sentido que el importe de la indemnización que les corresponde a los demandantes, en lugar de la fijada en el fallo de la sentencia de esta Sala es:

- Erasmo 062.842,13 euros
- Gabino 150.752,10 euros
- Isidoro 111.679,62 euros
- Custodia 144.775,97 euros
- Fermina 111.015,55 euros
- Marcial: 144.324,05 euros”

CUARTO.- Por la representación procesal de BANKIA, S.A., se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social de Madrid, de fecha 14 de febrero de 2014 (R. 1891/2013).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E

instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de febrero de 2016, suspendiéndose el mismo y señalándose para la Sala General del 24 de febrero de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La sentencia que se recurre.- Se recurre en las presentes actuaciones la STSJ Madrid 09/04/14 [rec. 1905/13] que acogió en parte el recurso formulado por la representación de “BANKIA, SA” y revocó —también en parte— la sentencia que en 16/09/13 [autos 767/13] había dictado el J/S nº 30 de los de Madrid, confirmando la declaración de improcedencia y modificando el importe de las indemnizaciones fijadas.

2.- El recurso de casación interpuesto.- Se formula el recurso de casación por la misma “BANKIA, SA”, con denuncia de haberse infringido los arts. 51.4, 53.1, 53.5 y 55.7 ET, y aportando como decisión de contraste la STSJ Madrid 14/02/14 [rec. 1891/13].

Ambas decisiones contrastadas son de signo opuesto y van referidas a los despidos individuales adoptados como consecuencia de un mismo procedimiento de despido colectivo —que afecta hasta un máximo de 4.500 empleados—, siendo de igual tenor literal las cartas por las que se puso fin a la relación laboral, pero si bien la sentencia recurrida consideró que el despido era improcedente, por insuficiencia de la carta de cese, la referencial lo consideró ajustado a derecho, al entender que los términos de la carta se ajustaban a las prescripciones legales y que ninguna indefensión se había causado a la trabajadora accionante. Con lo que se evidencia que entre las decisiones contrastadas media el presupuesto de admisibilidad —la contradicción— que requiere el art. 219 LRJS, en tanto que estamos en presencia de dos pronunciamientos de signo opuesto en litigios prácticamente idénticos en sus hechos, fundamentos y pretensiones (entre las recientes, SSTs 13/07/15 —rcud 1165/14—; 22/07/15 —rcud 2127/14—; y 03/11/15 —rcud 2070/14—).

3.- El núcleo del debate.- Como es colegible de las precedentes indicaciones, la cuestión debatida en autos se reduce a decidir si se ajusta a derecho —suficiencia— el contenido de la carta de despido individual comunicada a los trabajadores afectados por el PDC de autos, lo que impone examinar la exigencia legal al respecto, para acto continuo ponerla en relación con la comunicación extintiva a la que el debate se refiere.

SEGUNDO.- 1.- La exigencia de comunicación antes de la Ley 3/2012.- No parece estar de más recordar que con anterioridad a la reforma laboral de 2012 la doctrina unificada sostenía que la comunicación del cese en los despidos colectivos ni tan siquiera comportaba las exigencias formales establecidas para los despidos objetivos, puesto que el art. 53 ET estaba pensado exclusivamente para el despido objetivo del art. 52 del ET y que no era posible aplicarlo por analogía en el PDC al no existir “identidad de razón” [art. 4.1 CC]. Y se razonaba al efecto que aunque se trata de ceses por las mismas causas [económicas, técnicas, organizativas o de producción] su regulación es del todo diferente, siendo destacable que el despido objetivo se lleva a cabo por decisión exclusiva del empresario, sin control previo sobre la existencia de causa legal, sino posterior en proceso iniciado por el trabajador, y que por ello se justificaba —en aras al derecho de defensa— la comunicación por escrito con expresión de la causa de la extinción; pero que en los despidos colectivos la decisión del empresario se realizaba tras unos trámites en los que se había debatido, estudiado y negociado la existencia de las causas, que en su caso admitía la Autoridad laboral en su resolución administrativa, por lo que basta —se decía— con que el trabajador afectado conozca esta última sin necesidad de la empresa le entregue un escrito en el que reproduzca las causas del despido (así, SSTS 20/10/05 —rcud 4153/04—; y 10/07/07 —rcud 636/05—).

2.- La comunicación del despido tras la Ley 3/2012.- Sin embargo, a virtud de la reforma operada por la Ley 3/2012 [6/Julio], el art. 51.4 ET dispone —para los PDC— que tras haberse alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, “el

empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley”; remisión en la que insiste el art. 14.1 RD 1483//2012 [29/Octubre], al prescribir que la notificación de los despidos de manera individual a los trabajadores afectados se “deberá realizar en los términos y condiciones establecidos en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores”. Y este precepto refiere exclusivamente que “[l]a adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa...”.

3.- Pronunciamientos de la Sala en orden al despido objetivo.- El nudo del debate es, pues, el alcance que haya de darse a la expresión “causa” utilizada por la norma; concepto para cuyo entendimiento procede destacar algunos pronunciamientos previos de esta Sala y relativos al despido objetivo:

a) Para dar cumplimiento a la exigencia legal de expresar la “causa” no basta con la mención del tipo genérico de causa o de la causa remota, sino que han de señalarse las causas “motivadoras” concretas (SSTS 30/03/10 —rcud 1068/09—; ... 19/09/11 —rcud 4056/10—; ... 02/06/14 —rcud 2534/13—; y 12/05/15 —rcud 1731/14—).

b) La referencia a la “causa” en la carta del despido objetivo [art. 53.1.a ET] es equivalente a “hechos que lo motivan” en la carta de despido disciplinario [art. 55.1 ET] y debe consistir en “los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas... a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión extintiva empresarial, y, en el supuesto de despido objetivo, los datos fácticos suficientes que configuran el concepto de causas “económicas, técnicas, organizativas o de producción” establecido en el art. 51.1.II y III ET al que también se remite el art. 52.c) ET...; ... la comunicación escrita... debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco... de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllas, pueda impugnar la deci-

sión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa” (STS 12/05/15 —rcud 1731/14—).

c) Aparte de ello, “ni en relación al contenido de la carta de despido, ni en relación a la actividad probatoria a los efectos de los artículos 105.2, 108.1 y 122.1 LRJS, se le puede exigir a la empresa nada más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 ET en relación, en este caso, a lo establecido en el art. 52.c) ET” (STS —Pleno— 24/11/15 —rcud 1681/14—).

TERCERO.- 1.- Acerca de la “causa” a expresar en el despido colectivo.- Coherentemente con tales precedentes, atendiendo a que la interpretación de las normas ha de realizarse conforme a los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 3 CC, y que entre estas reglas interpretativas adquiere singular relevancia el elemento de la literalidad, que ordena al intérprete estar “al sentido propio de sus palabras” (SSTS 03/02/00 —rec. 2229/1999—; ... 09/12/10 —rcud 321/10—; 09/02/11 —rcud 3369/09—; y 20/06/12 —rcud 2931/11—), la expresión “causa” utilizada por el art. 53.1.a) ET debe interpretarse como alusiva a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tal como ha sido reiteradamente entendido por esta Sala, como en el apartado anterior hemos indicado.

Por ello, la remisión que actualmente hace el art. 51.4 hace al art. 53.1 —ambos ET— para concretar las formalidades de la comunicación individual de la decisión extintiva, implica la consecuencia de que —en principio— deba afirmarse que la carta notificando el despido individual en los PDC ha de revestir —en general— las mismas formalidades que la comunicación del despido objetivo, precisamente porque la remisión se hace sin precisión singular alguna.

2.- Transcendencia —en la expresión de la “causa”— del proceso negociador.- Ahora bien, la existencia de negociaciones previas, su preceptivo contenido y la calidad de los sujetos intervinientes, determinan —en línea argumental similar a la seguida por la Sala antes de la Reforma Laboral, pero sin llegar a la misma consecuencia— que entre las decisiones extintivas del despido objetivo y del colectivo medie una decisiva

diferencia —el proceso negociador— que por fuerza ha de tener reflejo en las exigencias de su comunicación formal. Así:

a) El despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral del empresario y sin control previo sobre la concurrencia de las causas en que se basa, de manera que la revisión de su procedencia únicamente puede hacerse —se hace— en el proceso judicial que inste el trabajador impugnando la decisión extintiva. Y esta unilateralidad en la gestación decisoria justifica que “para hacer posible la adecuada y correcta defensa jurídica de la pretensión impugnatoria del trabajador en ese proceso judicial, la Ley imponga como obligación esencial para la validez del despido objetivo que el empresario le comunique por escrito ese despido con expresión de sus causas” (SSTS 20/10/05 —rcud 4153/04—; y 12/05/15 —rcud 1731/14—), y que esa enunciación de la causa deba acompañarse de datos objetivos que excluyan toda posibilidad de indefensión para el trabajador que impugna la extinción de su contrato.

b) Muy diversamente, desde el momento en que el PDC requiere una previa negociación con los representantes de los trabajadores, aquella necesidad de formal comunicación de la causa al trabajador afectado queda atemperada precisamente por la existencia de la propia negociación, hasta el punto de que se deba “conectar lo acaecido en el periodo colectivo con la comunicación individualizada, [rebajando las exigencias interpretativas que valen para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales]”, de manera que “... en todo caso... el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza” (STS SG 23/09/14 —rco 231/13—, FJ 6.C); y que de esta manera haya de admitirse la suficiencia de la comunicación extintiva efectuada a los trabajadores, cuando la misma refiere el acuerdo alcanzado con sus representantes legales en el marco de un ERE, del que aquellos informan al colectivo social (STS 02/06/14 —rcud 2534/13—).

Precisamente por ello entendemos que la mejora introducida por la Reforma de 2012, extendiendo a la comunicación individual del despido —en

los PDC— la formalidad propia de la establecida para el despido objetivo, no puede distorsionarse llegando al injustificado extremo interpretativo de entender que el despido colectivo pase a tener aún mayor formalidad que el despido objetivo y que se limita a la exclusiva referencia a la “causa” [nos remitimos a la doctrina expuesta por la citada STS —Pleno— 24/11/15 rcud 1681/14: “nada más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 ET “]. En todo caso, de existir alguna diferencia, más bien ha de serlo en el sentido de atenuar el formalismo cuando se trata del PDC, precisamente porque el mismo va precedido de documentadas negociaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores. Y en este sentido habrán de entenderse algunas de las consideraciones que la Sala pudiera haber efectuado con anterioridad, y que iban referidas a supuestos en los que la parquedad de la carta de despido no se ajustaba tampoco a las formalidades que en esta resolución hemos proclamado de debido cumplimiento, en aras a las prescripciones legales y al derecho de defensa del trabajador.

CUARTO.- 1.- Innesecaria reproducción —en la comunicación— de los criterios de selección.- Siendo ello así, parece razonable entender que en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones:

a) En plano de estricta legalidad, porque tal requisito está ausente en el art. 53.1 ET y en la remisión legal que al mismo hace el art. 54.1, de manera que su exigencia desbordaría el mandato legal; y porque —en igual línea normativa— el art. 122.1 LRJS dispone que se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario “acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita”, y tal referencia textual —en cursiva— invita a sostener que para el legislador la “causa legal” es el único dato que ha de constar en la comunicación extintiva.

b) Atendiendo a consideraciones finalísticas, porque resultaría formalismo innecesario —y en todo caso enervante— exigir que se comunique de manera individual a los trabajadores

aquellos datos que no sólo es razonable suponer que se han conocido materialmente por ellos en el curso de las negociaciones, en tanto que la decisión extintiva de la empresa se ha adoptado con activa intervención e incluso acuerdo de la representación —legal o sindical— de los trabajadores, que obligadamente han de informarles de las gestiones y sus resultados [art. 64.7.e) ET], sino que en todo caso el general conocimiento de tales datos por los sujetos representados bien pudiera entenderse como consecuencia directa del significado que tiene por sí misma la figura del mandato legal representativo [art. 1259 CC], pues sin perjuicio de la singularidad que ofrece el mandato propio de la RL [gestiona intereses, más que voluntades], de todas formas no parece dudoso que su válida actuación “alieno nomine” y la eficacia jurídica de sus actos respecto del “dominus negotii” —personal representado— se extiende al íntegro objeto material que fije la norma de la que trae causa [aquí, el art. 51 ET], salvo que la propia disposición legal imponga —éste no es el caso— otra cosa o la intervención personal de los trabajadores afectados. Y

c) Desde una perspectiva eminentemente práctica, tampoco resultaría en absoluto razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar —de manera expresa y pormenorizada— los prolijos criterios de selección que normalmente han de utilizarse en los PDC que afecten —como es el caso— a grandes empresas y numerosos afectados, dándole así a la indicada carta de despido una extensión tan desmesurada como —por lo dicho— innecesaria.

2.- Inexigible constancia —en la carta de despido— de la concreta aplicación de los criterios al personal afectado.- Por estas mismas consideraciones —y alguna más— también excluimos la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el PDC de que se trate. A nuestro juicio la respuesta ha de ser contraria a tal exigencia, por tres razones:

a) En primer lugar porque —reiteramos lo dicho a propósito de los criterios de selección en sí mismos considerados— el precepto nada indica al respecto y la pretensión excede del mandato legal, que se limita a la expresión de la “causa”.

b) Además, el adecuado cumplimiento de la exigencia —de proceder— supondría no sólo relatar la valoración individual del concreto trabajador notificado, sino también la de sus restantes compañeros con los que precisamente habría de realizarse el juicio de comparación, lo que en la mayor parte de los supuestos daría lugar a que la carta de despido tuviese —cuando menos tratándose de un PDC— una dimensión ajena a toda consideración razonable. Y

c) En último término, porque el derecho de defensa que corresponde al hipotético trabajador demandante, queda en todo caso garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda [si duda de la legalidad de los criterios y/o de su correcta aplicación], acudiendo —a tales efectos— a los actos preparatorios y diligencias preliminares que regula la normativa procesal [arts. 76 y 77 LRJS; y art. 256 LECiv], así como a la solicitud de oportuna aportación documental por parte de la empresa, para de esta forma acceder a todos los datos que le permitan comparar su concreta situación con la de sus compañeros no despedidos y —en su caso— poder combatir la concreta aplicación de los criterios de selección llevado a cabo por la demandada.

3.- Los dos planos —laboral/procesal— de la necesaria justificación del despido.- En síntesis, nuestra posición en torno a la justificación del despido individual producido en el marco de un PDC es la que sigue:

a) La comunicación individual al trabajador afectado tiene por obligada indicación —exclusivamente— la expresión de la concreta “causa motivadora” del despido [económica, técnica o productiva], en términos compatibles con el derecho de defensa del interesado a los que más arriba nos hemos referido [precedente apartado “1.a)” de este mismo FJ], proporcionando —como indicamos— detalles que permitan al

trabajador tener un conocimiento claro e inequívoco de los hechos generadores de su despido; y ello —además— en el marco de una posible contextualización de las previas negociaciones colectivas, que puedan proporcionar el acceso a elementos fácticos que complementen los términos de la comunicación escrita [vid. apartado 1.b) de este mismo FJ]. Y

b) Los criterios de selección y su concreta aplicación al trabajador individualmente considerado, solamente han de pasar al primer plano de documentación para el supuesto de que se cuestionen en oportuna demanda —por los afectados— los propios criterios de selección y/o su específica aplicación a los singulares trabajadores; demanda que bien pudiera ser preparada o precedida de aquellas medidas —diligencias preliminares; actos preparatorios; solicitud de aportación de documental— que autoriza la Ley y que permiten al trabajador la adecuada defensa de sus derechos e interés legítimos [nos remitimos a los ya citados arts. 76 y 77 LRJS; y art. 256 LECiv].

QUINTO.- 1.- Censura de la sentencia recurrida a la concreta comunicación de despido en el caso que se debate.- Para la decisión del TSJ que se recurre, la censura que cabe hacer a la carta de despido entregada en autos es que en ella “no se indica la valoración que ha obtenido cada demandante, ni que se les haya notificado sus resultados con anterioridad al Acuerdo mencionado [el de 08/02/2013], ni la nota de corte para poder determinar si se han cesado a los que menos puntuación han obtenido... Al no conocer los demandantes su valoración no sólo no pueden defenderse adecuadamente sino que se les ha privado de la posibilidad de adherirse a las bajas indemnizadas... La recurrente hace referencia a una valoración efectuada en el año 2012 de toda la plantilla... pero no consta... que a los demandantes se les haya notificado los resultados de la valoración... con anterioridad a la decisión adoptada por la empresa...”.

2.- Posición —diversa— que este Tribunal mantiene al respecto.- Pero ni la doctrina expuesta en los dos procedentes fundamentos jurídicos, ni las circunstancias del caso debatido nos permiten

coincidir con las indicadas razones de la decisión objeto de recurso y así alcanzar con ella su misma consecuencia. La carta de despido no sólo refiere detalladamente la causa legitimadora del PDC, que es —como vimos— la única exigencia legal, relatando de manera suficiente la existencia de cuantiosas pérdidas y la exigencia de un Plan de Reestructuración, aprobado por la Comisión Europea y suscrito por el Reino de España; sino que asimismo también refiere —al menos en parte— el extenso Acuerdo obtenido con la RLT de 08/02/13; e igualmente reproduce también de forma parcial —aunque suficiente— los criterios de selección que en el mismo constan; y señala su concreta aplicación en el caso, “de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general”. Esta valoración individual a que se refiere la comunicación, es de la que trata con detalle el Acuerdo [Anexo III.E] al que la carta se remite y que había sido llevada a cabo por la empresa en el año 2012, y que en el concreto caso de los demandantes de autos alcanzó —en una escala entre 0 y 10— desde los 2,25 puntos de Sra. Fermina a los 3,75 puntos del Sr. Isidoro. Y si bien es cierto que no consta que tal valoración individualizada hubiese sido personalmente notificada a los singulares trabajadores con anterioridad al despido, no lo es menos que su conocimiento por los afectados no sólo es consecuencia del trascendente significado —arriba destacado— que debe atribuirse a la representación ostentada por los negociadores del PDC, sino que tal conocimiento era en todo caso procesalmente obtenible empleando una mínima diligencia [también nos remitimos a los ya referidos arts. 76 y 77 LRJS]; aparte de que, como sostiene la sentencia referencial y no duda en reiterar el Ministerio Fiscal, pretender que los criterios de selección y las puntuaciones obtenidas por los trabajadores en la evaluación general de 2012 “no eran conocidos por la plantilla, no es razonable, máxime cuando el despido colectivo tuvo repercusión social importante...”. Por lo que hemos de concluir diciendo, en línea con la decisión de contraste, que si bien la carta de

comunicación del cese pudo haber sido más detallada en la exposición de los criterios selectivos y en la concreta aplicación de los mismos a cada uno de los trabajadores afectados, en todo caso cumplió las exigencias legales y no es susceptible de reproche formal alguno trascendente.

SEXO.- Corolario: la estimación del recurso.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar —en plena concordancia con el Ministerio Fiscal— que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que —en consecuencia— la recurrida ha de ser casada y anulada. Con devolución del depósito y de la consignación o aseguramiento [art. 228 LRJS], y sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

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

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de “BANKIA, SA” y revocamos la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en fecha 09/Abril/2014 [rec. 1905/13], que a su vez había confirmado sustancialmente la resolución —estimatoria de la demanda— que en 16/Septiembre/2013 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid [autos 767/13]. Y en consecuencia, resolviendo el debate en Suplicación, desestimamos la demanda que en reclamación por despido ha sido formulada por D. Erasmo, D. Gabino, D. Isidoro, DÑA. Custodia, DÑA. Fermina y D. Marcial.

Se acuerda la devolución del depósito constituido y de la consignación o aseguramiento, lo que se resuelve sin imposición de costas a ninguna de las partes. Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Jesús Gullón Rodríguez Fernando Salinas Molina
María Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernández

José Luis Gilolmo López María Luisa Segoviano Astaburuaga

José Manuel López García de la Serrana Rosa
María Virolés Piñol

María Lourdes Arastey Sahún Miguel Ángel Luelmo Millán

Antonio V. Sempere Navarro Ángel Blasco Pellicer

Sebastián Moralo Gallego Jesús Souto Prieto

Jordi Agustí Juliá

VOTO PARTICULAR:

QUE FORMULAN CONJUNTAMENTE LOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS DON Fernando Salinas Molina, DOÑA María Luisa Segoviano Astaburuaga, DOÑA Rosa María Virolés Piñol Y DON Jordi Agustí Juliá.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulamos voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 2507/2014, por discrepar, —siempre con la mayor consideración y respeto—, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución.

I.- Puntos básicos de la discrepancia. En síntesis, dado que:

a) De nuevo sentimos tener que constatar y advertir que la doctrina que sienta la sentencia mayoritaria constituye otro paso más en el muy importarte retroceso en las facultades de control judicial del despido, esta vez respecto de los despidos individuales derivados de un despido colectivo ex art. 51 ET, —marcha atrás ya iniciada en la STS/IV 24-noviembre-2015 (rcud 1681/2014, Pleno, con dos votos particulares discrepantes), en la que se afirmaba en relación con los despidos objetivos ex art. 52.c) ET que acreditada la causa, la elección del puesto de trabajo a extinguir corresponde al empresario y su decisión, que debe enmarcarse en el ámbito de afectación del despido, solo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios—; con olvido, de nuevo, de la propia jurisprudencia de esta Sala, de los convenios y tratados internacionales suscritos por España (arts. 4 y 9 Convenio nº 158 OIT, 10.2 y 96.1 CE) e incluso de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que salva

los puntos más conflictivos de la reforma laboral ex Ley 3/2012, de 6 de julio pero siempre que exista la posibilidad de un control judicial pleno sobre las decisiones empresariales (art. 5.1 LOPJ, STC 8/2015 de 22 de enero) y ahora, además, omisión de lo que significa el presupuesto exigible en los despidos colectivos de determinar “los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido” (art. 3.3.v Directiva 98/59/CE del Consejo de 20-07-1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos) con desarrollo en el art. 51.2.v ET ya desde el inicio del periodo de consultas (“La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores... En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos: ...e/ Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”).

b) El propio Tribunal Constitucional, —en la citada STC 8/2015 de 22 de enero, sobre la reforma ex Ley 3/2012—, y aunque referido al art. 41 ET, equipara a los efectos del control judicial las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo individuales con las colectivas, argumentando, en esencia, que “Como puede observarse, el precepto impugnado somete la decisión empresarial al control judicial ante la jurisdicción social, en todo caso, al ser reclamable la decisión modificativa tanto individual como colectivamente, por lo que, como apunta el Abogado del Estado, no cabe apreciar limitación objetiva o subjetiva del enjuiciamiento judicial de la decisión del empresario adoptada al amparo del art. 41 LET impugnado”

c) Difícilmente, —también en este caso de despido individual derivado de despido colectivo—, con la tesis adoptada mayoritariamente en la sentencia que objetamos, los jueces y tribunales van a poder controlar jurisdiccionalmente un despido ex art. 51 ET en orden a la concreta elección del trabajador despedido, sí resulta que el empresario no tiene ni siquiera que es-

cuetamente reflejarlos en la carta del despido, y puede permitirse también el lujo de comunicar el despido sin indicarle al trabajador despedido que criterio de selección le ha llevado a incluirlo en el despido colectivo, como resulta en el presente supuesto, en el que se afirma con rotundidad en la sentencia mayoritaria la “Inexigible constancia —en la carta de despido— de la concreta aplicación de los criterios al personal afectado” y que “excluimos la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el PDC de que se trate” (FD 4.1); por lo que si el trabajador no lo conoce tampoco lo va a conocer el órgano judicial que no podrá determinar, aunque no se discutan en el litigio los criterios generales de selección adoptados por el empresario o convenidos con la representación de los trabajadores, la posible regularidad aplicativa de dichos criterios generales a la concreta elección del trabajador despedido, es decir, como establece el citado art. 3.3.v) Directiva 98/59/CE “los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos”.

c) Si ya en el Voto particular que emitimos a la referida STS/IV 24-noviembre-2015 (rcud 1681/2014, Pleno, con dos votos particulares discrepantes) afirmábamos que “No encontramos sentido a que en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE y, entre otras, STC 192/2003) en el que se protege el derecho al trabajo (art. 35 CE) en su manifestación del derecho a no ser despedido sino existe justa causa (entre otras, SSTC 22 / 1981, 125/1994, 192/2003 e incluso en la citada STC 8/2015 de 22 de enero), —y también con olvido de la propia jurisprudencia de esta Sala (entre otras, STS/IV 20- enero-2015 —rcud 401/2014—),—, ante dos supuestos de despidos fundados en “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, los del art. 51 o los del art. 52.c) ET, diferenciados legalmente por el mero hecho de que se superen o no los umbrales numéricos y de centro de trabajo que se establecen en el art. 51.1 ET en desarrollo de la Directiva 98/59/CE del

Consejo, de 20-julio-1998 (relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos) y ahora con referencia también a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, SSTJUE 7-diciembre-1995 C-499/93, Rockfon; 15-febrero-2007 C-270/05, Athinaiki Chartopoiia AE; 30-abril-2015 C-80/14, Sindicato USDAW; 13-mayo-2015 C-182/13, Valerie Lyttle y otros y 13-mayo-2015 C-393/13, Rabel Cañas), en el primer supuesto sea un requisito necesario para la regularidad del despido la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados con pleno control judicial de los mismos y en el segundo supuesto el empresario no tenga que indicarlos (sin perjuicio, de que luego se dejaran a salvo los criterios de oportunidad como facultad empresarial) con lo que los trabajadores afectados no los conocen y el juez no podrá controlarlos”, resulta que ahora, en la actual sentencia mayoritaria, se da el advertido paso atrás en el control judicial de la regularidad del despido, puesto que a estos fines del contenido de la carta respecto a la determinación del trabajador despedido se equiparan los despidos individuales o plurales ex art. 52.c) con los despidos individuales derivados del despido colectivo ex art. 51 ET, afirmando dicha sentencia que “la remisión que actualmente hace el art. 51.4 hace al art. 53.1 —ambos ET— para concretar las formalidades de la comunicación individual de la decisión extintiva, implica la consecuencia de que —en principio— deba afirmarse que la carta notificando el despido individual en los PDC ha de revestir —en general— las mismas formalidades que la comunicación del despido objetivo, precisamente porque la remisión se hace sin precisión singular alguna” (FD 3.1).

d) En la sentencia mayoritaria, como luego analizamos, sin motivar el cambio de criterio y sin afirmar que se cambia el mismo, se está realmente cambiando, —por motivos esencialmente literales y formales, así como de dimensionamiento de la carta de despido— la doctrina contenida en diversas sentencias de esta Sala de casación, con merma, entendemos, de la igualdad, seguridad

jurídica y de la tutela judicial efectiva ex arts. 9, 10 y 24 CE.

II.- Discrepancia con puntos concretos argumentales de la sentencia mayoritaria. Pasando a analizar los argumentos contenidos en la sentencia mayoritaria, de la que discrepamos, siguiendo el orden establecido en la misma, cabe destacar:

II. 1.- El núcleo del debate, como se afirma en ella (FD 1.3), “se reduce a decidir si se ajusta a derecho —suficiencia— el contenido de la carta de despido individual comunicada a los trabajadores afectados por el PDC de autos”, lo único que se cuestionaba era la aplicación de los criterios de selección al caso concreto y no la existencia de la causa extintiva ni los criterios generales de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

La carta de despido remitida a los trabajadores despedidos en el presente litigio se limitaba a afirmar en todas y en cada una de ellas, en términos absolutamente iguales, que: “Como consecuencia del referido proceso de negociación con fecha 8 de febrero de 2013 se ha suscrito con casi la totalidad de la representación de los trabajadores de Bankia un acuerdo para la reestructuración de Bankia, que prevé la adopción de diferentes medidas, entre ellas la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas hasta un máximo de 4.500 empleados.- Asimismo, dicho acuerdo establece la aplicación de un conjunto de criterios a la hora de determinar aquellos trabajadores que resulten afectados como consecuencia del proceso de reestructuración. En este sentido, se ha establecido que, dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional, la designación por parte de Bankia se efectuará, de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general. La designación se producirá una vez descontadas las bajas producidas por la aceptación de la Entidad de las propuestas de adhesión en dicho ámbito y la consideración de las personas que, en su caso, se vean afectadas por procesos de movilidad geográfica y cambio de puesto de trabajo.- De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación den-

tro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional en la que Vd. presta servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 11 de mayo de 2013”.

En la sentencia invocada como de contarte, la carta de despido era exactamente igual y se afirmaba que “los demás despedidos de Bankia lo han sido empleando el mismo modelo de carta” (HP 3º).

En ninguna de dichas cartas se hacía referencia a una valoración de los trabajadores efectuada años antes por la empresa, en el año 2012, en la que estuvieran incluidos los trabajadores ahora despedidos, ni que la misma hubiera sido notificada a los afectados.

¿Es posible con la lectura de tales extremos de la carta de despido (“De conformidad con la aplicación de dichos criterios de afectación dentro del ámbito provincial o agrupación/unidad funcional en la que Vd. presta servicios y como consecuencia de las razones expuestas, le comunico que se ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día...”.) poderle explicar con acierto al trabajador afectado, incluso por un jurista experto, el motivo por el que ha sido elegido por la empresa y no lo ha sido otro trabajador? ¿Basta con remitir la misma carta a todos los despedidos para que entienda cada uno de los afectados, con relación a los demás, el motivo de su selección?, ¿Puede el trabajador afectado defenderse adecuadamente y el Juez controlar razonablemente la decisión empresarial?

Entendemos, sinceramente, que es muy difícil dar una respuesta afirmativa, salvo que, —como parece deducirse de la sentencia mayoritaria—, esa no fuera realmente la cuestión debatida a pesar de lo que afirma, sino que realmente es que no hay que especificarle nada al trabajador acerca de los motivos por los que ha sido elegido y sin que ello le genere indefensión, bastando, de hecho, con comunicarle la fecha del despido de no cuestionarse otros extremos. ¿Para qué sirve entonces la carta de despido en estos casos, de no cuestionarse otros extremos?

II.2.- Se efectúa en la sentencia mayoritaria una referencia histórica a la exigencia de comunicación del cese en los despidos colectivos antes de la Ley 3/2012 (debería, quizá, hacerse referencia al RDL 3/2012) tras la autorización obtenida de la Autoridad laboral, para concluir, con cita de nuestra jurisprudencia, que no adoptándose la decisión extintiva por decisión exclusiva del empresario y habiendo existiendo un previo control por dicha Autoridad en su resolución administrativa “basta —se decía— con que el trabajador afectado conozca esta última sin necesidad de la empresa le entregue un escrito en el que reproduzca las causas del despido (así, SSTS 20/10/05 —rcud 4153/04—; y 10/07/07 —rcud 636/05—)” (FD 3.1).

Ciertamente la indicada era una de las posibles causas de la inexistencia de requisitos en la comunicación individual, ya que incluso muchas veces las resoluciones administrativas contenían la relación de los trabajadores afectados (como ahora también se efectúa, como regla, en los expedientes extintivos colectivos llevados a cabo por los Juzgados de lo Mercantil). Pero lo importante, para evitar la indefensión, era que la jurisprudencia contencioso-administrativa había finalmente reconocido la condición de afectados a los trabajadores individuales, por lo que los problemas se dilucidaban en su caso, en dicha vía contra la resolución administrativa y no mediante la impugnación individual del contenido de la carta.

Es más, esta Sala con un loable criterio extensivo de la competencia del orden jurisdiccional social y en aras a la tutela judicial efectiva para evitar la indefensión de los trabajadores afectados por un ERE extintivo en el que no constaban las causas por las que había sido seleccionados, declaró desde antiguo, entre otras muchas, en la STS/IV 30-septiembre-1999 (rcud 4811/1998), que:

“La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre atribución de competencia al orden social o al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción para conocer de determinados asuntos litigiosos en materia de relaciones de trabajo.

Se trata en concreto de los procesos entablados frente a los actos del empresario de extinción de relaciones de trabajo con base en una autorización administrativa de despido colectivo en la que el proyecto de despido colectivo autorizado no precisaba los nombres de los trabajadores afectados, limitándose a indicar, como ordena el art. 6 del RD 43/1996 de 19 de enero, de un lado el número y categoría de los mismos, y de otro los criterios generales (fijados en el caso en el período de consultas a que se refiere el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores) a que se habían de atener los actos o decisiones del empresario de especificación o concreción de los contratos extinguidos”.

“Sobre la cuestión en litigio se ha pronunciado ya esta Sala de lo Social en numerosas sentencias recientes; entre ellas las de 17 de marzo, 5 de junio de 1999, y 20 y 28 de julio de 1999. Varias de estas sentencias han sido dictadas por cierto en recursos en que la parte recurrente seleccionó la misma sentencia de contraste invocada en el presente caso. Las citadas sentencias de unificación de doctrina han asignado la competencia controvertida a la jurisdicción social, doctrina jurisprudencial que debe ser reiterada en la decisión del presente caso.

Las razones para mantener esta decisión, ya señaladas en nuestras sentencias precedentes, se pueden resumir como sigue: 1) el acto de despido consecuente a la autorización administrativa de un proyecto de despido colectivo es siempre un acto distinto de tal autorización; 2) dicho acto o declaración de voluntad del empresario puede y debe ser separado a efectos de impugnación jurisdiccional de la autorización administrativa antecedente, si el objeto de la impugnación es la aplicación de los criterios o preceptos establecidos para la identificación de los trabajadores afectados, y siempre y cuando, como sucede en la legislación actualmente en vigor en la autorización administrativa no se hayan indicado los nombres de los trabajadores afectados; y 3) establecida la posibilidad de impugnación separada en los supuestos señalados, el orden jurisdiccional que debe conocer del asunto es el social, al corresponder a él las controversias relativas a la

extinción de los contratos de trabajo en que son partes empresarios y trabajadores.

La concordancia de esta doctrina jurisprudencial con los precedentes de la Sala de conflictos de competencia y de las propias Salas tercera y cuarta del Tribunal Supremo se exponen con detalle en nuestras sentencias de 17 de marzo y 5 de junio pasados, a las que remitimos”.

Se posibilitaba, incluso en estos casos, por nuestra clásica jurisprudencia un control sobre la decisión empresarial que la sentencia mayoritaria, entendemos, ahora deniega, aun tratándose de decisiones extintivas colectivas adoptadas por el empresario.

Pero es que, además, esa tutela judicial se contemplaba en la LRJS antes del RDL 3/2012 al tener la jurisdicción social la competencia para conocer de la impugnación de dichos actos administrativos, lo que se efectuaba en un único procedimiento con presencia de todos los afectados, por lo que en ese sistema perdían sentido la posibles comunicaciones ulteriores a los trabajadores afectados, pues ya se habían debatido en el proceso único todas las cuestiones incluida, en su caso, la concreta selección de los trabajadores afectados. Recordemos que el art. 151.5 LRJS sigue disponiendo que “Estarán legitimados para promover el proceso, los destinatarios del acto o resolución impugnada o quienes ostenten derechos o intereses legítimos en su revocación o anulación. La legitimación pasiva corresponde a la Administración o Entidad pública autora del acto” y que “Los empresarios y los trabajadores afectados o los causahabientes de ambos, así como aquellos terceros a los que pudieran alcanzar las responsabilidades derivadas de los hechos considerados por el acto objeto de impugnación y quienes pudieran haber resultado perjudicados por los mismos, podrán comparecer como parte en el procedimiento y serán emplazados al efecto, en especial cuando se trate de enjuiciar hechos que pudieran ser constitutivos de accidente de trabajo o enfermedad profesional”; así como que, además, esa modalidad procesal es aplicable a los despidos colectivos por fuerza mayor en los que se sigue exigiendo autorización administrativa previa (art. 151.11 LRJS).

II.3.- Acudiendo a una interpretación exclusivamente literal del art. 51.4 (“Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley”) en relación con el 53.1.a) (“La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: a/ Comunicación escrita al trabajador expresando la causa...”) ET, entiende la sentencia mayoritaria ahora cuestionada que lo único que, en cuanto ahora afecta, se exige actualmente tras la reforma del año 2012 en la notificación individual de los despidos a los trabajadores afectados por un despido colectivo es la expresión de la “causa”, y analiza sentencia de esta Sala sobre despidos objetivos ex art. 52.c) ET y como se ha interpretado el concepto de causa y su suficiencia (FD 2º.2 y 3).

Curiosamente en este apartado, —comparando su doctrina y sin intentar variarla, ni siquiera tácitamente— la sentencia mayoritaria hace referencia a la STS/IV 12-mayo-2015 (rcud 1731/2014), indicando que “La referencia a la “causa” en la carta del despido objetivo [art. 53.1.a ET] es equivalente a “hechos que lo motivan” en la carta de despido disciplinario [art. 55.1 ET] y debe consistir en “los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas... a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión extintiva empresarial, y, en el supuesto de despido objetivo, los datos fácticos suficientes que configuran el concepto de causas “económicas, técnicas, organizativas o de producción” establecido en el art. 51.1.II y III ET al que también se remite el art. 52.c) ET...; ... la comunicación escrita... debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco... de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa” (STS 12/05/15 —rcud 1731/14—)”.

Sin embargo, en dicha sentencia lo que se analiza precisamente no es un despido objetivo ex art. 52.c) ET, —aunque se utilice genéricamente esa expresión comprensiva de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, con independencia del número de trabajadores afectados—, sino la comunicación de un despido individual derivado de un despido colectivo y se sienta un doctrina garantista sobre el exigible contenido de la comunicación escrita de despido en los supuestos derivados de despidos colectivos, señalando que:

“La trascendencia de la determinación del contenido mínimo de la comunicación escrita empresarial en la que se procede a un despido con invocación de causas objetivas, estriba en la finalidad de evitar la indefensión del trabajador despedido que debe conocer de forma suficiente la “causa” del acuerdo empresarial de extinción para poder actuar en condiciones de igualdad en el proceso (arts. 9.2, 14 y 24.1 Constitución —CE—).

... Con tal propósito garantista, la normativa sustantiva y procesal constituye la referida “causa” como elemento delimitador del objeto probatorio del juicio de despido, puesto que “para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido” (art. 120 en relación con art. 105.2 antes LPL y ahora en los mismos preceptos LRJS) y de la carga probatoria del empresario al que le corresponde “la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo” (art. 120 en relación 105.1 antes LPL y ahora en los mismos preceptos LRJS) o, utilizando los términos de la normativa procesal civil, “la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico” correspondiente a su pretensión (art. 217.2 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC—); derivadamente se configura como referencia, también, para fijar el concreto contenido de los hechos declarados probados de la sentencia (art. 97.2 LPL y ahora el mismo precepto LRJS y art.

209.2ª LEC) y como determinador del sentido del fallo, pues la procedencia, en su caso, de la decisión extintiva por causas objetivas solamente deberá efectuarse, como de forma expresa se establece legalmente, “cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita” (art. 122.1 LPL y ahora el mismo precepto LRJS), comportando actualmente la declaración de improcedencia de la tal tipo de decisión extintiva “cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (art. 122.3 LRJS).

... Cabe deducir en interpretación de la normativa expuesta, como también es dable entender resulta en sus esenciales extremos de la jurisprudencia social antes citada, entre otros extremos, que: a) la referencia a la “causa” como exigencia formal de la comunicación escrita en el despido objetivo (art. 53.1.a ET) es equivalente a la de los “hechos que lo motivan” en la carta de despido disciplinario (art. 55.1 ET); b) tanto en uno como en otro caso, para que pudiera llegar a declararse la procedencia del despido tales datos fácticos que han de tener reflejo, como regla básica, en la comunicación escrita, integrada, en su caso, con la documentación acompañatoria y deben consistir en los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión extintiva empresarial, y, en el supuesto de despido objetivo, los datos fácticos suficientes que configuran el concepto de causas “económicas, técnicas, organizativas o de producción” establecido en el art. 51.1.II y III ET al que también se remite el art. 52.c) ET; c) única y exclusivamente los hechos contenidos en la comunicación escrita de despido podrán ser objeto de prueba en el correspondiente juicio, cuya carga de la prueba incumbe, como regla, al empresario, al que, además, no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido;

d) debe existir interrelación entre los hechos/causas relatados en la carta de despido y, en su caso, con los hechos que resulten como probados en la sentencia, sin que sea dable para justificar el despido adicionar como acreditados datos fácticos trascendentes ajenos o complementarios a los hechos/causas relatados en la carta de despido y documentos acompañatorios, en su caso; e) la procedencia o improcedencia del despido solo podrá decretarse, tratándose de extinción objetiva, cuando cumplidos los requisitos formales se acreditare o no, con reflejo concreto en los hechos probados, la concurrencia de la causa legal indicada específicamente en la comunicación escrita; f) la comunicación escrita, tanto en el despido objetivo como en el disciplinario, para su validez formal debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan o de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y que esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones o afirmaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador; y g) tratándose de despido objetivo en el supuesto de incumplimiento de “las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa” la consecuencia, actualmente, es la declaración de improcedencia del despido”.

“La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto ahora enjuiciado, debe comportar entender que la comunicación escrita de despido objetivo no se ajusta a lo prevenido en el art. 53.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, aplicable también a los despidos individuales derivados de un despido colectivo por imperativo del art. 124.11.1 LRJS, ya que aquélla se limitaba a remitirse al contenido del acuerdo (que ni transcribía ni acompañaba) alcanzado entre la empresa y la

representación legal de los trabajadores al finalizar el periodo de consultas (“de acuerdo con lo expuesto en el acta de la reunión final con acuerdo entre la representación de la empresa y los trabajadores realizada el pasado día 22 de octubre de 2012”), en el además simplemente se afirmaba en abstracto “Que estudiado el expediente por los representantes de los trabajadores y analizadas las causas expuestas por la empresa causantes del mismo, se ha llegado a la conclusión del acuerdo siguiente: ...”, y se concluía, sin precisión y sin acompañar documentación alguna, que “los motivos de esta decisión residen en que la Empresa se encuentra en una situación muy difícil y complicada, tanto económica como productiva. A tal punto que, nos obliga a amortizar su puesto de trabajo pasando sus funciones a ser desempeñadas por el resto de trabajadores de la empresa, ya que de no ser así, no se podría garantizar la futura viabilidad de la misma, tal como se indica y prueba en la documentación correspondiente al Expediente de Regulación de Empleo presentado”.

Tales afirmaciones son a todas luces genéricas y servirían para cualquier despido económico o productivo pues ni siquiera se hace una mínima referencia a los datos fácticos que constituyen el supuesto de hecho de la definición, conforme al citado art. 51.1.II y III ET, de las causas económicas (“cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”) o productivas (“cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”) invocadas como causa de la decisión empresarial, sin que tal imprecisión pueda superarse por las referencias, igualmente abstractas, a “situación muy difícil y complicada, tanto económica como productiva” de la empresa, ni completarse judicialmente el contenido de la carta presumiendo que las causas eran conocidas por la trabajadora por el hecho de que existieron

“precedieron ERES suspensivos por iguales causas” o dado que “antes de otro ERE de un año antes la empresa hizo reunión con los trabajadores, incluida ella” o de la afirmación consistente en que “la verdad nosotros veíamos que no había trabajo”, pues, como se ha adelantado, una cosa es determinar el contenido formalmente mínimo que debe contener una carta de despido por circunstancias objetivas para poder delimitar el ámbito del proceso de despido y evitar la indefensión del despedido y otra, totalmente distinta, es la de valorar las circunstancias concurrentes para concluir sobre la posible existencia y trascendencia de las causas objetivas alegadas para proceder a la extinción contractual.

... Tampoco, por ser procesalmente rechazables, pueden considerarse como integradores de la carta de despido los que figuran en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, no alterados en suplicación, que se constituyeron como datos trascendentes para la decisión judicial de procedencia del despido adoptada a pesar de ser ajenos o complementarios a los hechos relatados en la comunicación de despido, como son los referentes a las reducciones de plantilla experimentadas por las sociedades codemandadas en los últimos años o por la concreta empleadora (HP 4º y 5º), ni los relativos a los datos económicos de las codemandadas en los años 2011 y 2012 (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, saldo patrimonial final, flujos de efectivo y cifra total del negocio), deducido de los documentos aportados por las demandas en el acto del juicio sin que se hubieran sintetizado los datos mínimos esenciales en la carta de despido ni se unieran a aquélla como parte integrante de la misma los documentos más trascendentes”

Resaltando las afirmaciones que hemos destacado en “negrita” y es fácil deducir que, aplicándolas ahora a los criterios de selección y a cuestionada individualización en el caso de los trabajadores ahora despedidos, la insuficiencia de la comunicación escrita de despido es evidente y la adición de hechos no contenidos en la misma, ni directamente ni por remisión, para completarla es inadecuada jurídicamente.

II.4.- Entendemos también cuestionable, no solamente la conclusión de la sentencia mayoritaria de que “en la comunicación individual del despido colectivo no es necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones” (FD 4º.1), lo que sería solamente cierto si tales criterios no se impugnan, —puesto que sería dable su impugnación individual de no haber existido una sentencia colectiva firme previa ex art. 124.13.b).2º LRJS con efectos de cosa juzgada sobre dicho extremo (“La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores”)—, y presumiendo (con una cuestionable valoración de la prueba en casación unificadora) que los trabajadores deben conocer lo efectuado por sus representantes legales (obsérvese que también podría haber negociado una comisión “ad hoc”); sino, además y fundamentalmente, tampoco compartimos la ya indicada conclusión de que “excluimos la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el PDC de que se trate” (FD 4º.2).

Con respecto a esta última conclusión no compartimos los criterios que para llegar a la misma utiliza la sentencia mayoritaria. Así:

a) No compartimos el fundamento literal de la exclusión (“la pretensión excede del mandato legal, que se limita a la expresión de la “causa””). Ni siquiera el Legislador reformista del año 2012 se ha atrevido a negar la impugnación individual de la decisión extintiva en aquéllos extremos no afectados por una posible sentencia colectiva anterior, entre los que deben estar la individualización de los trabajadores afectados, principio esencial de la legislación del Derecho de la Unión Europea y de la estatal española, y la derivada jurisprudencia, sobre los despidos colectivos y base de una adecuada negociación en el periodo de

consultas; lo que incluso, la jurisprudencia clásica de esta Sala lo posibilitaba tratándose de EREs, como hemos destacado anteriormente.

b) La sentencia mayoritaria ahora cuestionada afirma todo lo contrario que se viene declarando por esta Sala en Pleno, entre otras, en la STS/IV 25-junio-2014 (rco 198/2013, Pleno, con voto particular, Ayuntamiento Jerez de la Frontera), que remitían a los procesos individuales para determinar la adecuación a los criterios de selección de los concretos trabajadores (“... parece claro que deberá ser en ese proceso individual donde se plantee y analice con precisión el cumplimiento o incumplimiento de los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados”), sin que se indique que se está cambiando de doctrina ni con claridad sus motivos. En dicha sentencia se afirmaba, en lo esencial, que:

1) “Y el recurso del Ayuntamiento merece favorable acogida... porque... la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, que, obviamente, es una decisión con

efectos directa y primordialmente colectivos, como lo evidencia la propia naturaleza del proceso judicial que puede revisarla, no puede referirse al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente afectados, posiblemente incluso aunque en alguna de ellas (y no es el caso: lo descarta con contundencia la propia sentencia impugnada) pudiera apreciarse algún indicio de discriminación o de un trato desigual prohibido por el ordenamiento, a salvo, claro está, si esos indicios pudieran llegar a implicar una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores (tampoco es el caso). Es doctrina de la Sala... que no es materia propia del conflicto colectivo, y la demanda de despido colectivo participa de la misma condición o naturaleza, la exigencia de un examen pormenorizado e individualizado de la situación de cada uno de los afectados integrantes del grupo genérico de trabajadores, pues esa discu-

sión sería ya de las sustanciables en el proceso de despido individual ex art. 124.13 de la LRJS”.

2) “Es cierto que esta conclusión puede acarrear problemas respecto a la manera tradicional de entender la cosa juzgada (su “santidad”), pero a tales efectos parece claro que el resultado de un proceso colectivo, en el que los trabajadores individualmente considerados no están siquiera legitimados para participar en las reuniones celebradas a lo largo del período de consultas, tampoco podría vincularles de manera absoluta, ni a ellos ni a la posterior decisión individualizada empresarial, en lo que, de otro modo, constituiría una concepción formalista y exagerada del instituto de la cosa juzgada porque restringiría hasta extremos de muy dudosa constitucionalidad el derecho fundamental a la tutela judicial que a ambos garantiza el art. 24.1 CE”.

3) “El art. 51.4 ET constituye un claro indicio para pensar que el ámbito colectivo del despido, y las garantías y requisitos que el mismo ha de tener, extiende su eficacia temporal hasta que, en su caso, se alcance un acuerdo con los representantes de los trabajadores o, en último extremo, hasta que el empresario comunique a éstos la decisión extintiva” y que “A partir de ahí, si, como dice la Ley, “el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores”, “lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley” [art. 51.4 ET] y ese precepto exige la “comunicación escrita al trabajador expresando la causa” [53.1.a)], disponiendo después que “contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratara de despido disciplinario” [53.3], también parece claro que deberá ser en ese proceso individual donde se plantee y analice con precisión el cumplimiento o incumplimiento de los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados” [art. 51.2.e) del ET] que, precisamente por la dimensión colectiva de todo el procedimiento, no pudieron tenerse en cuenta con el rigor y el detalle necesarios durante el período de consultas ni, consecuentemente, en la propia decisión final del empleador que acordó el despido colectivo”.

4) “De no entenderlo así... el proceso colectivo se transformaría improcedentemente en un litigio plural, es decir, integrado por la acumulación de pretensiones individuales, con el insalvable inconveniente añadido de que los afectados no habrían estado nunca legitimados para impugnar la decisión colectiva (art. 124.1 LRJS). Pero es que, además de que el propio criterio general de selección “se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta” (FJ 6º.1, STS 18-2-2014, R. 74/13), lo que sucede en el presente supuesto es que los criterios de selección que el empresario propuso en el ámbito del período de consultas, como vimos más arriba (FJ 1º.2.6º), tenían un claro componente genérico (la denominada “evaluación continua”) que solo resultaba posible examinar en su plasmación individual mediante la comprobación, caso por caso, de su concurrencia. Solo si los criterios, con carácter general, entrañaran una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, o, tratándose de una administración, pudieran suponer un injustificado trato desigual de todo el colectivo afectado respecto al resto de los trabajadores del Ayuntamiento —y nada de esto ha resultado acreditado—, cabría analizarlos en el proceso colectivo y entonces, además, la decisión procedente ya no sería la de declararlos no ajustados a derecho sino nulos”.

Lo que se reiteró, entre otras, en la STS/IV 24-febrero-2015 (rco 165/2014, Pleno, Ayuntamiento de Aljaraque) (“Las alegadas vulneraciones deben ser rechazadas al no acreditarse lesión con proyección general de ninguno de los referidos derechos fundamentales, sin perjuicio del posible planteamiento del caso concreto en el proceso de despido individual, como posibilita nuestra STS/IV 25-junio-2014 (rco 198/2013) al establecer que “la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, que, obviamente, es una decisión con efectos directa y primordialmente colectivos, como lo evidencia la propia naturaleza del proceso judicial que puede revisarla, no puede referirse al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente

afectados, posiblemente incluso aunque en alguna de ellas... pudiera apreciarse algún indicio de discriminación o de un trato desigual prohibido por el ordenamiento, a salvo, claro está, si esos indicios pudieran llegar a implicar una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores...”); o en la más reciente STS/IV 20-octubre-2015 (rco 181/2014, Pleno, Gea 21 SA —Grupo Gea 21 SL-Inversiones Gemove SL—).

c) No compartimos tampoco el fundamento economicista de la exclusión referida (“Además, el adecuado cumplimiento de la exigencia —de proceder— supondría no sólo relatar la valoración individual del concreto trabajador notificado, sino también la de sus restantes compañeros con los que precisamente habría de realizarse el juicio de comparación, lo que en la mayor parte de los supuestos daría lugar a que la carta de despido tuviese —cuando menos tratándose de un PDC— una dimensión ajena a toda consideración razonable”), ajeno a su incidencia en la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Pues evidentemente debería llamarse a juicio a quienes pudieran resultar afectados, y las comunicaciones escritas de despido por causas económicas pueden requerir gran extensión y acompañamiento en papel o digitalizadas de cuentas y memorias, sin que hasta ahora se haya limitado su extensión por criterios de razonabilidad.

d) No compartimos tampoco, evidentemente, dado que por esta Sala de casación hasta ahora, que conozcamos, se había afirmado, ni entendemos que tenga soporte alguno normativo, el que era al trabajador a la parte procesal a la que le incumba la prueba de acreditar los motivos por lo que ha sido despedido aunque para ello tuviera que utilizar actos preparatorios para integrar la carta de despido con las derivadas consecuencias en el proceso; por ello, rechazamos jurídicamente la afirmación contenida en la sentencia mayoritaria que cuestionamos consistente en que “el derecho de defensa que corresponde al hipotético trabajador demandante, queda en todo caso garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos

que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda [si duda de la legalidad de los criterios y/o de su correcta aplicación], acudiendo —a tales efectos— a los actos preparatorios y diligencias preliminares que regula la normativa procesal [arts. 76 y 77 LRJS; y art. 256 LECiv], así como a la solicitud de oportuna aportación documental por parte de la empresa, para de esta forma acceder a todos los datos que le permitan comparar su concreta situación con la de sus compañeros no despedidos y —en su caso— poder combatir la concreta aplicación de los criterios de selección llevado a cabo por la demandada” (FD 4º.2.c).

II.5.- No queda claro en dicha sentencia ahora cuestionada si es en la demanda impugnatoria del despido o en otra separada cuando podría cuestionarse por el trabajador afectado el criterio de selección, con el riesgo de que si fuera en otra distinta el despido no impugnado quedara consentido y con la problemática de los plazos de impugnación de la individualización, al afirmarse que “Los criterios de selección y su concreta aplicación al trabajador individualmente considerado, solamente han de pasar al primer plano de documentación para el supuesto de que se cuestionen en oportuna demanda —por los afectados— los propios criterios de selección y/o su específica aplicación a los singulares trabajadores; demanda que bien pudiera ser preparada o precedida de aquellas medidas —diligencias preliminares; actos preparatorios; solicitud de aportación de documental— que autoriza la Ley y que permiten al trabajador la adecuada defensa de sus derechos e interés legítimos [nos remitimos a los ya citados arts. 76 y 77 LRJS; y art. 256 LECiv]” (FD 4º.3.b).

II.6.- Por último, tampoco entendemos correcto jurídicamente, —como hemos visto ya se ha declarado por esta Sala en anteriores sentencias—, que se integre por el Tribunal sentenciador la carta de despido con datos trascendentes que no están en la misma y que consta expresamente que no le han sido notificados a los trabajadores afectados, y menos acudiendo al presunto co-

nocimiento del trabajador de haber tenido una mínima diligencia, o por haber sido conocida por sus representantes legales o por la repercusión mediática, como al parecer informa el Ministerio Fiscal (“Y si bien es cierto que no consta que tal valoración individualizada hubiese sido personalmente notificada a los singulares trabajadores con anterioridad al despido, no lo es menos que su conocimiento por los afectados no sólo es consecuencia del trascendente significado... que debe atribuirse a la representación ostentada por los negociadores del PDC, sino que tal conocimiento era en todo caso procesalmente obtenible empleando una mínima diligencia [también nos remitimos a los ya referidos arts. 76 y 77 LRJS]; aparte de que, como sostiene la sentencia referencial y no duda en reiterar el Ministerio Fiscal, pretender que los criterios de selección y las puntuaciones obtenidas por los trabajadores en la evaluación general de 2012 “no eran conocidos por la plantilla, no es razonable, máxime cuando el despido colectivo tuvo repercusión social importante... ”).

III.- Conclusión.

Las líneas de discrepancia expuestas nos llevan a no compartir el criterio sustentado en la sentencia mayoritaria, a entender que el recurso de casación unificadora interpuesto por la empresa debió ser desestimado.

Madrid 8-marzo-2016

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández y el voto particular que formulan conjuntamente Don Fernando Salinas Molina, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa María Virolés Piñol y Don Jordi Agustí Juliá hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONSTITUCIONAL

XAVIER URIÓS APARISI

Letrado de la Generalitat de Cataluña

(Tol 5650368)

Cabecera: Sentencia 5/2016, de 21 de enero de 2016. El TC estima parcialmente un recurso de la Generalitat de Cataluña al confirmar que la regulación de la inspección urbanística es una competencia autonómica. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, ordenación general de la economía, medio ambiente, urbanismo y vivienda: nulidad de los preceptos legales estatales que regulan la inspección urbanística de los edificios (STC 61/1997 => (Tol 2516949)).

Jurisdicción: Constitucional

Ponente: Andrés Ollero Tassara

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 21/01/2016

Fecha publicación: 22/02/2016

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Pleno

Número Sentencia: 5/2016

Número Recurso: 1886/2012

Supuesto de hecho: Recurso de inconstitucionalidad 1886-2012. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de diversos preceptos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

RESUMEN:

Identificación

Órgano	Pleno
Magistrados	Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sanchó y don Antonio Narváez Rodríguez.
Tipo y número de registro	Recurso de inconstitucionalidad 1886-2012
Fecha de resolución	21/01/2016

Síntesis y resumen

Síntesis Descriptiva	Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de diversos preceptos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.
Síntesis Analítica	Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, ordenación general de la economía, medio ambiente, urbanismo y vivienda: nulidad de los preceptos legales estatales que regulan la inspección urbanística de los edificios (STC 61/1997).
Resumen	Se enjuicia la constitucionalidad de los preceptos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que regulan la inspección urbanística de los edificios y los sujetos legitimados para participar en las actuaciones de rehabilitación urbana. Se estima parcialmente el recurso. Por un lado, en aplicación de la doctrina contenida en la STC <u>61/1997</u> , de 20 de marzo, la Sentencia declara la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos referidos a la inspección técnica obligatoria de los inmuebles urbanos, pues se trata de medidas propiamente urbanísticas, cuya regulación estatal no puede ampararse en la competencia del Estado para coordinar la planificación general de la actividad económica, establecer la legislación básica sobre protección medioambiental y determinar las condiciones básicas de igualdad. Por otro lado, la Sentencia desestima el recurso respecto de los sujetos legitimados para participar en las actuaciones de rehabilitación urbana, ya que el Estado se encuentra facultado para fijar un criterio general de participación aunque su concreta articulación corresponda a las Comunidades Autónomas.

Leyes enjuiciadas

- **Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio. Medidas de apoyo a deudores hipotecarios, control del gasto público y cancelación de deudas de entidades locales, fomento de la actividad empresarial y simplificación administrativa**
- Artículo 17.1 c)
- Artículo 18.1
- Artículo 19.2
- Artículo 21
- Artículo 22
- Artículo 23
- Disposición adicional tercera
- Disposición transitoria primera
- Disposición transitoria segunda
- Disposición final

Disposiciones generales citadas

- **Constitución española, de 27 de diciembre de 1978**
- Artículo 149.1, f. 3

- Artículo 149.1.1, ff. 1 a 4
- Artículo 149.1.13, ff. 1, 3, 4
- Artículo 149.1.18, f. 1
- Artículo 149.1.23, ff. 1, 3, 4
- **Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Texto refundido de la Ley de suelo**
- Artículo 9, f. 2
- Artículo 14.1, f. 2
- **Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo. Complementaria de la Ley de economía sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, 2/2006, de 3 de mayo, y 6/1985, de 1 de julio**
- Artículo 110, f. 2
- Artículo 111.2, f. 2
- **Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio. Medidas de apoyo a deudores hipotecarios, control del gasto público y cancelación de deudas de entidades locales, fomento de la actividad empresarial y simplificación administrativa**
- Preámbulo, ff. 2, 4
- Artículo 17.1 c), ff. 1, 2, 5
- Artículo 18.1, ff. 1, 2, 5
- Artículo 19.2, ff. 1 a 3
- Artículo 21, ff. 1, 2, 4, 5
- Artículo 22, ff. 1, 2, 4, 5
- Artículo 23, ff. 1, 2, 5
- Disposición adicional primera, f. 5
- Disposición adicional tercera, ff. 1, 2, 4, 5
- Disposición transitoria primera, ff. 1, 2, 4, 5
- Disposición transitoria segunda, ff. 1, 2, 4, 5
- Disposición final, f. 1
- **Ley 8/2013, de 26 de junio. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas**
- Artículo 4, f. 2
- Artículo 7, f. 2
- Artículo 10, f. 2
- Artículo 15, f. 2
- Artículo 17, ff. 1, 2
- Artículo 18, f. 2
- Artículo 19, f. 2
- Artículo 21, f. 2
- Artículo 22, f. 2
- Artículo 23, f. 2
- Disposición adicional tercera, f. 2
- Disposición transitoria primera, f. 2
- Disposición transitoria primera y segunda, f. 2
- Disposición derogatoria única, f. 2
- **Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Aprobación del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana**
- En general, f. 2
- Artículo 3.3, f. 3
- Artículo 4.3, f. 3

- Artículo 6, f. 3
- Artículo 9.4 e), f. 2
- Artículo 9.5 b), f. 2
- Artículo 29, f. 2
- Artículo 29 a), f. 2
- Artículo 29 b), f. 2
- Artículo 29 c), f. 2
- Artículo 30, f. 2
- Disposición transitoria segunda, f. 2

I. OBJETO DEL PROCESO, TIPO DE RECURSO, PARTES Y SALA

La Sentencia 5/2016, de 21 de enero, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de diversos preceptos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Tipo de recurso:

Recurso de inconstitucionalidad (Capítulo II del Título II de la LOTC 2/1979, de 3 de octubre (TOL230.758): Arts. 31 a 34).

Partes:

- Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, representado por la Abogacía de la Generalitat, como parte impugnante.
- Gobierno de la Nación, representado por la Abogacía del Estado, como parte impugnada.

Sala:

Pleno del Tribunal Constitucional.

II. DISPUTA JURÍDICA Y FUNDAMENTOS USADOS POR EL TRIBUNAL

El recurso de inconstitucionalidad fue inicialmente interpuesto contra los artículos 17.1 c), 18.1, 19.2, 21, 22, 23, la disposición adicional tercera, las disposiciones transitorias primera y segunda y la disposición final del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.

Sin embargo, como indica el Fundamento Jurídico 2º, el fondo del asunto se ha visto afectado por modificaciones normativas y resoluciones del propio Tribunal Constitucional, que han tenido lugar durante la pendencia del mismo. En concreto, se hace referencia a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que deroga los artículos 17, 18, 19, 21, 22 y 23, así como la disposición adicional tercera y las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio; y la STC 29/2015, de 19 de febrero, que declaró inconstitucional y nulo el artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2011.

En relación a esta última, se ha de recordar que la STC 29/2015, de 19 de febrero, resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y, estimando la cuestión de inconstitucionalidad, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2011 por vulneración del artículo 86.1 CE. Entendió este Alto Tribunal en aquella sentencia (de acuerdo con reiterados pronunciamientos previos) que el presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” del artículo 86.1 CE no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-leyes”. En este sentido, entendió el Tribunal Constitucional que la valoración conjunta de la motivación (las razones explícitamente invocadas por el Gobierno en la Exposición de Motivos, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la norma) para introducir la regla del silencio negativo en relación con determinados procedimientos urbanísticos por la vía del Decreto-ley, era claramente insuficiente y no superaba el canon de constitucionalidad del presupuesto de hecho habilitante del artículo 86.1 CE

Por otro lado, volviendo a la sentencia a comentar, en relación al resto de los preceptos objeto de debate, que han sido derogados o modificados normativamente con posterioridad, la sentencia objeto de valoración, en el apartado B del fundamento jurídico 2º, realiza un análisis singularizado de los artículos que fueron objeto de derogación expresa como consecuencia de la nueva redacción que se dio a los mismos por la Ley 8/2013, a los efectos de valorar la incidencia de dicha modificación y derogación sobre el objeto del recurso de constitucionalidad que había de resolver.

Así, de acuerdo con la doctrina manifestada de manera reiterada por el Tribunal Constitucional (por todas, STC 18/2011, de 3 de marzo), conforme a la cual la eventual apreciación de la pérdida de objeto en un proceso de constitucionalidad depende de la incidencia real de la derogación, sustitui-

ción o modificación de la norma en relación a la controversia constitucional planteada, —es decir, si se produce o no la desaparición del conflicto—; se procede a realizar un análisis comparativo de la regulación objeto de debate constitucionalidad y la que ha resultado del cambio normativo producido, y que concluyó con la derogación de los preceptos cuestionados.

A estos efectos, analizando la nueva redacción de los artículos 17.1 c) y 18.1, que se contiene materialmente en la Ley 8/2013 (artículos 7 y 10, respectivamente, de la misma), aprecia el Tribunal Constitucional que justamente los párrafos suprimidos con la reforma eran los cuestionados en el proceso como inconstitucionales (la referencia a una estrategia municipal global y unitaria, formulada a través del planeamiento urbanístico o por medio de un instrumento específico, del inciso final del artículo 17.1 c); y la previsión limitativa del 50% del porcentaje de demolición, renovación o sustitución de edificios que se pueden realizar mediante actuaciones de transformación urbanística, que figuraba en el artículo 18.1). En este sentido, entiende el Tribunal Constitucional en la Sentencia 5/2016 que, en ambos preceptos, el proceso constitucional ha perdido su objeto, como consecuencia de dicha modificación.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el apartado 1º de la STC 6/2015 declara la desaparición sobrevenida del objeto del recurso en cuanto a los artículos 17.1 c), 18.1 y 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional, previamente al análisis de adecuación a la Constitución, entiende que ni el cambio en la redacción del artículo 19.2 del Real Decreto-ley 8/2011 (artículo 15 de la Ley 8/2013 —derogado a su vez por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana— que regula la institución en el artículo 9); ni la derogación de los artículos 21 y 22, disposición adicional tercera y disposiciones transitorias primera y segunda del Decreto-ley 8/2011, que regulan la inspección urbanística de los edificios, y que pasó a integrarse en el informe de evaluación de edificios, contenido en los artículos 4 a 6 de la Ley 8/2013, y actualmente los artículos 29 y 30 y disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, han hecho desaparecer la controversia constitucional.

En resumen, tras la depuración previa por razón de la pérdida de objeto, el análisis de constitucionalidad que se realiza en la sentencia se limita al artículo 19.2, y a aquellos preceptos relativos a la inspección urbanística de los edificios.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

III.1. La Generalitat de Cataluña cuestiona determinados preceptos contenidos en el Capítulo IV del Real Decreto-ley 8/2011 que, bajo la rúbrica “Medidas para el fomento de las actuaciones de rehabilitación”, se contienen en el mismo, en la medida de que los títulos competenciales contenidos en el apartado primero de la Disposición final primera no amparan dicha regulación, y vulneran competencias autonómicas.

Así, entiende que los apartados 1,13 y 23 del artículo 149.1 CE no amparan la regulación estatal, en la medida de que no fija condiciones básicas de igualdad referidas al contenido primario del derecho (las facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales o prestaciones básicas que tengan una relación estrecha, directa e inmediata con los derechos y deberes que la Constitución reconoce); ni establece medidas que guarden relación directa o inmediata con la dirección y planificación de la actividad económica, ni —menos aún— impone limitaciones para evitar efectos medioambientales negativos.

En particular, y en lo que se refiere a la inspección técnica de edificios, entiende que las competencias exclusivas atribuidas a la Generalitat en materia de urbanismo y vivienda comprenden el régimen de intervención administrativa sobre la edificación y los usos del suelo, tal como ya estableció la STC 61/1997, FJ 6^a. Por ello, afirma que se trata de una regulación materialmente urbanística, mediante la que se establece un mecanismo preventivo de control sobre el cumplimiento de los propietarios de sus deberes legales de conservación y rehabilitación, a través del cual se evaluaría el estado de conservación del parque inmobiliario de uso residencial, pero que no tiene un impacto directo en la economía, ni ha de pensarse que vaya a dinamizar el sector de la construcción, ni establece un mínimo común denominador en cuanto a la sostenibilidad ambiental exigible a los edificios.

III.2 La Abogacía del Estado defiende la constitucionalidad de los preceptos impugnados. En cuanto al artículo 19.2, rechaza la tacha de inconstitucionalidad, al entender que el mismo establece condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa, en cuanto prevé la participación de propietarios y empresarios en la acción urbanística y, por otro lado, en la medida de que el precepto impugnado constituye una medida genérica para fomentar la participación privada en las actuaciones de rehabilitación sin introducir ninguna regla material urbanística, así como que las Comunidades Autónomas quedan en entera libertad para fijar el procedimiento específico a través del cual se articule la llevanza de estos fines por tales asociaciones.

En lo que se refiere a los preceptos relativos a la inspección técnica de edificios, defiende que la constante remisión a la normativa autonómica que contienen los preceptos impugnados hace que la alegación de inconstitucionalidad carezca de base. Por otro lado, entiende que la obligatoriedad de la inspección técnica de edificios es un instrumento para coadyuvar el deber legal de conservación que recae sobre todo propietario, y que guarda íntima relación con los deberes de los propietarios de los inmuebles, lo que encajaría en el artículo 149.1.1 CE. Por otro lado, el amparo en los títulos contenidos en los números 13 y 23 del artículo 149.1 CE lo fundamenta, por un lado, en que la inspección técnica facilita la rehabilitación de edificios y viviendas, lo que contribuye a impulsar el sector económico de la construcción (lo que es esencial para superar la grave crisis económica) y, por otro, en la medida de que el desarrollo de las actuaciones de rehabilitación, consecuencia de una inspección detectando deficiencias, consistiría fundamentalmente en realizar obras de mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano (lo que, a su juicio, hace que encuentre amparo en la legislación básica sobre protección del medio ambiente).

IV. FUNDAMENTOS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Tal como hemos avanzado, una parte significativa de los preceptos impugnados han quedado excluidos del enjuiciamiento de constitucionalidad, como consecuencia de la pérdida sobrevenida de objeto.

Así, en cuanto al análisis de constitucionalidad de los preceptos en relación a los cuales se mantiene la controversia, comienza por el artículo 19.2. En relación al mismo, con remisión a la doctrina contenida en resoluciones anteriores [SSTC 61/1997, FJ 14 c); 164/2001, FJ 9, y 141/2014, FJ 7 b)], indica que la previsión de la participación de los particulares en la acción urbanística pública encuentra amparo en el art. 149.1.1 CE, aunque corresponda a las Comunidades Autónomas la concreta articulación de esa acción pública con la participación privada mediante la regulación de los correspondientes sistemas o técnicas de ejecución de los instrumentos urbanísticos. Así, entiende que la regulación impugnada recoge un principio o criterio general de participación de las asociaciones administrativas que constituyan los sujetos legitimados en la ejecución de las actuaciones de regeneración urbana; sin entrar en una regulación de detalle, que corresponderá realizar a las Comunidades Autónomas. Por ello, entiende que se adecua al marco constitucional vigente, procediendo a desestimar el recurso de inconstitucionalidad planteado en relación a este precepto.

Suerte distinta reciben los preceptos que regulan la inspección urbanística de los edificios. En relación a éstos, indica el Tribunal Constitucional que la inspección urbanística es una potestad administrativa, una técnica típica de intervención, cuya finalidad es verificar el cumplimiento de la legalidad urbanística, constatar las irregularidades existentes y, en su caso, activar los debidos mecanismos de corrección.

La inspección urbanística es una técnica o instrumento propiamente urbanístico, que tiene por finalidad prevenir y controlar las irregularidades o ilegalidades urbanísticas, así como comprobar el cumplimiento del deber de conservación que corresponde a los propietarios.

Por ello, entiende el Tribunal Constitucional que se trata de preceptos que se incardinan con claridad en la materia de urbanismo, competencia de las Comunidades Autónomas, sin que el artículo 149.1.13 y 23 CE otorgue al Estado cobertura para establecer previsiones relativas a requisitos, características y plazos de la actividad inspectora.

En el preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011 impugnado se explica que en el marco de las políticas dirigidas a la consecución de un medio urbano más sostenible, el Real Decreto-ley generaliza la inspección técnica de edificios, estableciendo su obligatoriedad y sus requisitos esenciales. Y de esta forma, se dota a este instrumento, ya existente en la mayoría de las leyes urbanísticas en vigor, de la uniformidad necesaria para garantizar unos contenidos que ayuden a conseguir la adaptación del parque de viviendas existentes a los criterios mínimos de calidad exigidos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 5/2016 indica que los títulos competenciales alegados no amparan la regulación o uniformidad realizada.

Entiende el Tribunal que es indudable que la inspección de edificios puede dar lugar a obras de conservación y reparación, pero no es propiamente una medida cuya finalidad sea la consecución de objetivos de política económica general, ni tiene tampoco una incidencia directa y significativa sobre dicha actividad. De igual forma, rechaza que su regulación persiga la preservación, conservación o mejora del medio ambiente o de los recursos naturales que lo conforman; o que, admitiendo una acepción amplia del medio ambiente, pueda considerarse una medida que tienda primordialmente a proteger un medio ambiente urbano.

Como hemos indicado, en cuanto que se trata de la regulación de una técnica o instrumento propiamente urbanístico —como hemos indicado anteriormente, al indicar igualmente las finalidades que persigue— se trata de preceptos que se incardinan con claridad en la materia de urbanismo, que es competencia de las Comunidades Autónomas y que a éstas corresponde

regular, sin que el art. 149.1.13 y 23 CE otorgue al Estado cobertura para proceder al establecimiento de previsiones sobre requisitos, características y plazos de la actividad inspectora.

En el análisis de los títulos competenciales recuerda el Tribunal Constitucional que la competencia atribuida por el artículo 149.1.13 CE (“bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”), todo y que abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos (por todas, STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2; STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5), ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, puesto que una excesivamente amplia podría constreñir e incluso vaciar las competencias sectoriales legítimas de las Comunidades Autónomas (SSTC 29/1986, FJ 4; 141/2014). Así, no toda medida por el mero hecho de tener una incidencia económica puede incardinarse en este título, sino que es preciso que tenga «una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de no ser así se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico» (SSTC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5; 141/2014, FJ 5). En definitiva, la competencia que atribuye al Estado el art. 149.1.13 CE «cuando afecta a la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas, ha de verse complementada además por una interpretación finalista o teleológica, de modo que tan sólo aquellas normas básicas que respondan efectiva y estrictamente a la planificación económica podrían encontrar cobijo en el referido título, que impide la producción de normas que, aunque relacionadas con esa planificación general, no guarden esa inmediata y directa relación con la dirección de la economía» (SSTC 61/1997, FJ 36; 112/2013, FJ 3; y 141/2014, FJ 5).

Por otro lado, el art. 149.1.23 CE es también un título transversal que tiene una clara fuerza expansiva, y por ello ha de ser igualmente objeto de una interpretación restricta ya que, si bien atribuye al Estado competencias para establecer una legislación básica que constituya un mínimo de protección medioambiental, «en esta materia no se encuadra cualquier tipo de actividad relativa a [los] recursos naturales, sino sólo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora» (STC 102/1995, FJ 3). Por ello, indica el Tribunal Constitucional que la utilización de este título por parte del Estado para afectar o condicionar competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas sólo será conforme al orden constitucional de competencias «cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa

que el ejercicio de la actividad sectorial de que se trate pueda tener» (SSTC 69/2013, FJ 1, y 141/2014, FJ 5).

Finaliza el Tribunal Constitucional afirmando que el art. 149.1.1 tan sólo atribuye al Estado competencia para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de deberes constitucionales, y que no habilita (STC 61/1997, FJ 7), para abordar una regulación completa de esos derechos y deberes; con lo que aún menos permite abordar la regulación de simples técnicas o instrumentos urbanísticos de comprobación del cumplimiento de deberes de los propietarios. En palabras del Tribunal Constitucional, “Conviene a estos efectos recordar que el título del art. 149.1.1 CE no puede operar como un título horizontal «capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente hacia un derecho o deber constitucional» (STC 61/1997, FJ 7)”.

Finalmente, la Sentencia 5/2016 analiza de manera somera la impugnación realizada por la Generalitat de Cataluña de la disposición final primera del Real Decreto-ley 8/2011, en lo que se refiere a la discrepancia de los títulos competenciales allí alegados. Sin embargo, como indica la propia sentencia, esta impugnación sistemática de los títulos competenciales ha de ir ligada a la resolución que se dé a los preceptos concretos objeto de impugnación, por lo que el Tribunal Constitucional se limita a remitirse a los fundamentos jurídicos anteriores en que se analiza la adecuación constitucional de cada uno de los preceptos materialmente impugnados, lo que se proyecta y afecta a la interpretación de dicha disposición final primera y los títulos competenciales en ella alegados.

V. MOTIVO POR EL QUE ESTA SENTENCIA ES ESPECIALMENTE RELEVANTE

La sentencia es relevante por diferentes razones.

En primer lugar, se ha de recordar que las Comunidades Autónomas tienen competencia legislativa exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, lo que supone que tienen atribuida la estrategia territorial y urbanística de sus respectivos territorios, sin que el Estado, en uso de sus competencias, pueda cerrar el proceso urbanizador y edificatorio.

Desde este punto de vista, la regulación del urbanismo, desde el punto de vista competencial, se encuentra en continua tensión, no sólo en relación al juego de los títulos competenciales que juegan a favor del Estado y de las

Comunidades Autónomas, sino también en la confrontación e integración de las competencias autonómicas y locales en lo que afecta a la ordenación del suelo.

Así, son numerosos los pronunciamientos constitucionales que, caso por caso, han ido delimitando el contenido o facultades que cada una de las administraciones pueden ejercer en la materia, en el marco de la novedosa doctrina que, en su día, introdujo la STC 61/1997. En relación a dicha doctrina, el presente pronunciamiento se puede considerar continuista de la doctrina marcada por dicha sentencia y otras que han seguido.

Por otro lado, se ha de destacar el análisis que se realiza en la STC 5/2016 de la interpretación que ha de darse a los títulos competenciales recogidos en los números 1, 13 y 23 del artículo 149.1 CE, y el carácter estricto o restrictivo que ha de atribuirse a su interpretación (sin perjuicio de estar caracterizada por una amplia casuística). Así, en la línea continuista de pronunciamientos previos, tanto el número 13 como el 23 del apartado 1 del artículo 149 CE son títulos transversales que, como tales, han de ser objeto de una interpretación restrictiva y, como tales, han de ceder ante títulos competenciales más específicos. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina constitucional en la materia, especialmente en lo que se refiere a la interpretación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, que se ha caracterizado por una amplia casuística que ha ido delimitando, en función de las circunstancias del caso, la justificación o no de la intervención del Estado, y la adecuación o no a la Constitución de la medida económica planteada, la Sentencia analizada entiende que, en este caso, la uniformidad estatal no aparece justificada. Lo mismo puede predicarse de la invocación o amparo en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, que en este caso, no justifica ni ampara la intervención estatal.

En resumen, la STC 6/2015 avanza en la interpretación del alcance de la fuerza legitimadora de los títulos competenciales anteriormente citados, negando la misma en materia de urbanismo y, en concreto, en el ámbito de la regulación de las facultades concretas de intervención o disciplina urbanística.

Una última cuestión es la relativa al alcance de la declaración de inconstitucionalidad en cuanto a la inspección técnica de edificios, y la regulación subsiguiente que se ha producido. Tal como hemos indicado, la STC 6/2015 declara la inconstitucionalidad de la regulación analizada, por vulnerar competencias autonómicas. Sin embargo, no se puede obviar que la regulación declarada inconstitucional fue posteriormente recogida en los artículos

4 y siguientes de la Ley 8/2013, y actualmente se encuentra en los artículos 29, 30 y disposición transitoria segunda del Texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana.

Sin embargo, esta regulación posterior no es mimética, ya que la Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, establece el informe de evaluación de edificios y, todo y que parte como base de la regulación previa contenida en el Real Decreto-ley 8/2011, intenta, según su Preámbulo, superar algunas de sus deficiencias. Con esta finalidad, se separa conceptualmente de la inspección técnica de edificios y, junto a la evaluación del estado de conservación del edificio, y de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, introduce la certificación de la eficiencia energética del edificio, con el contenido y mediante el procedimiento establecido para la misma por la normativa vigente.

Igualmente, la regulación actualmente vigente prevé que, cuando, de conformidad con la normativa autonómica o municipal, exista un Informe de Inspección Técnica que ya permita evaluar los dos primeros extremos anteriormente señalados, se podrá complementar con la certificación de eficiencia energética.

Las previsiones del informe de evaluación de edificios, contenidas en la Ley 8/2013, han sido igualmente objeto de recurso de inconstitucionalidad, el cual a día de hoy se encuentra pendiente de resolución.

Si atendemos a la doctrina manifestada en la STC 6/2015, habríamos de entender que las previsiones de éste informe son igualmente inconstitucionales y que, en el futuro, el Tribunal Constitucional resolverá en el mismo sentido. Sin embargo, hay que tener presente que la introducción del concepto de eficiencia energética en los edificios, amparándose igualmente en normativa comunitaria, tal como se verifica en el Preámbulo de la Ley 8/2013, supone el análisis de títulos competenciales adicionales a los que han sido objeto de debate y resolución en la STC 6/2015.

Es importante recordar que legislador, tanto estatal como autonómico, ha ido avanzando en el desarrollo del marco normativo del urbanismo, inicialmente configurado alrededor del proceso de urbanización, para ir profundizando en el de edificación y mantenimiento de los inmuebles y las infraestructuras, introduciéndose más recientemente el concepto de “modelo de desarrollo más sostenible”. Dicho marco normativo, articulado alrededor de la normativa autonómica y la legislación básica estatal, se encuentra igualmente sometido a las exigencias europeas e internacionales en relación con un medio urbano sostenible.

El Preámbulo de la Ley 8/2013 alude a esta concepción, cuando indica: “Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de vivienda y urbanismo, el Estado no puede mantenerse al margen de la realidad del sector inmobiliario español, y con él, de nuestra economía, ni tampoco de los retos sociales y ambientales planteados, no sólo porque parte de las respuestas corresponden a su ámbito competencial, sino también porque muchas de las exigencias que se demandan en relación con un medio urbano sostenible, proceden en la actualidad de la Unión Europea o de compromisos internacionales asumidos por España. Entre ellos, la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, refundida posteriormente en la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, a las que pueden añadirse la Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, el Marco Europeo de Referencia para la Ciudad Sostenible, o la Declaración de Toledo —aprobada por los Ministros responsables del desarrollo urbano de los 27 Estados miembros de la Unión Europea el 22 de junio de 2010—, de acuerdo con la cual «la batalla principal de la sostenibilidad urbana se ha de jugar precisamente en la consecución de la máxima ecoeficiencia posible en los tejidos urbanos de la ciudad ya consolidada», y en la que se destaca la importancia de la regeneración urbana integrada y su potencial estratégico para un desarrollo urbano más inteligente, sostenible y socialmente inclusivo en Europa”.

Esta referencia al desarrollo sostenible, que se justifica en la nueva regulación, ligada a la eficiencia energética, conecta con el número 25 del artículo 149.1 de la CE (“bases del régimen energético”). Y supone que, adicionalmente a los títulos competenciales analizados en la STC 5/2016, en relación con el informe de evaluación de edificios, habrá de considerar igualmente la interrelación de este último título competencial, además del de urbanismo. En principio cabe pensar que no se alterará el criterio, pero que entre en juego otro título competencial adicional, y al tratarse de una regulación que no es idéntica, plantea lógicas incertidumbres sobre el futuro pronunciamiento.

Dos cuestiones adicionales a comentar.

Es indiscutible que la evaluación del estado de conservación de edificios tiene un peso económico específico en el ámbito de la construcción, especialmente en la situación actual de crisis del sector inmobiliario, y la competencia técnica para la realización de los informes de evaluación de edificios ha sido objeto de controversia entre los profesionales afectados,

encabezados por sus respectivos colegios profesionales. Así, la regulación vigente atribuye dicha competencia a los arquitectos y arquitectos técnicos, si bien los ingenieros industriales reclamaron en su momento que fuera reconocida igualmente su competencia, habiendo llegado a obtener un pronunciamiento favorable sobre la cuestión por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹, si bien el Tribunal Supremo, en diferentes sentencias², ha reconocido la exclusividad de los arquitectos y arquitectos técnicos en el ejercicio de estas funciones. Sin embargo, no deja de ser un tema polémico las profesiones reconocidas para llevar a cabo estas actuaciones.

Finalmente, se ha de indicar que la STC 5/2016 atribuye la competencia en la regulación de la inspección técnica de edificios a las Comunidades Autónomas. Algunas de ellas tienen su propia normativa en la materia, pero otras se han limitado a desplegar, con rango reglamentario, la normativa básica. Igualmente, existen ordenanzas municipales que han regulado la materia, al amparo directamente del marco normativo estatal declarado inconstitucional por la STC 6/2015. Esto nos lleva a plantearnos si, en estos casos, existe o no habilitación legal suficiente a dicho desarrollo reglamentario. Es cierto que la vigencia de la normativa del informe de evaluación de edificios, recogida en el Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, mientras no se resuelva la controversia competencial todavía vigente, daría amparo a dichas regulaciones, pero la futura resolución de esta nueva controversia competencial, si fuera en la misma línea que la STC 6/2015, podría tener un impacto relevante en aquellos casos en los que, en estos momentos, el principio de reserva de ley se cumple o tiene cobertura en la normativa estatal con rango de ley, pero no existe normativa autonómica de rango legal.

¹ Informe DP/0021/14, de 18 de diciembre de 2014, sobre posibles reservas de actividad en el informe de evaluación de edificios, a petición del Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales.

² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015. Sala 3ª, Sección 4ª. Recurso 578/2014. ROJ: STS 5042/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel-Ramón Arozamena Laso. Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Soria.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2014. Sala 3ª, Sección 4ª. Recurso 4549/2012. ROJ: STS 5292/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres. Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Segovia.

Sentencia

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1886-2012, promovido por la Generalitat de Cataluña contra los arts. 17.1 c), 18.1, 19.2, 21, 22, 23, la disposición adicional tercera, las disposiciones transitorias primera y segunda y la disposición final del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Ha sido parte el Abogado del Estado actuando en representación del Gobierno de la Nación. Ha sido ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. El 30 de marzo de 2012 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional escrito de la Letrada de la Generalitat de Cataluña, actuando en representación y defensa de ésta. Mediante él interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 17.1 c), 18.1, 19.2, 21, 22, 23, la disposición adicional tercera, las disposiciones transitorias primera y segunda y la disposición final primera del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto

público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Los argumentos en los que se basa la demanda se exponen sucintamente a continuación.

Tras una primera parte introductoria en la que se alude al fracaso del procedimiento de negociación iniciado para resolver las discrepancias competenciales, se analiza la finalidad y contenido de los preceptos impugnados y se expone el régimen de distribución de competencias en materia de urbanismo, la demanda se adentra en la argumentación de la inconstitucionalidad de los arts. 17.1 c), 18.1 y 19.2 del Real Decreto-ley 8/2011.

En relación con el art. 17.1 c) *in fine* se afirma que este precepto equipara las actuaciones de regeneración urbana a las actuaciones de renovación y rehabilitación urbana reguladas en el art. 110 de la Ley de economía sostenible, que les atribuye la condición de actuaciones de transformación urbanística establecidas en el art. 14.1 a).2 y b) del texto refundido de la Ley de suelo de 20 de junio de 2008. Asimismo dispone que su aprobación podrá realizarse a través del planeamiento urbanístico o de otro instrumento específico que deberá enmarcarse en una estrategia municipal global o unitaria cuando tenga carácter integral y articule medidas sociales, ambientales y económicas. Se adentra luego en la determinación de los instrumentos normativos idóneos para llevar a cabo las actuaciones de transformación urbanística, dentro de la materia urbanismo de competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña. En consecuencia, en la medida en que la previsión del art. 17.1 c) *in fine* prevé que las actuaciones de regeneración urbana se efectúen a través de otros instrumentos jurídicos distintos de los planes urbanísticos, invadiría la competencia exclusiva que el art. 149.5 c) del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) otorga a la Generalitat de Cataluña para establecer y regular los instrumentos de planificación y gestión

urbanística. Rechaza que la regulación pueda encontrar amparo en los apartados 1, 13 y 23 del art. 149.1 CE. Por una parte, tiene por objeto fijar condiciones básicas de igualdad desde la perspectiva subjetiva de los titulares de derechos constitucionales, ni guarda una relación directa e inmediata con la dirección y planificación de la actividad económica; por otra parte, no constituye un límite para evitar los efectos medioambientales negativos que puedan resultar de la realización de actuaciones de transformación urbanística de regeneración urbana.

Recuerda la Abogada de la Generalitat de Cataluña que el art. 110.4 de la Ley de economía sostenible ya contempló en su momento la posibilidad de que estas actuaciones de transformación urbanística de renovación y rehabilitación urbana pudieran aprobarse no sólo a través del planeamiento urbanístico, sino también mediante otro procedimiento e instrumento específico de carácter reglamentario. Este precepto de la Ley de economía sostenible ha sido impugnado por el recurso de inconstitucionalidad núm. 6596-2011, por entenderse que invadía la competencia urbanística autonómica.

En relación con el artículo 18.1, se argumenta que este precepto establece los ámbitos espaciales, continuos o discontinuos, que pueden abarcar las actuaciones de regeneración urbana. Impone a las actuaciones que prevean intervenciones de demolición, renovación o sustitución de viviendas o edificios completos —a las que atribuye en todo caso la condición de actuaciones de transformación urbanística reguladas en el art. 14.1 a).2.i.b) del texto refundido de la Ley de suelo de 2008—, el límite de no afectar a más del 50 por 100 de las edificaciones de las viviendas o de la edificabilidad. Esta norma invadiría "el ámbito de urbanismo objetivo que según el art. 149.5 del EAC corresponde a la competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña". Tampoco aquí, según la Abogada de la Generalitat, puede encontrar la regulación amparo en el art. 149.1, 13 o 23 CE "ya que la limitación sobre el porcentaje de demolición, renovación o sustitución de edificios que establece no tiene por objeto fijar condiciones básicas de igualdad desde la

perspectiva subjetiva de los titulares de derechos constitucionales, ni guarda una relación directa e inmediata con la dirección y planificación de la actividad económica, ni tampoco constituye un límite impuesto a la actividad de transformación urbanística para evitar los efectos medioambientalmente negativos que de ella pudieran derivarse".

El artículo 19.2 también se reputa contrario a las competencias urbanísticas de la Generalitat, puesto que habilita a las asociaciones de sujetos legitimados a participar en las actuaciones de regeneración urbana para que formulen los instrumentos de ordenación u otros análogos y para que procedan a la ejecución de las obras de regeneración previstas en dichos instrumentos. No fija, pues, tampoco condiciones básicas de igualdad en ejercicio de los derechos constitucionales, ni establece medidas que guarden relación directa o inmediata con la dirección y planificación de la actividad económica, ni —menos aún— impone limitaciones a la actividad de transformación urbanística para evitar los efectos medioambientales negativos que de ella pudieran derivarse; se limita a regular la actividad de formulación y ejecución de las actuaciones de transformación urbanística de regeneración urbana.

Se ocupa a continuación la demanda de los preceptos que regulan la inspección técnica de edificios. Señala que los mismos imponen la inspección técnica de los edificios destinados preferentemente a uso residencial de una antigüedad superior a 50 años pertenecientes a municipios de población superior a los 25.000 habitantes, salvo que la legislación autonómica establezca otros parámetros de antigüedad o poblacionales distintos. Condicionan también, cuando se detecten deficiencias, la eficacia de las inspecciones técnicas de edificios, justificativas del cumplimiento del deber legal de conservación de los inmuebles, a la certificación acreditativa de la efectiva realización de las obras requeridas para su subsanación. Fijan el año 2015 como plazo máximo para efectuar la inspección técnica de los edificios destinados preferentemente a uso residencial de los municipios de población superior a 25.000 habitantes que a la entrada en

vigor del Real Decreto-ley 8/2011 tuvieran una antigüedad superior a los 50 años. Atribuyen por último a las Administraciones competentes la facultad de elaborar, antes del 7 de julio de 2012, un calendario para la realización ordenada de las inspecciones de edificios en función de su antigüedad. Este contenido, según la Abogada de la Generalitat, "pone de relieve su incidencia en las condiciones de conservación de los edificios de vivienda y en las potestades de las Administraciones públicas destinadas a su control y por ello su relación con la materia vivienda, al ser los edificios de vivienda el objetivo primordial de la inspección técnica de edificios que se instaura, así como su relación con la materia urbanismo, en la medida en que ésta comprende las potestades de intervención del uso del suelo y la edificación [STC 61/1997, FJ 6 a)], entre las que se incluyen las de controlar el cumplimiento del deber legal de conservación de los inmuebles y de adoptar las medidas de policía administrativa necesarias para imponer su cumplimiento coactivo en caso de incumplimiento".

Se explica, a continuación, en la demanda que el art. 149 EAC atribuye a la Generalitat las competencias exclusivas en materia de urbanismo y vivienda que comprenden el régimen de intervención administrativa sobre la edificación y los usos del suelo. Cataluña cuenta con una regulación propia de la inspección técnica de los edificios de vivienda (Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda y Decreto 187/2010, de 23 de noviembre, sobre la inspección técnica de los edificios de vivienda) que garantiza sus niveles de calidad, su contenido y sus efectos, indicándose los inmuebles a ella sujetos y el calendario para su realización. La regulación estatal que se impugna no podría encontrar amparo en la competencia estatal ex art. 149.1.13 CE aplicada al ámbito de la vivienda; no se trata de normas generales que afecten a la construcción y venta o alquiler de las viviendas, ni tampoco prevén ayudas para garantizar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada, o dirigidas a que los propietarios cumplan sus deberes legales de conservación y rehabilitación de viviendas; se limitan a instaurar la inspección técnica obligato-

ria de los edificios destinados preferentemente a vivienda de más de 50 años, como mecanismo preventivo de control sobre el cumplimiento de los propietarios de sus deberes legales de conservación y de rehabilitación e instrumento de evaluación del estado de conservación del parque inmobiliario de uso residencial.

Tampoco, según la Abogada de la Generalitat, cuenta la regulación estatal con cobertura en el art. 149.1.1 y 23 CE puesto que el primer título competencial (art. 149.1.1 CE) habilita al legislador únicamente para establecer unas condiciones básicas referidas al contenido primario del derecho; a las facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales o prestaciones básicas que tengan una relación estrecha, directa e inmediata con los derechos y deberes que la Constitución reconoce. El segundo (art. 149.1.23 CE) no puede utilizarse para afectar a otros sectores materiales como el de la vivienda, yendo más allá del establecimiento de aquellas limitaciones específicas de la actividad sectorial que resulten necesarias para evitar los riesgos o efectos negativos que su ejercicio pueda ocasionar al medio ambiente.

Por el contrario, dice la demanda, los arts. 21 y 22, la disposición adicional tercera y las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto-ley 8/2011 encajan plenamente en las competencias autonómicas en materia de urbanismo y vivienda. Los arts. 21, 22 y la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 8/2011 sujetan a los edificios de vivienda de antigüedad superior a 50 años de municipios de más de 25.000 habitantes a una inspección técnica obligatoria. Les exigen la subsanación de las deficiencias que eventualmente se detecten, instaurando una medida de limitación administrativa de carácter preventivo para controlar que los titulares de los inmuebles cumplen con su deber legal de conservación, así como un mecanismo para exigir la subsanación de deficiencias. Estas medidas de policía administrativa, según la Abogada de la Generalitat, no tendrían cobertura en la competencia para fijar las condiciones básicas de igualdad de los titulares de derechos y deberes constitucionales que el art.

149.1.1 CE atribuye al Estado; no definen las posiciones jurídicas primarias de los propietarios de inmuebles en orden a su deber de conservación, ni tampoco se imponen por igual y con carácter uniforme a todos los propietarios de edificios de vivienda de más de 50 años de antigüedad. Instauran unas técnicas de intervención administrativa destinadas a comprobar el cumplimiento de dicho deber de conservación y a imponer, si procede, su cumplimiento coactivo. Todo esto pone de relieve que no formulan una regulación del deber de conservación desde la perspectiva subjetiva de los titulares de los derechos y deberes constitucionales, "sino que establecen una regulación objetiva... dirigida como se reconoce en el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011, a impulsar la rehabilitación de los edificios de vivienda en las grandes y medianas poblaciones, que penetra en el ámbito material de los sectores de la vivienda y del urbanismo, sobre los que se proyecta el deber de conservación de los titulares de los inmuebles, de competencia autonómica, por lo que tales preceptos carecen de la cobertura del art. 149.1.1 de la Constitución".

Examina a continuación la demanda el engarce de la regulación con el art. 149.1.13 CE. Se descarta por entender que, si bien es cierto que al amparo de este título el Estado puede establecer directrices y criterios globales de ordenación del sector de la vivienda e incluso prever acciones o medidas singulares y que en el preámbulo del Real Decreto-ley se contempla la rehabilitación como nuevo ámbito de crecimiento sólido y sostenible, se trata de una afirmación retórica y alejada de la realidad de las cosas. Resultaría ilusorio pensar que mediante un sistema de control preventivo y obligatorio sobre el estado de la conservación de los inmuebles de vivienda pueda lograrse dinamizar el sector de la construcción. Ese control además en cuanto a sus efectos se encuentra con el límite de los deberes de conservación que se imponen a los propietarios conforme al art. 9.1 del texto refundido de la Ley de suelo 2008. Esto implica que quedan excluidas todas las obras de renovación y embellecimiento de las viviendas y elementos comunes de los edi-

ficios, que son las que generan un mayor volumen de actividad en el sector de la rehabilitación. Descarta también la Abogada de la Generalitat que la imposición por el Estado de la obligación de la inspección técnica de los edificios pueda ampararse en el art. 149.1.23 CE. Esta inspección no se dirige a garantizar el mínimo denominador común de sostenibilidad ambiental exigible a los edificios de vivienda, ni tampoco fija un límite establecido para impedir los efectos medioambientales negativos del sector de la vivienda o del urbanismo; es un mero instrumento preventivo de control para comprobar si los titulares dominicales cumplen su deber legal de conservación de los inmuebles destinados a vivienda, lo que no guarda una relación directa con el medio ambiente.

Concluye, por tanto, la demanda que los artículos 21, 22, disposición adicional tercera y disposiciones transitorias primera y segunda invaden las competencias de la Generalitat en materia de vivienda y urbanismo.

Denuncia, por último, la demanda la inconstitucionalidad del artículo 23 que regula la intervención administrativa sobre los actos de edificación y uso del suelo. Sostiene la Abogada de la Generalitat de Cataluña que el apartado 1 del artículo 23 es inconstitucional *in totum* por razones competenciales. Al establecer el legislador estatal un acto de intervención administrativa concreto —acto expreso de conformidad— en determinados sectores de actividad (agrícola, forestal, urbanístico, paisajístico, vivienda, etc.), cuando la competencia en esos sectores corresponde a la Comunidad Autónoma de Cataluña, está procediendo a una invasión competencial. Tal regulación no podría encontrar amparo en los apartados 1 y 18 del artículo 149 CE, puesto que dicho acto de intervención administrativa no tiene naturaleza de condición básica de igualdad al no guardar una relación directa e inmediata con derechos constitucionales; tampoco puede considerarse base del régimen jurídico de las Administraciones públicas porque no incide en la definición de unas estructuras organizativas y un régimen unitario de funcionamiento de las Administraciones, ni forma parte del procedimien-

to administrativo común ya que se trata de una mera medida de policía administrativa.

El apartado 2 del artículo 23, por su parte, tampoco encuentra amparo —denuncia la Abogada de la Generalitat— en la competencia sobre procedimiento administrativo común. El silencio negativo que establece no constituye una norma general aplicable a todos los procedimientos, sino una regla particular para procedimientos específicos autorizadores de las actuaciones relacionadas en el apartado 1 del art. 23 del Real Decreto-ley 8/2011; su establecimiento, dado que se trata de procedimientos especiales y atendida la naturaleza adjetiva de la competencia en materia de procedimiento administrativo, corresponde a los respectivos legisladores sectoriales. Por otra parte, el apartado 2 del artículo 23 se considera también inconstitucional por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Impone la regla del silencio negativo en la mayor parte de las actuaciones urbanísticas y en todas las actuaciones relacionadas con el uso del suelo que se realicen en otros sectores como el agrícola o forestal. No existe una motivación que acredite la racionalidad de la medida, incumpliendo la propia autolimitación impuesta por el legislador en el art. 43 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común cuando se trata de excepcionar la regla general del silencio positivo consagrada en el mismo.

2. Mediante providencia de 8 de mayo de 2012, el Pleno acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno, para que pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Ordenó a la vez la publicación de la incoación del recurso en el "Boletín Oficial del Estado".

3. Por escrito registrado el 17 de mayo de 2012, el Abogado del Estado se personó y solicitó una prórroga del plano para formular alegaciones, que le fue concedida por providencia de 21 de mayo de 2012.

4. Por sendos escritos de los Presidentes del Senado y del Congreso, registrados el 23 y 24 de mayo de 2012 respectivamente, ambas Cámaras se personaron y ofrecieron su colaboración.

5. El 15 de junio de 2012, tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional el escrito de alegaciones del Abogado del Estado, cuyo contenido se resume a continuación.

Tras exponer el objeto del recurso, el contexto normativo de los preceptos impugnados y su encuadramiento competencial, el Abogado del Estado justifica la constitucionalidad de los artículos recurridos comenzando por los relativos a la rehabilitación urbana.

En relación con el artículo 17.1 c), argumenta que se limita a contener una definición de las actuaciones de regeneración urbana que constituyen el objeto del texto legal. No implica, por tanto, mandato normativo con virtualidad para invadir competencia autonómica alguna, debiendo considerarse competencialmente inocuo; lo único que pretende el precepto es distinguir estas operaciones del resto de las de rehabilitación (conservación y mejora) a los efectos del propio Real Decreto-ley.

Añade el Abogado del Estado que la denuncia de inconstitucionalidad se centra en la expresión "por medio de un instrumento específico" al entender que ello invade la competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña para establecer y regular los instrumentos de planificación y gestión urbanística. Esta tacha no debe prosperar por cuanto el artículo 17.1 c) no impone la forma en que debe concretarse la actuación de regeneración urbana; se limita a disponer que cuando se trate de actuaciones de carácter integrado se apruebe no sólo mediante el instrumento planificador que prevea la legislación autonómica, sino también a través de otro instrumento específico que fije la Administración competente. El artículo 17.1 c) no regula un instrumento urbanístico concreto; la Administración autonómica puede decidir, con entera libertad, si desea formular tales actuaciones a través del planeamiento urbanístico o de otro instrumento específico. No estaríamos ante el mismo supuesto que el enjuiciado en el fundamento jurídico 23 a) de la STC

61/1997; el artículo 17.1 c) no impone un único cauce formal para que se articule la decisión autonómica, sino que simplemente abre una posibilidad orientada a facilitar la aprobación de las actividades regeneradoras. Concluye, pues, que al utilizar una expresión indeterminada que no entra a regular concretos instrumentos urbanísticos, es aplicable la doctrina contenida en la STC 164/2001, FJ 6 a); conforme a ella, "estamos, entonces ante una exigencia de planeamiento u ordenación urbanística que, por un lado, resulta claramente instrumental respecto de la regulación de la propiedad urbana (ex art. 149.1.1 CE) y que, por otro lado, respeta la competencia de cada Comunidad Autónoma para disponer qué instrumentos urbanísticos deben ordenar sus ciudades".

Por su parte, el artículo 18.1, según el Abogado del Estado, encuentra amparo en el art. 149.1.1 CE. La fijación de la limitación del 50 por 100 persigue una correcta calificación de las medidas de transformación urbanística y conseguir con ello que la aplicación de cada una de tales actuaciones del régimen jurídico estatutario sea la adecuada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.1 del texto refundido de la Ley de suelo. Considera que es, por tanto, aplicable la doctrina establecida en el fundamento jurídico 10 de la STC 61/1997; el límite del 50 por 100 al permitir diferenciar los deberes que corresponden a los propietarios en función de cuál sea la naturaleza y el alcance de las actuaciones de transformación urbanística, delimita con carácter básico la función social de la propiedad al tiempo que garantiza la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales. Constituye una norma mínima de equidistribución reconducible a dicha competencia de igualación del Estado quedando sin duda preservada la integridad de la competencia urbanística autonómica.

El artículo 19.2 no se cuestiona, según el Abogado del Estado, por permitir que los sujetos legitimados para participar en las actuaciones de rehabilitación puedan agruparse en asociaciones administrativas, sino únicamente por la regulación que introduce en los apartados b) y c) de su apartado 2.

Rechaza las tachas dirigidas a estos apartados afirmando que, conforme a la doctrina contenida en las SSTC 61/1997, FJ 14 c), y 164/2001, FJ 9, establecen condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa, dado que el mandato de participación en la acción urbanística pública a propietarios y empresarios es una regulación de derechos constitucionales (propiedad, libre empresa) con amparo específico en el art. 149.1.1 CE. En efecto, el Abogado del Estado afirma que "constituyendo el precepto impugnado una genérica medida para fomentar la participación privada en las actuaciones de rehabilitación sin introducir ninguna regla material urbanística — es claro que las Comunidades Autónomas quedan en entera libertad para fijar el procedimiento específico a través del cual se articule la llevanza de estos fines por tales asociaciones, así como plazos, posibles consecuencias, etc.— se incardina en la competencia estatal del art. 149.1.1 CE sin entrañar vaciamiento de la competencia urbanística de la Generalitat catalana".

Aborda a continuación el Abogado del Estado el análisis de los preceptos relativos a la inspección técnica de edificios (arts. 21 y 22; disposición adicional tercera y disposiciones transitorias primera y segunda). Defiende que la constante remisión a la normativa autonómica que contienen los preceptos impugnados hace que la alegación de inconstitucionalidad que se les dirige carezca de toda base. El legislador urbanístico puede configurar la inspección técnica de edificios sin más condicionamiento que tratar de cumplir el deber legal de conservación. Afirma, además, que el artículo 21 establece la obligatoriedad de la inspección técnica de edificios como instrumento para coadyuvar al cumplimiento del deber legal de conservación que recae sobre todo propietario preservando una uniformidad mínima en su contenido en toda la Nación. De igual forma el artículo 22, al exigir el certificado de la ejecución de las obras para garantizar la eficacia de la inspección técnica realizada, guarda íntima relación con los deberes de los propietarios de los inmuebles (art. 149.1.1 CE).

Rechaza el Abogado del Estado que el hecho de que la disposición adicional tercera no garantice la uniformidad plena en relación con la inspección técnica sea obstáculo para entender tal regulación amparada en el art. 149.1.1 CE. De acuerdo con el fundamento jurídico 41 a) de la STC 61/1997 ha de admitirse la posibilidad de que las normas dictadas por el legislador estatal ex art. 149.1.1 CE, lejos de un riguroso uniformismo, puedan razonablemente introducir regulaciones o tratamientos diversificados en presencia de elementos o factores objetivos que lo justifiquen.

Sostiene, además, que la regulación básica de la inspección de edificios también encuentra amparo en los títulos contenidos en los núms. 13 y 23 del art. 149.1 CE. En el primero, porque el mantenimiento preventivo que supone la inspección técnica facilita la rehabilitación de edificios y viviendas; lo que contribuye a impulsar el sector económico de la construcción. Esto resulta esencial para superar la grave crisis económica. En el art. 149.1.23 CE, en la medida en que el desarrollo de las actuaciones de rehabilitación, consecuencia de una inspección detectando deficiencias, consistirá fundamentalmente en realizar obras de mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano.

Por último, argumenta el Abogado del Estado que el deber de adaptar las normas autonómicas anteriores a las posteriores y prevalentes que dicte el legislador estatal es una consecuencia de la propia Constitución. Es obvio que son las Cortes Generales quienes deben decidir el tipo de régimen intertemporal de las nuevas leyes que dictan, considerando su incidencia sobre el Derecho autonómico. Es más, dirá, "sería patentemente contrario a la Constitución entender que corresponde al legislador autonómico decidir libremente sobre la eficacia de las leyes generales, determinando el tiempo y forma de adaptación, porque eso equivaldría a concederle la facultad de decidir sobre la vigencia y aplicabilidad de las leyes generales".

Finalmente, el Abogado del Estado defiende la constitucionalidad del artículo 23 ofreciendo para ello diversos argumentos. 1) El precepto no

invade las competencias autonómicas, porque remite la determinación del acto de conformidad, aprobación o autorización que sea preceptivo a la legislación de ordenación territorial y urbanística. 2) La determinación del sentido del silencio por parte del Estado responde a un interés general, que no es otro que preservar la legalidad urbanística. 3) La previsión del silencio negativo en modo alguno es arbitraria, puesto que en el propio preámbulo del Real Decreto-ley se explica que responde a la intención de impedir la concesión de licencias urbanísticas por la mera pasividad o inexistencia de actuaciones tempestivas de los ayuntamientos. Se evita así la obtención por silencio positivo de facultades o derechos, de gran relevancia e impacto sobre el territorio, contrarios al ordenamiento urbanístico. Se concluye, pues, que el silencio negativo es una regla del procedimiento administrativo común con la que se persigue garantizar un interés general y que encuentra amparo en el art. 149.1.18 CE.

Por todo lo anterior, solicita que se declare la plena constitucionalidad de los preceptos impugnados.

6. Por providencia de 19 de enero de 2016 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 21 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone por la Generalitat de Cataluña contra los arts. 17.1 c), 18.1, 19.2, 21, 22, 23, la disposición adicional tercera, las disposiciones transitorias primera y segunda y la disposición final primera del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Entiende que los mencionados preceptos vulneran el orden constitucional de competencias y, más concretamente, invaden sus competencias en materia de urbanismo y vivienda. Por el contrario, el Abogado del Estado defiende la

constitucionalidad de los preceptos alegando las competencias de que dispone el Estado ex art. 149.1.1, 13, 18 y 23 CE.

2. Antes de entrar a dilucidar el fondo del asunto, hemos de abordar la incidencia de las modificaciones normativas y de las resoluciones de este Tribunal que han tenido lugar durante la pendencia de este proceso constitucional y hayan podido tener un impacto sobre su objeto.

A) En primer término, es preciso señalar que el art. 23 del Real Decreto-ley 8/2011 fue declarado inconstitucional y nulo por nuestra STC 29/2015, de 19 de febrero, quedando expulsado del ordenamiento jurídico, por lo que hay que concluir que respecto a este precepto el presente proceso ha perdido objeto.

B) En segundo término, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, deroga (disposición derogatoria única), en lo que ahora interesa, los arts. 17, 18, 19, 21, 22 y 23, así como la disposición adicional tercera y las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio. Ha de advertirse que el contenido de la Ley 8/2013 (con la excepción de sus disposiciones finales que modifican otros textos normativos) ha pasado a incorporarse al nuevo texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

La incidencia de esta derogación sobre el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad debe ser analizada teniendo en cuenta que, en relación con las modificaciones normativas en procesos constitucionales de naturaleza competencial, este Tribunal ha afirmado reiteradamente: "la eventual apreciación de la pérdida de objeto del proceso dependerá de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma y no puede resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos, pues lo relevante no es tanto la expulsión de la concreta norma impugnada del ordenamiento cuanto determinar si con esa expulsión ha cesado o no la controversia competencial, toda vez que poner fin a la misma a la luz del orden constitucional de repar-

to de competencias es el fin último al que sirven tales procesos" (por todas, STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 3, y las allí citadas). Si la normativa en torno a la cual se trabó el conflicto resulta parcialmente modificada por otra que viene a plantear los mismos problemas competenciales, la consecuencia será la no desaparición del conflicto (por todas, STC 133/2012, de 19 de junio, FJ 2). El análisis habría de realizarse, por tanto, precepto por precepto.

a) El art. 17.1 c) del Real Decreto-ley 8/2011, relativo a las actuaciones de rehabilitación, dispone que tal término engloba "las de regeneración urbana, entendiéndose por tales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 110 de la Ley de Economía Sostenible, las que se desarrollen en ámbito urbanos vulnerables, obsoletos o degradados, alcanzando tanto a la urbanización y a las dotaciones, como a los edificios, y tengan como finalidad el cumplimiento de los principios de cohesión territorial y social, eficiencia energética y complejidad funcional al servicio de un medio urbano sostenible". Añade que "cuando se refieran exclusivamente a la rehabilitación de edificios, estas actuaciones consistirán en realizar las obras necesarias para lograr los fines propios de las actuaciones de mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano a que se refiere la letra anterior". Además, aclara, "tendrán carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia municipal global y unitaria, formulada a través del planeamiento urbanístico o por medio de un instrumento específico".

La tacha de inconstitucionalidad que se formula en la demanda no alcanza, sin embargo, a la totalidad del precepto sino únicamente a la parte final, en la que se refiere a una estrategia municipal global y unitaria, formulada a través del planeamiento urbanístico o por medio de un instrumento específico. Previsión que, no obstante, ya no aparece en el art. 7 de la Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, precepto que define las obras de rehabilitación. En efecto, este artículo (actualmente derogado a su vez por el Real Decreto Legislativo 7/2015, que aprueba el texto refundido de la Ley de suelo

y rehabilitación urbana) se limita, en su apartado 2, a disponer que "las actuaciones de regeneración y renovación urbanas tendrán, además, carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia administrativa global y unitaria", sin hacer referencia alguna a los instrumentos en los que este tipo de estrategia haya de estar prevista.

Por tanto, es preciso concluir que, en relación con el art. 17.1 c) del Real Decreto-ley 8/2011 el presente proceso ha perdido objeto.

b) El art. 18.1 del Real Decreto-ley 8/2011, relativo a las actuaciones de conservación, mejora y regeneración, establece que estas actuaciones "podrán imponerse por la Administración competente cuando concurren las condiciones previstas para cada una de ellas en el presente Real Decreto-ley y en el resto de legislación aplicable, en cuyo caso les será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del art. 111 de la Ley de Economía Sostenible". Añade que, "en particular, las actuaciones de regeneración urbana exigirán que la Administración competente delimite el correspondiente ámbito, que podrá ser continuo o discontinuo, así como de mera rehabilitación o sustitución de viviendas o edificios completos, siempre que no afecten a más del 50 por 100 de los edificios, de las viviendas o de la edificabilidad". En estos casos, aclara el precepto, "las actuaciones de regeneración urbana tendrán la consideración de actuaciones de transformación urbanística, de acuerdo con lo previsto en el art. 14.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, siéndoles de aplicación el régimen de las actuaciones de urbanización o dotación que les corresponda".

La impugnación de este precepto se centra pues en la previsión limitativa del porcentaje de demolición, renovación o sustitución de edificios que se puede realizar mediante actuaciones de transformación urbanística. Esta previsión ya no aparece en la regulación de la ordenación y ejecución de las actuaciones de rehabilitación edificatoria que contiene el art. 10 de la Ley 8/2013 (precepto este derogado a su vez por el Real

Decreto Legislativo 7/2015, que aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana); en el párrafo 2 de su apartado 1, se limita a disponer que "las actuaciones que no requieran la alteración de la ordenación urbanística vigente, precisarán la delimitación y aprobación de un ámbito de actuación conjunta, que podrá ser continuo o discontinuo, o la identificación de la actuación aislada que corresponda, a propuesta de los sujetos mencionados en el artículo anterior, y a elección del Ayuntamiento".

Es preciso, pues, concluir que el presente proceso ha perdido también objeto en relación con el art. 18.1.

c) El art. 19.2 del Real Decreto-ley 8/2011 regula los sujetos legitimados para participar en las actuaciones de rehabilitación. Dispone que estos sujetos "podrán agruparse en asociaciones administrativas con determinados fines: a) participar en el proceso de planificación o programación de la actuación, b) elaborar, por propia iniciativa o por encargo del responsable de la gestión de la actuación de que se trate, los correspondientes proyectos, planes o programas, c) asumir, por sí mismas, o en asociación con otros sujetos intervinientes, públicos o privados, la gestión de las obras de mejora y regeneración urbana o, en su caso, participar en una u otra en la forma que se convenga con el responsable de la gestión". La Generalitat de Cataluña impugna el precepto por cuanto habilita a las asociaciones de sujetos legitimados a participar en las actuaciones de regeneración urbana para que formulen los instrumentos de ordenación urbana u otros análogos y para que procedan a la ejecución de las obras de regeneración previstas en dichos instrumentos, lo que se considera que carece de amparo en el art. 149.1.1 CE.

La participación de las asociaciones administrativas en las actuaciones de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas se regula nuevamente en el art. 15 de la Ley 8/2013 (derogado a su vez por el Real Decreto Legislativo 7/2015, que aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana). Este precepto prevé, en su apartado 1, que estas asociaciones pueden participar en la ejecución

de las actuaciones de rehabilitación edificatoria y en las de regeneración y renovación urbanas; establece, además, en el apartado 3 b), que pueden constituirse para participar en los concursos públicos que la Administración convoque a los efectos de adjudicar la ejecución de las obras correspondientes. Esta regulación ha pasado a incorporarse al art. 9, apartados 4 e) y 5 b), del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015. Por tanto, aunque la nueva regulación ya no contempla la formulación por las asociaciones administrativas de los instrumentos de ordenación para la regeneración urbana, sigue contemplando su participación en la fase de ejecución, por lo que respecto a esta parte de la regulación el objeto del proceso persiste.

d) Por lo que se refiere a los preceptos que regulan la inspección de edificios, el art. 21 del Real Decreto-ley 8/2011 establece que los de una antigüedad superior a 50 años, salvo que las Comunidades Autónomas fijen distinta antigüedad en su normativa, destinados preferentemente a uso residencial y situados en los municipios señalados en la disposición adicional tercera, deberán ser objeto, en función de su antigüedad, de una inspección técnica periódica que asegure su buen estado y debida conservación. Habrá de cumplir como mínimo determinados requisitos (evaluar la adecuación de estos inmuebles a las condiciones legalmente exigibles de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato; determinar las obras y trabajos de conservación que se requieran para mantener los inmuebles en el estado legalmente exigible, y el tiempo señalado al efecto). También dispone que las actuaciones previstas en este precepto se aplicarán en la forma, plazos y condiciones que regulen las Comunidades Autónomas; que los municipios podrán establecer sus propias actuaciones en el marco de los mínimos estatales y autonómicos. Las inspecciones realizadas por encargo de la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios que se refieran a la totalidad de un edificio o complejo inmobiliario extenderán su eficacia a todos y cada uno de los locales y viviendas existentes.

Por su parte, el artículo 22 regula los efectos de la inspección. Dispone que cuando de la inspección realizada resulten deficiencias, la eficacia del documento acreditativo de la misma, a los efectos de justificar el cumplimiento del deber legal de conservación a que se refiere el art. 9 de la Ley de suelo, quedará condicionada a la certificación de la realización efectiva de las obras y los trabajos de conservación requeridos para mantener el inmueble en el estado legalmente exigible y en el tiempo señalado al efecto.

La disposición adicional tercera, por su parte, limita la aplicación de la regulación de la inspección técnica de edificios a los municipios con población superior a 25.000 habitantes, salvo que las Comunidades Autónomas fijen otros estándares poblacionales y en aquellos que las Administraciones incluyan en las áreas o los entornos metropolitanos que delimiten. Dispone, además, que las Comunidades Autónomas, cuando las circunstancias lo aconsejen, podrán disponer la aplicación de las determinaciones relativas a la inspección técnica de edificios a municipios no comprendidos en el apartado anterior y, en dicho caso, establecer excepciones del cumplimiento de la misma a determinados edificios según su tipología o su uso predominante.

El régimen transitorio para las inspecciones técnicas se establece en las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto-ley 8/2011. La primera regula la eficacia de las inspecciones técnicas ya realizadas. Dispone que las que se hayan llevado a cabo conforme a la normativa vigente en el momento de entrada en vigor de este Real Decreto-ley, mantendrán su eficacia a todos los efectos dentro del plazo que dicha normativa hubiere establecido; en ausencia de dicho plazo, hasta el 1 de enero de 2020. La segunda, relativa al calendario para las inspecciones técnicas, prevé que "antes de la entrada en vigor de lo dispuesto en este Real Decreto-ley sobre la obligatoriedad de la inspección técnica de edificios, las Administraciones Públicas competentes podrán establecer, en el ámbito de sus competencias, un calendario de fechas hasta el año 2015 para la progresiva realización ordenada de la inspección técnica de edificios en función de

su antigüedad". En ese año, añade el precepto, deberán haberse sometido a dicha inspección todos los edificios con una antigüedad superior a 50 años, a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, en todos los municipios a que se refiere la disposición adicional tercera y en los términos establecidos en la misma.

Estos preceptos (arts. 21 y 22, disposición adicional tercera y disposiciones transitorias primera y segunda) se impugnan por entender la Generalitat que, en la medida que abordan un instrumento de evaluación del estado de conservación del parque inmobiliario de uso residencial, así como medidas de control sobre el cumplimiento por los propietarios de los deberes legales de conservación y rehabilitación, se trata de una regulación urbanística para la que el Estado carece de competencias y con cuyo establecimiento invade las propias de las Comunidades Autónomas.

La Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que deroga los preceptos referidos, establece el informe de evaluación de edificios, partiendo de la regulación establecida por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, pero buscando, como se explica en su preámbulo, superar algunas de sus insuficiencias. Entre ellas, la que lo identificaba plenamente con la inspección técnica de edificios regulada por las Comunidades Autónomas y por algunos ayuntamientos. El contenido de esta regulación de la Ley 8/2013 sobre el informe de evaluación de edificios ha pasado a incorporarse al actual texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015 (arts. 29 y 30 y disposición transitoria segunda).

Dispone el art. 4 de la Ley 8/2013 (cuyo contenido pasa a incorporarse al art. 29 texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015) que "los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva podrán ser requeridos por la Administración competente, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera, para que acrediten la situación en la

que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre el grado de eficiencia energética de los mismos". Este informe de evaluación ha de contener de manera detallada la evaluación del estado de conservación del edificio, la evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, de acuerdo con la normativa vigente, estableciendo si el edificio es susceptible o no de realizar ajustes razonables para satisfacerlas, y la certificación de la eficiencia energética del edificio. Dispone el precepto además que cuando, de conformidad con la normativa autonómica o municipal, exista un informe de inspección técnica que ya permita evaluar los extremos señalados en las letras a) y b) anteriores, se podrá complementar con la certificación referida en la letra c) y surtirá los mismos efectos que el informe regulado por esta Ley. Cuando contenga todos los elementos requeridos de conformidad con aquella normativa, podrá surtir los efectos derivados de la misma, tanto en cuanto a la posible exigencia de la subsanación de las deficiencias observadas, como en cuanto a la posible realización de las mismas en sustitución y a costa de los obligados; con independencia de las medidas disciplinarias y sancionadoras que procedan, de conformidad con lo establecido en la legislación urbanística aplicable.

Este informe de evaluación extiende su eficacia a todos y cada uno de los locales y viviendas existentes y tiene una periodicidad mínima de diez años, pudiendo las Comunidades Autónomas y los ayuntamientos prever una periodicidad menor. Por otra parte, el art. 4 de la Ley 8/2013 (cuyo contenido pasa a incorporarse ahora al art. 29 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana) atribuye al incumplimiento del deber de realizar en tiempo y forma el informe de evaluación, regulado por este artículo y por la disposición transitoria primera, la consideración de infracción urbanística; con las consecuencias que atribuya la normativa urbanística aplicable al

incumplimiento del deber de dotarse del informe de inspección técnica de edificios o equivalente en el plazo expresamente establecido.

El calendario para la realización del informe de evaluación de los edificios se contiene en la disposición transitoria primera de la Ley 8/2013 (cuyo contenido pasa a incorporarse ahora a la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana). De acuerdo con ella, con el objeto de garantizar la calidad y sostenibilidad del parque edificado, así como para orientar y dirigir las políticas públicas que persigan tales fines, y sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas aprueben una regulación más exigente y de lo que indiquen las ordenanzas municipales, la obligación de disponer del informe de evaluación regulado en el art. 4 de la Ley 8/2013 (ahora en la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana) deberá hacerse efectiva, como mínimo, en relación con determinados edificios y plazos. Tal es el caso de los edificios de tipología residencial de vivienda colectiva con una antigüedad superior a 50 años: en el plazo máximo de cinco años, a contar desde la fecha en que alcancen dicha antigüedad, salvo que ya cuenten con una inspección técnica vigente, realizada de conformidad con su normativa aplicable y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2013. Igualmente, han de disponer del informe de evaluación los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas con el objetivo de acometer obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, con anterioridad a la formalización de la petición de la correspondiente ayuda. El resto de los edificios sólo han de contar con el informe de evaluación cuando así lo determine la normativa autonómica o municipal, que podrá establecer especialidades de aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüedad, tipología o uso predominante.

Finalmente, la disposición transitoria primera de la Ley 8/2013 (ahora la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana) prevé que "con el objeto de evitar duplicidades entre el informe y la

Inspección Técnica de Edificios o instrumento de naturaleza análoga que pudiera existir en los Municipios o Comunidades Autónomas, el informe resultante de aquella se integrará como parte del informe regulado por esta Ley, teniéndose este último por producido, en todo caso, cuando el ya realizado haya tenido en cuenta exigencias derivadas de la normativa autonómica o local iguales o más exigentes a las establecidas por esta Ley".

En definitiva, de la exposición de esta regulación se deduce que la Ley 8/2013 (cuyo contenido en este punto pasa a incorporarse ahora al art. 29 y la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana) no ha eliminado la inspección técnica de edificios. Lejos de ello, la ha sustituido por un instrumento más amplio de la evaluación de los edificios que comprende ahora, además de la evaluación del estado de conservación del edificio, también la de las condiciones básicas de accesibilidad universal y de eficiencia energética. Hay que entender que la controversia competencial planteada por la Generalitat en torno a la regulación de la inspección técnica de edificios sigue en pie y precisa una decisión de este Tribunal, sin que el proceso haya perdido, por tanto, en este punto su objeto.

3. Efectuadas las precisiones que anteceden sobre el objeto del presente proceso, procede adentrarse ahora en el análisis de constitucionalidad de los preceptos impugnados respecto de los que subsiste la controversia planteada, comenzando por el artículo 19.2.

Como hemos visto en el fundamento jurídico anterior, este precepto es impugnado por la Generalitat de Cataluña en cuanto habilita a las asociaciones de sujetos legitimados para participar en las actuaciones de regeneración urbana a proceder a la ejecución de las obras de regeneración previstas en dichos instrumentos. La Generalitat entiende que esta regulación carece de amparo en el art. 149.1 CE e invade sus competencias en materia de urbanismo. Sostiene la representación procesal de la Generalitat que la regulación no fija condiciones básicas de igualdad en ejercicio de derechos o cumplimiento de

deberes constitucionales, por lo que no puede entenderse dictada en virtud del art. 149.1.1 CE. Tampoco los apartados 13 y 23 del art. 149.1 CE ofrecerían cobertura, puesto que el art. 19.2 del Real Decreto-ley 8/2011 no establece medidas que guarden relación directa o inmediata con la dirección y planificación de la actividad económica y tampoco impone limitaciones a la actividad de transformación urbanística para evitar los efectos medioambientales negativos que de ella pudieran derivarse; se limita a regular la actividad de formulación y ejecución de las actuaciones de transformación urbanística de regeneración urbana.

El Abogado del Estado, por el contrario, defiende la constitucionalidad de la regulación afirmando que de los arts. 3.3, 4.3 y 6 del texto refundido de la Ley de suelo y de la doctrina establecida en las SSTC 61/1997, FJ 14 c), y 164/2001, FJ 9, se deduce que la previsión de la participación de propietarios y empresarios en la acción urbanística es una regulación de las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa. Por tanto, encontraría amparo específico en el art. 149.1.1 CE. Además, sostiene que la regulación no introduce ninguna regla material urbanística, por lo que las Comunidades Autónomas quedan en entera libertad para fijar el procedimiento específico a través del cual se haya de articular la participación de las asociaciones, así como los plazos, posibles consecuencias, etc. No se habría, por tanto, producido invasión alguna de la competencia urbanística de la Generalitat catalana.

Como este Tribunal ha tenido ocasión de afirmar en resoluciones anteriores [SSTC 61/1997, FJ 14 c); 164/2001, FJ 9, y 141/2014, FJ 7 b)], la previsión de la participación de los particulares en la acción urbanística pública encuentra amparo en el art. 149.1.1 CE, aunque corresponda a las Comunidades Autónomas la concreta articulación de esa acción pública con la participación privada mediante la regulación de los correspondientes sistemas o técnicas de ejecución de los instrumentos urbanísticos. La regulación que ahora se impugna no pasa de establecer un principio o criterio general de participación de las asociacio-

nes administrativas que constituyan los sujetos legitimados en la ejecución de las actuaciones de regeneración urbana; no se desciende a mayor detalle, que ciertamente corresponderá prever a las Comunidades Autónomas. En consecuencia, ninguna invasión ocasiona de las competencias urbanísticas de la Generalitat de Cataluña. Procede, por tanto, desestimar la impugnación del art. 19.2 del Real Decreto-ley 8/2011.

4. Los arts. 21 y 22, la disposición adicional tercera y las disposiciones transitorias primera y segunda de dicho Real Decreto-ley se impugnan por entender que, al regular la inspección urbanística de los edificios, el legislador estatal invade las competencias de la Generalitat en materia de vivienda y urbanismo. Sostiene la Abogada de la Generalitat que esta regulación es materialmente urbanística y que el Estado no tiene cobertura para su establecimiento ni en el apartado 1, ni en los apartados 13 y 23 del art. 149.1 CE. La regulación impugnada establece un mecanismo preventivo de control sobre el cumplimiento por los propietarios de sus deberes legales de conservación y de rehabilitación. Se trata de un instrumento de evaluación del estado de conservación del parque inmobiliario de uso residencial, que no tiene un impacto directo en la economía, ni podría pensarse que vaya a dinamizar el sector de la construcción, ni establece un mínimo común denominador en cuanto a la sostenibilidad ambiental exigible a los edificios, por lo que el Estado no puede pretender ampararse ni en el apartado 13 ni en el apartado 23 del art. 149.1 CE. Niega también la Abogada de la Generalitat que la regulación impugnada pueda encontrar amparo en el art. 149.1.1 CE, porque no define las posiciones jurídicas primarias de los propietarios en relación con su deber de conservación, ni tampoco impone reglas iguales y uniformes para todos los propietarios de edificios; se limita a instaurar unas técnicas de intervención administrativa destinadas a comprobar el cumplimiento del deber de conservación de los inmuebles.

El Abogado del Estado argumenta, por el contrario, que los preceptos discutidos son conformes a la Constitución y que la regulación encuentra cobertura en el art. 149.1.1 CE. En primer tér-

mino porque, al imponer la obligatoriedad de la inspección técnica de edificios, el legislador estatal establece un instrumento que coadyuva al cumplimiento del deber legal de conservación preservando, además, una uniformidad mínima en su contenido en todo el territorio español. De igual forma, al exigir el art. 22 del Real Decreto-ley 8/2011 el certificado de la ejecución de las obras para garantizar la eficacia de la inspección técnica realizada, la regulación tiene una estrecha relación con los deberes de los propietarios de los inmuebles y, por tanto, de nuevo ha de considerarse fruto del ejercicio de la competencia estatal ex art. 149.1.1 CE. También entiende que la regulación encuentra encaje en los apartados 13 y 23 del art. 149.1 CE, en la medida en que, por un lado, la rehabilitación de edificios y viviendas contribuye a impulsar el sector económico de la construcción contribuyendo a superar la crisis económica y, por otro, las actuaciones de rehabilitación realizadas como consecuencia de la inspección consistirán en realizar obras de mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano.

Niega el Abogado del Estado que el hecho de que la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 8/2011 no garantice la uniformidad plena en relación con la inspección técnica sea obstáculo para entender que la regulación esté amparada en el art. 149.1.1 CE. Citando el fundamento jurídico 41 a) de la STC 61/1997, argumenta que ha de admitirse la posibilidad de que las normas dictadas por el legislador estatal ex art. 149.1.1 CE puedan introducir regulaciones o tratamientos diferenciados en presencia de elementos o factores objetivos que lo justifiquen. Por último, considera el Abogado del Estado que el deber de adaptar las normas autonómicas anteriores a las posteriores y prevalentes que dicte el legislador estatal es consecuencia lógica de la propia Constitución. Es obvio que son las Cortes Generales quienes deben decidir el tipo de régimen intertemporal de las nuevas leyes que dictan. Lo que, en su opinión, resultaría contrario a la Constitución es que fuera el legislador autonómico el que libremente decidiera sobre la eficacia de las leyes generales, determinando por

sí mismo el tiempo y forma de la adaptación de la normativa estatal.

En el preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011 se afirma que se introducen medidas para seguir impulsando las actuaciones de rehabilitación reforzando los contenidos que sobre esta materia se recogieron en la Ley de economía sostenible; se introduciría mayor claridad en un mercado que se considera básico para la consecución de un modelo de desarrollo más sostenible. Más concretamente, se explica que en el marco de las políticas dirigidas a la consecución de un medio urbano más sostenible, el Real Decreto-ley generaliza la inspección técnica de edificios, estableciendo su obligatoriedad y sus requisitos esenciales. De esta forma, se dota a este instrumento, ya existente en la mayoría de las leyes urbanísticas en vigor, de la uniformidad necesaria para garantizar unos contenidos que ayuden a conseguir la adaptación del parque de viviendas existentes a los criterios mínimos de calidad exigidos.

Este Tribunal ha señalado reiteradamente que el art. 149.1.13 CE atribuye al Estado una competencia para la ordenación general de la economía que abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos (por todas, STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2; STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5). También hemos advertido que el art. 149.1.13 CE exige una lectura restrictiva, puesto que una excesivamente amplia podría constreñir e incluso vaciar las competencias sectoriales legítimas de las Comunidades Autónomas (SSTC 29/1986, FJ 4; 141/2014). Así, no toda medida por el mero hecho de tener una incidencia económica puede incardinarse en este título; es preciso que tenga "una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de no ser así se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico" (SSTC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5; 141/2014, FJ 5). En definitiva, la competencia que atribuye al Estado el art. 149.1.13 CE "cuando afecta a la competencia urbanística

de las Comunidades Autónomas, ha de verse complementada además por una interpretación finalista o teleológica, de modo que tan sólo aquellas normas básicas que respondan efectiva y estrictamente a la planificación económica podrían encontrar cobijo en el referido título, que impide la producción de normas que, aunque relacionadas con esa planificación general, no guarden esa inmediata y directa relación con la dirección de la economía" (SSTC 61/1997, FJ 36; 112/2013, FJ 3; y 141/2014, FJ 5).

Por su parte, el art. 149.1.23 CE es también un título transversal que tiene una clara fuerza expansiva y requiere igualmente una interpretación restricta. Atribuye al Estado competencias para establecer una legislación básica que constituya un mínimo de protección medioambiental; será superable por las Comunidades Autónomas mediante el establecimiento de normas adicionales de protección, pero como ya hemos tenido ocasión de explicar en resoluciones anteriores, "en esta materia no se encuadra cualquier tipo de actividad relativa a [los] recursos naturales, sino sólo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora" (STC 102/1995, FJ 3). La utilización de este título por parte del Estado para afectar o condicionar competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas sólo será, pues, conforme al orden constitucional de competencias "cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio de la actividad sectorial de que se trate pueda tener" (SSTC 69/2013, FJ 1, y 141/2014, FJ 5).

La inspección urbanística es una potestad administrativa, una técnica típica de intervención, cuya finalidad es verificar el cumplimiento de la legalidad urbanística, constatar las irregularidades existentes y, en su caso, activar los debidos mecanismos de corrección. Es indudable que la inspección de edificios puede dar lugar a obras de conservación y reparación, pero no es propiamente una medida cuya finalidad sea la consecución de objetivos de política económica general, ni tiene tampoco una incidencia directa y significativa sobre dicha actividad. De igual for-

ma, hay que rechazar que su regulación persiga la preservación, conservación o mejora del medio ambiente o de los recursos naturales que lo conforman; o que, admitiendo una acepción amplia del medio ambiente, pueda considerarse una medida que tienda primordialmente a proteger un medio ambiente urbano.

Se trata, sin lugar a dudas, de la regulación de una técnica o instrumento propiamente urbanístico, que tiene por finalidad prevenir y controlar las irregularidades o ilegalidades urbanísticas, así como comprobar el cumplimiento del deber de conservación que corresponde a los propietarios. Son, pues, preceptos que se incardinan con claridad en la materia de urbanismo, es competencia de las Comunidades Autónomas que a éstas corresponde regular, sin que el art. 149.1.13 y 23 CE otorgue al Estado cobertura para proceder al establecimiento de previsiones sobre requisitos, características y plazos de la actividad inspectora. Como ya hemos dicho, "el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades" y en "la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas" (STC 61/1997, FJ 6; y 141/2014, FJ 5), entre las cuales se encuentra la inspección de edificios cuya regulación compete a las Comunidades Autónomas, sin que en las reglas establecidas en los preceptos ahora impugnados se advierta un contenido o un objetivo que justifique su incardinación en los títulos competenciales del Estado ex art. 149.1.13 o art. 149.1.23 CE.

Tampoco el art. 149.1.1 CE permite el establecimiento de esta regulación, pues este título tan sólo atribuye al Estado competencia para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de deberes constitucionales. Téngase en cuenta que ni siquiera habilita, como ya hemos tenido ocasión de afirmar (STC 61/1997, FJ 7), para abordar una regulación completa de esos derechos y deberes; aún menos permite abordar la regulación de simples técnicas o instrumentos urbanísticos de comprobación del cumplimiento de deberes de los propietarios. Conviene a estos efectos recordar que el título

del art. 149.1.1 CE no puede operar como un título horizontal "capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente hacia un derecho o deber constitucional" (STC 61/1997, FJ 7).

Por todo lo anteriormente expuesto, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 21 y 22 del Real Decreto-ley 8/2011, así como de la disposición adicional tercera y de las disposiciones transitorias primera y segunda de dicho Real Decreto-ley.

5. La representación procesal de la Generalitat de Cataluña impugna, por último, la disposición final primera del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, pero lo hace sólo en la medida en que discrepa de los títulos competenciales en los que este precepto ampara los demás impugnados. Una vez depurados dichos preceptos, como hemos señalado en casos similares (por todas, SSTC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 12; y 130/2013, de 4 de junio, FJ 14), nos encontramos aquí ante una impugnación que cabría calificar de "sistemática", llamada a seguir la misma suerte que los preceptos concretos que han sido objeto de impugnación, por el carácter que les atribuye esta disposición final primera. En definitiva, en los fundamentos jurídicos anteriores de la presente Sentencia ya se ha analizado la adecuación constitucional de los preceptos impugnados, sin que sea necesario un pronunciamiento expreso y genérico sobre la disposición final primera, por

cuanto que el Gobierno autonómico recurrente ya lo ha obtenido en relación con cada precepto impugnado y ello se proyecta sobre esta concreta disposición.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Declarar la desaparición sobrevenida del objeto del presente recurso en cuanto a los arts. 17.1 c), 18.1 y 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.

2.º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 21 y 22, de la disposición adicional tercera y de las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.

3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintiuno de enero de dos mil dieciséis.-Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.-Adela Asua Batarrita.-Encarnación Roca Trías.-Andrés Ollero Tassara.-Fernando Valdés Dal-Ré.-Juan José González Rivas.-Santiago Martínez-Vares García.-Juan Antonio Xiol Ríos.-Pedro José González-Trevijano Sánchez.-Ricardo Enríquez Sancho.-Antonio Narváez Rodríguez.-Firmado y rubricado.