



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2756

Madrid, martes 10 de noviembre de 2009



TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/216682

TC Sala 1ª, Sentencia 28 septiembre 2009. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes

Competencia de la Xunta para regular las líneas de financiación de destinos turísticos

El Tribunal Constitucional estima parcialmente el conflicto positivo de competencias promovido por la Xunta de Galicia contra determinados artículos del RD 1916/2008, de 21 noviembre, declarando la nulidad de algunos de dichos preceptos de tal Decreto estatal de modernización de destinos turísticos por entender que corresponde a Galicia la titularidad de la competencia para regular las líneas de financiación en dicha materia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente proceso constitucional ha de resolver el conflicto positivo de competencia planteado por la Junta de Galicia contra diversos preceptos del Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros, expresión con la que se hace referencia a aquellos destinos que, por diversas razones, muestran signos de obsolescencia y precisan ser renovados a fin de adecuarse a las necesidades y exigencias de los mercados turísticos.

La referida iniciativa trae causa de lo previsto inicialmente en la disposición adicional cuadragésima novena de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2005, la cual reguló la denominada "Iniciativa de Modernización de Destinos Turísticos Maduros del Litoral Español". En desarrollo de tal disposición legal, posteriormente modificada por el artículo 24 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, se aprobó el Real Decreto 721/2005, de 20 de junio. Aquella disposición le-

gal fue derogada por la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 42/2006, de 29 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2007, a su vez modificada por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, dictándose el Real Decreto objeto del presente conflicto en desarrollo de la referida disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 42/2006, con la modificación antes señalada. A esta iniciativa, dirigida a impulsar la transformación de los destinos turísticos maduros para su adaptación y modernización, también se hace referencia en el denominado Plan de turismo español 2008-2012, el cual desarrolla el Plan del turismo español. Horizonte 2020, ambos aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2007.

En el marco expuesto, el Real Decreto 1916/2008 se proclama dictado al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (disposición final primera) con la finalidad de apoyar financieramente los planes de renovación, moderni-

zación y reconversión integral de destinos turísticos maduros que se desarrollen por las administraciones locales y por las empresas turísticas. Este apoyo se materializa en tres líneas de financiación.

La primera de ellas es la relativa a las operaciones llevadas a cabo con cargo al denominado Fondo financiero del Estado para la modernización de las infraestructuras turísticas (FOMIT), operaciones que, a su vez y conforme al art. 10 del Real Decreto 1916/2008, pueden ser de tres tipos: desembolso de aportaciones por la Administración General del Estado al capital social de aquellas sociedades que constituya o en las que pueda participar (art 11); el otorgamiento de préstamos con largos plazos de amortización, incluyendo períodos de carencia y bajos tipos de interés (arts. 12 a 25); y la constitución en garantía sin contraprestación y para asegurar los préstamos que se otorguen en su caso por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) a favor de los beneficiarios del propio fondo (art. 26). La segunda línea de financiación consiste en el apoyo a los tipos de interés de la línea de financiación del ICO para actividades turísticas privadas (art. 27) y la tercera y última hace referencia a la concesión de ayudas destinadas a la realización de actividades complementarias de estudio, promoción y comercialización de los destinos turísticos modernizados (arts. 28 a 35).

SEGUNDO.- Como se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, la Junta de Galicia, admitiendo la competencia estatal para destinar recursos presupuestarios a esta cuestión así como la propia existencia y configuración del FOMIT y las líneas de financiación a él asociadas, entiende que determinados preceptos del Real Decreto 1916/2008 vulneran sus competencias en materia de turismo y fomento y planificación de la actividad económica de Galicia así como su autonomía financiera y sus competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos.

La alegada vulneración se produciría porque, a su juicio, los preceptos que cuestiona centralizan en órganos estatales la tramitación y resolución de algunas de las iniciativas reguladas en el Real Decreto

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Competencia de la Xunta para regular las líneas de financiación de destinos turísticos **1**

TS

CIVIL

Validez de precepto estatutario de partido político sobre nombramiento de portavoces **6**

Inexistente obligación de indemnizar por falta de desalajo de la finca **9**

PENAL

Inaplicación de atenuante de reparación del daño en delito de incendio **10**

ADMINISTRATIVO

Determinación de la doctrina correcta al existir cambio de criterio jurisprudencial sin justificación **11**

SOCIAL

Bases de cotización de pensión de jubilación de trabajador de la ONCE **13**

Derecho del padre a subsidio por paternidad solicitado en distinto momento al de la madre **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

1916/2008, ignorando de este modo la doctrina constitucional relativa a las subvenciones y ayudas públicas (singularmente, la STC 13/1992, de 6 de febrero) así como la recaída específicamente en materia de ayudas al turismo (STC 242/1999, de 21 de diciembre) y en materia de utilización de préstamos como medida de fomento (STC 95/1986, de 10 de julio). Tales reproches se dirigen contra determinados aspectos de la regulación de dos de las líneas de financiación a las que hemos hecho referencia.

En concreto, a algunos de los preceptos que regulan préstamos bonificados con cargo al FOMIT se les imputa bien su excesiva concreción (arts. 15, 18 y 20.1), bien el establecimiento de una solicitud de información que encubre un mecanismo de control (art. 24.3) o, en fin, el desconocimiento de las competencias autonómicas respecto a la gestión o tramitación administrativa que pueda existir en el procedimiento de otorgamiento de esos préstamos (arts. 14, 16, 19, 20.2, 21.1 y 2, 22 y 25). De las operaciones del FOMIT también se cuestiona el art. 26 por cuanto el mismo regula la constitución de garantías con cargo al mismo, residenciando en el Estado la tramitación administrativa y la decisión sobre su concesión. Finalmente, a la tercera línea de financiación, las ayudas complementarias a los planes de dinamización turística, se le imputa su falta de territorialización, en cuanto la misma no se recogería en los arts. 29; 30.2; 32.2, párrafo segundo; 32.3; 33.2 y 3; 34 y 35.

Discrepando del anterior planteamiento, el Abogado del Estado sostiene que las previsiones impugnadas del Real Decreto 1916/2008 se insertan en la competencia estatal del art. 149.1.13 CE, pues la finalidad perseguida por la norma citada solamente podría alcanzarse a través de la selección de unos determinados proyectos en condiciones de identidad para todo el territorio, circunstancia que, unida a la singularidad de las iniciativas contempladas, justificaría que las competencias sobre las mismas se residencien en su totalidad en órganos estatales, con la salvedad de que las autoridades autonómicas disponen de la posibilidad de emitir un informe que será vinculante en caso de ser negativo.

Igualmente estima que la impugnación de la regulación de las denominadas "ayudas complementarias a los planes de dinamización turística" resulta prematura pues, de existir tal

vulneración, sería imputable a las bases reguladoras de las citadas ayudas y no a los preceptos del Real Decreto 1916/2008.

TERCERO.- Así pues, nos encontramos ante una controversia trabada en relación con la delimitación de competencias en relación con la regulación y aplicación de ayudas o subvenciones al sector turístico. Para resolverla hemos de partir, tal como tenemos reiteradamente establecido (entre las últimas, SSTC 136/2009 y 138/2009, ambas de 15 de junio), de la distribución de competencias existente en la materia constitucional en la que proceda encuadrar las ayudas o subvenciones de que se trate.

En este caso las partes coinciden en que la norma se inserta en la materia turismo, coincidencia que también se extiende a la apreciación de que, pese al carácter exclusivo con el que las competencias en dicha materia han sido asumidas por los distintos Estatutos de Autonomía (en el caso de Galicia, art. 27.21 del Estatuto de Autonomía), sobre las mismas incidirían las competencias estatales relativas a la planificación de la actividad económica del art. 149.1.13 CE, extremo éste último también señalado en nuestra doctrina en relación expresamente con ayudas y subvenciones estatales en el sector turístico (al respecto, SSTC 242/1999, de 21 de diciembre, ó 75/1989, de 21 de abril).

Por ello, no cabe duda de que, en la competencia del Estado ex art. 149.1.13 CE, se incluye la planificación básica de determinadas actuaciones de inversión en destinos turísticos en el territorio español, lo que justifica la regulación por el Estado de los correspondientes instrumentos de financiación ya que con ello se trata de asegurar el mantenimiento de unas inversiones necesarias desde el punto de vista de la política económica general en atención al peso del sector turístico en nuestra economía.

Con arreglo a lo expuesto, hemos de concluir que el Estado puede destinar las ayudas reguladas en el Real Decreto 1916/2008 a las finalidades previstas en el mismo si bien, al no tratarse el turismo de una competencia exclusiva estatal, el alcance de esta actividad genérica de fomento debe delimitarse con precisión a fin de evitar la invasión del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Delimitación que debe llevarse a cabo atendiendo a la doctrina de este Tribunal en relación con la

actividad estatal de subvenciones y ayudas públicas.

Los criterios de nuestra doctrina, extraídos de la STC 13/1992, de 6 de febrero, son los siguientes, tal como se recogen en la STC 242/1999, de 21 de diciembre, relativa a ayudas y subvenciones en materia turística.

En ésta última recordamos que "no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado" o, lo que es lo mismo, "que el Estado... no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial" (FJ 6 a), que remite a la STC 13/1992); igualmente destacamos que las diversas "instancias territoriales" ejercerán sobre las subvenciones las competencias que tienen atribuidas, de modo que "si estas instancias son exclusivamente estatales, por ser también de competencia exclusiva del Estado la materia o sector de la actividad pública, no se plantea ningún problema en cuanto a la delimitación competencial.

Cuando, por el contrario, tal materia o sector corresponden en uno u otro grado a las Comunidades Autónomas, las medidas que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad a que se destinan los recursos deberán respetar el orden constitucional y estatuario de competencias" pues, de no ser así, "el Estado estaría restringiendo la autonomía política de las Comunidades Autónomas y su capacidad de autogobierno" (FJ 6 c)).

De esta forma en caso de que la materia directamente implicada sea de la exclusiva competencia estatal, el Estado podrá regular y gestionar completamente las subvenciones correspondientes. Por el contrario, cuando las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias sobre la materia objeto de la subvención, el fundamento jurídico 8 de la ya citada STC 13/1992 sintetiza los cuatro supuestos que pueden darse, según el alcance e intensidad de las competencias autonómicas, distinguiendo entre:

a) Supuestos en los que el Estado no invoca título competencial alguno, mientras que la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva sobre una determinada materia.

b) Aquéllos en los que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la com-

petencia de desarrollo legislativo y de ejecución.

c) Casos en los que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, cuya ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma.

d) Supuestos de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, pero en los que concurren circunstancias excepcionales que determinan que la gestión de las ayudas pueda ser realizada por el Estado.

Encuadradas las ayudas y subvenciones controvertidas en la materia turismo el debate trabado entre las partes se centra en torno al supuesto que, de los cuatro que hemos contemplado en nuestra doctrina, resulta de aplicación a las ahora controvertidas. Al respecto, la representación procesal de la Junta de Galicia entiende que nos encontramos en el denominado segundo supuesto, recogido en el FJ 8 b) de la meritada STC 13/1992, el cual determina lo siguiente:

"El segundo supuesto se da cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aun si ésta se califica de exclusiva (v.gr., la ordenación general de la economía), o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución. En estos supuestos el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación.

Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios

objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias”.

Sin embargo, el Abogado del Estado disiente del anterior planteamiento y considera que la peculiaridad de estas ayudas conlleva que, como excepción, resulte procedente la aplicación a todas ellas de la doctrina recaída en el fundamento jurídico 8 d) de la misma Sentencia 13/1992, en el que dijimos que la gestión centralizada estatal: “sólo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y en las circunstancias ya señaladas en nuestra doctrina anterior, a saber: que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada de la medida de fomento de que se trate”.

CUARTO.- Planteado el conflicto en estos términos, lo resolveremos analizando separadamente cada una de las iniciativas del Real Decreto 1916/2008 en los aspectos que han sido objeto de impugnación. Así, comenzaremos el enjuiciamiento por los preceptos relativos a los denominados préstamos bonificados. Respecto a tales préstamos, la Junta de Galicia no cuestiona su existencia ni tampoco las características de los mismos sino que su reivindicación se centra exclusivamente en los aspectos relacionados con su convocatoria y gestión, todos ellos centralizados en órganos estatales, consistiendo la intervención autonómica en la primera valoración y priorización de las solicitudes de préstamo presentadas, emitiendo un informe respecto a la eventual concesión del préstamo, informe que será vinculante en caso de ser negativo (art. 16) así como en la emisión de un informe en caso de iniciarse un procedimiento de reintegro por incumplimiento (art. 25.3).

En este caso, las razones aducidas por el Abogado del Estado en favor de la centralización de las tareas de convocatoria y gestión en aplicación de la doctrina contenida en el fundamento jurídico 8 d) de la STC 13/1992 no resultan convincentes. No se ha aportado ninguna justificación que haga imprescindible la intervención estatal en la gestión, más allá de la referencia de que la norma persigue seleccionar unos concretos proyectos dirigidos a la consecución de un modelo o tipo de destino turístico predeterminado. Objetivo éste que puede conseguirse a través del sistema constitucional de distribución de competencias teniendo muy en cuenta que, como ya dijimos en la

STC 242/1999, de 21 de diciembre, FJ 20, la cooperación y la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas constituye el elemento fundamental del Estado autonómico, en particular, en ámbitos como el presente en que han de conciliarse las competencias estatales de ordenación económica del sector turístico con las exclusivas autonómicas en esta materia lo que puede producirse bien sea a través de convenios ajustados al orden de distribución de competencias (SSTC 95/1986, de 10 de julio, FJ 5, y 13/1992, de 6 de febrero, FFJJ 7 y 10) u otras fórmulas.

Además, no debe olvidarse que respecto al criterio del “interés”, “importancia” o “calidad” de los proyectos en relación con las eventuales facultades de gestión estatales, tenemos declarado que (STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 10, citando la STC 186/1999, de 14 de octubre, FJ 10):

“tampoco puede admitirse como justificación de la gestión centralizada el argumento de que lo determinante para recibir la subvención es la excelencia de los proyectos, debiendo valorarse a tal efecto todos los que se presenten en el conjunto del territorio nacional, pues tal técnica conduciría, simplemente, a la distorsión del orden de competencias y por ello hemos declarado que... bastaría que en el diseño de una legislación estatal reguladora de una materia se dificultara artificialmente su ejecución autonómica para justificar la negación o supresión de esa competencia (STC 106/1987, FJ 4)”. Asimismo, debemos desechar también, en atención al carácter exclusivo de las competencias autonómicas en la materia, que pueda ser considerada suficiente la existencia de un margen de intervención de la Comunidad Autónoma para apreciar que no se hayan invadido las competencias autonómicas (al respecto, STC 75/1989, de 21 de abril, FJ 5).

Como recuerda nuestra doctrina, la gestión por el Estado de las actividades de ejecución orientadas al otorgamiento de los préstamos previstos en el Real Decreto 1916/2008 sólo sería constitucionalmente admisible si, como antes hemos indicado, la centralización de los expresados incentivos económicos resultase imprescindible para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, siendo al tiempo un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales o de los créditos que hayan de destinarse al sector. Ninguna de estas exigencias concurre en el presente caso.

No se cuestiona por la Comunidad Autónoma que corresponda al Estado determinar la cuantía de los re-

ursos que, con cargo al FOMIT, van a ser destinados a financiar los correspondientes préstamos bonificados ni tampoco las condiciones de dichos préstamos, con lo que la dimensión cuantitativa de esta modalidad de incentivos resulta así plenamente asegurada, sin riesgo de quebrantamiento por la gestión que lleve a cabo la Comunidad Autónoma que ha planteado el conflicto.

Análogo razonamiento cabe sostener en relación con las condiciones y requisitos básicos que han de observarse en la concesión y disfrute de aquellos beneficios, pues su aplicación homogénea en todo el territorio nacional queda también garantizada por la regulación unitaria del Real Decreto, bastando aquí con comprobar, a salvo de lo que a continuación se dirá, si en las peticiones de créditos y subvenciones se dan o no todos los elementos que justificarían su otorgamiento o denegación.

En conclusión, dado que estas ayudas se insertan en la materia turismo, les será de aplicación el segundo supuesto recogido en el FJ 8 b) de nuestra STC 13/1992 al que ya hemos hecho referencia, pues, en este caso, no concurren las circunstancias excepcionales previstas en la doctrina constitucional para que resulte justificada la regulación completa de las subvenciones y la centralización en la gestión que se contiene en los preceptos impugnados. Así, en este ámbito al Estado le corresponderá ex art. 149.1.13 CE la especificación del destino de la subvención y la regulación de sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica pero siempre que deje espacio a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino de la subvención y para desarrollar las condiciones de otorgamiento y tramitación.

QUINTO.- Partiendo de tales premisas, podemos enjuiciar ya las concretas vulneraciones denunciadas respecto a la regulación de los denominados préstamos bonificados.

En cuanto a los arts. 15, 18 y 20.1 se les reprocha su excesiva concreción, al exceder de aquellos aspectos que resultan necesarios para la regulación unitaria de los préstamos a los que hacen referencia. En relación al art. 15, regulador del contenido de las solicitudes, es cierto que, en ocasiones, hemos reconocido la necesidad de dicha documentación pueda ser establecida por el Estado pero tal reconocimiento se ha producido cuando, en el caso enjuiciado, la regulación garantizaba “una homogeneidad sin duda necesaria en la tramitación de las ayudas en todo el territorio nacional y, a la vez, permite a las Comunidades Autónomas atender a las especificidades de sus propias políticas en la medida en que se prevé que aquéllas regulen ciertos aspectos de los estudios que han de ser aportados por los solicitantes”

(STC 126/2002, de 20 de mayo, FJ 10.a). En el presente supuesto no puede alcanzarse la misma conclusión, puesto que el precepto aborda con todo detalle la regulación de los documentos que se exigen, omitiendo cualquier referencia en el precepto a la eventual intervención autonómica en la materia, lo que determina que el mismo sea incompatible con el orden constitucional de distribución de competencias. Lo mismo sucede con la imposición de un determinado modelo de solicitud pues, conforme a nuestra doctrina (por todas, STC 242/1999, de 21 de diciembre, y las allí citadas), “no son básicos los modelos normalizados de solicitud”.

En cuanto al art. 18, relativo a los criterios de evaluación que deben aplicarse a las solicitudes de financiación con cargo al FOMIT, establece una regulación que, por su grado de detalle, igualmente desborda el ámbito de la competencia estatal, por lo que ha de estimarse que, tal y como apreciamos en relación a un supuesto similar en la ya citada STC 242/1999, FJ 11, el referido precepto vulnera las competencias autonómicas en materia de turismo. Idéntica vulneración ha de predicarse también del art. 20.1, en tanto que remite al anterior.

Los arts. 14, 16, 19, 20.2, 21.1 y 2, 22 y 25 son cuestionados todos ellos por no residenciar en las autoridades autonómicas la gestión o tramitación administrativa que pueda existir en el procedimiento de otorgamiento de los préstamos a los que hacen referencia tales preceptos.

El art. 14 regula la apertura y presentación de solicitudes estableciendo que el Secretario de Estado de Turismo podrá efectuar para cada ejercicio presupuestario la correspondiente convocatoria de concesión de préstamos en la que se fijara el volumen de recursos del FOMIT que se destinan a esta finalidad. Dado que la convocatoria es un acto de gestión administrativa de la ayuda, y siendo la regla general la gestión autonómica de estas ayudas, es patente que violenta un orden competencial en el que, de acuerdo con lo ya razonado, el Estado puede, al ostentar un título competencial genérico de intervención (art. 149.1.13 CE), consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, correspondiendo la gestión de esos fondos a las Comunidades Autónomas. Por ello, el primer párrafo del art. 14.1, en la medida en que residencia en un órgano estatal la facultad de convocatoria, ha de reputarse contrario al orden constitucional de distribución de competencias. No sucede lo mismo, sin embargo, con las previsiones del precepto, en el segundo párrafo de ese art. 14.1, relativas a la determinación por un órgano estatal del volumen de recursos del FOMIT que se destinan a préstamos pues el Estado siempre podrá, en uso de su potestad financiera (de gasto, en este

caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, correspondiendo al mismo tanto la determinación de la finalidad perseguida como la asignación de concretos recursos a la consecución de tal finalidad (STC 13/1992, FJ 7). Igualmente el hecho de que las solicitudes de préstamos con cargo al FOMIT se presenten en las entidades de crédito mediadoras con las que el ICO haya suscrito los correspondientes acuerdos (art. 14.2) no vulnera las competencias autonómicas (al respecto, STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 11) ya que dichos acuerdos constituyen el instrumento para la movilización de los recursos financieros que se requieren, recursos cuya determinación corresponde al Estado.

El art. 16, relativo a la instrucción del procedimiento de concesión de préstamos, vulnera, conforme al canon que venimos utilizando, las competencias autonómicas al atribuir a un órgano estatal las competencias relativas a la ordenación e instrucción de las solicitudes de préstamos. De esta forma resultan contrarios al orden constitucional de distribución de competencias el apartado 1 así como el 4, pues las competencias en torno a la instrucción y ordenación del procedimiento, con la consiguiente valoración de las solicitudes presentadas, han de corresponder a la Comunidad Autónoma, sin que dicha apreciación pueda verse enervada por la intervención autonómica en el procedimiento de concesión que prevé el mencionado apartado 4 pues, como tenemos afirmado (STC 75/1989, de 21 de abril, FJ 5), no basta el reconocimiento de ciertas facultades de gestión de la Comunidad Autónoma para que se consideren respetadas sus competencias exclusivas de ejecución.

Por ello, la restricción de la intervención autonómica a la emisión de un informe, aun cuando el mismo sea vinculante caso de ser negativo, resulta ser contraria al orden constitucional de distribución de competencias. Lo anteriormente expuesto determina que la referencia del art. 20.1 a la emisión del informe también haya de entenderse contraria al orden constitucional de distribución de competencias.

Vulneración que se aprecia también en los arts. 19, en cuanto que atribuye a la Comisión de valoración en él prevista la función de evaluar y formular una propuesta de resolución de concesión o denegación de las solicitudes (apartado cuatro, letra a)), y 20.2, que hace referencia a esa propuesta de resolución formulada por dicha Comisión. En ambos casos se trata de cuestiones vinculadas a la aprobación de los proyectos y propuesta de concesión de créditos que se residencian sin dificultad en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma. Lo mismo sucede con los arts. 21, apartados 1 y 2, que atribuyen a un órgano estatal -el Secretario de Estado de Turismo- la re-

solución y notificación de las solicitudes de financiación con cargo al FOMIT y 22, relativo al régimen de recursos, pues, sin perjuicio de que el mismo reproduce reglas generales tanto de la legislación de procedimiento administrativo común como de la reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cierto es que la determinación de los recursos procedentes guarda directa relación con la cuestión del órgano competente para resolver, cuya designación corresponde a la Comunidad Autónoma por resultar atinente al procedimiento de concesión de la ayuda controvertida.

Finalmente, del art. 25, relativo al reintegro por incumplimiento, se cuestiona que no reconozca las competencias autonómicas para su tramitación y resolución. En efecto, el reintegro y, en particular, el procedimiento para la exigencia del mismo, incide en aspectos relacionados con el control de las ayudas, que se incardinan en el ámbito de las competencias autonómicas en materia de turismo las cuales resultan así vulneradas. Es reiterada nuestra doctrina según la cual las normas procedimentales *ratione materiae* deben ser dictadas por las Comunidades Autónomas competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común (por todas, STC 98/2001, de 5 de abril, FJ 8, con cita de la STC 227/1998, de 26 de noviembre, FJ 32). Conforme a lo anterior resultan contrarios al orden constitucional de distribución de competencias los apartados 3, 4 y 5 del precepto cuestionado en cuanto que los mismos regulan aspectos relativos al procedimiento de reintegro, de competencia autonómica. Por otra parte, las referencias del apartado 2 a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, han de entenderse hechas a aquellos preceptos de la misma que, regulando el reintegro, tengan carácter básico conforme a la disposición final primera de dicho texto legal.

Por último, el art. 24.3, relativo a la posibilidad de que el ICO pueda recabar, de las entidades financieras y de las Comunidades Autónomas, la información y documentación que considere necesaria para efectuar el control de la financiación concedida siguiendo los procedimientos habituales del Área de supervisión y seguimiento del ICO es cuestionada por la Comunidad Autónoma por entender que establece una aparente solicitud de información que en realidad encubre un mecanismo de control.

El apartado cuestionado se enmarca en una regulación más general en la que se atribuye a las Comunidades Autónomas el control y seguimiento de las actuaciones financiadas con cargo al FOMIT (art. 24.1), las cuales deberán informar a la Secretaría de Estado de Turismo de la ejecución de las inversiones (art. 24.2).

Esa previsión se conecta con otras más generales que responden a las actividades relativas a la verificación y control del cumplimiento de las condiciones a que se someta el otorgamiento de las ayudas por parte de sus beneficiarios, las cuales deben corresponder por regla general a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, evidenciando también una actividad típica de la relación de colaboración, implícita en la Constitución y consustancial al Estado Autonómico, como es el suministro de información de una Administración pública a otra. Señalado lo anterior, hemos de apreciar que la mención a las Comunidades Autónomas contenida en el apartado 3 del art. 24 vulnera las competencias de Galicia en cuanto que somete a la misma, competente para la gestión de las ayudas previstas, a las verificaciones estatales y al control de un departamento de una entidad pública empresarial estatal, lo que implica una forma de control sobre la actuación de la Administración autonómica, además de no prevista constitucionalmente, incompatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de éste deriva (SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 6/1982, de 22 de febrero, FJ 7; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12).

Ya hemos declarado en otras ocasiones (SSTC 201/1988, de 21 de octubre, FJ 4, y 98/2001, de 5 de abril, FJ 8 k)) que el establecimiento de normas de control de la gestión autonómica de las subvenciones debe considerarse un control exorbitante que invade la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio, claro está, de la información que la Comunidad Autónoma deba remitir a la Administración General del Estado, según lo previsto en el art. 86.2, regla sexta, de la Ley 47/2003, de 23 de noviembre, general presupuestaria.

Por ello, el inciso "y de las Comunidades Autónomas" del art. 24.3 del Real Decreto 1916/2008 incurre en infracción del orden constitucional de distribución de competencias y, con ello, en inconstitucionalidad.

SEXTO.- El art. 26, relativo a la prestación de garantías por parte del FOMIT en operaciones de préstamo concertadas entre el ICO y entidades públicas que sean a su vez beneficiarias del referido Fondo, es cuestionado por la Junta de Galicia en cuanto a las menciones a la decisión de un órgano estatal autorizando la constitución de la garantía y sus condiciones. Los reproches formulados a este precepto no pueden ser atendidos. Es claro el distinto alcance de esta medida en relación a las hasta ahora examinadas, lo que necesariamente debemos tener en cuenta a la hora de delimitar el orden de competencias con respecto a la misma. La doctrina de este Tribunal en lo relativo a la gestión administrativa de las subvenciones ha insistido en que la misma debe corresponder a la Administra-

ción competente para realizar las funciones ejecutivas en la materia de que se trate, pues el poder subvencional no es autónomo respecto del reparto constitucional de competencias. Sin embargo, las operaciones de crédito a las que el precepto hace referencia no caen propiamente dentro del ámbito específico de una medida de fomento como la subvención, pues se trata de relaciones crediticias y, como tales, en caso de ejecución de la garantía, ésta habrá de ser reembolsada por la entidad deudora del préstamo en cuyo favor se constituyó la referida garantía. Así, el elemento fundamental de esta relación es que la financiación otorgada, de la que el FOMIT se constituye en garante, no se concreta en una disposición a fondo perdido, ya que se entrega con vocación de devolución y con una contraprestación en forma de intereses pactados por las partes.

En efecto, aunque es un supuesto en el que pueden estar en juego fondos públicos, se trata esencialmente de una relación contractual en la que ambas partes tienen inexcusables obligaciones. En ese ámbito la evidente finalidad de la garantía es asegurar al prestamista que el préstamo concedido va a ser devuelto en todo caso sin que haya una inmediata disponibilidad de gasto, la cual solamente se producirá ante un eventual incumplimiento del deudor del préstamo.

Por ello no es aplicable a este supuesto la doctrina constitucional en materia de subvenciones y ayudas públicas, pues de lo contrario la Comunidad Autónoma estaría disponiendo de recursos estatales cuyo destino, precisamente por esa razón, ha de ser determinado por el Estado, en tanto que titular de los mismos. Las atribuciones autonómicas no pueden extenderse a decisiones como la que ahora se cuestiona, relativa a la prestación de un aval, pues ello implicaría que los fondos estatales serían dispuestos por una instancia distinta a la que, llegado el caso, asumiría las responsabilidades derivadas de la ejecución de la garantía constituida.

Al respecto, no debe olvidarse que, conforme a las disposiciones que regulan la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros, el FOMIT se nutre fundamentalmente de las dotaciones que al mismo le asignan los presupuestos generales del Estado, siendo gestionado por un órgano estatal y correspondiendo su administración financiera al ICO, extremos todos ellos que no han sido controvertidos competencialmente. De esta forma, la decisión estatal respecto a la forma de disposición de sus propios recursos para garantizar préstamos concedidos por el ICO a entidades que, a su vez, son beneficiarias del Fondo, no vacía de contenido las competencias autonómicas, sino que, en la medida en que el FOMIT asume una función

de garante, persigue asegurar la realización de determinados proyectos en cuya selección y propuesta de concesión de préstamo ya habrán intervenido las instancias autonómicas conforme hemos dejado sentado en fundamentos jurídicos anteriores. Por lo expuesto, procede desestimar la impugnación del art. 26.

SÉPTIMO.- Examinaremos ahora las vulneraciones denunciadas respecto a las denominadas "Ayudas complementarias a los Planes de dinamización turística" reguladas en los arts. 28 a 35 del Real Decreto 1916/2008. Al respecto, el Letrado de la Junta de Galicia considera que tales ayudas deberían ser, previa la correspondiente territorialización, gestionadas por las Comunidades Autónomas competentes por razón de la materia, de acuerdo con el criterio establecido en el fundamento jurídico 8 b) de la STC 13/1992. Por esa razón impugna los arts. 29; 30.2; 32.2, párrafo segundo; 32.3; 33.2 y 3; 34 y 35. A dicha impugnación se opone el Abogado del Estado para el cual esta concreta acción es complementaria de las restantes previstas en el Real Decreto 1916/2008, resultando procedente por ello su gestión centralizada, señalando además que la impugnación es prematura al ser anterior a la aprobación de las bases reguladoras para la concesión esta línea de ayudas.

Antes de enjuiciar las denunciadas vulneraciones del orden constitucional de distribución de competencias debemos rechazar, en primer lugar, el alegato del Abogado del Estado relativo al carácter prematuro de la impugnación de estos preceptos, pues los mismos atribuyen competencia a órganos estatales en relación con la tramitación y gestión de estas ayudas, atribución competencial que es lo que precisamente discute la Comunidad Autónoma que ha planteado el conflicto, el cual no puede, por ello, ser calificado en este momento como preventivo, cautelar o hipotético. Además, pese a lo afirmado por el Abogado del Estado respecto a la necesidad de proceder a la aprobación de las bases reguladoras con carácter previo a la convocatoria de las ayudas, lo cierto es que tales ayudas han sido efectivamente convocadas sin que se hayan aprobado previamente las citadas bases reguladoras. En efecto, la Resolución de 15 de abril de 2009, del Instituto de Turismo de España convoca, para el año 2009, la línea de ayudas para actividades complementarias a los planes de excelencia, dinamización y competitividad del producto turístico correspondiente a la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros haciendo una expresa remisión a la Orden ITC/2369/2006, de 17 de julio, que, en el marco del Real Decreto 721/2005, de 20 de junio, aprobó las bases reguladoras para la concesión de estas ayudas.

En segundo lugar, en cuanto al canon de enjuiciamiento aplicable a es-

tas ayudas, hemos de coincidir con lo argumentado por la representación procesal de la Junta de Galicia estimando que, en la medida en que se trata de una materia en la que concurren las competencias estatales del art. 149.1.13 CE con las autonómicas exclusivas en materia de turismo, nos encontramos en el denominado segundo supuesto, definido por el fundamento jurídico 8 b) de la STC 13/1992, al que ya antes hemos hecho referencia.

El carácter complementario de estas ayudas respecto del resto de iniciativas previstas en el Real Decreto 1916/2008 determina que tampoco puedan estimarse aquí las razones que, siquiera por remisión, aporta el Abogado del Estado en favor de la gestión centralizada de las ayudas. En efecto, su objeto se endereza a la consecución de actividades típicamente promocionales en materia turística que se integran en el ámbito ordinario de la competencia autonómica sin contener elemento alguno que exija la gestión centralizada.

Con arreglo a lo expuesto, comenzaremos el enjuiciamiento por los arts. 29 y 30.2, cuya impugnación ha de ser desestimada dado que los mismos se limitan a establecer que los recursos para la financiación de estas ayudas provendrán de la dotación anual consignada en los presupuestos generales del Estado así como la finalidad perseguida por las mismas, extremos ambos que no vulneran las competencias autonómicas y, por el contrario, pueden entenderse amparados por la competencia estatal ex art. 149.1.13 CE.

Por el contrario, el segundo párrafo del art. 32.2 ha de reputarse contrario al orden constitucional de distribución de competencias en tanto que la aprobación de las bases reguladoras esta directamente vinculada a las competencias autonómicas de gestión de las ayudas. Como el propio precepto dispone, dichas bases se refieren al procedimiento de tramitación y concesión de las ayudas. Igualmente ha de estimarse que los arts. 32.3 y 34 vulneran las competencias de la Junta de Galicia dado que ambos regulan aspectos relativos a la gestión de estas subvenciones, la cual, conforme a nuestra doctrina, corresponde a la Comunidad Autónoma en atención a las competencias que la misma ostenta en materia de turismo. En cuanto al art. 33, apartados 2 y 3, ya hemos establecido que no es conforme con el orden constitucional de distribución de competencias la reducción de la intervención autonómica a la emisión de un informe. Disconformidad con el orden competencial que también ha de apreciarse respecto al art. 35, en cuanto el mismo regula el reintegro remitiendo para ello a preceptos no básicos de la Ley general de subvenciones.

OCTAVO.- Llegados a este punto resta solamente pronunciarnos sobre

el alcance de la vulneración de competencias que hemos apreciado, teniendo en cuenta que la parte demandante pretende que se acuerde la nulidad de los preceptos impugnados del Real Decreto 1919/2008 así como la territorialización de los fondos destinados a financiar las denominadas ayudas complementarias a los planes de dinamización turística.

Con respecto a la declaración de nulidad de los preceptos reglamentarios impugnados no cabe duda, según se desprende de su contenido, que la disposición recurrida pretende establecer el marco de referencia de esta iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros, marco a partir del cual y en desarrollo del mismo han de efectuarse las correspondientes convocatorias anuales de las distintas medidas previstas en la misma.

De esta forma la norma controvertida no ha agotado, por dicha razón, todos sus efectos, sino que, por el contrario, ha sido dictada con vocación de permanencia, lo cual determina que, de acuerdo con las facultades que a este Tribunal otorga el art. 66 LOTC, nuestra decisión, además de declarar la titularidad de la competencias discutidas en el proceso, haya de apreciar también la nulidad de pleno derecho de los preceptos que hemos estimado contrarios al orden constitucional de distribución de competencias pues la cobertura competencial en la que han pretendido ampararse y de la que carecen es la misma en cualquier parte del territorio del Estado sin que tampoco, como hemos comprobado, se trate de preceptos que regulen medidas temporales ya agotadas en el momento de dictarse la presente resolución, dado que los mismos son susceptibles de ser aplicados en sucesivos ejercicios presupuestarios.

Cuestión distinta de la anterior es, sin embargo, la de la eventual extensión de la declarada nulidad de los preceptos relativos a la gestión estatal de estos incentivos a las resoluciones que los desarrollan y aplican, las cuales han sido dictadas con vigencia temporal limitada.

En cuanto a estas resoluciones, hemos de distinguir entre la dictada en desarrollo de la regulación de los préstamos bonificados de aquella otra que aplica preceptos relativos a la concesión de ayudas destinadas a realizar actividades complementarias de estudio, promoción y comercialización de los destinos turísticos modernizados.

Con respecto a esta última es de apreciar que las ayudas en cuestión fueron convocadas, para el ejercicio 2009, mediante la ya citada Resolución de 15 de abril de 2009 del Instituto de Turismo de España, habiendo ya transcurrido el plazo máximo que la misma fija para dictar y notificar la resolución concediendo o denegando las ayudas cuestionadas. Por

ello, la necesidad siempre presente de procurar conservar la eficacia jurídica de aquellos actos cuya anulación afectaría a legítimos derechos de terceros generados en su día por la presunción de legalidad de los mismos conduce en este caso, en aplicación del ya citado art. 66 LOTC, a que la declaración de nulidad antes apreciada no implique la de la meritada Resolución ni tampoco proceda, por tanto, pronunciamiento alguno respecto a la exigencia de territorialización de las mismas en lo que se refiere a las convocadas para el vigente ejercicio presupuestario.

No sucede lo mismo, sin embargo, respecto a la línea de préstamos con cargo al FOMIT, cuya convocatoria para el año 2009, aprobada por Resolución de la Secretaría de Estado de Turismo de 8 de julio de 2009, establece la gestión centralizada de esta iniciativa, centralización que ya hemos estimado contraria al orden competencial, sin que, a diferencia del caso anterior, los efectos de la convocatoria se hayan agotado, pues el cierre de la misma no se producirá, conforme al apartado sexto de la última Resolución citada, hasta el día 15 de noviembre de 2009, lo que determina que debamos declarar que esta Resolución carece igualmente de eficacia en aquellos aspectos que incidan en las reconocidas competencias autonómicas de gestión en relación con los préstamos a los que en la misma se hace referencia

FALLO

Primero.- Estimar parcialmente el presente conflicto positivo de competencia promovido por la Junta de Galicia y, en consecuencia, declarar, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 8 de la presente Sentencia, que son inconstitucionales y nulos, por vulnerar las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia los siguientes preceptos del Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros: primer párrafo del apartado 1 del art. 14; art. 15; apartados 1 y 4 del art. 16; art. 18; letra a) del apartado cuatro del art. 19; art. 20; apartados 1 y 2 del art. 21; art. 22; el inciso "y de las Comunidades Autónomas" del apartado 3 del art. 24; apartados 3, 4 y 5 del art. 25; segundo párrafo del apartado 2 y apartado 3 del art. 32; apartados 2 y 3 del art. 33; art. 34 y art. 35.

Segundo.- Desestimar el conflicto en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.



2009/217087

TS Sala 1ª, Sentencia 5 octubre 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Dentro de su facultad de autoorganización

Validez de precepto estatutario de partido político sobre nombramiento de portavoces

Acuerda el TS desestimar el recurso de casación en el que se trata de la protección de derechos fundamentales, pretendiendo los demandantes, ahora recurrentes, que el precepto de los estatutos de un partido político que atribuye a los comités ejecutivos la facultad de nombrar y de cesar a los portavoces de los grupos institucionales es nulo de pleno derecho por ser contrario a la Constitución; así como que es anticonstitucional la expulsión del partido de los militantes que, formando parte del grupo institucional del partido en una diputación provincial, procedieron por mayoría a cesar al portavoz que había nombrado el comité regional y a designar a otro en su lugar.

Señala la Sala que la norma de los estatutos que atribuye a los comités ejecutivos, dentro del ámbito territorial de su competencia, la facultad de nombrar y cesar a los portavoces no conculca la normativa expuesta, y es una consecuencia del principio de autoorganización del partido, en cuya adopción participaron sus afiliados. En la nueva designación no hay interferencia en la voluntad de un órgano democrático del que no forma parte, ya que el portavoz es un miembro del grupo institucional del partido y su designación ha de ser formalmente asumida por éste, ni afecta al contenido esencial de ningún derecho fundamental. Añade que el principio de igualdad en la aplicación de ley no rige en las admisiones y expulsiones de socios de las asociaciones ya que únicamente afecta a la actuación de los Poderes Públicos -Administraciones Públicas y Administración de Justicia -, pero no a los partidos políticos no son órganos del Estado, sino entidades de base asociativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre protección de derechos fundamentales, y concretamente acerca de la vulneración de los arts. 14, 22, 23.2 y 24.1 de la Constitución. Se pretende que el precepto de los Estatutos de un Partido Político que atribuye a los Comités Ejecutivos la facultad de nombrar y de cesar a los Portavoces de los Grupos Institucionales es nulo radical o de pleno derecho por ser contrario a la Constitución, y asimismo que es anticonstitucional la expulsión del partido de los militantes que, formando parte del Grupo Institucional del Partido en una Diputación Provincial, procedieron por mayoría a cesar al Portavoz que había nombrado el Comité Regional y a designar a otro en su lugar. Se alega también la falta de respeto a las garantías fundamentales que deben observarse en el procedimiento sancionador en relación con la expulsión de miembros de una asociación.

Por D. Calixto y otros, en su concepto de afiliados al Partido Popular

dalajara pasando a integrar el Grupo Popular en la Diputación Provincial.

El 20 de mayo de 2004 procedieron por decisión mayoritaria a cambiar el Portavoz del Grupo, al que se opuso el anteriormente designado por el órgano del Partido alegando que el cese y nombramiento de los Portavoces de los Grupos Institucionales corresponde no al grupo sino al Comité Ejecutivo del Partido de conformidad con el art. 35.1, c) de los Estatutos del mismo.

Como consecuencia de dicha actuación se iniciaron medidas represivas por el Comité Ejecutivo del PP de Guadalajara que se concretaron en la decisión adoptada el 6 de septiembre de 2004 de expulsarles del Partido, cuya sanción no es firme al haber sido recurrida ante el Comité Nacional de Derechos y Garantías del Partido Popular.

Por D. Calixto y otros, en el concepto de afiliados al Partido Popular en el momento de adoptarse las Resoluciones que se impugnan y Diputados Provinciales de la Diputación Provincial de Guadalajara, se dedujo una segunda demanda de Protección de Derechos Fundamentales contra el Partido Popular en la que solicitaban:

1º. Se declaren vulnerados los siguientes derechos fundamentales:

- El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, reconocido en el art. 23.2 de la Constitución;

- El derecho fundamental de asociación, reconocido en el art. 22.1 de la Constitución, en relación con el derecho de participación democrática previsto en el artículo 6 de la Constitución; y,

- El principio de igualdad en la aplicación de la Ley y no discriminación reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

2º. En consecuencia con el anterior pronunciamiento, se declare la nulidad de pleno derecho de las resoluciones de 15 de diciembre de 2004, dictadas por el Comité Nacional de Derechos y Garantías del Partido Popular, por las que se sanciona a cada uno de los actores con la expulsión del Partido Popular, resolutorias de los correspondientes recursos internos frente a las resoluciones de expulsión de 6 de septiembre de 2004 dictadas contra los demandantes por el Comité Regional de Derecho y Garantías de Castilla-La Mancha del Partido Popular, que también han de ser declaradas nulas.

3º. Se restablezca a los actores en sus derechos fundamentales vulnerados reponiéndoles a tal fin a cada uno de ellos en la plena condición de afiliado del Partido Popular, rehabili-

tando todos sus derechos como tales afiliados desde el día 26 de mayo de 2004, en que fueron suspendidos cautelarmente de militancia y de las funciones que desempeñaban en el Partido Popular, o subsidiariamente, desde el momento en que la expulsión acordada por el Comité Regional citado desplegó de hechos sus efectos.

En esta segunda demanda se adiciona a la anterior que el día 15 de diciembre de 2004 el Comité Nacional de Derechos y Garantías del Partido Popular confirmó la sanción de expulsión del partido decretada por el Comité Regional, respecto de lo que, en síntesis, se señala que: se excluye al Sr. Simeón contra el que existían los mismos cargos que frente a los demás militantes; se sanciona la infracción muy grave (letras c y d del art. 10 de los Estatutos) consistente en cambiar libremente el Portavoz del Grupo mediante mayoría absoluta de sus miembros para lo que estaban facultados por su cargo por el art. 24 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, cuya interpretación en tal sentido forma parte del contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE y se adecua al principio democrático de la mayoría que debe guiar la actuación corporativa; y que un mismo cargo, cual es la negativa a atender la convocatoria efectuada mediante Burofax el 21 de mayo de 2004 para mantener una reunión en la sede provincial del Partido Popular tiene distinto tratamiento en la perspectiva sancionadora para varios de los expedientados.

En la fundamentación jurídica se alega que las Resoluciones del Partido Popular vulneran tres preceptos constitucionales que las hace incurrir en un vicio de nulidad radical o del pleno derecho: en primer lugar, el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, proclamado en el art. 23.2 CE; en segundo lugar, el derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22 CE, por expulsión arbitraria -inconstitucional- y no haber respetado algunas de las garantías exigibles en el procedimiento sancionador; y, en tercer lugar, el art. 14 CE sobre aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la Ley y no discriminación.

Las demandas expresadas dieron lugar a sendos procesos ordinarios número 222 de 2004 y 34 de 2005 que se acumularon por Auto del 27 de abril de 2005 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Sigüenza. Este tribunal dictó Sentencia el 27 de junio de 2005 en la que desestima la demanda y acuerda no haber lugar a declarar que el art. 35.1, c) de los vigentes Estatutos del Partido Popular aprobados por el XV Congreso Nacional, coincidente con el art. 31.1.c) de los Estatutos anteriores

aprobados en el XIV Congreso Nacional, lesiona el Derecho Fundamental constitucionalmente reconocido en el art. 23.2 de la CE y, en consecuencia, no se declara la nulidad del precepto estatutario en el extremo referido únicamente a la facultad que dicho art. 35.1,c) atribuye a los Comités Ejecutivos de nombrar y cesar a los Portavoces y cargos directivos de los Grupos Institucionales, estimando la excepción procesal formulada por la demandada de falta de acción de los demandantes Srs. Faustino y Bernardo.

La Sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara el 13 de enero de 2006, en el Rollo núm. 284 de 2005, estima parcialmente el recurso de apelación de los demandantes y revoca en la misma medida la resolución recurrida en orden a desestimar la excepción acogida en la misma; y, seguidamente, confirma, por motivos de fondo, los pronunciamientos desestimatorios de las pretensiones formuladas en el Procedimiento Ordinario 222/04 de dicho Juzgado y, entrando a conocer de las deducidas en el 34/05, que no fueron resueltas en la sentencia apelada, desestima íntegramente los pedimentos contenidos en la referida demanda, y declara que en los expedientes seguidos contra los demandantes no han sido vulnerados los derechos fundamentales que les asisten consagrados en los arts. 23.2, 21.1 en relación con el art. 6 y 14 de la Constitución, por lo que no procede la pretendida nulidad de pleno Derecho de las resoluciones del Comité Nacional de Derechos y Garantías del Partido Popular, en las que fueron desestimados los recursos internos interpuestos frente a las del Comité Regional de Derechos y Garantías de Castilla-La Mancha, por las que se sancionó a los demandantes con la expulsión del Partido Popular; no habiendo lugar, en consecuencia, a reponer a los actores en su condición de afiliados a dicho Partido, confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida, en cuanto no se opongan a los de la presente.

Por D. Calixto, D. Agustín, D. Faustino, D. Bernardo, D. Narciso, D. Crispino y Dª Sabrina se interpuso recurso de casación solicitando:

1º.- A) Se declare que el art. 35.1, c) de los vigentes Estatutos del Partido Popular aprobados por el XV Congreso Nacional, coincidente el art. 31.1.c) de los Estatutos anteriores aprobados por el XIV Congreso Nacional, lesiona el derecho fundamental que a mis representados reconoce el artículo 23.2 de la Constitución, y

B) En consecuencia, se declare la nulidad de precepto estatutario en el extremo referido únicamente a la facultad que dicho artículo 35.1,c) atribuye a los Comités Ejecutivos de nombrar y cesar a los Portavoces y cargos directivos de los Grupos Institucionales.

2º.- A) Se declare que se han vulnerado los siguientes derechos fundamentales de los actores:

- El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución;

- El derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22.1 de la Constitución, en relación con el derecho de participación democrática previsto en el art. 6 de la Constitución;

- El principio de igualdad en la aplicación de la Ley y no discriminación reconocido en el art. 14 de la Constitución; y,

- El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, en su vertiente de garantía de indemnidad.

B) Y en consecuencia con el anterior pronunciamiento, se declare la nulidad de pleno derecho de las resoluciones de 15 de diciembre de 2004, dictadas por el Comité Nacional de Derechos y Garantías del Partido Popular, por las que se sanciona a cada uno de mis representados con la expulsión del Partido Popular, y

C) Se restablezca a mis representados D. Calixto, D. Agustín, D. Faustino, D. Bernardo, D. Narciso, D. Crispino y Dª Sabrina, en sus derechos fundamentales vulnerados, reponiéndoles a tal fin a cada uno de ellos en la plena condición de afiliado del Partido Popular, rehabilitando todos sus derechos como tales afiliados desde el día 26 de mayo de 2004, en que fueron suspendidos cautelarmente de militancia y de las funciones que desempeñaban en el Partido Popular, o subsidiariamente, desde el momento en que la expulsión acordada por el Comité Regional de Derechos y Garantías de Castilla-La Mancha desplegó de hecho sus efectos.

El recurso de casación fue admitido por Auto de 11 de diciembre de 2007 y se articula en cuatro motivos en los que se denuncian infringidos los arts. 23.2 CE sobre derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos; 22 CE sobre derecho fundamental de asociación; 14 CE en relación con el principio de igualdad en la aplicación de la ley; y 24.1 CE sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de la garantía de indemnidad.

Por Auto de 20 de mayo de 2008 se tuvo por desistido del recurso a D. Narciso.

SEGUNDO.- En el motivo primero del recurso de casación se alega infracción del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con

los requisitos que señalen las leyes, reconocido en el art. 23.2 de la Constitución Española.

El motivo se configura en torno a dos planteamientos que se efectuaron en las respectivas demandas cuyos procesos se acumularon y que los vamos a tratar como submotivos.

El primer submotivo se refiere a la "vulneración por la sentencia impugnada del art. 23.2 CE, en el pronunciamiento relativo a la pretensión de nulidad del art. 35.1, c) de los Estatutos del Partido Popular". El planteamiento se resume en que el último inciso de este último artículo impide a los miembros de los grupos institucionales desempeñar la función de formar libremente la voluntad del Grupo institucional en materia de nombramiento y cese de portavoz que la legislación les reconoce, y en esa medida restringe indebidamente el "ius in officium" de aquéllos y, por ende, infringe el derecho fundamental que a los actores-recurrentes, en tanto que cargos electos en la Diputación Provincial de Guadalajara, les reconoce el art. 23.2 CE, y debe, por ello, ser anulado.

Frente al argumento de la Sentencia recurrida de que el precepto estatutario no afecta al núcleo de la función representativa de los miembros del grupo institucional, ni vacía de contenido dicha función representativa, se aduce en el motivo, que, por el contrario, constriñe indebidamente una de las facultades integrantes del "ius in officium" perteneciente al núcleo de su función representativa como diputados provinciales del partido popular cual es el que reconoce el art. 24 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado mediante Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, en el que se establece:

"1. Los grupos políticos se constituirán mediante escrito dirigido al Presidente y suscrito por todos sus integrantes, que se presentará en la Secretaría general de la Corporación dentro de los cinco días hábiles siguientes a la constitución de la Corporación.

2. En el mismo escrito de constitución se hará constar la designación del portavoz del grupo, pudiendo designarse también suplentes".

Las diversas alegaciones efectuadas para fundamentar el planteamiento se pueden resumir, por una parte, en que la función pública de la que son titulares los miembros del grupo institucional resulta mediatizada o condicionada por circunstancias ajenas al vínculo entre los elegidos y los electores (cuerpo electoral), con lo que se contradice la norma constitucional (SSTC 32/1985, 30/1997, 208/2003), y, por otra parte, en que la función que atribuye el art. 24 del ROF y RJEL de 1986 no debe entenderse reducida a la tarea última -for-

mal- de hacer explícito ante la Corporación Local el nombre del Portavoz del grupo, sino también a la previa de decidir colegiadamente y de forma absolutamente libre quien debe asumir la portavocía del grupo.

Es cierto que la jurisprudencia constitucional (SSTC, entre otras, 81/91, 22 de abril; 200/91, 28 de octubre) ha configurado el contenido del "ius in officium" integrado en el art. 23.2 CE en el sentido de comprender en el derecho fundamental, junto al acceso al cargo público, la permanencia y la plenitud de facultades inherentes al ejercicio de los cargos públicos representativos.

Sin embargo, en esta perspectiva constitucional, se trata de un derecho de configuración legal (SSTC 10/89, 24 de enero; 24/89, 2 de febrero; 71/94, 3 de marzo) y no comprende todos los derechos o facultades posibles.

Como derecho no indiscriminado sino de configuración legal, y en lo que atañe al tema litigioso, debe decirse que no hay ninguna norma jurídica que permita sustentar que la designación de Portavoz de los Grupos institucionales forma parte del "ius in officium" -"status" cuyas condiciones vienen determinadas por la propia voluntad democrática del Estado- amparado por el art. 23.2 CE. La Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos no contiene ningún precepto que permita deducirlo, y tampoco resulta del art. 24 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Respecto de esta última norma, en torno a la cual gira sustancialmente el soporte argumentativo del recurso, este Tribunal comparte la interpretación de la Sentencia recurrida, estimando razonable entender que en su texto únicamente se establece el plazo en el que deben constituirse los respectivos grupos y la forma en que debe dejarse constancia ante el Presidente de la Corporación de la identidad de las personas que los componen y de la designación del Portavoz, lo que no predetermina la forma en que debe efectuarse previamente, en el seno interno de los Partidos, la designación en sí misma, ni impide que, en ejercicio de las facultades de autogobierno que a éstos asisten, sus Estatutos contemplen que sea alguno de los órganos de las propias formaciones políticas quienes asuman la competencia del nombramiento y cese de los Portavoces.

Y esta interpretación resulta además reforzada por el hecho de que coincide con el criterio mantenido por los Partidos Políticos en la aplicación de los preceptos similares de los Reglamentos del Congreso y del Senado.

Por otro lado, el que la facultad de nombrar el Portavoz del Grupo venga atribuido, desde antes de la for-

mación de la lista electoral del Partido, a un órgano de éste, no afecta al núcleo de la función representativa, ni vacía a ésta de contenido. No todas las facultades posibles tienen relevancia constitucional sino solo aquellas que afectan al ejercicio del cargo en cuanto función representativa; y ésta no resulta aquí mediatizada ni condicionada.

Por lo demás, debe también resaltarse que si bien la relación fundamental de lo elegidos es con los electores (cuerpo electoral) no cabe desdeñar el vínculo con el Partido Político en cuyas listas fueron elegidos, y cuya estrategia asumieron al aceptar formar parte de las mismas, resultando razonable que el Partido recoja en sus Estatutos, manifestación del principio asociativo de autogobierno, la posibilidad de que sea un órgano directivo el que designe y cese los Portavoces de los Grupos institucionales, en aras de mantener la coherencia y unidad de acción, sin que resulte menoscabado en medida alguna el cargo representativo, como se revela en el caso por el hecho de que los diputados provinciales actores continuaron desempeñando con absoluta libertad e integridad los cargos para que fueron elegidos aunque fuera del Grupo institucional del Partido por el que se presentaron a las elecciones, del que se separaron o hubieron de separarse por no acatar la norma estatutaria, a pesar de que inicialmente la habían asumido y aceptado con su afiliación al Partido e integración en una de sus listas electorales.

El segundo submotivo se refiere a la alegación de vulneración por la sentencia impugnada del art. 23.2 CE, en el pronunciamiento relativo a las pretensiones articuladas por la parte demandante en el proceso civil acumulado 34/2005.

Se pretende la anulación de la expulsión del Partido Popular de los actores con base en que la decisión adoptada por mayoría en el sentido de nombrar como Portavoz a D. Calixto, con cese previo del anterior, es plenamente ajustada a derecho, por lo que no puede derivarse sanción alguna para quienes no han hecho otra cosa que ejercitar una facultad que les reconoce el art. 24 del ROF y que forma parte del "ius in officium", y, por consiguiente, se halla protegida por el derecho fundamental que reconoce a todo cargo público electo el art. 23.2 CE, habiendo reiterado el TC que la utilización de un derecho constitucional no puede nunca ser objeto de sanción.

El submotivo se desestima como consecuencia de la desestimación del anterior, y aplicación de la regla de lógica formal de que si falta el antecedente no cabe el consecuente. Si los miembros del Grupo institucional carecen de la facultad de designar el portavoz del grupo porque la misma se halla atribuida al Comité Ejecutivo del partido político en virtud de

una norma estatutaria de éste, y esta norma no conculca el art. 23.2 CE (que es lo que se resolvió en el submotivo anterior), falta el presupuesto de vulneración del derecho fundamental que permitiría considerar anticonstitucional por la razón alegada la sanción de expulsión del partido.

Por lo expuesto, se desestiman los dos submotivos, y el motivo primero decae.

TERCERO.- En el motivo segundo se acusa infracción del derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22 de la Constitución Española. Se compone de dos submotivos que se refieren a la vulneración del derecho fundamental en el pronunciamiento relativo a la pretensión de nulidad del art. 35.1, c) de los Estatutos del Partido Popular, y vulneración en el pronunciamiento relativo a las pretensiones articuladas en el proceso civil acumulado 34/2005.

Se sostiene (primer submotivo) que el art. 35.1, c) de los Estatutos del Partido Popular conculca el derecho fundamental de asociación del art. 22 CE en relación con el art. 6 CE, porque la previsión que contiene (y se impugna en el proceso) aunque formalmente es democrática, materialmente no lo es, ya que no puede afirmarse que funcione democráticamente un partido que se da a sí mismo el mandato estatutario de interferir en la voluntad de un órgano democrático del que no forma parte, nombrando y removiendo a sus portavoces aún en contra del parecer de sus miembros y que no respeta en todas sus decisiones el contenido esencial de los derechos fundamentales.

El art. 6 CE establece en su último inciso que "la estructura interna y funcionamiento de los partidos políticos deberán ser democráticos", lo que se traduce (STC 56/1995, 6 de marzo) en la exigencia de una regulación que permita la participación de los afiliados en la gestión y control de los órganos de gobierno y el reconocimiento a los mismos de unos derechos y atribuciones en orden a conseguir esa participación en la formación de la voluntad del partido.

Tal exigencia, y el desarrollo del mandato constitucional de democracia interna por la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (singularmente los arts. 7 y 8), configuran las limitaciones constitucionales al derecho de autorregulación de dichas entidades, que no son Órganos del Estado (STC 10/83, 21 de febrero), sino asociaciones, aunque de carácter especial.

La norma de los Estatutos que atribuye a los Comités Ejecutivos, dentro del ámbito territorial de su competencia, la facultad de nombrar y cesar a los Portavoces no conculca la normativa expuesta, y es una consecuencia del principio de autoorgani-

zación del Partido, en cuya adopción participaron sus afiliados.

Y con tal designación no hay interferencia en la voluntad de un órgano democrático del que no forma parte, ya que el portavoz es un miembro del grupo institucional del partido y su designación ha de ser formalmente asumida por éste, ni se afecta, como ya se dijo, al contenido esencial de ningún derecho fundamental.

Por todo ello, el motivo decae.

El segundo submotivo denuncia haberse infringido las garantías del procedimiento sancionador que lleva inherente el derecho a no ser expulsado arbitrariamente del grupo asociativo. Se aduce la vulneración del principio acusatorio, denegación de prueba y falta de motivación, de modo que las resoluciones sancionadoras se sustentan en el mero voluntarismo del Comité Nacional que las dicta.

Las alegaciones que integran el submotivo han sido examinadas ampliamente en los fundamentos quinto, sexto (en relación con el principio acusatorio), séptimo (respecto al derecho a la prueba) y octavo (en cuanto al derecho a obtener una resolución motivada) de la resolución recurrida, las cuales no resultan desvirtuadas en el recurso, el que se limita simplemente a afirmar supuestos defectos, carentes de base como se deduce de los razonamientos de la Sentencia impugnada que se asumen y dan por reproducidos.

CUARTO.- En el motivo tercero se aduce infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley y no discriminación, reconocido en el art. 14 de la CE.

El elemento fáctico en que se sustenta el motivo es que el Partido Popular no dio un tratamiento igualitario a todos los miembros del Grupo que decidieron por mayoría cambiar el Portavoz, pues no expulsó al Sr. Simeón, sin que exista razón alguna, admisible en derecho, que permita diferenciar la posición de uno y otros.

El motivo se desestima porque el principio de igualdad en la aplicación de ley (que es al que se refiere expresamente el motivo, y no al de "en la ley" o "ante la ley") no rige en las admisiones y expulsiones de socios de las asociaciones; es decir, no opera con eficacia horizontal ("Dritt-wirkung"). Dicho principio es aplicable únicamente a la actuación de los Poderes Públicos -Administraciones Públicas y Administración de Justicia (resoluciones judiciales y resoluciones administrativas)-, y los Partidos Políticos no son órganos del Estado, sino entidades de base asociativa.

El derecho de asociación lleva inherente el derecho a no ser expulsa-

do arbitrariamente del grupo asociativo en que se halle integrado el excluido (S. 12 de mayo de 1998), y en tal aspecto rige la doctrina constitucional y jurisprudencial de la "base razonable", cuyo ámbito de operatividad se produce en sede del art. 22 CE.

La polémica sobre la eficacia horizontal (al menos en ciertas relaciones jurídicas) cuando se trata de las circunstancias o condiciones de discriminación que menciona el propio art. 14 CE, aparte de que siempre cabría valorarlas desde la perspectiva de la arbitrariedad ("base razonable"), resulta aquí irrelevante por no tener nada que ver con ellas el supuesto litigioso.

Por lo demás, también huelga cualquier consideración respecto de la eventual aplicabilidad de la doctrina de la "base razonable" al caso, porque, con independencia de que el rigor de exigencia de razonabilidad en las expulsiones de miembros (y por consiguiente el mayor poder de verificación o control por los tribunales) es más intenso cuando se trata de partidos políticos, que en otras entidades asociativas, dado su carácter de asociación especial en cuanto modulada por su estructura, función y finalidad, sin embargo en el motivo no se plantea tal cuestión, ni siquiera se discute la causa de expulsión, sino que se circunscribe la impugnación al juicio comparativo de trato discriminatorio entre militantes que se encuentran en igual situación, por lo que la queja no está en la hipotética falta de razonabilidad de la expulsión, sino en la no expulsión de uno de los militantes respecto del que se revocó la decisión, cuestión que en todo caso excedería de la doctrina examinada.

Con todo, "ad omnem eventum", la sentencia recurrida pondera de modo razonable circunstancias objetivas que explican la diferencia de trato, por lo que no es homologable el "tertium comparationis" que constituye el soporte del motivo.

QUINTO.- En el motivo cuarto se alega infracción del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de garantía de indemnidad.

Se fundamenta el motivo, en síntesis, en que la razón de no ser expulsado o revocada la expulsión del Sr. Simeón del Partido Popular por el Comité Nacional fue que desistió de la demanda que dio lugar al primer proceso, lo que revela que la expulsión de los restantes se produjo o mantuvo por no haber adoptado la misma postura de su compañero.

Con tal actuación -se afirma- se quebranta la garantía extra-procesal de indemnidad, amparada en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que impide que puedan producirse consecuencias negativas en la esfera jurídico-material de una

persona por el solo hecho de haber accedido ésta a la Jurisdicción en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

El motivo se desestima porque, además de que la pretensión no se ejerció en momento procesal oportuno (lo fue en la audiencia previa), no concurre en el caso la conducta de represalia que genera la operatividad de la garantía de indemnidad, la cual constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y se traduce (SSTC, entre otras, 5/2003, 20 de enero; 55/2004, 19 de abril; 87/2004, 10 de mayo; 38/2005, 28 de febrero; 144/2005, 6 de junio) en que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.

La operatividad de la garantía de indemnidad se excluye cuando los hechos motivadores de la decisión lesiva son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

En el caso, la expulsión del partido no obedeció a una represalia por haberse formulado la demanda de nulidad de un precepto estatutario sino por hechos concretos para los que existía en la normativa estatutaria la previsión de la sanción adoptada, y sin que revele otro propósito el hecho de que se revocase la expulsión respecto de una de los iniciales actores, al haberse tomado en cuenta para ello la disposición personal adoptada por el mismo de reintegrarse plenamente a la disciplina del Partido y acatar las directrices del mismo.

SEXTO.- La desestimación de los motivos conlleva la del recurso de casación y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas (art. 398.1 en relación 394.1 LEC).

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

FALLO

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Calixto y otros contra la Sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara el 13 de enero de 2006, en el Rollo número 284 de 2005, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legisla-

tiva pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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

2009/150915

TS Sala 1ª, Sentencia 25 junio 2009. Ponente: D. Román García Varela

Inexistente obligación de indemnizar por falta de desalojo de la finca

El TS declara haber lugar al recurso de casación, revocando el pronunciamiento que realizó la AP, en relación a la declaración de extinción del contrato de arrendamiento existente entre las partes litigantes como consecuencia de la adjudicación de la finca en procedimiento de ejecución hipotecaria, absuelve a los recurrentes -arrendadores- de la obligación de indemnizar por el no desalojo de la finca. Sostiene la Sala que debe acogerse el recurso de la parte recurrente fundado en interés casacional ante la infracción de los arts 1101, 1113, 1115 y 1282 CC y la doctrina jurisprudencial sentada en los mismos, al imponer una obligación de indemnizar por actos que en ningún caso han sido considerados realizados con dolo, negligencia ni morosidad, y no viniendo la parte recurrente ocupando la finca en cuestión, y por ello no pueden abandonarla.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El origen del proceso en el que se enclava este recurso de casación está en la demanda que la mercantil "Crepería, S.A." -parte recurrente en casación- formuló solicitando la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato de arrendamiento recaído sobre la finca situada en Barcelona, PLAZA000, núm.002-núm.004-núm.005, suscrito en fecha 16 de agosto de 1994 entre Cipriano y Marisol -propietarios arrendadores y ahora una de las partes recurrente en casación- y Valeriano y Zaira -arrendatarios y también recurrentes en casación- pidiendo con carácter subsidiario la extinción del referido contrato arrendaticio como consecuencia de la adjudicación por parte de estos de la mencio-

nada finca en procedimiento de ejecución hipotecaria, y que en ambos casos se condene al desalojo de la finca con apercibimiento de lanzamiento, también solicitó la indemnización de daños y perjuicios fijando los parámetros oportunos según su opinión para ello. El Juzgado de 1ª Instancia dictó sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas procesales.

Apelada dicha resolución la Audiencia dictó sentencia estimando en parte el recurso, declarando extinguido el contrato arrendaticio, ordenando el desalojo de la finca con indemnización de daños y perjuicios.

Contra dicha sentencia se interpuso un recurso de casación por Cipriano y Marisol, y, otro por Zaira y Valeriano que fueron admitidos por auto de 20 de abril de 2008. Recurso de Zaira y Valeriano.

SEGUNDO.- El motivo del recurso se formula al amparo del número 3 del apartado 2 y el apartado 3 del artículo 477 en concordancia con el número 6 del punto 1 del artículo 249, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, -citando cinco sentencias- y por infracción de los artículos 131 de la Ley Hipotecaria y 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964. El motivo se desenvuelve en dos vertientes.

En primer lugar se alega que habiéndose solicitado en la demanda la nulidad del contrato, en el fallo de la sentencia recurrida nada se dice sobre ello, hablando únicamente de la inexistencia del contrato, ya que la revocación parcial contenida en el mismo no se refiere ni alcanza dicha petición de nulidad -petición principal- sino exclusivamente a la petición subsidiaria, ya dicha, de extinción.

Esta hipótesis no puede ser tenida en cuenta, ya que la estimación parcial de la sentencia recurrida se refiere claramente al tema indemnizatorio, tal como se desprende de lo planteado en el Fundamento Cuarto de la misma, y sobre todo por que en el resto de la fundamentación jurídica al hablarse de inexistencia se engloba el concepto de nulidad contractual.

En segundo lugar la parte recurrente hace supuesto de la cuestión, vicio procesal que parte de la base de destruir lo probado en la sentencia recurrida alegando unos hechos no constatados.

Y ello es así, pues trata de hablar de una oposición a sentencias de esta Sala, suponiendo unos datos que se reflejan en las mismas, pero no constatados en la sentencia recurrida.

Y así es, ya que en la sentencia recurrida se dice claramente que "En

todo caso, razones de seguridad jurídica en el tráfico mercantil avalan la necesidad de entender extinguido el contrato de arrendamiento que se discute al haber sido celebrado con posterioridad a la hipoteca sin respetar las condiciones que en ella se establecían para poder hacerlo, esto es, que su importe equivaliese a un 18% del capital pendiente, volumen al que ni por la mínima se acercaba. Esa misma es la postura del Tribunal Supremo en sentencia como las citadas por la parte apelante. (...)

En definitiva, la actuación de los demandados, sin entrar en el ánimo con el que fue realizada, no puede ser mantenida en la ejecución de hipoteca posterior al arrendamiento, porque viola las condiciones de éste, porque el que la ejecuta es el titular de la que antecede al arrendamiento, porque en la primera hipoteca se establecían unas condiciones para alquilar que también se han incumplido y porque repugna a la seguridad del tráfico que pueda mantenerse la carga establecida con posterioridad a la real, sin publicidad y sólo por el hecho de haberse anunciado su existencia en la ejecución. El contrato debe declararse extinguido." Datos que no concuerdan, como ya se ha dicho, con lo probado en las sentencias alegadas comparativamente.

En conclusión que el motivo debe decaer.

Recurso de casación de Cipriano y Marisol.

TERCERO.- El único motivo alegado en el mismo dice que en la sentencia recurrida se han infringido los artículos 1101, 1113, 1115 y 1282 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial sentada en los mismos lo que fundamenta el interés casacional del recurso. Basa el motivo en el dato derivado de imponer una obligación de indemnizar por actos que en ningún caso han sido considerados realizados con dolo, negligencia ni morosidad.

En su argumentación tiene toda la razón la parte recurrente, ya que la misma no ocupa la finca en cuestión, y por ello no pueden abandonarla, ni siquiera colaborar para que sus ocupantes la abandonen, puesto que no tiene título para ello.

Por ello dicha parte recurrente no puede ser condenada a abonar cantidad alguna en base al desalojo de la finca.

En conclusión que debe estimarse este recurso de casación.

CUARTO.- En materia de costas procesales no se hará imposición alguna de las de este recurso en relación a la parte recurrente -Cipriano y Marisol- pero, sí las mismas, se impondrán a la otra parte recurrente -Zaira y Valeriano-; todo ello en base a lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Que debemos acordar y acordamos lo siguiente:

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Cipriano y Dª Marisol, y desestimar el interpuesto por D. Valeriano y Dª Zaira.

2º.- Casar y anular parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de noviembre de 2003, en el sentido de absolver a D. Cipriano y Dª Marisol de la obligación de indemnizar por el no desalojo de la finca en cuestión.

3º.- Confirmar en todos los otros extremos la sentencia recurrida.

4º.- Imponer la mitad de las costas procesales de este recurso de casación a D. Valeriano y Dª Zaira, sin que se haga imposición alguna a la otra parte recurrente.

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

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

tender, se desprenderían de dicha descripción fáctica. Esta queja es propia de un motivo por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr., pero no del que se denuncia.

SEGUNDO.- Ahora sí, por la vía procesal adecuada, y al amparo del precepto acabado de citar, se alega "error iuris" por la indebida inaplicación de la eximente incompleta a la que se refiere el art. 21 número uno y núm. 1 y/o 3º del art. 20, en relación con el núm. 68, todos ellos del C.P., o subsidiariamente la atenuante muy cualificada contemplada en el núm. 1 y 3º del art. 20, en relación con el núm. 1 del art. 21 y núm. 7 y 8 del art. 66, todos ellos del C.P.

El motivo alega que debería haberse apreciado la eximente incompleta o atenuante muy cualificada de enfermedad mental "a la vista del relato de hechos probados y de cómo la misma Sala reconoce, en múltiples pasajes de la sentencia, la existencia de la meritada enfermedad mental". De entrada, debe aclararse que en el Hecho Probado no aparece como dato acreditado ninguna clase de enfermedad mental del acusado.

Es cierto, sin embargo, que, al analizar el componente subjetivo del delito aplicado, la sentencia -en su fundamentación jurídica- se pronuncia en varias ocasiones sobre el estado mental del acusado con frases como "quien realizó la conducta (típica) fue una persona con una enfermedad mental preexistente", "que el acusado era una persona enferma", con "trastorno psicológico preexistente", y otras similares. Pero el caso es que la enfermedad mental, como tal, no constituye el presupuesto fáctico necesario para la aplicación de la eximente o semieximente previstas en el art. 20.1 C.P.

En efecto, como han señalado la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala el art. 20.1º abandona la fórmula psiquiátrica del Código derogado, que siguiendo la incorporada al de 1932, propuesta por el Dr. Fructuoso, se refería al enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, adoptando una fórmula psiquiátrico-psicológica, en que se alude a la causa ("anomalía o alteración psíquica") y a los efectos (que el sujeto "no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión").

Tal doble requisito, pese a la fórmula anterior, ya era exigido por la Sala Segunda al declarar que "para la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado no basta una clasificación clínica, por lo que debe evitarse el incurrir en la hipervaloración del diagnóstico, en cuanto que es menester poner en relación la alteración mental con el acto delictivo de que se trata, ya que la enfermedad es condición necesaria pero

no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo" (STS 51/93, de 20 de enero, recordada en STS 314/2005, de 9 de marzo); y sigue insistiéndose en que "es necesario poner en relación la alteración mental con el acto delictivo concreto" (STS 332/97, de 17 de marzo; en igual sentido, STS 437/2001, de 22 de marzo), declarando que "al requerir cada uno de los términos integrantes de la situación de inimputabilidad prueba específica e independiente, la probanza de uno de ellos no lleva al automatismo de tener imperativamente por acreditado el otro" (STS 937/2004, de 19 de julio).

Así, pues, la exención total o parcial de la imputabilidad y de la consiguiente responsabilidad criminal, necesitará inexcusablemente que, en caso de enfermedad mental, ésta haya producido una abolición completa o profunda de las capacidades intelectivas y/o volitivas del sujeto que le impidan o dificulten gravemente comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Y esos extremos son los que tienen que haber quedado suficientemente acreditados a la hora de apreciar la eximente completa o incompleta.

De manera que, si concedemos valor fáctico a las expresiones que han quedado entrecomilladas contenidas en la fundamentación jurídica de la sentencia, ya podremos apreciar que ninguna de ellas evoca una perturbación total o grave de las facultades de conocimiento o de voluntad del acusado al momento de los hechos, que, repetimos, es la cuestión nuclear.

Por el contrario, con la misma vocación fáctica, el Tribunal establece con meridiana claridad que en el supuesto que nos ocupa, reconociendo el padecimiento previo que tenía el acusado, ni puede entenderse que estuviera éste en un brote activo o crisis de su enfermedad, ni tampoco que sufriera el mismo un trastorno mental transitorio, "ya que se da la nada usual circunstancia de que contamos con un dictamen médico previo a los hechos -el emitido por el facultativo que vio al Sr. Rosendo sobre las 22:30 horas del día 13 de enero de 2.006-, y con otro inmediatamente posterior a los mismos -el realizado nada más ser detenido el imputado, como autor del delito que enjuiciamos-, desprendiéndose de ambos que el acusado era plenamente consciente de lo que hacía, lo que resulta corroborado después por el Sr. Médico Forense".

En concreto, el facultativo que atendió al Sr. Rosendo antes de los hechos -sobre las 23:06 horas del día 13 de enero de 2.006-, señala -folio 12- que el paciente se hallaba "consciente", aunque tuviera un comportamiento inadecuado y síntomas de "intoxicación etílica", determinando



2009/112093

TS Sala 2ª, Sentencia 6 mayo 2009. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Inaplicación de atenuante de reparación del daño en delito de incendio

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de incendio. Señala el TS que la actuación del acusado ha sido valorada por la sala de instancia para excluir la aplicación del art. 351 CP 95 -que castiga la acción incendiaria con penas de prisión de cinco a diez, o de diez a veinte años, según la entidad del riesgo generado-, por lo que no cabe volver a apreciarla para aplicar la atenuante de reparación del daño reclamada, máxime si se tiene en cuenta que el procesado, tras apagar el primero de los testigos el fuego, trató de reavivarlo, circunstancia ésta que denota que persistía en su propósito de hacer más fuego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acusado fue condenado por la Audiencia Provincial de Cádiz como autor criminalmente responsable de un delito de incendio del art. 351.2º C.E. en relación con el 266, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

El primer motivo de casación que examinaremos de los que formula aquél contra la sentencia de instancia, se articula al amparo del art. 851.1 L.E.Cr., para denunciar quebrantamiento de forma "por la contradicción vulneradora del derecho a la Tutela Judicial efectiva que existe en la sentencia en los Hechos Probados".

El motivo no puede ser estimado, porque el vicio de forma que se alega se produce cuando en el relato histórico de la sentencia se incluyen datos fácticos contradictorios e incompatibles entre sí, de manera que se excluyen recíprocamente, dejando a la narración de hechos probados vacía de contenido, resultando imposible la calificación jurídica.

Pero no existe este quebrantamiento de forma cuando la supuesta contradicción se produce entre el Hecho Probado y la fundamentación jurídica de la sentencia o el fallo de la misma, que es lo que fundamenta el motivo al reclamar que, dada la descripción de los hechos probados, no se hayan apreciado las circunstancias eximentes o atenuantes que, a su en-

procedía el alta, mientras que el que le vio tras producirse el incendio -folio 15- recoge en su informe que el paciente se hallaba "consciente, tranquilo, con actitud manipulativa... de tal manera que es notoria la actitud de simulación... no actitud psicótica, no actividad depresiva... no aprecio alucinaciones... no aprecio disociación mental", por lo que concluía señalando que "no presenta psicopatología aguda que requiriera ingreso hospitalario... no requiere atención urgente especializada".

Por su parte, el Sr. Médico Forense determinó, tras ver al paciente el 14 de enero de 2.006 -folio 26-, y suscribir el "Protocolo de exploración psíquica que obra al folio 31 y siguientes que "La exploración psiquiátrica efectuada muestra caracteres dentro de la normalidad, con conciencia, atención, sensopercepción, memoria, afectividad, lenguaje, juicio, raciocinio e inteligencia dentro de la normalidad", por lo que "no se denota una disminución ni abolición de sus caracteres cognitivos y volitivos, comprendiendo en todo momento la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión", conclusiones éstas que ratifica el mismo médico forense, en fecha 7 de febrero de 2.006 -folio 49-, añadiendo incluso que "la patología que padece (depresión crónica) le llevaría a realizar con mayor probabilidad actos de autoagresión que de agresión hacia los demás". El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- También por el cauce del art. 849.1º L.E.Cr., se alega infracción de ley por inaplicación de la atenuante muy cualificada en el núm. 5 del art. 21 C.P. Argumenta el motivo que a la vista del relato de hechos probados y de cómo la misma Sala reconoce en múltiples pasajes de la sentencia la existencia de la meritada actuación positiva de salvamento y desalojo del edificio, debe apreciarse la atenuante de reparación del daño o disminución de sus efectos, como muy cualificada. El motivo no puede ser acogido.

El acusado no fue condenado por haber provocado un incendio que generara un peligro más o menos grave para la vida o integridad física de las personas, sino que, al no concurrir tal peligro - ni grave ni leve- la acción incendiaria del acusado se calificó como delito de daños, según lo dispuesto en el art. 351 último párrafo C.P.

Y fue precisamente la conducta del acusado, posterior a la acción típica de prender fuego, de avisar a los vecinos del inmueble de la existencia del fuego, lo que evitó la creación del peligro, al abandonar éstos rápidamente sus viviendas. Esa actuación es la que ha sido valorada por la Sala de instancia para excluir la aplicación del art. 351 -que castiga la acción incendiaria con penas de prisión de cinco a diez, o de diez a veinte años, según la entidad del riesgo ge-

nerado-, por lo que no cabe volver apreciarla para aplicar la atenuante reclamada, máxime si se tiene en cuenta, como señala la sentencia, que concurre el dato fundamental de que el procesado, tras apagar el primero de los testigos reseñados el fuego trató -es verdad que sin demasiadas posibilidades de éxito- de reavivarlo, circunstancia ésta que denota que persistía en su propósito de hacer más fuego.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado Rosendo contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Algeciras, de fecha 5 de febrero de 2.008 en causa seguida contra el mismo por delito de incendios y faltas de daños y lesiones. Condenamos

a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió. Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García Julian Sanchez Melgar

José Manuel Maza Martín Manuel Marchena Gomez

Diego Ramos Gancedo

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 15 septiembre 2009. Ponente: D. Luis María Díez-Piçazo Giménez

Determinación de la doctrina correcta al existir cambio de criterio jurisprudencial sin justificación

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ de la Comunidad Valenciana y en su lugar, estimando el recurso contencioso administrativo dirigido contra el acuerdo del JEF de Castellón, declara el derecho del actor a recibir un justiprecio que deberá ser fijado en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases, primero, la valoración deberá ir referida a la fecha de iniciación del expediente expropiatorio; segundo, el terreno expropiado deberá valorarse como suelo urbanizable, y tercero, deberá considerarse que la extensión del terreno expropiado es de 138 metros cuadrados. La Sala considera que un órgano judicial que en su día dijo que una determinada rotonda formaba parte del sistema viario municipal no puede algunos años después, sin aportar ninguna razón para ello, decir que esa misma rotonda es sólo interurbana, señalando que la doctrina correcta es la recogida en la sentencia que consideró que la rotonda forma parte del sistema viario municipal y, por consiguiente, le es aplicable la doctrina jurisprudencial relativa a los sistemas generales que contribuyen a crear ciudad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación para la unificación de doctrina es interpuesto por la representación procesal de D. Obdulio contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de julio de 2008. El asunto tie-

ne su origen en la expropiación de un terreno de 138 metros cuadrados en el término municipal de Betxí, para la ejecución del proyecto denominado "11-CS-1555, Autovía de la Plana, segunda calzada, tramo Betxí-Borriol".

El acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Castellón de 5 de abril de 2006 valoró el

terreno expropiado como suelo no urbanizable. Disconforme con ello, la expropiada acudió a la vía jurisdiccional solicitando, por lo que ahora interesa, que el terreno expropiado fuese valorado como suelo urbano.

Esta pretensión fue rechazada por el tribunal a quo, que no consideró probado que el terreno expropiado tuviera la condición de suelo urbano. A ello añade la sentencia impugnada que en este caso no concurren las condiciones necesarias para la aplicación de la conocida doctrina jurisprudencial sobre sistemas generales que contribuyen a crear ciudad; y ello por entender que el proyecto que legitima la expropiación es una vía interurbana, que no está contemplada en el planeamiento urbanístico como parte del sistema viario municipal. De aquí que concluya que tampoco cabe valorar el terreno expropiado como suelo urbanizable.

SEGUNDO.- Como sentencias de contraste en que fundar el recuso de casación para la unificación de doctrina, aporta el recurrente las sentencias de esta Sala de 23 de mayo de 2000, 3 de diciembre de 2002 y 9 de abril de 2007, así como las sentencias de la Sala de Valencia de 7 de mayo de 2001, 11 de marzo de 2002 y 18 de julio de 2003.

Pues bien, con la sola excepción de la sentencia de la Sala de Valencia de 7 de mayo de 2001, es de entrada evidente que entre las mencionadas sentencias y la ahora impugnada no media la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 96 LJCA para que pueda prosperar el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Todas se refieren a proyectos diferentes y situados en lugares distintos del aquí examinado. Efectivamente, las sentencias de esta Sala de 23 de mayo de 2000 y 3 de diciembre de 2002 versan respectivamente sobre la Autovía Alcorcón-Leganés y sobre la ampliación del Aeropuerto de Barajas; la sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2007 versa sobre la propia Autovía de la Plana, pero en ese caso el terreno expropiado estaba expresamente clasificado como suelo apto para urbanizar; y las sentencias de la Sala de Valencia de 11 de marzo de 2002 y 18 de julio de 2003 versan sobre terrenos expropiados para la construcción de la Autovía de la Plana, situados en tramos distintos del contemplado en el presente caso. Así las cosas, no cabe apreciar la identidad de hechos exigida por el art. 96 LJCA:

que un determinado sistema general contribuya o no a crear ciudad depende, como es obvio, de datos fácticos, por lo que no puede haber identidad entre dos proyectos diferentes; y tampoco puede haber identidad de hechos, dentro de un mismo proyecto, entre fincas situadas en puntos alejados y, por tanto, con ca-

racterísticas distintas. Téngase en cuenta que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina no consiste en uniformar la interpretación normativa en general, sino simplemente en evitar que supuestos sustancialmente idénticos sean resueltos de modo distinto.

TERCERO.- Más complejo es el discurso con respecto a la sentencia de la Sala de Valencia de 7 de mayo de 2001. En aquel caso, el tribunal a quo acordó que un terreno expropiado para la construcción de la misma rotonda debía ser valorado como suelo urbanizable, porque, de acuerdo con una certificación del Ayuntamiento de Betxí recogida en el expediente administrativo, “las fincas objeto del presente tienen, según las determinaciones antes indicadas, la condición de Suelo

No Urbanizable con destino a vía pública o, mejor, a completar las infraestructuras del municipio mediante la construcción de la variante de la carretera que determinó la actuación expropiatoria que nos ocupa”. Así, dado que el planeamiento urbanístico consideraba que el terreno expropiado -aun estando clasificado como no urbanizable- estaba destinado al sistema viario municipal, entendió el tribunal a quo que era aplicable la doctrina jurisprudencial sobre sistemas generales que contribuyen a crear ciudad.

El ahora recurrente sostiene que, si para la construcción originaria de la rotonda se consideró aplicable la mencionada doctrina jurisprudencial, también debería serlo en el presente caso, en que la expropiación tiene como finalidad la construcción de una segunda calzada en el mismo lugar. En apoyo de su tesis milita, sin duda, el hecho de que una copia simple de la citada sentencia de la Sala de Valencia de 7 de mayo de 2001 fue aportada con la demanda y que el tribunal a quo la admitió como prueba.

Es verdad que, en rigor, no fue un mismo proyecto el que legitimó ambas expropiaciones, ya que la ahora considerada tiene como finalidad el desdoblamiento de la rotonda originaria; pero lo cierto -según se desprende inequívocamente de la lectura de la sentencia impugnada y de la sentencia de contraste, sin que ello haya sido combatido por las partes recurridas- es que se trata de un mismo lugar y de una misma rotonda. En este sentido, cabe entender que concurre la identidad de hechos y fundamentos exigida por el art. 96 LJCA para que pueda prosperar el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Ahora bien, el razonamiento no puede detenerse en este punto, ya que el citado precepto legal requiere que haya también identidad de pretensiones.

Es verdad que la demanda giraba principalmente en torno a la valoración

como suelo urbano del terreno expropiado y es, asimismo, cierto que la suma entonces solicitada como justiprecio estaba calculada utilizando el criterio de valoración del suelo urbano.

Ahora bien, no cabe ignorar que en esa misma demanda se invocó la mencionada sentencia de la Sala de Valencia de 7 de mayo de 2001, ni tampoco cabe ignorar que el petitum -sin solicitar que se hiciese declaración alguna sobre la clasificación del suelo a efectos de valoración- se limitaba a pedir una nueva fijación del justiprecio.

De aquí que no quepa afirmar que la pretensión del recurrente ha sido únicamente que el terreno expropiado sea valorado como suelo urbano, sino que ha sido más amplia: el recurrente pide que no se valore el terreno como suelo no urbanizable, por considerar que ello no se ajusta a la realidad.

Además, por si aún cupiera alguna duda a este respecto, hay que destacar que la propia sentencia impugnada, como se dejó señalado más arriba, dedica un amplio espacio a justificar por qué la doctrina jurisprudencial sobre los sistemas generales que contribuyen a crear ciudad no es aplicable al terreno expropiado.

Ello significa que, en todo caso, el tribunal a quo ha introducido esta cuestión en el proceso, por lo que no cabría ahora afirmar que el problema de si la valoración del terreno expropiado debe hacerse como suelo urbanizable es ajena a la pretensión del recurrente.

A la vista de cuanto precede, hay que concluir que entre la sentencia impugnada y la sentencia de la Sala de Valencia de 7 de mayo de 2001 se da la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones exigida por el art. 96 LJCA.

CUARTO.- Llegados a este punto, es necesario establecer cuál de las dos sentencias recoge la doctrina correcta. Conviene comenzar señalando que, a estos efectos, es indiferente la circunstancia de que el justiprecio examinado por la sentencia de contraste se rigiera por la legislación anterior a la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998, mientras que en el presente caso es aplicable este texto tal como quedó modificado por la Ley de 20 de mayo de 2003.

Aquí no se discute sobre la interpretación de ningún concreto precepto legal relativo a la valoración de terrenos. Lo que se discute es si un órgano judicial que en su día dijo que una determinada rotonda formaba parte del sistema viario municipal puede algunos años después, sin aportar ninguna razón para ello, decir que esa misma rotonda es sólo interurbana.

La respuesta debe ser negativa. A fin de rechazar la similitud del presente caso con otros anteriores, la sentencia impugnada hace la siguiente afirmación:

“Tampoco la comparación con otros justiprecios fijados para otras fincas es decisiva para apreciar el error valorativo que se atribuye al Jurado porque la expropiada en relación con aquéllas no tiene unas características de clasificación, uso y estado que permitan establecer, con fundamento, una analogía sustancial entre las mismas y, en consecuencia, la correspondiente equiparación de valores.”

Parece dar a entender con ello que no ha quedado suficientemente probada la similitud, lo que sería una cuestión de hecho.

Si esto fuera efectivamente así, es claro que habría que estar a lo establecido por el tribunal a quo, pues las cuestiones de hecho quedan fuera de la función revisora de la casación. Ahora bien, no puede tenerse por cuestión de hecho que un mismo órgano judicial considere que terrenos expropiados para la construcción de una misma rotonda deben ser valorados de manera diferente.

Esta es una cuestión que toca la igualdad en la aplicación de la ley; y ello porque, a menos que el órgano judicial aporte alguna razón que justifique la diferencia de apreciación en un caso y otro -algo que no hace la sentencia impugnada-, debe estar al criterio ya establecido por él mismo.

Así se sigue de la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional según la cual los jueces y tribunales, por imperativo del art. 14 CE, deben motivar la desviación del criterio por ellos mismos seguido en supuestos anteriores. Así, la doctrina correcta es la recogida en la sentencia de la Sala de Valencia de 7 de mayo de 2001, en virtud de la cual la referida rotonda forma parte del sistema viario municipal y, por consiguiente, le es aplicable la doctrina jurisprudencial relativa a los sistemas generales que contribuyen a crear ciudad.

Ello conduce necesariamente a la estimación del presente recurso para la unificación de doctrina.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto por el art. 98 LJCA, la anulación de la sentencia impugnada exige resolver ahora el fondo del litigio. A la vista de cuanto se ha expuesto, es claro que procede declarar el derecho del recurrente a que se valore el terreno expropiado como suelo urbanizable.

Ello habrá de hacerse en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta que la valoración deberá ir referida a la fecha de iniciación del expediente expropiatorio y que deberá calcularse

con arreglo a lo dispuesto por el art. 27 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 tal como quedó redactado por la Ley de 20 de mayo de 2003.

Por lo demás, las otras cuestiones planteadas en la instancia no han sido objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que habrá que estar a lo resuelto en su día por el tribunal a quo. Ello vale, en particular, para la extensión del terreno expropiado, que quedó establecida en 138 metros cuadrados.

SEXTO.- Con arreglo al art. 139 LJCA, no procede hacer imposición de las costas de este recurso de casación para la unificación de doctrina y, con respecto a las costas de instancia, no se aprecia temeridad o mala fe que justifiquen una condena al pago de las mismas.

FALLO

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de D. Obdulio contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de julio de 2008, que anulamos.

SEGUNDO.- En su lugar, estimando el recurso contencioso-administrativo dirigido contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Castellón de 5 de abril de 2006, anulamos dicho acto y declaramos el derecho de D. Obdulio a recibir un justiprecio que deberá ser fijado en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases:

1ª. La valoración deberá ir referida a la fecha de iniciación del expediente expropiatorio.

2ª. El terreno expropiado deberá valorarse como suelo urbanizable, ajustándose a lo dispuesto por el art. 27 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 tal como quedó redactado por la Ley de 20 de mayo de 2003.

3ª. Deberá tenerse considerarse que la extensión del terreno expropiado es de 138 metros cuadrados.

TERCERO.- No hacemos imposición de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Seira Miguez.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Gimenez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Agustín Puente Prieto.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Luis María Díez-Picazo Gimenez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.



2009/151098

TS Sala 4ª, Sentencia 25 mayo 2009. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Bases de cotización de pensión de jubilación de trabajador de la ONCE

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión del vendedor de cupones accionante sobre base reguladora de pensión de jubilación. Señala la Sala que el art. 162 LGSS se limita a establecer que la base reguladora de la pensión de jubilación se determinará sobre las bases de cotización del periodo que se indica, siendo lo que ha hecho la resolución recurrida, al tomar las cotizaciones efectivamente realizadas, sin que nada indique el precepto citado sobre lo que verdaderamente sostiene la parte recurrente, consistente en que no hayan de computarse las bases reales por las que se ha cotizado, sino una bases teóricas reducidas en función de unos límites que no se acredita que fueron entonces aplicables a la cotización de la caja de previsión social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor, que prestó servicios para la ONCE desde 1951 a 1993, solicitó pensión de jubilación en 1993, que le fue reconocida con efectos de 16.5.1993 por el 100% de la base reguladora mensual de 168.640 ptas. En abril de 2007 solicitó la revisión de la cuantía de la pensión en aplicación de la doctrina de la sentencia de la Sala de 7.10.2004, que establece que las bases de cotización que hay que tener en cuenta en el periodo posterior a la integración del personal de la ONCE en el Régimen General para el cálculo de la base reguladora no son las correspondientes a los representantes de comercio, sino las ordinarias del Régimen General que correspondan.

El INSS procedió a la revisión de la prestación por estimar que las bases de cotización que se habían tomado inicialmente para determinar el importe de la base reguladora durante el periodo comprendido entre enero de 1986 y marzo de 1991 superaban los límites máximos aplicables al grupo profesional del actor, fijando la base reguladora en 1008,92 €, acordando el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas; decisión contra la que reclamó el actor.

Se planteaban así dos problemas: 1º) para el cómputo de las bases de cotización del periodo comprendido entre mayo de 1985 a marzo de 1991, el problema consiste en determinar si han de aplicarse a las bases por las que el trabajador cotizó realmente a la Caja de Previsión Social

de la ONCE los límites máximos de las bases correspondientes a la categoría profesional del trabajador, según las normas de cotización del Régimen General, 2º) para el cómputo de las bases de cotización del periodo comprendido entre abril de 1991 -meses de efectos de la integración en el Régimen General- a mayo de 1993, el problema consiste en si en la determinación de las bases de cotización computables han de aplicarse las reglas generales de cotización del Régimen General o las específicas que, dentro de este Régimen, se establecen para los representantes de comercio.

La sentencia de instancia estimó la demanda, reconociendo una pensión de 1.124,90 € con efectos económicos de cinco años; decisión que fue recurrida en suplicación con dos motivos: uno dirigido a impugnar el cálculo de la base reguladora durante el periodo anterior a la integración de la Caja de Previsión de la ONCE y el otro dedicado a impugnar la retroactividad temporal del reconocimiento de la nueva cuantía.

El único problema que se suscita ahora en casación para la unificación de doctrina es el relativo al cálculo de la base reguladora y concretamente si a las bases de cotización del actor correspondientes al periodo anterior a la integración de la Caja de Previsión Social de la ONCE en el Régimen General de la Seguridad Social han de aplicársele o no los límites máximos de referencia.

Hay que aclarar que, aunque pueda derivarse alguna confusión de la

redacción del hecho probado segundo de la sentencia de instancia, la versión correcta de lo sucedido en orden a la cotización del actor -tal como se aclara a partir de la propia fundamentación jurídica de la sentencia de instancia y la de la resolución recurrida- es que el actor cotizó antes de la integración de la Caja en el Régimen General por las cantidades que se expresan en la certificación de la ONCE obrante a los folios 24 y 25 y que se tuvieron en cuenta en el primer cómputo del INSS (folios 27 y 28), luego rectificado en la segunda resolución (folios 33 y 34) para aplicar los límites máximos de categoría en ese periodo (de mayo de 1985 a marzo de 1991) y para ajustar el periodo posterior a la integración a la doctrina de la Sala en la sentencia a que se ha hecho mención.

La sentencia recurrida funda su decisión en que la cotización del colectivo de la ONCE de acuerdo con las normas del Régimen General y, por ello, con las limitaciones derivadas de los denominados toques de los grupos de categoría profesionales, sólo se produjo a partir de 1.4.1991, fecha de efectos de la integración de la Caja de Previsión Social de la ONCE en el indicado Régimen.

Contra este pronunciamiento recurrir el INSS, designando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Cataluña de 18 de abril de 2007. Se trata de un oficial administrativo de la ONCE, al que se le calculó la pensión de jubilación en el periodo comprendido entre abril de 1988 a marzo de 1991 teniendo en cuenta no las bases de cotización realmente aplicables, sino los límites máximos establecidos para el correspondiente grupo de categoría en las normas de cotización vigentes en ese periodo. Para la sentencia de contraste se solicita una pensión correspondiente a la acción protectora sustitutoria practicada por la Caja después de la integración de ésta, por lo que son aplicables las limitaciones a la base reguladora en función de los toques máximos vigentes en su momento.

Hay que apreciar la contradicción que se denuncia, porque existe identidad sustancial en las controversias y los pronunciamientos de las sentencias comparadas son opuestos. Las diferencias que señala la parte recurrida son irrelevantes, pues para el problema debatido es indiferente que en el presente caso el actor sea vendedor y en el de la sentencia de contraste representante de comercio. También es irrelevante que en el presente caso el cálculo impugnado de la base reguladora se realice al revisar la cuantía inicial, mientras que en la sentencia de contraste el cálculo se produce en el reconocimiento inicial.

SEGUNDO.- El INSS denuncia la infracción del artículo 162 de la LGSS en relación con el artículo 120.2 del mismo texto legal, con los artículos 9.3 y 26.1 del Real Decreto

2064/1995 y con las sucesivas Ordenes ministeriales que en periodo controvertido fijan las bases de cotización.

Ninguno de estos preceptos ha sido infringido por la sentencia recurrida. El artículo 162 de la LGSS se limita a establecer que la base reguladora de la pensión de jubilación se determinará sobre las bases de cotización del periodo que allí se indica, y eso es lo que ha hecho la sentencia recurrida, al tomar las cotizaciones efectivamente realizadas, sin que nada indique el precepto citado sobre lo que verdaderamente sostiene la parte recurrente: que no han de computarse las bases reales por las que se ha cotizado, sino una bases teóricas reducidas en función de unos límites que no se acredita que fueron entonces aplicables a las cotizaciones de la Caja de Previsión Social.

Tampoco es posible entender vulnerados los artículos 9.3 y 26.1 y 2 del Real Decreto 2064/1995, que aprueba el Reglamento General de Cotización y Liquidación de la Seguridad Social, porque estas normas -sobre los denominados límites relativos de las bases de cotización por grupos de categorías- no eran aplicables ni por la fecha de la disposición ni por el carácter de la entidad sustitutoria a las cotizaciones que el actor realizó para la Caja de Previsión Social durante el periodo controvertido. Lo que se pretende es aplicar a una cotización realizada en el periodo de 1985 a 1991 unas limitaciones que no regían en esas fechas para los trabajadores de la ONCE y se intenta además que tales limitaciones se apliquen no a las cotizaciones realizadas, para reintegrar el posible exceso en lo cotizado, sino a las prestaciones para eliminar en ellas la consideración de una parte por lo que legítimamente se cotizó en su momento.

Por la misma razón no pueden considerarse vulneradas "las sucesivas Ordenes ministeriales" vigentes en el periodo. Para sostener tal tesis la parte tendría que citar una norma que permitiera -como ocurre en el artículo 47 de la LGSS - limitar la cuantía inicial de las pensiones reconocidas o que determinara esa limitación en función de las condiciones de la integración de los trabajadores de la ONCE. Pero la parte recurrente no ha citado ninguna norma del Real Decreto 2248/1985, sobre integración de entidades sustitutorias, ni del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15.3.1991, publicado por Orden de 25.3.1991 (BOE del 29 de marzo), que ordenó la integración en el Régimen General del personal encuadrado en la Caja de Previsión Social de la ONCE.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de costas por tener el organismo recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 20 de mayo de 2.008, en el recurso de suplicación núm. 401/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de febrero de 2.008 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Zaragoza, en los autos núm. 883/07, seguidos a instancia de D. Carlos Daniel contra dicho recurrente, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES - ONCE-, sobre pensión de jubilación. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.

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

2009/178835

TS Sala 4ª, Sentencia 20 mayo 2009. Ponente: D. Benigno Varela Austrán

Derecho del padre a subsidio por paternidad solicitado en distinto momento al de la madre

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado frente a sentencia que, revocando la de instancia, reconoció el derecho del actor al subsidio por paternidad solicitado con posterioridad al momento inicial de solicitud del mismo por parte de la madre.

La Sala señala que no cabe establecer como requisito para que el padre disfrute una parte del subsidio de maternidad, cedido por la madre, el que ésta, en el momento de solicitar dicho subsidio, opte porque una parte del mismo lo

perciba el padre, como pretende el INSS; y ello porque, entre otras cosas, la normativa aplicable no dispone que la opción de la madre haya de ser realizada en el momento de solicitar el subsidio, sino que exige que se efectúe en el momento de iniciar el descanso por maternidad; ello comporta que se pueda, con posterioridad, comunicar a la Entidad Gestora que el padre va a comenzar el disfrute del descanso y periodo durante el que lo va a disfrutar, rigiéndose, en cuanto a los plazos de solicitud, prescripción y caducidad por las normas generales de la LGSS, si bien la trabajadora habrá de tener en cuenta que en el momento en que se reincorpore al trabajo, por iniciar el padre el descanso por maternidad, deberá poner tal hecho en conocimiento de dicha Entidad, a fin de evitar pagos indebidos y facilitar el abono al padre de dicha prestación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se cuestiona en la presente litis la procedencia de un subsidio por maternidad a favor del padre del recién nacido en razón a haberse solicitado el mismo no en el momento inicial de solicitud por parte de la madre al producirse el parto sino con posterioridad a dicho momento, en el que, por el contrario, no se hizo opción alguna a favor del padre. Concretamente, la esposa del trabajador demandante de autos, Dª Felicidad inició el descanso maternal el día 19 de junio de 2006 y solicitó la prestación correspondiente a tal situación el 4 de julio siguiente sin que, en este momento, hubiera efectuado tipo alguno de opción a favor de su esposo, el hoy reclamante, D. Jacinto, quien formuló la pertinente opción de descanso maternal compartido el día 19 de julio de 2006 para disfrutarlo en el período comprendido entre el 24 de julio y el 6 de agosto del mismo año. El INSS denegó la prestación correspondiente al esposo, por haberla solicitado extemporáneamente, en resolución de 11 de septiembre de 2006, confirmada por otra de 19 de octubre del mismo año.

Planteada reclamación judicial, el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia, en sentencia de 21 de junio de 200, desestimó la demanda y, planteado recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana en la sentencia, ahora recurrida, de fecha 18 de septiembre de 2008 estimó el recurso, revoco la sentencia de instancia y estimó la demanda rectora de autos. Frente a esta última sentencia se articula el presente recurso de casación para unificación de doctrina, proponiéndose como sentencia de contraste la de la misma Sala de lo Social de la que procede la recurrida, de fecha 18 de junio de 2002.

SEGUNDO.- Poco esfuerzo dialéctico exige, en el presente caso, la admisión del requisito, previo e ineludible, de la contradicción judicial conforme a lo establecido en el artículo 217 de la LPL. En ambas sentencias se aborda y resuelve una idéntica problemática jurídica, referida a la procedencia de la concesión de subsidio por maternidad al padre que opta por parte del descanso maternal con posterioridad al momento inicial de solicitud del mismo por parte de la madre y, en tanto la sentencia, ahora recurrida, lo concede, la sentencia propuesta como término referencial lo deniega, al no haberse solicitado en el momento adecuado, es decir en el inicial de solicitud por parte de la madre que da a luz. Concorre, por tanto, el requisito de la contradicción judicial y ha de entrarse en el examen de la infracción jurídica denunciada en el recurso.

TERCERO.- El recurrente denuncia infracción por la sentencia impugnada de los artículos 133 bis y 133 ter. de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores en reforma introducida por el R.D. 1251/01, de 16 de noviembre, infringido por interpretación errónea y del artículo 5 de la Ley 39/99, de 5 de noviembre, infringido en el concepto de no aplicación. Aduce, en esencia, el recurrente que no es en el R.D. 1251/01, de 16 de noviembre ni en la L.G.S.S. donde se contiene la necesidad, primero, de que la madre sea titular del derecho y, segundo de que efectúe la opción a favor del padre al iniciar el descanso por maternidad, regulado expresamente en el artículo 5 de la Ley 39/99, de 5 de noviembre, sino que tal exigencia aparece en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores. Se cuestiona en la presente litis el derecho del padre al subsidio cuando la madre, que ha comenzado a disfrutar del mismo, efectúa la opción a favor de su disfrute por el padre, en momento posterior a la solicitud del citado subsidio.

La esposa del actor inició el descanso maternal el 19 de junio de 2006 y presentó la solicitud de la prestación correspondiente a tal situación el 4 de julio de 2006, sin completar en ella el recuadro de opción de descanso a favor del padre y sin aportar documento para el ejercicio de dicha opción. El 19 de julio ejercitó el derecho de opción a favor del padre, señalando que el periodo de descanso alcanzaría los días comprendidos entre el 24 de julio y el 6 de agosto de 2006. El 10 de julio de 2006 tal circunstancia fue puesta en conocimiento de la empresa donde el actor prestaba servicios, sin figurar reparo alguno por parte de la empresa a dicho efectivo y real disfrute.

El INSS deniega el subsidio por maternidad solicitado aduciendo que la esposa del actor no había efectuado opción a su favor en el momento de solicitar dicha prestación, tal

como exigen los artículos 133 bis y 133 ter de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la reforma introducida por el Real Decreto 1251/01, de 16 de noviembre y con el artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. A este respecto hay que señalar que la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras señala en su Exposición de Motivos que con dicha Ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas citando, entre otras, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La citada Directiva en su cláusula 2, reguladora del permiso parental, dispone lo siguiente:

1. En virtud del presente Acuerdo, y sin perjuicio de la cláusula 2.2, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales.

2. Para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes del presente Acuerdo consideran que el derecho de permiso parental previsto en la cláusula 2.1 debe concederse, en principio, de manera no transferible.

3. Las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental se definirán por ley y/o convenios colectivos en los Estados miembros de conformidad con las disposiciones mínimas del presente Acuerdo. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

a) Decidir si el permiso parental se concede en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo.

b) Subordinar el derecho de permiso parental a un período de trabajo y/o a una antigüedad que no podrá ser superior a un año.

d) Fijar los periodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del periodo de permiso. Por su parte el número 8 de dicha cláusula dispone:

8. Todos los asuntos de seguridad social vinculados con el presente Acuerdo habrán de ser examinados y determinados por los Estados miembros de conformidad con la legislación nacional, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de seguridad social para los diferentes riesgos, y en particular los cuidados sanitarios. La transposición a nuestro ordenamiento de dicha regulación se plasma en el artículo quinto de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que da nueva redacción al apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, quedando redactado de la siguiente manera:

4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud. El artículo decimotercero de la Ley 39/1999 modifica asimismo el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, quedando redactado como sigue: A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Del examen de tales preceptos resulta que el descanso por maternidad comporta una relación triangular empresario/trabajador/Seguridad Social, que se desenvuelve en dos planos perfectamente diferenciados, el aspecto laboral (relación empresario/trabajadora: derecho al descanso por maternidad) y el aspecto prestacional o de seguridad social (relación Seguridad Social/trabajadora: derecho al subsidio por maternidad). Aunque ambos aspectos están íntimamente relacionados no pueden confundirse pues cada uno de ellos tiene su propia regula-

ción, hasta el punto de que puede existir derecho al descanso (seis semanas obligatorias para la madre trabajadora tras el nacimiento del hijo) y no existir derecho al subsidio de maternidad (por no cumplir alguno de los requisitos del mismo, por ejemplo no reunir el periodo de carencia).

Los requisitos para tener derecho al descanso por maternidad aparecen recogidos en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, que, como antes se consignó, regula la relación empresario/trabajadora (o trabajador, en su caso), reconociendo el derecho a la suspensión del contrato en el supuesto de parto, a la trabajadora, por un periodo de dieciséis semanas ininterrumpidas, pudiendo la madre optar, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, teniendo en cuenta que las seis semanas inmediatas posteriores al mismo son de descanso obligatorio para la madre.

El derecho al subsidio por maternidad aparece recogido en el artículo 133 ter de la Ley General de la Seguridad Social, que lo establece a favor de los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuera su sexo que disfruten de los descansos establecidos en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, reúnan los requisitos del artículo 124.1 de la Ley General de la Seguridad Social y acrediten ciento ochenta días de cotización dentro de los cinco años anteriores al parto, (redacción vigente en la fecha del hecho causante). Por lo tanto, no cabe establecer como requisito para que el padre disfrute una parte del subsidio de maternidad, cedido por la madre, el que ésta, en el momento de solicitar dicho subsidio, opte por que una parte del mismo lo perciba el padre, como pretende el INSS en el asunto ahora examinado, por las siguientes razones:

Primero: El artículo 48.4 del E.T. no dispone que la opción de la madre haya de ser realizada en el momento de solicitar el subsidio, sino que exige que se efectúe en el momento de iniciar el descanso por maternidad.

Segundo: El artículo 48.4 del E.T. regula la suspensión del contrato (el epígrafe es: "suspensión con reserva de puesto de trabajo"), por maternidad y el subsiguiente derecho al descanso de la madre y, en su caso del padre (tras la Ley Orgánica 3/2007 "del otro progenitor") es decir, como no podía ser de otra manera, dado que es una norma que regula las relaciones laborales, las relaciones entre el empresario y la trabajadora y, en su caso, el trabajador, reconociéndoles el derecho al descanso por maternidad.

Tercero: El citado precepto establece, como requisito para que parte de este derecho a la suspensión del

contrato -descanso por maternidad- sea disfrutado por el padre, que la trabajadora opte "al iniciarse el periodo de descanso" por que el padre disfrute de una parte del descanso, opción que ha de comunicarse en ese momento al empresario. Tal obligación de comunicar la opción al empresario aparece en clara sintonía con lo dispuesto en la cláusula 2 de la Directiva 96/34 /CE, anteriormente transcrita, y se justifica por la necesidad que tiene el empresario de conocer el periodo de tiempo en que la trabajadora va a estar disfrutando del permiso de maternidad, si lo va a disfrutar en su totalidad o sólo en parte, para poder hacer sus previsiones respecto a la organización del trabajo, sustitución de la trabajadora, contratación de otro trabajador...

Cuarto: El artículo 133 ter de la L.G.S.S., ni en la redacción vigente en el momento del hecho causante ni en la redacción actual, exige como requisito para que el padre tenga derecho a percibir parte del subsidio por maternidad, que la madre haya optado, "al iniciarse el periodo de descanso de maternidad", por que parte de este descanso lo disfrute el padre.

Quinto: El RD 12351/01, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, en su artículo 4, establece los requisitos exigidos, no fijando entre ellos que la madre opte por que el padre perciba el subsidio por maternidad al iniciarse el periodo de descanso por maternidad.

Ciertamente el artículo 13 de dicha norma, regulador del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad señala que "expresamente, las solicitudes deberán contener el motivo de las mismas, la fecha de inicio y la distribución prevista del periodo de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa o empresas, si se tratase de trabajador por cuenta ajena", pero no dispone que si no se efectúa tal determinación en la solicitud realizada por la madre, ello comporte que no se pueda, con posterioridad, comunicar a la Entidad Gestora que el padre va a comenzar el disfrute del descanso y periodo durante el que lo va a disfrutar.

Sexto: De seguirse tal interpretación se haría de peor condición al padre ("al otro progenitor" tras la Ley Orgánica 3/2007) que a la madre, pues mientras esta última dispone, para solicitar el subsidio, de los plazos previstos en los artículos 43 y 44 L.G.S.S. con los efectos de prescripción y caducidad en ellos regulados, el padre dispondría de un único momento "al iniciarse el periodo de descanso por maternidad", que el INSS identifica erróneamente con "la solicitud de la trabajadora del subsidio por maternidad".

Séptimo: Asimismo, de seguirse esta interpretación se establecería un peculiar plazo para la solicitud de la prestación de maternidad a favor del padre, no apareciendo plazo similar para ninguna de las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

Octavo: Se daría peor tratamiento al padre que solicitara el subsidio por maternidad, correspondiente a la parte de descanso por maternidad por el disfrutada, que al padre de hijo discapacitado, o menor adoptado o acogido, que disfruta del periodo adicional de dos semanas de descanso, pues no está previsto en qué momento han de manifestar su opción a favor de su disfrute por uno u otro de los progenitores (artículo 48.4 E.T párrafo noveno, en su redacción actual).

En definitiva, la solicitud del subsidio por maternidad a favor del padre, en el supuesto de que la madre decidiese que fuera el padre el que disfrutase de una parte del descanso por maternidad, se registrará, en cuanto a los plazos de solicitud, prescripción y caducidad por las normas generales de la L.G.S.S., artículos 43 y 44, si bien la trabajadora habrá de tener en cuenta que, como el subsidio por maternidad se le viene abonando a ella por la Entidad Gestora, en el momento en que se reincorpore al trabajo, por iniciar el padre el descanso por maternidad, deberá poner tal hecho en conocimiento de dicha Entidad, a fin de evitar pagos indebidos y facilitar el abono al padre de dicha prestación.

Señalar, por último, que las normas han de ser interpretadas a la luz de lo establecido en el artículo 4 de la LO 3/2007, que dispone que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas", norma que, si bien es cierto que es posterior a la fecha del hecho causante, se limita a reforzar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin que haya lugar a la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la



EL DERECHO

Año XVI. Número 2756

Madrid, 10 de noviembre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 4005/07, interpuesto por el deman-

dante D. Jacinto, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. diez de los de Valencia, en autos 945/06, seguidos a instancia del citado recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en reclamación de subsidio de maternidad. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional

correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Gullon Rodríguez.- María Luisa Sego-

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

RESEÑA

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



2009/128055

TS Sala 1ª, Sentencia 2 junio 2009.

Ponente: D. Francisco Marín Castán

Inexistencia del derecho de opción de compra

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la codemandada contra la sentencia dictada por la AP, que casa y deja sin efecto, revoca la de primera instancia y desestima la demanda. Este Tribunal, entre otros pronunciamientos, considera que la compañía hoy recurrente, como concedente en su día de una opción de compra a la compañía codemandada, no queda obligada a otorgar la escritura de compraventa tras el ejercicio de la opción no por esta última, sino por otra mercantil distinta, la demandante, tal y como se configuró la relación jurídica en el contrato de opción el ejercicio de ésta correspondía únicamente a la optante codemandada.

2009/128065

TS Sala 1ª, Sentencia 15 junio 2009.

Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Aplicación de cláusula penal en retraso en ejecución de obra imputable a constructora

El TS declara no haber a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la actora, contra la sentencia dictada por la AP y la confirma. La Sala, entre otros pronunciamientos, considera suficientemente motivada la sentencia impugnada cuando declara acreditado que el retraso en la ejecución de la obra es imputable a la constructora actora y,

en consecuencia, resulta de aplicación la cláusula penal incorporada al contrato, que, no obstante, es moderada en su cuantía, y acuerda la compensación de las cantidades que recíprocamente se deben las partes, sin variar la causa de pedir que late bajo las pretensiones de las litigantes.



2009/112090

TS Sala 2ª, Sentencia 8 mayo 2009.

Ponente: D. Luis Román Puerta Luis

Validez de la prueba en delito contra la salud pública

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito contra salud pública. El TS comprueba que la sala de instancia ha dispuesto de una actividad probatoria de cargo obtenida con las debidas garantías legales y constitucionales, y que la valoración de la misma respeta el canon de racionalidad constitucionalmente exigible, pues es acorde con las reglas del criterio humano, en cuanto es respetuosa con las exigencias de la lógica y con las enseñanzas de la experiencia común, y no puede ser calificada de arbitraria, por lo cual ha de ser respetada en este trámite casacional.

2009/101678

TS Sala 2ª, Sentencia 14 mayo 2009.

Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Delito contra la indemnidad sexual de un menor

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia parcialmente absolutoria dic-

tada en causa seguida por delito de abuso sexual. El TS dicta segunda sentencia por la que condena al acusado como autor de un delito contra la indemnidad sexual de un menor, por cuanto la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Y desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima.



2009/151062

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 10 junio 2009.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Nulidad del sistema de libre designación previsto para la provisión de puestos en la Ertzaintza

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra la STSJ que, estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por el sindicato ERNE contra la Orden de 30 mayo 2005 del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, que modificaba la relación de puestos de trabajo de la Ertzaintza, declaró la nulidad de la previsión contenida en la Orden recurrida de que determinadas plazas se provean por el sistema de libre designación. La Sala confirma la decisión adoptada en la instancia, conforme a la cual se llegó a la conclusión de que las razones ofrecidas eran inadecuadas para que tales puestos pudieran ser calificados como de especial responsabilidad, a los efectos de

ver en ellos esa singularidad que ha de concurrir para que resulte justificado el sistema de libre designación.

2009/171801

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 21 julio 2009.

Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Denegación de la medida cautelar de suspensión del acuerdo que denegó el aprovechamiento de aguas

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mecantil contra el Auto dictado por el TSJ de Aragón, por el que fue desestimado el recurso de súplica formulado contra el anterior Auto, por el que se acordó denegar la solicitud de la medida cautelar de suspensión solicitada. La Sala considera que la argumentación seguida en la instancia es sólida y argumentada, al mantener la prevalencia de los intereses generales -que se concentran en la protección medioambiental- frente a los intereses particulares, consideramos más atendible la protección de la zona y acuífero de referencia que la continuidad con el riesgo para el que se deniega la concesión.



2009/158160

TS Sala 4ª, Sentencia 16 junio 2009.

Ponente: D. Benigno Varela Autrán

Obligación de pago de prestaciones d IT por la Mutua aseguradora en el momento del accidente

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la mutua codemandada contra sentencia que la condenó al pago de prestaciones de IT derivadas de accidente laboral.

Recuerda la Sala que la entidad responsable de los riesgos profesionales es aquella que los tenía asegurados en la fecha en que acaeció el accidente de trabajo, pues en el sistema español de seguridad social la protección de los accidentes se establece con una técnica próxima a la de aseguramiento privado, organizándose la cobertura a partir de la distinción entre contingencias determinantes, situaciones protegidas y prestaciones.