



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2817

Madrid, martes 13 de abril de 2010



## TS SOCIAL

2009/321844

TS Sala 4ª, Sentencia 25 noviembre 2009. Ponente: D. Gonzalo Moliner Tamborero

### Denegación de plus de penosidad por ruido al no alcanzar el nivel fijado por las normas comunitarias

*Recurre en casación para la unificación de doctrina el trabajador contra sentencia que le denegó el plus de penosidad reclamado.*

*Desestima la Sala General del TS el recurso pues entiende que, por aplicación de la normativa comunitaria, existe penosidad por ruido cuando el que llega al oído del trabajador alcanza los 80 decibelios de media, de forma que si, como es el caso, se han facilitado elementos de protección y con ellos se ha rebajado ese nivel, no hay trabajo penoso ni es posible, en consecuencia, el abono del plus convencional reclamado. Reconocer lo contrario, añade el Alto Tribunal, llevaría a concluir que un trabajador que con cascos ve reducido su nivel de ruido a 55 decibelios, cual aquí ocurre, tendría derecho a que su trabajo se considerara penoso y no lo tendría por el contrario, el compañero que está sujeto a un ruido de hasta 79 decibelios, y por lo tanto situado fuera del nivel de protección de la normativa comunitaria.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En el presente procedimiento se trata de decidir si el plus de penosidad por ruido que reclama el demandante, tienen derecho a percibirlo los trabajadores de la empresa Bacolgra S.A. cuando el puesto de trabajo está sometido a un nivel acústico o superior a 80 decibelios sin tener en cuenta los sistemas protectores auditivos de que disponen, o si por el contrario sólo tendrán derecho a percibirlos cuando con dicha protección individual el nivel de ruido supere los 80 o los 87 decibelios, todo ello en atención a la normativa vigente en materia de protección de la salud de los trabajadores contra los riesgos derivados del ruido, y a la previsión contenida en el Convenio Colectivo para el Sector de Industrias Siderometalúrgicas para Granada y Provincia para los años 2004/2008 en cuyo art. 13 se

reconoce el derecho a percibir un complemento del 20% de su salario base a favor de "los trabajadores que presten servicios en puestos excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos".

2.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía en 17 de diciembre de 2008 (rec.- 1974/08), contemplaba la reclamación por parte de un trabajador de una concreta cantidad más el 10 por 100 de mora por entender que le correspondía percibirlos por el concepto de complemento de penosidad por ruido desde marzo de 2006 a febrero de 2007, y en ella se decidió que para que proceda el abono de dicho complemento es preciso que el trabajador sufra en su trabajo un nivel de ruido superior a 87 decibelios después de utilizar los elementos de protección facilitados por la empresa, por lo que, habiendo

quedado acreditado en los hechos probados de la sentencia que en el puesto de trabajo del demandante en ningún momento se han superado los 80 decibelios de exposición cuando se utilizan los elementos de protección adecuados, aunque los supera sin ellos, llegó a la conclusión de que en tal caso no tenía el actor derecho al plus reclamado, confirmando la actuación de la empresa que sólo lo abona cuando se superan con los elementos de protección adecuados los 87 decibelios.

3.- El demandante, disconforme con la sentencia referida, ha recurrido en casación para la unificación de doctrina y para acreditar la contradicción de sentencias que constituye requisito de admisión del recurso ha aportado como sentencia de referencia la dictada en 24 de septiembre de 2008 (rec.- 1419/07) por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha. En esta sentencia se contemplaba igualmente una reclamación de cantidad por el concepto salarial de penosidad acústica en un supuesto en el que el trabajador demandante, oficial segunda en un taller de la construcción se acreditó que estaba sometido a un ruido superior a 80 decibelios con protección y a un nivel sonoro inferior a dicho límite cuando utilizaba la protección; y en este caso la sentencia entendió que la exposición al nivel de los 80 decibelios, con o sin cascos protectores, daba lugar y derecho a percibir el complemento reclamado. En el caso también el Convenio Colectivo aplicable reconoce a favor de los trabajadores sometidos al mismo un incremento salarial del 20% como en los supuestos en los que se apreciara la excepcional penosidad en el trabajo.

4.- La contradicción entre las sentencias comparadas debe aceptarse como señala el Ministerio Fiscal en su informe, pues, aun cuando estamos en presencia de dos Convenios Colectivos distintos -el de la recurrida es el de Siderometalúrgica de Granada y el de la sentencia de contraste es el de la Construcción y Obras Públicas de Guadalajara-, lo cierto es que en ambos se preveía el mismo derecho a percibir un plus por la realización de trabajos excepcionalmente penosos, tóxicos y peligrosos, en ambos se reclamaba esa penosidad por ruido, en ambos casos

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Derecho a la propia imagen vulnerado por publicación de fotografía en prensa sin autorización 6

Nulidad de contrato de abanderamiento al contravenir el Derecho Comunitario sobre defensa de la competencia 7

#### PENAL

Inaplicación de agravante de abuso de confianza en delito de apropiación indebida 12

Delitos de falsedad en documento mercantil y estafa 13

#### ADMINISTRATIVO

Validez de las notificaciones efectuadas por la inspección tributaria a sociedad que no inscribió la escritura de modificación de domicilio 14

#### SOCIAL

Denegación de plus de penosidad por ruido al no alcanzar el nivel fijado por las normas comunitarias 1

Denegación a personal estatutario del derecho a jubilación parcial por falta de desarrollo reglamentario 4

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

el nivel de ruido al que se hallaban sometidos los trabajadores era superior al 80 por 100 con protección pero inferior a dicho nivel con la protección adecuada de la que disponían, y, sin embargo, la sentencia recurrida llegó a la conclusión de que el indicado complemento sólo se devengaba cuando se superaba aquel nivel computando la protección exigiendo incluso que superara los 87 decibelios, mientras que la segunda entendió que el derecho había que reconocerlo cuando el nivel de ruido superaba aquella cifra con independencia de que hubiera o no protección. De donde se desprende con claridad la concurrencia del requisito de la contradicción exigida por el art. 217 LPL contra lo argumentado en sentido contrario por la empresa recurrida.

**SEGUNDO.-** El recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la antedicha sentencia de la Sala de Granada lo articula el recurrente sobre dos motivos de casación, ambos al amparo del art. 222 de la LPL en relación con lo dispuesto en el art. 205, c) de la indicada Ley Procesal, denunciando en el primero de ellos la infracción por parte de la sentencia recurrida de las normas del ordenamiento jurídico aplicable a la cuestión objeto de debate, y en concreto de los arts. 4 a 11 del Real Decreto 286/2006, especialmente de lo dispuesto en el art. 5.2 en cuanto sostiene que a tenor de lo dispuesto en dichos preceptos debe entenderse que el límite de los 80 decibelios de exposición al ruido, con o sin cascos de protección, debía tomarse como base suficiente para reconocer que los trabajadores de la empresa demandada y en concreto el demandante están sometidos a una penosidad que debería dar lugar a reconocerle el complemento de penosidad previsto en el Convenio Colectivo de aplicación, de conformidad con la reclamación objeto de este procedimiento.

En ese mismo sentido denuncia como segundo motivo de casación que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial pacíficamente aceptada hasta ahora según la cual un puesto de trabajo debe tener la consideración de excepcionalmente penoso cuando el nivel de ruido existente en dicho puesto supere los 80 decibelios, con independencia de que el ruido que llegue al trabajador con sistemas de protección individuales se amortigüe, citando en su apoyo sentencias de esta Sala de 6 de octubre de 1990, 6 de noviembre de 1995 y 12 de febrero de 1996, y un

número considerable de sentencias dictadas por distintas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia que habían llegado a la misma conclusión.

**TERCERO.-** 1.- De acuerdo con el primero de dichos motivos de casación se trata de decidir, como antes se indicó, si el complemento de excepcional penosidad previsto en el Convenio Colectivo para el Sector de Industrias Siderometalúrgicas para Granada y Provincia para los años 2004/2008, en la remisión que hace a lo dispuesto sobre el particular en la antigua Ordenanza Laboral Siderometalúrgica debe serle reconocido al actor por el hecho de que su puesto de trabajo está sometido a un ruido superior a 80 decibelios, aun cuando con protección acústica no alcanza dicho valor de exposición; y en su caso si es correcta la actuación de la empresa que sólo lo abona cuando aquel nivel de exposición supera los 87 decibelios con protección individual.

Procede advertir antes de entrar en el estudio jurídico de esta cuestión que en el presente procedimiento sólo se discute si existe penosidad por ruido en relación con los efectos que dicho ruido pueda producir sobre la capacidad auditiva de los trabajadores, sin que se haya discutido en momento alguno la penosidad que el ruido pueda producir por vibraciones o por otras causas en el estado físico o síquico del trabajador (dolores de cabeza, mareos, estrés, nerviosismo, falta de concentración, insomnios, ansiedad, u otros).

Y se parte igualmente de la base de que el salario que se abona a dichos trabajadores no incluye en sus previsiones ninguna cantidad que compense la mayor penosidad a la que pudieran estar sometidos los mismos, razón por la cual la petición de abono de dicho complemento es posible, en principio; en este sentido la empresa alegó en algún momento que los trabajadores perciben un incentivo mensual superior a la cantidad que reclaman, pero en ningún momento se ha probado que dicho incentivo tenga nada que ver con lo que aquí se pide, por lo que la compensación de un concepto por otro distinto carecería de justificación dado que no ha quedado probado ni intentado probar que ese incentivo lo fuera por penosidad derivada de ruido, que es lo que aquí se reclama.

2.- Para dar solución al problema planteado es necesario partir de la base de que el art. 13 del Convenio

indicado, con apoyo en el art. 77 de la antigua Ordenanza Siderometalúrgica, reconoce el derecho a percibir un complemento del 20% del salario base a "los trabajadores que presten servicios en puestos excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos", siendo sobre esta previsión sobre la que el demandante reclama el reconocimiento de la cantidad objeto de demanda. Por otra parte, constituye también punto de partida obligado para llegar a cualquier conclusión acerca de dicha pretensión, tomar en consideración los niveles de ruido a los que está sometido el actor en su puesto de trabajo, que vienen especificados en el hecho probado núm. 8 de la sentencia recurrida y no han sido discutidos, según los cuales, tomando en consideración que el actor trabaja en un puesto de trabajo del tren de repasado, soldadora y plegadora, en todos ellos el nivel de ruido supera el nivel diario de 80 decibelios medido sin protector auricular - 94,3 en la plegadora, 89,9 en puesto de soldadura y 104,6 en el tren de repasado -, y queda reducido al 54,8, 54,6 y 66,3 en los mismos puestos de trabajo medido con los correspondientes protectores; y en el presente caso de 87-8 y 51-4 respectivamente.

Se da igualmente por supuesto, puesto que nadie lo ha discutido, que los trabajadores afectados por el ruido disponen de los adecuados elementos protectores como por otra parte se desprende de toda la prueba aportada por una y otra parte.

3.- Con estos antecedentes se trata de decidir cuándo se puede afirmar que existe excepcional penosidad por ruido, y para ello tanto las partes como los órganos jurisdiccionales de instancia y de suplicación han acudido a interpretar lo que sobre la protección por ruido se dispone en la normativa comunitaria, en concreto en la Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de febrero de 2003 "sobre las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido)", y en la norma de transposición a nuestro país de aquella norma comunitaria concretada en el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, una y otra dictadas en sustitución de normas anteriores, y que son por lo tanto las normas aplicables. Tanto la normativa comunitaria como la de transposición tienen como único objeto la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores dirigida a la prevención de riesgos laborales y por ello, aun cuando en su terminología

se refiere a puestos de trabajo sometidos a mayor o menor intensidad de ruido, en realidad lo que con ellas se pretende, su finalidad, claramente expresada en el punto 12 de la exposición de motivos de la Directiva no va dirigida tanto a determinar el ruido al que está sometido un puesto de trabajo, aunque utilice esta terminología, sino a "evaluar correctamente la exposición de los trabajadores al ruido" con la finalidad de conseguir que "el ruido que llegue al oído debe mantenerse por debajo de los valores límite de exposición" puesto que el objeto de dicha Directiva, expresado en su art. 1 es proteger a los trabajadores contra los riesgos para su salud que les pueda originar la exposición al ruido para evitar la posible sordera que del mismo pueda derivar.

4.- Es, por lo tanto, en función de tal finalidad como debe interpretarse tanto la Directiva como el Real Decreto de transposición, y en este sentido ambas normas contemplan tres situaciones concretas en el art. 5 del Real Decreto; a saber:

a) Unos valores límite de exposición diaria que no deben superar los 87 decibelios de exposición diaria ni los 140 decibelios de pico.

b) Valores de exposición que dan lugar a una acción, que no deben superar los 85 decibelios de exposición diaria ni los 137 de pico.

c) Valores de exposición que dan lugar a una acción cuando superan los 80 decibelios en exposición diaria y 135 de pico. Y exceptúa de medición y protección un cuarto supuesto que sería aquél en el que la exposición diaria es inferior a 80 decibelios en exposición diaria o los 135 de pico, por cuanto estima que hasta esos límites no existe riesgo para la salud auditiva del trabajador. Estos distintos niveles de riesgo el propio art. 5.2 dispone cómo se han de medir y a tal efecto establece que para medir los "valores límites de exposición" -supuesto a)- se tendrá en cuenta la atenuación que procuran los protectores auditivos, mientras que para la evaluación de los dos valores de exposición que dan lugar a una acción -los b) y c)- no se tendrán en cuenta los efectos producidos por dichos protectores. Con estos prolegómenos el art. 7 del indicado Real Decreto, en relación con el art. 4.2 del mismo, dispone lo siguiente:

a) Cuando el nivel de ruido supere los valores inferiores de exposición que dan lugar a una acción -o sea los

80 y 135 del apartado c) del art. 5- el empresario deberá poner a disposición de los trabajadores protectores individuales, “con la finalidad de que supriman o reduzcan al mínimo el riesgo” -art. 7.1. c)- y “deberá hacer cuanto esté en su mano para que se utilicen protectores auditivos, fomentando su uso...”, que en este caso no es obligatorio (no es obligatorio el uso, pero sí la puesta a disposición de los aparatos).

b) Cuando el nivel de ruido supere los valores superiores de exposición que dan lugar a la acción -o sea los 85 y 137 del apartado b) del art. 5- el empresario no solo deberá proporcionar los elementos de audición sino que deberá establecer y ejecutar un programa de medidas técnicas y/o de organización de acuerdo con lo que al efecto se dispone en el art. 4.1 y 2 del propio Real Decreto.

c) En ningún caso la exposición del trabajador, determinada con arreglo al art. 5.2, deberá superar los valores límites de exposición -art. 8- pues en tal caso habrán de tomarse inmediatamente medidas para corregirlos y reducirlos.

5.- Es difícil, con arreglo a dicha normativa expresa y sólo sobre lo dispuesto en la misma, definir cuándo un trabajador está realizando un trabajo penoso por razón del “nivel de ruido auditivo” que es el que aquí se discute, pero aplicando una interpretación lógica encontramos un primer supuesto de exclusión que es el de los trabajadores que están desempeñando su trabajo con un nivel de ruido inferior a 80 decibelios de exposición diaria o 135 de pico, puesto que respecto de ellos no existe previsión alguna de protección. Los que desempeñan puestos de trabajo con un nivel superior de exposición, cualquiera que sea esta cifra, por el contrario están sometidos a un nivel de penosidad por ruido auditivo, medido éste sin elementos protectores.

Ahora bien, la norma, de acuerdo con su finalidad preventiva exige medir los niveles de ruido del puesto de trabajo sin protector con la finalidad de conocer cuáles son las necesidades de protección, y sólo exige calcular el nivel de ruido cuando éste supera los 87 decibelios porque a partir de aquí el riesgo es tan elevado que lo que procede es la paralización del trabajo.

Lo que la norma pretende en definitiva es que se determine cuál es el nivel de ruido del puesto de trabajo para reducirlo con cascos protectores, estimando penoso el que supera los 80 decibelios y por eso le exige protección. O sea, que la penosidad por ruido se considera existente cuando “el ruido que llega al oído” está por encima de aquel nivel de exposición pero, lógicamente no, cuando el ruido que llega al oído es inferior a 80 decibelios, pues en tal caso la penosidad por ruido -insistimos en ello- será la misma que la sufrida por

los que no llevan protección porque no lo necesitan, pues reconocer lo contrario llevaría a concluir que un trabajador que con cascos ve reducido su nivel de ruido a 55 decibelios, cual aquí ocurre, tendría derecho a que su trabajo se considerara penoso y no la tendría por el contrario, el compañero que está sujeto a un ruido de hasta 79 decibelios, y por lo tanto situado fuera del nivel de protección de la Directiva.

Es en este sentido como, por otra parte, debe interpretarse la previsión contenida en el art. 3.2 antes indicada según la cual de lo que se trata es de proteger la “exposición real del trabajador al ruido” para lo cual dispone que para aplicar los valores límite de exposición “se tendrá en cuenta la atenuación que produzcan los protectores individuales utilizados por los trabajadores” y no se tendrán en cuenta para determinar “los valores de exposición que dan lugar a una acción”. Si para determinar los valores límite de exposición se tienen en cuenta los cascos protectores, y no se tienen en cuenta determinar los valores que dan lugar a una acción no puede ser para otra cosa que para que se lleve a cabo la protección obligada y con la misma finalidad de reducir o eliminar la “exposición del trabajador al ruido”.

Por lo tanto, desde la normativa de prevención, lo que se quiere evitar es que un trabajador esté sometido a un nivel de ruido que no supere los 80 decibelios, con o sin protectores auditivos para lo cual obliga a las empresas a facilitar a sus trabajadores dichos protectores y otras medidas de superior calado según los casos, siempre con la finalidad de evitar aquella penosidad. Lógicamente, cuando con las medidas de protección previstas, se consigue reducir aquel ruido a niveles inferiores, habrá que concluir que se ha reducido la penosidad, y si con aquéllas consigue reducir el ruido por debajo de aquel límite legal, habrá que llegar a la conclusión de que se ha eliminado la penosidad por ruido, por lo mismo que no la soportan los trabajadores que están sufriendo un ruido de menos de 80 decibelios.

6.- De todo ello la conclusión a la que procede llegar no es otra que la de entender que la penosidad por ruido sólo puede afirmarse existente cuando “el ruido que llega al oído” del trabajador alcanza los 80 decibelios de media, y, por lo tanto, que cuando se le han facilitado elementos de protección y con ellos se rebaja ese nivel de ruido no puede hablarse de penosidad por ruido. Debiendo reiterar que aquí solo se ha discutido la penosidad causada por el ruido en relación con el riesgo físico de hipoacusia o sordera, sin que por lo tanto se elimine la posibilidad de que exista penosidad superior si se acredita que el ruido produce, además, otro tipo de dificultades físicas o síquicas de las que en este procedimiento ni en la normativa en el que

la parte actora se apoyó se han contemplado en ningún momento, cual ya se señaló más arriba.

CUARTO.- Quedaría por determinar, una vez decidido que soportando 80 decibelios el trabajo puede considerarse penoso, cuándo debería estimarse “excepcionalmente penoso” como exige el Convenio para dar lugar a la percepción del complemento. En relación con ello la sentencia recurrida se inclina por estimar que el trabajo será “excepcionalmente penoso” con derecho a percibir el complemento cuando el nivel de ruido a que esté sometido el trabajador supere los 87 decibelios, como sostuvo la empresa en la instancia, pero, con independencia de que esta cuestión no ha sido debatida en este recurso, desde el momento y hora en que por encima de los 80 decibelios el trabajador puede llegar a alcanzar una sordera calificable de enfermedad profesional de conformidad con lo previsto expresamente en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre por el que se aprobó el nuevo cuadro de enfermedades profesionales, en cuanto considera como tal la hipoacusia o sordera provocada por el ruido para “trabajos que exponen a ruidos continuos cuyo nivel sonoro sea igual o superior a 80 decibelios”, sobre tal apreciación no puede sino llegarse a la conclusión que por encima de dicho nivel de ruido la penosidad debe considerarse “excepcional” a todos los efectos, y también a los de dar derecho a percibir el complemento aquí reclamado, pues es excepcional todo aquello que excede de lo normal y, como hemos visto, la normativa de prevención así como las normas de protección social existentes consideran anormal, porque puede producir sordera, una exposición al ruido que alcance o supere los 80 decibelios de exposición diaria.

Por lo tanto, sin aceptar la tesis del demandante, debe quedar muy claro que tampoco se admite la tesis de la sentencia recurrida respecto del nivel a partir del cual procede reconocer el plus de penosidad, pues, aceptando que el nivel de ruido ha de medirse con elementos protectores, nuestra conclusión es que es a partir de los 80 decibelios desde donde nace la penosidad por ruido y el derecho a percibir el complemento.

QUINTO.- 1.- La recurrente alega la infracción por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial mantenida por esta Sala en reiteradas sentencias de los años noventa, muy en concreto la contenida en las SSTS 6-10-1995 (rec.- 589/95), 6-11-1995 (rec.-547/95), 19-1-1996 (rec.- 597/95) o 12-2-1996 (rec.- 488/95), y tiene razón el recurrente porque en estas sentencias se mantuvo que los 80 decibelios de límite para poder hablar de penosidad habrían de medirse sin cascos; pero no se puede olvidar que aquellas resoluciones se dictaron en un momento en el que

las medidas de prevención carecían del perfil y precisión que tienen ahora, fundamentalmente después de la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo dictada en desarrollo del Tercer Programa de Acción Comunitaria aprobado por Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1987, y en concreto contemplando supuestos de hecho anteriores a la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; y en lo que al presente caso respecta sobre la base de la Directiva 86/188/CEE del Consejo de 12 de mayo de 1986, que expresamente reconocía en su exposición de motivos o prólogo -en concreto en el último de ellos- que “los conocimientos científicos actuales relativos a los efectos de exposición al ruido...no permiten fijar niveles precisos de seguridad”, y anunciando que “la presente Directiva contiene disposiciones que deberán ser revisadas sobre la base de la experiencia adquirida y de la evolución de los conocimientos científicos y técnicos en este ámbito”; y es precisamente por el avance técnico por lo que fundamentalmente se dictó la nueva Directiva 2003/10/CE del Parlamento y del Consejo de 6 de febrero de 2003 como se desprende claramente del considerando 3 de su exposición de motivos.

De acuerdo con ello, en la Directiva de 1986 se partía de una evaluación relacionada con “la exposición del trabajador al ruido...” en el lugar de trabajo” -arts. 2, 3, 4, 5 y siguientes- y se preveían medidas para evitarlo de carácter genérico, mientras que en la normativa actual la medición del ruido en el lugar de trabajo va dirigida no tanto a eliminarlo con carácter general sino a eliminar el ruido que el trabajador percibe, de aquí que se establezcan con mayor precisión en el art. 3 de la Directiva de 2006 tres tipos de valores de exposición-más precisos que los contenidos en la Directiva anterior, y que específicamente se disponga en su art. 3.2 que en la “determinación de la exposición real del trabajador al ruido se tendrá en cuenta la atenuación que procuran los protectores auditivos individuales utilizados por los trabajadores”, cuya referencia no existía en la normativa anterior. En definitiva, se llega a la conclusión de que ha sido modificada y perfeccionada toda la previsión normativa sobre la prevención de los riesgos derivados del ruido, personalizando e individualizando el sentido de la protección frente a las agresiones derivadas del mismo en relación con la capacidad auditiva de los trabajadores, y ello obliga a modificar también las resoluciones judiciales sobre el particular. Con lo que aquella jurisprudencia denunciada no puede mantenerse.

2.- No obstante ello, no cabe duda que del simple hecho de haberse modificado la normativa existente no podría deducirse un cambio de doctrina si no fuera que se hubiera llega-

do a la conclusión, como así ha ocurrido, de que aquella doctrina era necesario modificarla.

Y a esta conclusión se llega fundamentalmente porque, mientras la jurisprudencia representada por las sentencias anteriores se centraba en la valoración del ruido en atención al "puesto de trabajo" sin trabajador, en la actual se está considerando que el ruido que se evalúa lo es en contemplación al "trabajador que desempeña ese puesto de trabajo" pues el puesto de trabajo objetivamente contemplado no es en sí mismo penoso ni tampoco lo sería si fuera servido por un robot o incluso por una persona completamente sorda; pero, además de esa diferencia interpretativa, se da la circunstancia de que aquellas primeras sentencias partían de una consideración de penosidad derivada de una aparente doctrina consolidada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que consideraba la existencia de penosidad en atención al nivel de ruido del "puesto de trabajo" sin contemplación alguna de la protección personal que pudiera reducir aquel nivel con cita concreta de la sentencia de dicha Sala de 28 de diciembre de 1990, pero la realidad era que la doctrina de esta Sala tampoco era expresiva de un criterio definitivo si se tiene en cuenta que en sentencia de 5 de abril de 1988 de la misma Sala sólo entendió apreciable el nivel de excepcional penosidad cuando se superaban los 80 decibelios con la protección debida. Se trata de una cuestión reiteradamente discutida y discutible respecto de la cual ha incidido tanto la normativa de prevención como la relacionada con la posible enfermedad profesional derivada de ruido y respecto de la cual hay que llegar a la conclusión de que tanto las normas de prevención como las normas reguladoras de la retribución, todas ellas relacionadas con la penosidad por ruido exigen ser interpretadas en función del trabajador que desempeña su trabajo en un determinado puesto, antes que en la mera atención objetiva al puesto de trabajo en cuestión, como ya antes se indicó.

SEXTO.- La conclusión definitiva que deriva de la argumentación contenida en los anteriores fundamentos jurídicos conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto desestima las pretensiones del demandante por no haberse acreditado que éste haya sufrido un nivel de ruido igual o superior a 80 decibelios de exposición diaria en su puesto de trabajo durante el período reclamado, aunque teniendo en cuenta la distinta argumentación sobre la que se sostiene esta confirmación concretada en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución; sin que proceda la imposición de las costas al recurrente por hallarse exento del pago de las mismas por gozar del beneficio de justicia gratuita, en aplicación de lo dispuesto en el art. 233 LPL.

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Teodulfo, contra sentencia de 17 de diciembre de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, Granada, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de Bacolgra, S.A. contra la sentencia de 18 de abril de 2008 dictada por el Juzgado de lo Social Número Cuatro de los de Granada en autos seguidos por D. Teodulfo contra Bacolgra, S.A., sobre cantidad. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas. Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamboero.- Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Gullon Rodríguez.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agustí Julia.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- José Manuel López García de la Serrana.- Rosa María Viroles Piñol.- María Lourdes Arastey Sahun.- Luis Ramón Martínez Garrido.- Joaquín Samper Juan.

2009/321857

TS Sala 4ª, Sentencia 9 diciembre 2009. Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

### Denegación a personal estatutario del derecho a jubilación parcial por falta de desarrollo reglamentario

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante -personal estatutario- frente a sentencia que rechazó su solicitud de pensión de jubilación parcial por entender que la norma en la que el actor pretendía amparar su reclamación -art. 26,4 Ley 55/2003 - no había sido objeto del adecuado desarrollo al tiempo de presentar la demanda. La Sala confirma la resolución impugnada pues, la expresa remisión que el art. 166,2 LGSS hace al art. 12,6 ET permite reconocer que la voluntad del legislador, cuando previno la posibilidad*

*de jubilación parcial, únicamente se refería a quienes prestaban servicios en el ámbito de aplicación del ET, del que se encuentran excluidos los funcionarios públicos y todos aquellos que presten servicios para el Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas; por tanto, el personal estatutario, al menos por ahora, no puede acceder a ese tipo de jubilación parcial, ni a la anticipada, mientras esta posibilidad no sea desarrollada reglamentariamente.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante, que venía prestando servicios por cuenta del SERVICIO ANDALUZ DE SALUD en calidad de personal estatutario, solicitó la pensión de jubilación parcial que le fue denegada tanto en la vía administrativa como en las sucesivas instancias judiciales.

La sentencia recaída en suplicación rechaza la pretensión por entender que la norma en la que el actor pretende amparar su reclamación, el artículo 26.4º de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, no ha sido objeto del adecuado desarrollo al tiempo de presentar la demanda.

Recorre el actor en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 10 de marzo de 2006 por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife.

La sentencia de comparación resuelve también acerca de la reclamación de jubilación parcial promovida por quien había prestado servicios por cuenta del SERVICIO CANARIO DE SALUD, también en su condición de personal estatutario.

La sentencia confirma la resolución del Juzgado de lo Social que había estimado la demanda, afirmando la plena aplicabilidad del artículo 26.4º de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre y niega que la misma penda de ulterior desarrollo.

Concurre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- El recurrente omite la cita y desarrollo de la denuncia y fundamentación de infracción legal, al menos de manera diferenciada del análisis de la contradicción.

El recurso de casación para la unificación de doctrina es de carácter extraordinario y debe por eso estar fundado en un motivo de infracción de ley, de acuerdo con el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con los apartados a), b), c) y e) del artículo 205 del mismo texto legal. La exigencia de alegar de forma expresa y clara la

concreta infracción legal que se denuncia «no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia» (sentencias, entre otras, de 6 de febrero de 2008, R. 2206/2006 y 5 de marzo de 2008, R. 1256/2007 y 4298/2006, 14 de mayo de 2008, R. 734/2007 y 1671/2007; 17 de junio de 2008, R. 67/2007; 25 de septiembre de 2008, R. 1790/2007; 2 y 7 de octubre de 2008, R. 1964/2007 y 538/2007; y 3 de noviembre de 2008, R. 2791/2007).

Así se deduce, no sólo del citado art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino también de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de aplicación supletoria en ese orden social, cuyo artículo 477.1 prescribe que "el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", mientras que el artículo 481.1 LEC impone que en el escrito de interposición deberán exponerse, con la necesaria extensión, los fundamentos del recurso. El incumplimiento de esta regla constituye causa de inadmisión, según el artículo 483.2.2º LEC (entre otras, sentencias de 8 de marzo de 2005, R. 606/2004; 28 de junio de 2005, R. 3116/2004; 16 de enero de 2006, R. 670/2005 y 8 de junio de 2006, R. 5287/2004; 7 de junio de 2007, R. 767/2006; 21 de diciembre de 2007, R. 4193/2006; 16 y 18 de julio de 2008, R. 2202/2007 y 1192/2007; 19 y 25 de septiembre de 2008, R. 384/2007 y 1790/2007; 22 de octubre de 2008, R. 4312/2006; 16 de enero de 2009, R. 88/2008; y 17 de febrero de 2009, R. 2401/2007).

En todo caso, aún suponiendo debidamente cumplido el requisito al que se ha hecho referencia, la cuestión ha sido resuelta en doctrina unificada a través de la sentencia del Pleno de la Sala de 22 de julio de 2009, R. C.U.D. 3044/2008 en la que se razona lo siguiente: "El régimen jurídico de una y otra modalidad de jubilación parcial (la autónoma y la anticipada) será, como literalmente dispone el número 4 del art. 166 LGSS desde que fuera añadido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, "el que reglamentariamente se establezca".

Conviene destacar desde ahora que ambos modelos de jubilación parcial están referidos expresamente a "los trabajadores", tanto en la dicción legal (art. 166 LGSS) como en la reglamentaria (arts. 1.1 y 10 RD 1131/2002, mencionando éste último, con mayor precisión aún, a los "trabajadores por cuenta ajena"), y tal condición, en principio y desde luego en su estricto sentido técnico

jurídico, sólo cabe atribuirla a quienes prestan voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. Y aunque esas notas (prestación de servicios, retribución, ajeneidad y sometimiento al ámbito de organización y dirección) que definen y caracterizan el contrato de trabajo, están igualmente presentes en la relación estatutaria, la expresa remisión que el art. 166.2 de la LGSS hace al art. 12.6 del ET permite reconocer que la voluntad del legislador, cuando previno esta posibilidad de jubilación parcial (y desde luego a la anticipada), únicamente se refería a quienes prestaban servicios en el ámbito de aplicación del ET, del que, como se sabe (art. 1.3.a ET), se encuentran excluidos, también de forma expresa, los funcionarios públicos y todos aquellos que presenten servicios para el Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, siempre que, al amparo de una ley, su relación se regule por normas administrativas o estatutarias.

Por supuesto, nada hubiera impedido que, en una mejor y más depurada técnica legislativa, el art. 166 de la LGSS hubiera excluido de manera aún más clara la posibilidad automática, o no condicionada a la aprobación de un posterior reglamento, de la jubilación parcial anticipada del personal estatutario. Sobre todo si se tiene en cuenta que el sistema de previsión social (Régimen General de la Seguridad Social: art. 17.1. i del Estatuto Marco) de dicho personal, a diferencia de lo que sucede con la relación funcionarial común, es el mismo que el de los trabajadores por cuenta ajena y que, en teoría y en una primera aproximación a esta cuestión, quizá cupiera la posibilidad de que la vacante (parcial) que el estatutario dejara como consecuencia de su jubilación anticipada y parcial, desde luego siempre que se respete el mandato constitucional de provisión reglada mediante los criterios de mérito y capacidad (STC 99/1987), pudiera ser cubierta por la entidad pública responsable de la asistencia sanitaria, incluso en condiciones análogas a las previstas por el art. 12.6 del ET, mediante alguna de las técnicas extraordinarias de contratación temporal permitidas por la normativa estatutaria (art. 9 del Estatuto Marco) y que, como es notorio, vienen siendo tan profusamente utilizadas por todas las administraciones en los últimos tiempos. Ese sería, en todo caso, y si es que ello pudiera resultar compatible con el mecanismo novatorio implícito en un contrato de relevo, uno de los contenidos del futuro reglamento.

Probablemente tampoco resultarían insalvables las enormes dificultades que se intuyen en la plasmación, dentro de la secuencia jurídica triangular (administración sanitaria/jubilado parcial/relevista) o cuadrangular (entidad gestora/administración sanitaria/jubilado parcial/relevista), de

los derechos y obligaciones del personal estatutario que aspire a alcanzar, anticipadamente o no, la jubilación parcial y a mantener la correlativa prestación de servicios en la pertinente proporción. Esta también sería, en su caso y entre otras cuestiones a resolver, la misión de la pertinente regulación reglamentaria que perfeccione en su día el derecho cuestionado.

Pero lo verdaderamente cierto y relevante a los efectos que aquí importan es que, como se dijo, tanto la referencia del art. 166.2 LGSS al término “trabajadores” como la mención directa que el propio precepto hace del art. 12.6 del ET, y, sobre todo, la expresa remisión al futuro reglamento que se contiene, merced a la adición introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, en el número 4 del mismo art. 166 de la LGSS (“El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca”), permiten entender, con la sentencia impugnada, que el personal estatutario, al menos por ahora, no puede acceder a ese tipo de jubilación parcial, ni a la anticipada ni a la que hemos dado en denominar autónoma. El reglamento en sí parece configurarse pues como el presupuesto que el legislador ordinario ha querido establecer para que quepan este tipo de flexibilidades en la jubilación del personal estatutario.

2. Incluso fuera del ámbito de la relación estatutaria tampoco la jubilación parcial, anticipada o no, se encuentra universalmente perfeccionada. La disposición adicional 8ª.4 de la LGSS extiende la aplicación de la jubilación parcial (“en todo caso”) a los trabajadores por cuenta ajena de todos los Regímenes Especiales pero respecto a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes del Mar, Agrario y Autónomos no lo hace de manera incondicional sino que simplemente lo anuncia “en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”. El art. 1 (“ámbito de aplicación”) del RD 1131/2002 no menciona expresamente a los incluidos en el Régimen de Autónomos, citando en cambio a los “incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar”, sin que se haya aprobado hasta el momento una regulación reglamentaria específica de la jubilación parcial de los asegurados incluidos en el Régimen de Autónomos.

3. El art. 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, prevé que “el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social” podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, añadiendo igualmente que

“los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos”.

El precepto pues, además de permitir o abrir la vía a esa posibilidad de jubilación voluntaria, total o parcial, cuando traiga su causa en algún proyecto elaborado al respecto por la correspondiente Comunidad Autónoma, contiene una clara y expresa remisión a la normativa de Seguridad Social que sólo puede entenderse en la forma arriba expuesta y que, por tanto, no permite la jubilación parcial anticipada al personal estatutario mientras esa posibilidad no sea desarrollada reglamentariamente, tal como lo fue para el personal laboral a partir del ya derogado RD 1991/1984, de 31 de octubre, pasando luego por el RD 144/1999, de 29 de enero, y hasta llegar al vigente RD 1131/2002, de 31 de octubre, que, en el párrafo octavo de su preámbulo, justifica la necesidad de dictar normas de desarrollo y aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores.

4. De la misma forma, cuando la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su Disposición Adicional Sexta, se ocupa de la jubilación de los funcionarios, prevé que “el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos”.

Tal previsión es sin duda la plasmación normativa a la que alude la exposición de motivos de la propia Ley 7/2007 cuando sostiene que “en desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y

de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público. Por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, habrá de aplicarse la legislación laboral común”.

5. Y aunque por razones cronológicas no resulte de aplicación al caso, como tampoco lo era en el supuesto contemplado por la sentencia de contraste, la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, como criterio interpretativo que confirma o corrobora la firme y permanente voluntad del legislador sobre la necesidad de que exista un desarrollo normativo para que, tanto los funcionarios como el personal estatutario, puedan acceder a la jubilación parcial, conviene traer a colación, en fin, su Disposición Adicional Séptima, conforme a la cual, bajo la rúbrica de “Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos”, expresamente se establece que (párrafo primero) “en el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes”.

“En dicho estudio (añade el segundo párrafo) se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior”.

6. En resumen pues, la modalidad de jubilación aquí cuestionada solo está claramente prevista y perfeccionada en el ordenamiento de la Seguridad Social (art. 166.2 LGSS), desarrollada reglamentariamente en la actualidad en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, para los trabajadores por cuenta ajena (art. 12.7 ET), pero necesita un desarrollo propio y específico (también reglamentario: 166.4 LGSS), entre otros que ya hemos apuntado en el núm. 2 del presente fundamento de derecho, respecto a quienes, como el personal estatutario de los Servicios de Salud, tienen un régimen jurídico muy distinto en relación con la prestación de servicios. El Estatuto Marco, aunque contempla esa posibilidad, la condiciona a que, quienes tengan competencia para hacerlo -las CCAA-, así lo de-

terminen en su ordenamiento específico "como consecuencia de un plan de recursos humanos" (art. 26. 4 Ley 55/2003). De forma similar, el Estatuto del Empleado Público (Disposición Adicional Sexta de la Ley 7/2007), con relación a los funcionarios, admite también la misma posibilidad pero igualmente sometida o condicionada a que el Gobierno presente "en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos".

Y, en fin, la necesidad de ese posterior desarrollo normativo aparece confirmada y ratificada con más claridad aún en la más reciente Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social, no aplicable por razones cronológicas al caso de autos, cuya disposición adicional séptima conmina al Gobierno para que, en el plazo de un año (desde luego ya transcurrido con creces porque la Ley, según su Disposición Final Sexta, entró en vigor el 1 de enero de 2008), presente al Parlamento un estudio sobre la materia, es decir, sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, en el que se contemple la realidad específica del personal estatutario. "

**TERCERO.-** La anterior doctrina es de plena aplicación al caso controvertido por lo que de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre las costas, dada la condición de la pretensión, de ser beneficiario de prestación de la Seguridad Social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley General de la Seguridad Social.

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. PEDRO TOMÁS COLMENERO RODRÍGUEZ actuando en nombre y representación de D. Jesús Carlos contra la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en recurso de suplicación núm. 1504/2008, formulado contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de Jaén, en autos núm. 95/2008, seguidos a instancia de D. Jesús Carlos contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD

SOCIAL, Y SERVICIO ANDALUZ DE SALUD sobre JUBILACIÓN. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LE-

GISLATIVA, 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. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2010/7834

TS Sala 1ª, Sentencia 23 febrero 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Intrusión ilegítima

## Derecho a la propia imagen vulnerado por publicación de fotografía en prensa sin autorización

*El TS declara no haber lugar a recurso de casación, interpuesto por los demandados, por la publicación de una fotografía del demandante en la prensa, al considerar éste, vulnerado su derecho fundamental a la propia imagen. Estima la parte actora, que existe una intrusión ilegítima en su derecho a la propia imagen, al no haber autorizado su publicación y resultando que por su profesión -guardia civil-, su imagen necesita del anonimato. Añade además que la publicación resulta innecesaria para la información difundida. El Tribunal da la razón al demandante considerando, que la publicación de su imagen, no viene justificada en relación a la noticia principal sino a colación de una noticia accesorio totalmente desvinculada de la primera.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se promovió acción de protección del derecho fundamental a la propia imagen contra D. Pedro, D. Fernando y la Editorial Unidad S.A., editora del periódico "M.", en orden al artículo publicado el día .../.../..., titulado "E." "A las órdenes de G.", en el que aparece una fotografía del actor junto a su nombre y apellidos -Francisco-, haciendo eco de una denuncia presentada contra el mismo por la Asociación Unificada de la Guardia Civil, en relación a unos hechos acaecidos en unas prácticas de tiro, destacando que estuvo destinado en la década de los noventa en el acuartelamiento guipuzcoano de Intxaurrondo a las órdenes del ex-general G. quien hoy se encuentra en prisión por su participación en el secuestro y asesinato de los etarras L. y Z., destacando que el actor fue investigado por la Audiencia Nacional, como posible participe en dichos hechos. Estima la parte actora, que existe una intrusión ilegítima en su derecho a la propia imagen, al no resultar autorizada su publicación, carente de interés, resultando que por su profesión su imagen necesita del anonimato,

sin que la publicación resulte necesaria para la información difundida.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Málaga, estimaron la pretensión ejercitada, al no constar el consentimiento preciso y al no existir interés que justifique la publicación de la imagen del actor.

Interpone recurso de Casación la parte demandada articulando su recurso en dos motivos:

1º.- Vulneración del contenido del artículo 20 d) de la Constitución Española por adecuada inaplicación en relación con el artículo 18 del mismo texto legal, al encontrarnos ante un personaje público conocido a nivel nacional, y la imagen resultó captada en un acto público.

2º.- Infracción del derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20.1 d) de la Constitución Española y el artículo 9.3 de la Ley orgánica 1/82 de cinco de mayo en orden al quantum indemnizatorio.

**SEGUNDO.-** El recurso de Casación formulado debe ser desestima-

do. La imagen, tal como ha definido la jurisprudencia, acorde con la doctrina, desde la sentencia de 11 de abril de 1987 es la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, cuya sentencia destaca los dos aspectos de facultad exclusiva del interesado a difundirla o publicarla y el de evitar su reproducción sin su consentimiento, lo que ha sido reiterado por la jurisprudencia, hasta la más reciente de 26 de febrero de 2009. También debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad, esfera moral, relacionada con la dignidad humana y como derecho patrimonial, protegido por el Derecho pero ajeno a la faceta constitucional como derecho fundamental, lo que destaca el Tribunal Constitucional en sentencia 81/2001, de 26 de marzo y esta Sala en sentencia de 25 de septiembre de 2008. Declara la sentencia de esta Sala, que invoca la jurisprudencia constitucional en la materia, el derecho a la propia imagen se halla protegido en el art. 18.1 de la Constitución Española y desarrollado en la Ley Orgánica 1/82 de cinco de mayo, de protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, cuyo art. 7.5 considera intrusión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2 del mismo texto legal.

La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- Si bien, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales. La determinación de esos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho, y por esta razón debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitiman esa intrusión.

De ahí que la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia -y previa consulta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que pueda colisionar con aquél.

**TERCERO.-** Aplicando la doctrina citada al caso de autos, nos encontramos con que en el supuesto de autos, si bien puede estimarse que se trata de persona que ejerce profesión de proyección pública, lo cierto es que la imagen objeto de publicación

no resultó captada en lugar abierto al público o en un acto público, así como que la publicación de su imagen, no viene justificada en relación a la noticia principal sino a colación de una noticia accesoria totalmente desvinculada de la primera y que en sí, no justifica la publicación de la imagen, todo lo cual determina la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del actor, al no encontrar la publicación protección en el derecho a comunicar libremente información veraz, debiendo desestimarse el motivo primero del recurso de casación.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso interpuesto, relativo al quantum indemnizatorio, tampoco puede prosperar. La cuantía de la indemnización es un extremo que corresponde fijar al órgano jurisdiccional de instancia, ajeno a la casación, a no ser que se hayan quebrantado las bases jurídicas o parámetros legales para el cálculo de las mismas, circunstancia no concurrentes en el caso.

Procede en consecuencia, desestimar los motivos del recurso y declarar no haber lugar al mismo, con imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación al artículo 394 del mismo texto legal. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro, y D. Fernando contra la sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 30 de octubre de 2006.

SEGUNDO.- Condenamos a la parte demandada al pago de las costas causadas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados.

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

2010/8840

TS Sala 1ª, Sentencia 15 enero 2010.  
Ponente: D. Francisco Marín Castán

### Nulidad de contrato de abanderamiento al contravenir el Derecho Comunitario sobre defensa de la competencia

*Acuerda el TS estimar el recurso de casación interpuesto por el demandado reconveniente -titular de la estación de servicio-, en el que se trata de determinar si el contrato perteneciente a los comúnmente denominados "contratos de abanderamiento", era o no compatible con el Derecho Comunitario.*

*La cuestión jurídica verdaderamente planteada es si el contrato litigioso es o no nulo por contravenir el Derecho comunitario sobre defensa de la competencia. Se descarta que el contrato litigioso quedara amparado por la exención prevista en el art. 10 del Reglamento núm. 1984/83 al contener una fijación por el proveedor del precio de venta al público, también se aprecia que dicho contrato disminuye las posibilidades de los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en éste su cuota de mercado al ser notoria la posición especialmente fuerte de Repsol en el territorio español. Por ello el recurso de casación ha de ser estimado al no quedar amparada la cláusula de exclusiva del contrato litigioso por el citado Reglamento, sin embargo procede desestimar lo que en realidad constituye una pretensión resarcitoria del recurrente ya que la buena o mala fe de los contratantes también es relevante a la hora de determinar las consecuencias de la nulidad, y en este caso se aprecia esa mala fe en tanto que el hoy recurrente no denunció la contravención del Derecho comunitario hasta verse demandado por la compañía abastecedora por vulneración del pacto de exclusiva.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, interpuesto por el titular de una estación de servicio y articulado en cinco motivos aunque el último aparezca designado como "sexto" en el escrito de interposición, no plantea en realidad más que una sola cuestión jurídica de la que deba conocer esta Sala a saber, si el contrato de abastecimiento en exclusiva de

productos petrolíferos celebrado el 25 de enero de 1993 entre las partes litigantes, la compañía mercantil actora reconvenida Repsol como abastecedora y el demandado-reconveniente como titular de la estación de servicio, era en principio encuadrable o no en la prohibición y consiguiente nulidad de pleno derecho establecida en los apdos. 1 y 2 del art. 81 CE (antes art. 85 del Tratado CE) y, en caso afirmativo, si no obstante quedaba o no amparado por los reglamentos comunitarios de exención que autorizan o legalizan bajo estrictas condiciones determinados tipos de contratos, encuadrables en principio en dicho art. 81 por poder afectar al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea y tener por objeto restringir el juego de la competencia dentro del mercado común mediante cláusulas de exclusiva.

En definitiva, se trata de determinar si el contrato litigioso, perteneciente a los comúnmente denominados "contratos de abanderamiento", era o no compatible con el Derecho Comunitario, hoy Derecho de la Unión porque mediante el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuyo Instrumento de Ratificación por el Reino de España se ha publicado en el BOE de 27 de noviembre de 2009, se dispone esa nueva terminología y, además, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 2 del Tratado de Lisboa), el art. 81 CE (antes art. 85 del Tratado CE) pasa a ser el art. 101 del TFUE (tablas de correspondencias del anexo al que se refiere el art. 5 del Tratado de Lisboa) y, en fin, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 9 del Tratado de la Unión Europea modificado por el art. 1 del Tratado de Lisboa). No obstante, a efectos de claridad expositiva se mantendrá la referencia al art. 81, pero las citas de sentencias del Tribunal de Justicia se harán mediante la abreviatura STJUE siguiendo la práctica actual del propio Tribunal.

Que la referida cuestión es la única verdaderamente planteada en el recurso se desprende, en primer lugar, de su propuesta previa de planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, propuesta a la que el recurrente renunció tras dictar dicho Tribunal su sentencia de 11 de septiembre de 2008 respondiendo a una petición de decisión prejudicial de la Audiencia Provincial de Madrid en un litigio entre la abastecedora CEPSA y la sociedad limitada titular de una estación de servicio, y, en segundo lugar, del enunciado y desarrollo de sus motivos, que pese a adolecer de patentes defectos técnicos debidos al intento de que el recurso presente interés casacional con arreglo al apdo. 3 del art. 477 LEC de 2000, giran constantemente en torno a la referida

cuestión, impugnando la interpretación del contrato litigioso por el tribunal sentenciador como contrato de agencia no encuadrable en la referida prohibición (motivo primero, con cita de los arts. 1281 "y siguientes" del CC y de la jurisprudencia de esta Sala); reprochando a la sentencia recurrida su desconocimiento de la supremacía del Derecho Comunitario sobre el nacional (motivo segundo, con cita de los arts. 1256, 1449 y 1281 "y siguientes" del CC, del art. 81 del Tratado CE y de los Reglamentos Comunitarios 1984/83 y 2790/99); señalando la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la posibilidad de que determinados contratos de abanderamiento denominados "de agencia" sean encuadrables en la prohibición de que se trata (motivo tercero); invocando el Reglamento Comunitario 2790/99, que sustituyó al Reglamento 1984/83, como norma con menos de cinco años en vigor que determinaría el interés casacional del recurso (motivo cuarto); y en fin, citando con este mismo fin el Reglamento Comunitario 1/2003, que en opinión del recurrente se habría vulnerado por la falta de uniformidad entre la sentencia impugnada y las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre contratos idénticos al aquí litigioso (motivo quinto y último, designado "sexto" en el escrito de interposición).

Esta factible identificación de la cuestión jurídica planteada en el recurso comporta que deba rechazarse el óbice de admisibilidad alegado por la compañía abastecedora recurrida en su escrito de oposición al recurso, pues el auto de esta Sala de 9 de octubre de 2007 ya declaró que procedía admitirlo por razón de la cuantía litigiosa (art. 477.2-º LEC de 2000), algo evidente por cuanto ya en la demanda inicial se pedía la condena del demandado a pagar a la actora la cantidad de 267.755'55 euros, razonándose en el mismo auto que nada impedía la alegación de interés casacional como complemento de la infracción de ley. Por tanto, si el núcleo perfectamente identificable del recurso es la contravención del Derecho de la Unión por la sentencia recurrida, claro está que procede entrar a conocer del mismo pese a las objeciones previas de la parte recurrida.

SEGUNDO.- Antes de analizar la razón de fondo del recurso conviene exponer cómo fue el desarrollo del litigio.

La demanda inicial se presentó el 12 de noviembre de 2002 por la compañía abastecedora pidiendo la resolución, con efectos del 11 de julio del mismo año, del contrato celebrado el 25 de enero de 1993 con el demandado por haber incumplido éste el pacto de exclusiva, abasteciéndose de otros proveedores, y una indemnización de daños y perjuicios cifrada en 267.755'55 euros por los

beneficios que la actora habría podido obtener de la distribución de sus productos en la estación de servicio explotada por el demandado.

En su escrito de contestación a la demanda el demandado alegó, ya con carácter previo, la nulidad absoluta del referido contrato por inexistencia de causa, indeterminación del precio y, subsidiariamente, ilicitud de la causa por dejarse la fijación del precio al exclusivo arbitrio de la compañía abastecedora; puso de manifiesto que el contrato, al margen de su denominación, era de compra en firme o reventa y no de comisión; negó que hubiera incumplido el pacto de exclusiva, justificando el descenso de ventas de los productos de la actora por diversas razones; discutió la suma indemnizatoria fijada por ésta; pidió la íntegra desestimación de la demanda; y en fin, formuló reconvencción pidiendo la nulidad del contrato por resultar incompatible con el art. 81.1 del Tratado CE, norma imperativa vulnerada mediante la contravención de los Reglamentos comunitarios 1984/83 y 2790/99, y por inexistencia e ilicitud de la causa, así como la aplicación a su favor del art. 1306-2º CC, proponiendo como criterio a seguir en este punto que la actora-reconvenida le pagara una cantidad calculada por la diferencia entre los precios ofrecidos por otros operadores y los precios de adquisición abonados efectivamente a aquélla, aunque con detracción de la comisión.

La sentencia de primera instancia, desestimando la demanda inicial y estimando parcialmente la reconvencción, reconoció el carácter de revendedor del demandado-reconviniente y declaró nulo el contrato litigioso no sólo por su incompatibilidad con el art. 81.1 del Tratado CE y los Reglamentos 1984/83 y 2790/99, así como con el art. 6.3 CC, sino también por inexistencia o ilicitud de la causa, pero sin condenar a la actora-reconvenida a pagar cantidad alguna al demandado-reconviniente. Fundamentos de este fallo son, en esencia, los siguientes:

El contrato litigioso, denominado "Contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos a estaciones de servicio en régimen de agencia", dejaba el control de los precios en manos de la compañía abastecedora; impedía por tanto el juego de la libre competencia; además obligaba al propietario de la estación de servicio a asumir unos riesgos que excedían de los propios de un agente, ya que debía abonar el importe de los productos antes incluso de su suministro, corría con el riesgo de tales productos desde el momento mismo en que los recibía y asumía el riesgo derivado de impagos por los consumidores finales; en consecuencia el demandado-reconviniente era un empresario independiente que actuaba como comprador y vendedor, pues no se limitaba a buscar compradores en interés de la

compañía abastecedora sino que compraba en firme para revender, pagando un precio que en ningún caso podía considerarse como comisión; por ello la cuestión litigiosa debía resolverse desde la perspectiva de la sentencia de esta Sala de 2 de junio de 2000, es decir, examinando la adecuación o inadecuación del contrato litigioso al Derecho Comunitario; al no ser este contrato de agencia, entraba en el ámbito prohibitivo del artículo 85 del Tratado CEE; además, el contrato también era nulo por inexistencia o ilicitud de la causa al no determinarse suficientemente el precio, cuya fijación se dejaba al arbitrio de la actora-reconvenida mediante la fórmula genérica "dentro de los límites legalmente autorizados"; sin embargo, en fin, no procedía aplicar el art. 1303 CC en favor del demandado-reconviniente porque éste había asumido voluntariamente el contenido del contrato durante toda su vigencia y la larga duración de ésta impedía calcular con exactitud el desequilibrio patrimonial, a lo que se unía la prohibición por la LEC de 2000 de dejar para ejecución de sentencia la cantidad a pagar por la parte perdedora del litigio.

Interpuesto recurso de apelación por la compañía actora-reconvenida y formulada impugnación subsidiaria por el demandado-reconviniente, la sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de aquélla y considerando por esto innecesario analizar la impugnación subsiguiente, estimó parcialmente la demanda inicial, declaró resuelto el contrato litigioso por incumplimiento del demandado-reconviniente, aunque sin indemnización alguna a favor de la actora reconvenida, y desestimó la reconvencción. Fundamentos de este fallo son, en síntesis, los siguientes: el contrato litigioso se asemejaba a los de agencia, pues el titular de la estación de servicio, como intermediario independiente, asumía la conclusión de contratos por cuenta y en nombre de la compañía abastecedora "aceptando, por haberse así estipulado", conforme autoriza el art. 1 de la Ley del Contrato de Agencia de 1992, "los riesgos de las ventas no cobradas al contado"; el contrato no contenía obligaciones propias de un contrato de compraventa en firme; el titular de la estación de servicio dispuso de plena libertad, a la fecha de celebración del contrato, para haber contratado con otros proveedores; este mismo litigante vino ejecutando el contrato voluntariamente a lo largo de los años, pues no lo denunció hasta el 25 de enero de 2002 y, por ende, de un modo puramente genérico, sin referirse a la naturaleza del contrato ni a su transformación al régimen de reventa; en ningún caso, por tanto, discutió ni se opuso a las comisiones que se le abonaban.

Que el contrato era de agencia y no de venta en firme resultaba de su propia estipulación 5ª.7 y del apdo.

F) de su anexo II al prever la posible sustitución por mutuo acuerdo de un régimen por el otro; tanto de los documentos periódicos de liquidación como de la documentación fiscal presentada por el demandado-reconviniente ante la autoridad tributaria resultaba que lo que percibía eran auténticas comisiones; además, las finalidades de implantación, promoción y difusión de la imagen de la compañía abastecedora, e incluso la colaboración y asistencia técnica, financiera y comercial, casaban mal con un mero contrato de compraventa o venta en firme; conforme al art. 1 de la Ley de Contrato de Agencia de 1992 la asunción de un riesgo por el agente no desnaturaliza un contrato de este tipo; el que el riesgo de los productos corrieran a cargo del titular de la estación de servicio desde su entrega por la abastecedora no podía considerarse aisladamente como un indicio de transmisión de la propiedad de tales productos al agente, sino como una manifestación de la obligación de conservación propia de los agentes; tampoco eran relevantes ni la forma de pago de los productos suministrados ni la asunción del riesgo de impago por los consumidores finales.

En la ejecución del contrato litigioso el pago anticipado por el titular de la estación de servicio sólo tuvo lugar en un periodo muy concreto (diciembre de 1996 y abril a junio de 1998) y después de haber incurrido en algunos retrasos, aplicándose en general la fórmula alternativa, a elección del agente, de pago en el plazo máximo de nueve días; el que el demandado-reconviniente asumiera el eventual crédito a los consumidores finales por ventas al contado o mediante tarjeta tampoco desnaturalizaba el contrato, sino que implicaba la asunción del propio riesgo en el ejercicio de su actividad como empresario individual; no había, pues, contrato de compraventa de combustible cuyo precio quedara al libre arbitrio del vendedor; las obligaciones asumidas por la compañía abastecedora, además, difícilmente podían considerarse reveladoras de un contrato de compraventa (abono inicial de 134.550.000 ptas. por mejora de la gestión empresarial, inversiones para la implantación de su imagen, pago del calzado de los empleados, compensaciones de 19 millones de ptas. por objetivos y 2.083.800 ptas. por incentivos); el contrato litigioso resultaba conforme con el Reglamento 1984/83 según el criterio de las sentencias de esta Sala de 11 de diciembre de 2002 y 20 de junio de 2001; el contrato tenía una causa existente y lícita porque el importe de la comisión era determinable conforme al art. 1447 CC y, además, el demandado-reconviniente aceptó durante años las liquidaciones correspondientes sin oponer reparo alguno; el demandado-reconviniente incumplió el pacto de exclusiva con toda evidencia a partir del 22 de enero de 2002; la actora-reconvenida intentó acomodar el contrato al nuevo

Reglamento Comunitario 2790/99 sin que aquél mostrara interés alguno; y en fin, sin embargo no procedía indemnización alguna a favor de la actora-reconvenida por no haber acreditado el perjuicio ni propuesto prueba alguna al respecto.

Contra la sentencia de apelación ambas partes prepararon e interpusieron sendos recursos de casación, pero el de la actora-reconvenida fue inadmitido por el ya citado auto de esta Sala de 9 de octubre de 2007 que, en cambio, admitió el del demandado-reconviniente.

Con posterioridad a dicho auto y al escrito de oposición de la parte recurrente presentó un escrito aportando copia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2008 (asunto prejudicial C-279/06) y renunciando a su antedicha propuesta de que esta Sala planteara cuestión prejudicial. Pese a justificarse debidamente el traslado de dicho escrito y del referido documento a la parte recurrente, ésta no hizo alegación alguna al respecto, aunque posteriormente, tras acordarse que el presente recurso fuera resuelto por el Pleno de los magistrados de esta Sala, ambas partes se dedicaron a presentar escritos, algunos adjuntando documentos, que se han ido rechazando por extemporáneos y por suponer un intento de alterar los términos del debate, según se ha especificado ya en los antecedentes, pretendiéndose incluso por la parte recurrente, mediante un escrito presentado el 1 de diciembre de 2009, cuando la votación y fallo del recurso ya estaba señalada para el siguiente día 15, que esta Sala planteara cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pretensión rechazada mediante providencia de 4 de diciembre por haberse pronunciado ya dicho Tribunal sobre las cuestiones jurídicas a las que se refería la parte recurrente y corresponder al juez nacional, conforme a la doctrina del propio Tribunal, conocer de las controversias relativas a las circunstancias de hecho del litigio de origen.

TERCERO.- La decisión del presente recurso ha de ajustarse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en la referida sentencia de 11 de septiembre de 2008, así como en las de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05) y 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), y a la jurisprudencia de esta Sala que a partir de su sentencia de 2 de junio de 2000 (rec. 2355/95) viene manteniendo la doctrina de la nulidad civil de los contratos de abastecimiento en exclusiva que no queden amparados por los Reglamentos Comunitarios de exención; dicho de otra forma, que restrinjan la libre competencia sin ofrecer las ventajas objetivas, de mejora de distribución de los productos, que excepcionalmente justifican su legalidad mediante la técnica de la exención por categorías

propia de tales Reglamentos, que a su vez permiten a la Comisión retirar el beneficio de la exención a acuerdos o contratos entre empresas que, cumpliendo las condiciones para tal autorización, sin embargo, surtan efectos incompatibles con el apdo. 3 del art. 81 CE. La regla es, por tanto, la prohibición y consiguiente nulidad de los contratos entre empresas que restrinjan la libre competencia; la excepción, su admisibilidad y consiguiente validez si contribuyen a mejorar la distribución y cumplen determinados requisitos.

La STJUE 11-9-2008 (asunto C-279/06), respondiendo a la petición de decisión prejudicial formulada por la Audiencia Provincial de Madrid, resolvió lo siguiente:

“1) Un contrato de suministro exclusivo de carburantes y combustibles así como de lubricantes y demás productos afines puede estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, cuando el titular de la estación de servicio asume, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de estos productos a terceros y dicho contrato contiene cláusulas que pueden menoscabar el juego de la competencia, como la referente a la fijación de los precios de venta al público.

En el caso de que el titular de la estación de servicio no asuma tales riesgos o asuma únicamente una parte insignificante de éstos, sólo pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición las obligaciones impuestas al titular en el marco de los servicios de intermediario que éste ofrece al comitente, como las cláusulas de exclusividad o de no competencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, además, si el contrato celebrado el 7 de febrero de 1996 entre CEPSA Estaciones de Servicio, S.A., y L.V. Tobar e Hijos, S.L., tiene por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el sentido del artículo 81 CE.

2) Un contrato de suministro exclusivo como el mencionado en el punto precedente del presente fallo puede beneficiarse de una exención por categoría prevista por el Reglamento (CEE) núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo [81] del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, modificado por el Reglamento (CE) núm. 1582/97 de la Comisión, de 30 de julio de 1997, si respeta la duración máxima de diez años contemplada en el artículo 12, apartado 1, letra c), de este mismo Reglamento y si el suministrador concede al titular de la estación de servicio, como contrapartida de la exclusividad, ventajas económicas importantes que contribuyen a una mejora de la distribución, facilitan la instalación o la modernización de la

estación de servicio y reducen los costes de distribución. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si se cumplen estos requisitos en el asunto principal.

3) Los artículos 10 a 13 del Reglamento núm. 1984/83, modificado por el Reglamento núm. 1582/97, deben interpretarse en el sentido de que excluyen la aplicación de la exención por categoría a un contrato de suministro exclusivo que prevé la fijación del precio de venta al público por parte del suministrador.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en virtud del Derecho nacional, la cláusula contractual relativa a este precio de venta puede modificarse mediante una autorización unilateral del suministrador, como la examinada en el asunto principal, y si un contrato nulo de pleno derecho puede pasar a ser válido tras una modificación de esta cláusula contractual que tenga por efecto hacerla conforme con el artículo 81 CE, apartado 1.

4) La nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 81 CE, apartado 2, únicamente afecta a un contrato en su integridad cuando las cláusulas incompatibles con el apartado 1 del mismo artículo no pueden separarse del propio contrato. En caso contrario, las consecuencias de la nulidad respecto de todos los demás elementos del contrato no están comprendidas en el ámbito del Derecho comunitario”.

De los fundamentos de esta sentencia, que a su vez se remite a la STJUE 14-12-06 (asunto C-217/05, cuestión prejudicial planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo español) en cuanto a los criterios para determinar cuándo los contratos entre compañías petroleras y titulares de estaciones de servicio entran en el ámbito de aplicación del art. 85 Tratado CEE por ser el titular de la estación de servicio un operador económico independiente y el contrato, por tanto, un acuerdo entre dos empresas, interesa destacar ante todo, en primer lugar, la presunción de que el titular de la estación de servicio, aunque el contrato se denomine de agencia, asume los riesgos financieros y comerciales, siendo entonces un empresario independiente, cuando se convierte en propietario de los productos suministrados en el momento en que los recibe del proveedor, cuando se hace cargo, directa o indirectamente, de los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular los costes de transporte, cuando corre con los gastos de conservación de las existencias, cuando asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros, o cuando soporte el riesgo financiero de los productos en el supuesto de que esté obligado a pagar al suministrador el importe corres-

pondiente a la cantidad de carburantes suministrada en vez de la efectivamente vendida (apdo. 38).

En segundo lugar, que el contrato no entraría en el ámbito prohibitivo del Tratado sólo si el titular de la estación de servicio soportara “una parte insignificante de los riesgos” (apdo. 40); en tercer lugar, que incluso en el caso de un verdadero o genuino contrato de agencia sólo quedarían excluidas de la prohibición las obligaciones impuestas al agente en relación con la venta de los productos a terceros, como sería la fijación del precio de venta al público, pero no las cláusulas de exclusividad y competencia (apdo. 41); en cuarto lugar, que si el contrato no es genuino de agencia y por tanto puede considerarse celebrado entre empresas independientes, la fijación del precio de venta al público constituye una restricción de la competencia que hace que el acuerdo caiga dentro del ámbito de la prohibición siempre que tenga por objeto o efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros (apdo. 42); y en quinto lugar, que si la relación contractual se da entre dos empresas, esto es si el contrato no es puro o genuino de agencia, “la aplicación de la exención por categoría queda excluida si, además de la cláusula de exclusividad de suministro, el contrato celebrado entre ambas contiene una cláusula que prevé la fijación por el suministrador del precio de venta al público”, por no aparecer en el art. 11 del Reglamento núm. 1984/83 la fijación del precio de venta al público entre las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, podían imponerse al revendedor (apdos. 64 y 65).

Más recientemente, la STJUE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07) ha respondido a una petición de decisión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona, formulada en un litigio en el que era parte la abastecedora “Total”, que:

“3) Las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público, como las controvertidas en el litigio principal, pueden acogerse a la exención por categorías en virtud del Reglamento núm. 1984/83, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1582/97, y del Reglamento núm. 2790/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. En cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conducen, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo

en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal.”

De los fundamentos de esta sentencia interesa destacar que, en principio, las cláusulas de fijación del precio de venta al público no se consideran cubiertas por la exención del Reglamento núm. 1984/83 (apdo. 73); que no pueden acogerse a los Reglamentos núm. 1984/83 y núm. 2790/99 los acuerdos por los que el proveedor fija el precio de venta al público o impone un precio de venta mínimo, aunque el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo (apdo. 75); que la manera de calcular el precio de venta recomendado carece de relevancia, siempre que se deje al revendedor un margen de libertad para determinar efectivamente el precio de venta, si bien “no se da tal libertad cuando el proveedor impone al revendedor un margen de distribución fijo del que no puede apartarse” (apdo. 78); que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar las modalidades de fijación del precio de venta al público en el litigio principal y en concreto verificar, “teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo” (apdo. 79).

Que asimismo incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado comprobando, en particular, si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos (apdo. 80); que si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que el revendedor estaba obligado a respetar el precio de venta fijo o mínimo fijado por el proveedor, el contrato no podrá acogerse a la exención por categorías ni en virtud del Reglamento núm. 1984/83 ni en virtud del Reglamento núm. 2790/99 (apdo. 81); que sin embargo la fijación del precio de venta al público, aun cuando constituya una restricción de la competencia expresamente prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, letra a), sólo supone que el contrato incurra en la prohibición si se reúnen todos los demás requisitos para la aplicación de ésta, es decir, si el acuerdo o contrato “tiene por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia den-

tro del mercado común y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros” (apdo. 82); y en fin, que si bien los acuerdos de compra en exclusiva no tienen por objeto restringir la competencia, en el sentido del art. 81 CE, no obstante es preciso verificar “si no tienen por efecto impedir, restringirla o falsear su juego”, debiendo tenerse en cuenta “el contexto económico y jurídico” y, por consiguiente, “analizar los efectos que produce dicho contrato, en relación con otros contratos del mismo tipo, sobre las posibilidades de que disponen los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en éste su cuota de mercado” (apdo. 83).

En cuanto a la jurisprudencia más reciente de esta Sala, la sentencia de 15 de abril de 2009 (rec. 1016/04) anula un contrato similar al aquí litigioso porque “la cláusula relativa a la fijación y control por la entidad proveedora del precio de venta-reventa por el intermediario (estación de servicio) de los productos carburantes y combustibles es claramente contraria al Tratado CE y no tiene ningún paliativo en los Reglamentos”; la sentencia de 20 de noviembre de 2008 (rec. 2396/03), con expresa cita de la STJUE 14-12-06, declara esto mismo sobre varios contratos idénticos al aquí litigioso y, además, que lo decisivo para enjuiciar la adecuación del contrato litigioso al Derecho comunitario “es más la realidad económica que la calificación jurídica”, en especial la distribución de los riesgos financieros y comerciales, especificando también, de un lado, que el Reglamento aplicable al caso era el núm. 1984/03 por haberse celebrado el contrato litigioso antes de la entrada en vigor del Reglamento núm. 2790/90 y, de otros, que la nulidad de la cláusula de fijación del precio “es suficiente para acarrear la nulidad”; y en fin, la sentencia de 3 de octubre de 2007 (rec. 3962/00), remitiéndose también expresamente a la STJUE 14-13-06, señala que si el titular de la estación de servicio asume en proporción no insignificante uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros, el contrato no está cubierto por el Reglamento núm. 1984/83 en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público.

CUARTO.- De examinar el recurso con arreglo a la indicada doctrina del Tribunal de Justicia de las Unión Europea y a la reseñada jurisprudencia de esta Sala se desprende que procede su estimación porque, según el contrato, el titular de la estación de servicio asumía en proporción con insignificante riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros y, además, se le imponía la obligación de respetar el precio final de venta al

público fijado por la compañía abastecedora.

Ciertamente, como se ha indicado ya, el recurso adolece de defectos técnicos que, en no pocos pasajes de los respectivos alegatos de sus motivos, se traducen en falta de consistencia o base real. Así, cuando en el motivo primero parece reprochar al tribunal sentenciador el haber calificado el contrato litigioso prescindiendo de sus cláusulas, siendo así que, al margen del mayor o menor acierto de dicho tribunal al calificar el contrato, lo cierto es que sí atiende a su contenido, y la mejor prueba de ello es su declaración de que el hoy recurrente, según lo estipulado, asumió los riesgos de las ventas no cobradas al contado; cuando en el motivo segundo acusa al tribunal sentenciador de desconocer la primacía del Derecho comunitario, siendo así que basta con leer el fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada para comprobar lo contrario; cuando en el motivo cuarto invoca interés casacional por ser aplicable el Reglamento núm. 2790/99, con menos de cinco años de vigencia al iniciarse el litigio, siendo así que el contrato litigioso se celebró en 1993 y por tanto bajo la vigencia del Reglamento núm. 1984/83; o en fin, cuando en el último motivo vuelve a invocar interés casacional pero citando ahora el Reglamento CE núm. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, por no haber procurado el tribunal sentenciador la debida uniformidad con los criterios del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, siendo así que el art. 45 de dicho Reglamento dispone que éste sería aplicable a partir del 1 de mayo de 2004 y la sentencia recurrida se dictó el 10 de marzo anterior.

Sin embargo lo decisivo del recurso, la cuestión jurídica verdaderamente planteada, es, como también se ha indicado anteriormente, si el contrato litigioso era o no nulo por contravenir el Derecho comunitario sobre defensa de la competencia, cuestión que se plantea con la nitidez suficiente en el motivo segundo mediante la cita del art. 81 Tratado CE (antiguo art. 85 Tratado CEE), de los Reglamentos comunitarios núm. 1984/83, de 22 de junio, y 2790/99, de 22 de diciembre, y de la jurisprudencia de esta Sala.

Sobre esta cuestión jurídica relevante el error de la sentencia impugnada consiste en no haber advertido la posibilidad de contratos que, aun siendo en abstracto calificables como de agencia con arreglo a la Ley española 12/92, puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia ya que “los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los con-

tratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste” (STJUE 14-12-06, apdo. 43). En definitiva, y desde el punto de vista que aquí interesa, se trata de que un acuerdo entre empresas formalmente calificable y denominado como de agencia, e incluso encuadrable como tal en la Ley 12/92, no sirva, precisamente por ese amparo o cobertura formal, para eludir las normas de defensa de la competencia.

Que esto es lo sucedido con el contrato litigioso se desprende con toda claridad de su contenido, por más que se titule “Contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos a estaciones de servicio, en régimen de agencia” y sus cláusulas y parte expositiva aludan constante y continuamente al titular de la estación de servicio, hoy recurrente, como “el agente” Debiendo tomarse como punto de partida que “el agente” se obliga a abastecerse en exclusiva, y en su totalidad, de los carburantes que le suministre la otra parte (cláusulas 1ªb, 3ª.2 y 4ª), el contenido del contrato revela que aquél asume en proporción nada insignificante varios riesgos vinculados a la venta de los productos a terceros. Como especialmente significativo destaca el riesgo derivado de las ventas pagadas mediante tarjeta de crédito de la red de la compañía abastecedora; en definitiva, el del impago final por el cliente de la estación de servicio (doc. núm. 35 de la contestación-reconvención), siendo a su vez este riesgo uno de los expresamente contemplados por la STJUE 14-12-06 (apdo. 56) como índice para distinguir al agente no genuino.

Además, el apdo. 5 de la cláusula quinta impone al hoy recurrente el pago al contado “al tiempo de efectuarse los distintos pedidos de los productos”, con la única alternativa de pagar en un plazo máximo de nueve días a partir de la entrega o suministro de los productos, pero esto último sólo si “el agente” prestaba “previamente garantías suficientes a juicio de Repsol Comercial”, y el apdo. 6 de la misma cláusula establece que el retraso en los pagos dará lugar al devengo automático de los correspondientes intereses de demora, sin necesidad de reclamación, a un tipo igual al interés legal del dinero incrementado en cuatro puntos porcentuales, pudiendo Repsol “suspender los suministros hasta la regularización de la deuda”. Por otro lado el apdo. 2 de la cláusula séptima obliga al “agente” a “tener la Estación de Servicio permanentemente abastecida de los productos objeto de la exclusiva de suministro, a cuyo efecto deberá formular sus pedidos con la antelación precisa, habida cuenta de las condiciones con que Repsol Comercial sirva tales pedidos y de las necesidades usuales del punto de venta”. Finalmente, el apdo. 4 de la misma cláusula dispone que “El agente asume el riesgo de los productos objeto de la exclusiva desde

el momento en que los reciba de Repsol Comercial y éstos se introduzcan en los depósitos o almacenes existentes en la Estación de Servicio, teniendo, desde ese momento, la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y respondiendo, en su caso, tanto frente a Repsol Comercial como frente a terceros, de cualquier contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar”.

Todo este conjunto de obligaciones impuestas al hoy recurrente revela que éste no era un agente genuino en el sentido señalado por doctrina del TJUE, pues si bien algunas de aquellas sí son propias de los agentes, como la de conservar los productos en las debidas condiciones, sin embargo globalmente consideradas destierran por completo la idea de que el hoy recurrente fuese, en el contexto real económico y jurídico, un operador económico dependiente de REPSOL o un auxiliar integrado en su empresa, pues como señaló la STJUE 14-2-06, “el juez nacional debe determinar quién asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros”, y “en el caso de que el titular fuera responsable de estos daños, independientemente de si cumplió o no la obligación de conservar dichos productos en condiciones adecuadas para evitar toda pérdida o deterioro, debería considerarse que el riesgo se le ha transmitido” (apdo. 55).

Por último, en lo que atañe a la calificación del contrato, no debe dejar de señalarse que la propia actora-reconvenida Repsol, en su escrito presentado el 1 de diciembre último interesando que esta Sala plantease cuestión prejudicial al TJUE, viene a reconocer que la relación concertada por ella en 1993 con el hoy recurrente era “una relación jurídica de agencia no genuina” (1ª de las cuestiones prejudiciales propuestas).

QUINTO.- Por lo que se refiere a la fijación del precio de venta al público, el inicial criterio rigorista de la STJUE 14-12-06 de que el Reglamento núm. 1984/83 no amparaba los contratos que impusieran al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador (punto 2º) ha sido modulado por las SSTJUE 11-9-08 y 2-4-09 en el sentido ya indicado de que las cláusulas relativas a los precios de venta al público sí pueden acogerse a la exención por categorías en virtud de aquel Reglamento si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y, por lo tanto, el vendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público.

Esta doctrina determina que también deba matizarse la jurisprudencia de esta Sala sobre la falta de paliativo alguno, en el Reglamento núm. 1984/83, de las cláusulas de fijación y control del precio por el proveedor (STS 15-4-09 y, sobre todo, STS 20-11-08, sobre unos contratos idénticos al aquí litigioso) y, en consecuencia, que proceda analizar el contrato litigioso en averiguación de si, realmente, permitía la hoy recurrente vender los productos a un precio inferior al indicado por la proveedora hoy recurrida.

Esta última parte litigante invoca en su favor la posibilidad, reconocida al "agente" en la cláusula quinta del contrato, de hacer descuentos con cargo a su comisión.

El apdo. 1 de la referida cláusula, que es el que hace mención al descuento, reza literalmente así: "EL AGENTE, como comisionista, comercializará los productos carburantes y combustibles en nombre y por cuenta de Repsol Comercial en el precio y demás condiciones por la misma señalados, dentro de los límites legalmente autorizados. Cualquier descuento que pudiera aplicar será con cargo a su comisión. Las ventas a los clientes serán al contado. El crédito que pueda eventualmente conceder el Agente será por su cuenta y riesgo".

Ahora bien, este apartado no debe considerarse aisladamente o al margen de otros apartados de la misma cláusula que en gran medida permiten cuestionar que la posibilidad de descuento con cargo a la comisión del hoy recurrente fuera real. Así, el apdo. 3 dispone que "para el cálculo a satisfacer a Repsol Comercial se tendrá en cuenta en todo caso el volumen íntegro suministrado y el precio de venta al público fijado por aquella, sin perjuicio de las oportunas liquidaciones o regularizaciones por las modificaciones de precios que se produzcan, respecto de los productos existentes en la Estación de Servicio al tiempo de aquellas". A su vez el apdo. 4 establece que "a fin de proceder a las correspondientes liquidaciones, cuando por Repsol Comercial o en virtud de la oportuna disposición administrativa se varíen los precios de venta al público de los productos, el agente deberá presentar una declaración de existencias de cada producto, referida al momento inmediatamente anterior a aquél en que entren en vigor los nuevos precios". El apdo. 5, ya examinado anteriormente al tratar de la condición de agente no genuino del hoy recurrente, imponía a éste el pago al contado, "al tiempo de efectuarse los pedidos", con una única alternativa de pago a los nueve días previa constitución de garantías suficientes a juicio de Repsol.

Y, en fin, el apartado 7, que conferiría a esta misma parte contratante la facultad de sustituir el régimen de agencia por el de venta en firme,

previendo para tal caso una determinación por mutuo acuerdo de los precios de adquisición a pagar por el titular de la estación de servicio, disponía que en tanto no se llegara a ese mutuo acuerdo el precio aplicable sería "el resultante de detracer del precio de venta al público recomendado por el suministrador el importe de la comisión que últimamente viniera percibiéndose por el agente", lo que indica que, en el régimen de "agencia" bajo el cual se vino ejecutando el contrato litigioso, para la propia Repsol el precio de venta al público no era recomendado sino fijado por ella misma.

A igual conclusión se llega examinando los documentos relativos tanto a las comisiones para los sucesivos años de vida del contrato como a las liquidaciones por cada compra de productos por el hoy recurrente a Repsol, pues márgenes comerciales entre 5 y 6 ptas. litro para productos que el hoy recurrente debía pagar a entre 67 y 130 ptas., según producto y fase contractual, no permitían una posibilidad real de descuentos con cargo a esos márgenes por parte de quien tenía que correr con los gastos corrientes de la estación de servicio por más que REPSOL pechara con los de abanderamiento.

SEXTO.- Finalmente, una vez descartado que el contrato litigioso quedara amparado por la exención prevista en el art. 10 del Reglamento núm. 1984/83 al contener una fijación por el proveedor del precio de venta al público (STJUE 2-4-09, apdo. 73), también se aprecia que dicho contrato, idéntico a los examinados por la STS 20-11-08, disminuía las posibilidades de los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en éste su cuota de mercado (STJUE 2-4-09, apdo. 83), pues es notoria la posición especialmente fuerte de Repsol en el territorio español.

SÉPTIMO.- En consecuencia el recurso de casación ha de ser estimado al no quedar amparada la cláusula de exclusividad del contrato litigioso por dicho Reglamento, que era el aplicable porque los intentos de la compañía abastecedora de adaptar el contrato al nuevo Reglamento núm. 2790/99 (que permitía fijar precios máximos) no podían implicar su validez retroactiva (STJUE 11-9-08, apdo. 73).

OCTAVO.- La estimación del recurso, sin embargo, no puede producir las consecuencias pretendidas por el recurrente en su escrito de interposición, consistentes en que la compañía abastecedora le pague la diferencia entre el precio que efectivamente le cobró, es decir el facturado menos comisiones, "y el precio más bajo semanal ofrecido por otros Operadores, en régimen de compra en firme, a Estaciones de Servicio de sus mismas características".

Es cierto que según la doctrina del TJUE el Derecho comunitario, hoy de la Unión, debe tener un efecto útil, como también lo es que el art. 1303 CC impone la restitución recíproca de las prestaciones en caso de nulidad. Pero no lo es menos que, correspondiendo al Juez nacional determinar las consecuencias concretas de la nulidad en cada caso (apdo. 79 de la STJUE 17-9-08, con cita de otras anteriores), tales consecuencias deben limitarse, en el aquí examinado, a la mera declaración de nulidad por infracción de una norma prohibitiva, con arreglo a lo previsto en el art. 6.3 CC, lo que lógicamente comporta la improcedencia de la resolución por incumplimiento instada por la actora-reconvenida y acordada por la sentencia impugnada. Esto es así porque, como señala la sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2009 (rec. 192/04), la restitución recíproca contemplada en el citado art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual y, además, desde la perspectiva del enriquecimiento injusto habría que computar la ganancia del titular de la estación de servicio y todas las ventajas derivadas de su abanderamiento.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el hoy recurrente no denunció la contravención del Derecho comunitario hasta verse demandado por la compañía abastecedora por vulneración del pacto de exclusividad, a diferencia del litigio en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE 11-9-08; que en su momento pudo haber contratado con otras compañías abastecedoras; que durante más de nueve años estuvo beneficiándose del abanderamiento por una compañía líder del sector, obteniendo así importantes cantidades tanto directamente de la propia compañía como derivadas de la venta de los productos a terceros; y en fin, que la compañía abastecedora le ofreció adaptar el contrato al nuevo Reglamento núm. 2790/99 sin que el hoy recurrente mostrara el menor interés, procede desestimar lo que en realidad constituye una pretensión resarcitoria por su parte, pues del art. 1306-1ª CC se desprende que la buena o mala fe de los contratantes también es relevante a la hora de determinar las consecuencias de la nulidad.

NOVENO.- Todo lo antedicho se traduce en que la casación de la sentencia recurrida comporte la confirmación del fallo de la sentencia de primera instancia salvo en cuanto declara nulo el contrato litigioso también por causa inexistente o ilícita, pronunciamiento revocado en apelación sin que el hoy recurrente haya extendido su recurso de casación a este punto.

La confirmación del fallo de la sentencia de primera instancia debe comprender también su pronunciamiento sobre costas, plenamente

ajustado a los términos del art. 394 LEC de 2000.

En cuanto a las costas de la segunda instancia, deben imponerse a la actora-reconvenida las causadas por su recurso de apelación y al demandado reconviniente las causadas por su impugnación-subsiguiente, todo ello conforme al art. 398.1 de dicha ley procesal, ya que el posible fundamento válido de aquella apelación inicial, en cuanto impugnaba la declaración de nulidad del contrato también por causa inexistente o ilícita, no debe ocultar que en cualquier caso procedía mantener la declaración de nulidad del contrato fundada en su incompatibilidad con el Derecho comunitario.

Finalmente, conforme al apdo. 2 de dicho art. 398 no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

DÉCIMO.- Conforme al apdo. 3 del art. 212 LEC añadido por la D.

Adicional 2ª. 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la presente sentencia deberá ser comunicada a la Comisión Nacional de la Competencia, como ya se acordó en su momento respecto de las sentencias de esta Sala de 3 de octubre de 2007, 20 de noviembre de 2008, 15 de abril de 2009 y 30 de junio de 2009.

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

#### FALLO

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por el demandado-reconviniente D. A.I.S., representado ante esta Sala por el Procurador D. David García Riquelme, contra la sentencia dictada con fecha 10 de marzo de 2004 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra en el recurso de apelación núm. 2/04.

2º.- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto en cuanto revoca totalmente la sentencia de primera instancia.

3º.- En su lugar, confirmar el fallo de la sentencia de primera instancia, salvo en su apreciación de inexistencia o nulidad de la causa, incluyéndose en la confirmación su pronunciamiento sobre costas.

4º.- Imponer a la actora-reconvenida las costas de su recurso de apelación y al demandado-reconviniente las de su impugnación subsiguiente.

5º.- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

6º.- Y que por el Secretario judicial se comunique la presente sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encar-

nación Roca Trías. Firmado y rubricado.

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



2009/271337

TS Sala 2ª, Sentencia 28 octubre 2009. Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz

## Inaplicación de agravante de abuso de confianza en delito de apropiación indebida

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por un delito de apropiación indebida. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a suprimir la agravación por aprovechamiento de la credibilidad empresarial, pues no se contempla en este caso que la relación de confianza exceda la genérica que conlleva el tipo básico de la apropiación indebida, la que es consecuencia del establecimiento abierto al público, y desde luego la posterior conducta del sujeto activo del delito no es relevante para la consumación del subtipo agravado, es decir, falta el "plus" exigible en estos casos que hubiese determinado una cierta relajación de las pautas normales del comportamiento de los sujetos pasivos en relación con el negocio de que se trate.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alterando el orden de los motivos por razones sistemáticas, vamos a anteponer el examen del segundo y el tercero al del primero, por ordinaria infracción de ley del artículo 849.1 LECrim.. El segundo se formaliza al amparo de igual apartado del precepto citado, error en la apreciación de la prueba, y el tercero del 24.2 C.E., en su manifestación del derecho a la presunción de inocencia. Estos dos últimos pueden ser examinados conjuntamente. En efecto, se trata de impugnar la valoración de las pruebas llevada a cabo por la Audiencia y en el fondo el argumento sustancial para ello es idéntico en uno y otro motivo. Lo que sostiene la recurrente es que el documento que contiene el contrato de arras no está suscrito por la misma y que tampoco estuvo presente cuando se redactó, siendo sus trabajadores o empleados los que "trataron directamente las vicisitudes derivadas del contrato" con los perjudicados. Si contemplamos la cuestión desde la perspectiva del artículo 849.2 LECrim., el pretendido documento casacional, el contrato de arras, no es tal por falta de la cuali-

dad de "litosuficiencia". No se trata de que no haya sido firmado por la recurrente sino de que ésta lo desconociese siendo ajena a su redacción, concurriendo prueba contradictoria que permite afirmar a la Sala que ello no fue así. La Audiencia se refiere (fundamento quinto) a "la ocultación aparente de su identidad a través de la consignación del sello de la empresa sin su propia firma", mencionando, fundamento tercero, "la práctica de la contundente prueba presentada por las partes en el acto del juicio oral", como "que la acusada recibió una cantidad de 2.000 euros en concepto de arras, entregó a la vendedora como si fuera el total de lo percibido 1.000 euros, que posteriormente recuperó sin que ni unos ni otros les hubiera dado el destino que a tales correspondían" (sic), volviéndose a referir más abajo (fundamento quinto) a la falta de explicación satisfactoria "tras las múltiples visitas que se desprenden de las declaraciones efectuadas tanto por los perjudicados como por la madre de aquéllos y los propios empleados de la mercantil", lo que en el motivo tercero, por presunción de inocencia, admite la propia recurrente cuando dice que la Audiencia "se funda en

las declaraciones de las partes interesadas", volviendo a insistir que ello es insuficiente para sostener que la recurrente conocía los hechos. Sin embargo, es indudable que la prueba testifical tiene suficiente aptitud incriminatoria, se ha desarrollado contradictoriamente en el acto del juicio oral, y por ello la Audiencia no ha extraído de la misma una valoración arbitraria o ilógica. Por todo ello, los dos motivos deben ser desestimados.

SEGUNDO.- El motivo primero denuncia la aplicación indebida del artículo 252 C.P. Después de aceptar aparentemente los hechos probados y sostener que no son subsumibles en el delito mencionado, desvía su argumentación sobre los perfiles civiles de la cuestión como si fuese un caso de cumplimiento o incumplimiento de contrato, derivando a la jurisdicción civil su decisión. Sin embargo, al final del desarrollo del motivo se separa del rigor en el tratamiento de la infracción de ley, intangibilidad del hecho probado ex artículo 884.3 LECrim., para sostener "su absoluto desconocimiento de cuanto acontecía en el seno de la empresa, que en todo momento le fue ocultado por sus propios empleados, tal y como se ha venido defendiendo desde el inicio de la presente causa". Pues bien, lo que afirma el "factum" "es que la acusada" por sí o a través de las personas contratadas en su empresa, entregaron (a la presunta vendedora) 1.000 euros, haciéndole creer que era la única cantidad percibida, llegando a informarle que los compradores habían decidido no adquirir la vivienda....., informando sin embargo a los eventuales compradores que (la vendedora) había vendido a un tercero la vivienda comprometida". La ahora recurrente recibió como intermediaria la cantidad que se dice en el "factum" que tenía un destino concreto y determinado y quebrantando la confianza básica de las partes la hizo suya tras informarlas de hechos inexactos.

Con independencia de la calificación definitivamente acogida, apropiación indebida y no estafa, que el Ministerio Fiscal propuso alternativamente, en cualquier caso la subsunción está plenamente justificada. No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que se trata de un motivo por infracción de ley que alcanza también la aplicación del subtipo agravado de abuso de relaciones personales o aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, del artículo 250.1.7º C.P., que acoge la Audiencia a instancia de la acusación particular, debemos señalar que en relación con este subtipo la subsunción no es correcta, lo que apoya el Ministerio Fiscal, pues la mera "constitución de una sociedad y la apertura de un local abierto al público y el inmediato cierre por el cese de administradora....." "no es suficiente para desbordar el tipo básico y aplicar el agravado definido más arriba. A este respecto, la reciente S.T.S. 813/09, con cita profusa de

nuestra Jurisprudencia precedente, recuerda que la Jurisprudencia de esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves.

La primera de ellas -abuso de relaciones personales -, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4). Y también ha incidido en la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, 2 de julio). De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (STSS 1753/2000, de 8-11; 2549/2001, de 4-1; 626/2002, de 11-4; 890/2003, de; y 383/2004, de 24-III). También tiene dicho esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19-6).

Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30-11; 785/2005, de 14-6; y 9/2008, de 18-1). En el caso, no se contem-

pla que la relación de confianza exceda la genérica que conlleva el tipo básico de la apropiación indebida, la que es consecuencia del establecimiento abierto al público, y desde luego la posterior conducta del sujeto activo del delito no es relevante para la consumación del subtipo agravado, es decir, falta el "plus" exigible en estos casos que hubiese determinado una cierta relajación de las pautas normales del comportamiento de los sujetos pasivos en relación con el negocio de que se trate. El motivo se estima parcialmente.

TERCERO.- Ex artículo 901.1 LECrim las costas del recurso deben ser declaradas de oficio.

#### FALLO

Que debemos declarar haber lugar al recurso de casación, estimando parcialmente el primer motivo por infracción de ley, dirigido por África frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, en fecha 03/02/09, en causa seguida por delito de apropiación indebida, casando y anulando parcialmente la misma, declarando de oficio las costas del recurso. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil nueve En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 18 de Valencia, con el número Procedimiento Abreviado 76/07 y seguida ante la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, por delito de apropiación indebida contra África, con N.I.E. núm.002, nacida en Lourdes (Francia), el día 10-03-1982, hija de Andrés y de Jacqueline, sin antecedentes penales, con domicilio en Massanassa (Valencia), CALLE001 núm.003 - núm.004, pta. núm.005, no consta insolvencia, y en situación de libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, hace constar los siguientes:

#### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia recurrida, incluyendo los hechos probados de la misma.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Igualmente se da por reproducido el segundo de la sentencia precedente y los de la Audiencia que no se opongan al anterior, suprimiéndose la apreciación del subtipo agravado del artículo 250.1.7º C.P., debiendo imponerse a la acusada la pena de un año de prisión, con suspensión también de la multa, teniendo en cuenta no sólo el importe de lo defraudado sino también el objeto del negocio y la conducta de la acusada en el desarrollo de los acontecimientos, tal como se desprende de nuestra primera sentencia, todo ello ex artículo 249 C.P.

#### FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, parcialmente casada, se suprime la agravación por aprovechamiento de la credibilidad empresarial, imponiendo a la acusada África la pena única de un año de prisión.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

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

2009/271333

TS Sala 2ª, Sentencia 16 noviembre 2009. Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

### Responsabilidad civil subsidiaria Delitos de falsedad en documento mercantil y estafa

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por las responsables civiles subsidiarias contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de falsedad en documento mercantil y estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria declarada a cargo de las recurrentes, pues dicha responsabilidad no les corresponde ya que los hechos determinantes fueron realizados en fecha anterior a la de su relación con el acusado, según se ha establecido a través de la modificación de los hechos probados realizada*

*al estimarse el motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Bajo el ordinal segundo del escrito de recurso, al amparo del art. 849,2º Lecrim, se ha denunciado error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos que demostrarían la equivocación del juzgador. El argumento es que la sala, al establecer la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades Zurich Vida Seguros y Reaseguros SA y Navarro y Ochando Consultores SL no tuvo en cuenta que las cantidades defraudadas a Silvia, a las que se refieren los documentos 46, 52-62, 226-248, 559-562 y 592-593 lo fueron en fecha anterior a la constitución de la segunda entidad citada o, en su caso, a la contratación de Doroteo por la misma. Como bien señala el Fiscal, la propia sentencia declara que esa perjudicada entregó al acusado, en diversas ocasiones, durante los años 2000 a 2002, hasta un total de 83.226,49 euros, que el mismo hizo suyos, y de los que ha reintegrado 25.417,66 euros, por lo que lo pendiente de devolución asciende a 57.808,83 euros, Y también consta que aquél trabajó para Zurich Vida a partir del 30 de noviembre de 2000 y hasta el 31 de enero de 2002. Por otra parte, el contrato con Navarro y Ochando es de 14 de febrero de 2002. De todo lo que se sigue que cuando Doroteo recibió esas sumas estaba al servicio de Zurich Vida. Esto, como también detalla el Fiscal, resulta de que Silvia suscribió la póliza Uniplán el 4 de febrero de 2000, con un fondo de 120.277,55 euros (folios 45-51) según consta en los hechos. El 30 de agosto de 2000 (folios 52-56) realizó una aportación extraordinaria por 5 millones.

El mismo 30 de agosto de 2000 hizo una inversión en Zurich Eurodinero por un millón de ptas. (folios 57-58). En los folios 59-62 constan operaciones de rescate de la inversión por importes de 5 millones de ptas. (25 de octubre de 2001); de 1.200.000 ptas. (29 de marzo de 2001) y de 1.800.000 ptas. (11 de enero de 2002). Operaciones llevadas a cabo, pues, antes de la suscripción del contrato con Navarro y Ochando. Los documentos 226 ss. y 239-247 son los originales de la suscripción de la póliza Uniplán y la aportación extraordinaria aludida y de la inversión en Zurich Eurodinero. Los documentos 559-562 informan de las personas o entidades beneficiarias de los cheques emitidos contra las cuentas corrientes de la perjudicada y sus fechas son anteriores a la de extinción del contrato con Zurich. Y también los documentos de los folios 593-593 aluden a un abono de fecha asimismo anterior a aquélla.

Es por lo que, como afirma el recurrente y refrenda el Fiscal en su in-

forme, la apropiación de esas cantidades por el recurrente tuvo lugar antes de que el mismo hubiera suscrito el contrato de subagencia con Navarro y Ochando. Dato que, en efecto, resulta de manera inequívoca de los documentos relacionados.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba. Lo razonado hace patente que la impugnación objeto de examen se ajusta a este canon jurisprudencial, y, por ello, debe darse la razón a la recurrente.

SEGUNDO.- Por el cauce del art. 849,1º Lecrim se ha alegado infracción de lo dispuesto en el art. 120,4 Cpenal, pues se condena a la recurrente a hacer frente a una responsabilidad civil subsidiaria que no le corresponde, ya que los hechos determinantes fueron realizados en fecha anterior a la de su relación con el acusado. La modificación de los hechos probados a que obliga la estimación del motivo que acaba de examinarse, obliga, también en este caso, a dar la razón al recurrente.

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación interpuesto por infracción de ley por la representación de Navarro y Ochando Consultores S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, de fecha 20 de noviembre de 2008 dictada en la causa seguida por delitos de falsedad en documento mercantil y estafa, y, en consecuencia, anulamos esta resolución. Declaramos de oficio las costas causadas en este recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Manuel Marchena Gómez.- Siro Francisco García Pérez.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil nueve.

En la causa número 38/2008, dimanante del procedimiento abreviado 7/2006 del Juzgado de instrucción número 4 de Valencia, seguida por delito de falsedad en documento mercantil y estafa contra Doroteo con D.N.I. núm.016, hijo de Francisca y de Clotilde, nacido en Valencia, el día 29 de agosto de 1955, en libertad provisional por esta causa, la Audiencia Provincial de esa ciudad, Sección Cuarta, dictó sentencia en fecha 20 de noviembre de 2008 que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

## ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia dictada en la instancia.

Los de la sentencia impugnada, si bien con la precisión de que la incorporación por el acusado a su patrimonio de las cantidades invertidas por Silvia (y no Maite como se dice en los hechos) tuvo lugar con anterioridad al inicio de su relación con Navarro y Ochando Consultores SL.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

La modificación introducida en los hechos determina el desplazamiento a Zurich Vida de la responsabilidad civil subsidiaria por el importe de la cantidad de 57.808,83 euros correspondientes a Silvia.

## FALLO

Se declara, con carácter exclusivo, la responsabilidad civil subsidiaria de Zurich Vida Seguros y Reaseguros por el importe de 57.808,83 euros correspondientes a Silvia y, en consecuencia, se deja sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria de Navarro y Ochando Consultores S.L., por este concepto.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Larca.- Manuel Marchena Gómez.- Siro Francisco García Pérez.

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



# TSJ CLM CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/9978

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 21 enero 2010. Ponente: D. Manuel Martín Timón

## Validez de las notificaciones efectuadas por la inspección tributaria a sociedad que no inscribió la escritura de modificación de domicilio

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional que declaró ajustada a derecho la resolución del TEAC por la que se confirmaba la liquidación del IVA efectuada por la inspección a la entidad actora al entender que la venta de un edificio en construcción no puede realizarse al tipo reducido de la entrega de viviendas acabadas del 6%, sino el general del 15%. La Sala considera válida la notificación del inicio de las actuaciones inspectoras que se realizó en el domicilio social que la actora tenía en Madrid, a pesar de que había una escritura pública de cambio de domicilio de diciembre 1995, presentada a liquidación a efectos del ITP, operaciones societarias, pues su inscripción no se practicó hasta el 3 abril 1998, lo que pone de relieve como mínimo una notoria falta de cuidado y diligencia en el cumplimiento de los deberes tributarios formales y en la realización y desarrollo de los actos jurídicos en los que se refleja la actividad de la sociedad recurrente.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia funda el fallo desestimatorio en la argumentación contenida en el Fundamento de Derecho Segundo, en el que señala: "El problema que se nos somete consiste en determinar si la aplicación del artículo 59.4 de la Ley 30/1992, se realizó correctamente por la Administración actora. La cuestión se nos plantea en idénticos términos que en vía económica administrativa: determinar de una parte, si la notificación del inicio de actuaciones, propuesta de regularización y liquidación tributaria, se realizó en legal forma, y de otra parte, establecer si es necesario llamar al expediente administrativo al posible responsable solidario. En lo que hace al domicilio social y fiscal, como correctamente razona el TEAC no son conceptos coincidentes, ni en la práctica tienen que coincidir, siendo sus efectos diversos. Por ello es correcto entender, como lo hace el TEAC, que el cambio de domicilio social no presupone el del domicilio fiscal. Efectivamente, el recurrente afirma que se inscribió en el Registro Mercantil el cambio de domicilio social y que la documentación que se presentó ante la Hacienda contenía el nuevo domicilio social. Ahora bien, en ningún momento se notificó a la Administración el cambio de domicilio a efectos fiscales, por lo que la Administración no podía entender que tal cambio se había producido con solo el cambio de domicilio social. Tal es la interpretación que

resulta del artículo 45.2 de la LGT que se refiere a una notificación expresa del cambio de domicilio fiscal que en este caso no se ha producido. En cuanto a la notificación edictal, siguiendo lo dispuesto en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, se realizó mediante publicación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Madrid, por ser éste el municipio del último domicilio fiscal conocido y en el BOCM dado el ámbito territorial del órgano que dictó los actos notificados -inicio de actuaciones, propuesta de regularización y liquidación-, la Delegación Especial de Madrid de la AEAT. En cuanto a la citación del posible responsable solidario, es cierto como afirma la demandada, la responsabilidad solidaria es una garantía del acreedor, quien puede dirigir su acción contra cualquier obligado tributario, y por ello en nada afecta a la entidad actora, que los posibles responsables solidarios sean llamados, porque en todo caso, de dirigirse la acción contra ellos, el ser llamados es un derecho de los mismos, pero nunca de los restantes deudores".

**SEGUNDO.-** La representación procesal de Urbanización y Desarrollo de la Playa de Salinas, S.A., articula su recurso de casación con la formulación de tres motivos de casación e invocación en todos ellos del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional:

1º) Infracción del artículo 30 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Regla-

mento General de Inspección de los Tributos, por falta de notificación de las actuaciones inspectoras y consiguiente prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria por IVA. Se consideran igualmente vulneradas las Sentencias de 7 de julio de 1995 y 28 de diciembre de 1996.

2º) Infracción del artículo 33 del Reglamento de Inspección, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril y doctrina de las Sentencias de 28 de diciembre de 1996 y de otras de este Tribunal Supremo, en relación con el trámite de audiencia.

3º) Infracción del artículo 47.3 del Reglamento de Inspección, en relación con el artículo 87 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, por omisión en el expediente administrativo de la diligencia haciendo constar la identidad de "Golf las Salinas", como entidad responsable de la deuda tributaria.

**TERCERO.-** Estudiamos conjuntamente los dos primeros motivos a los que acaba de hacerse referencia. En el primero de ellos, la entidad mercantil recurrente alega infracción del artículo 30 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Inspección de los Tributos, por falta de notificación de las actuaciones inspectoras y consiguiente prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria por IVA. Se consideran igualmente vulneradas las Sentencias de 7 de julio de 1995 y 28 de diciembre de 1996. En el desarrollo del motivo se transcribe el contenido del artículo 30 del Reglamento de Inspección, poniéndose de manifiesto que de dicho precepto se desprende que el inicio de actuaciones inspectoras puede realizarse previa notificación al interesado o simple presentación del actuario en el domicilio del obligado tributario, con los efectos que prevé el citado precepto. Se señala que la entidad "Urbanización y Desarrollo de la Playa de las Salinas, S.A." cambió su domicilio social a la C/ Avenida Gaudí, número 44, principal 1º, de Barcelona, mediante escritura pública de 28 de diciembre de 1995, "posteriormente inscrita en el Registro Mercantil", habiéndose realizado las publicaciones correspondientes en el Diario El Mundo y "El Periódico" de los días 18 y 19 de diciembre de 1995; que en 8 de enero de 1996 "procedió a presentar ante Hacienda el correspondiente impreso del Impuesto de operaciones societarias, alegando no sujeción en relación al traslado de domicilio instrumentado en la escritura referida, por lo que la Agencia Tributaria tenía y tiene conocimiento del inicio del procedimiento inspector de la escritura de traslado del domicilio social y además en el impreso correspondiente se fijaba la C/ Avenida Gaudí número 44-principal 1º de Barcelona como domicilio social"; que el Registro Mercantil de

Madrid practicó el correspondiente asiento de cierre el 16 de enero de 1996, justificativa de la solicitud de traslado del domicilio a Barlona.

Ante las circunstancias expresadas se manifiesta ser evidente la nulidad de cuantos intentos de notificación de la iniciación figuran en el expediente administrativo y muy especialmente la notificación edictal de 25 de febrero de 1997 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

“Pues bien -se añade en el recurso-, en el caso que nos ocupa los defectos observados en la notificación de iniciación de las actuaciones inspectoras tienen como efectos que el efecto interruptivo del plazo de prescripción para la comprobación de la situación tributaria de Urbanización y Desarrollo de la Playa De Salinas, S.A. no se produjese, produciéndose como efecto, la prescripción del derecho de la administración para determinar las deudas tributarias mediante la oportuna liquidación e imponer las sanciones correspondientes en cuanto al tributo del derecho de la Administración para determinar las deudas tributarias mediante la oportuna liquidación e imponer las sanciones correspondientes en cuanto al tributo”, haciéndose referencia a las Sentencias de esta Sala, antes referidas, de 7 de julio de 1995 y 28 de diciembre de 1996. En el segundo motivo, se hace referencia a la infracción del trámite de audiencia en el proceso inspector, a cuyo efecto se indica que conociendo la Administración Tributaria el traslado del domicilio a la Avda. Gaudí núm. 44 de Barcelona debiera haber notificado la propuesta de regularización en dicho domicilio. De otro lado, al parecer no se publicó en el BOE cuando había sido acordada por el Jefe de la Unidad de Inspección y en el expediente administrativo solo consta la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Tras invocar los artículos 105 de la Ley General Tributaria y 52.4º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se pone de relieve que la falta de notificación de la propuesta de regularización determinó la imposibilidad de que la recurrente formulara alegaciones. En relación con estos dos primeros motivos, hay que señalar que esta Sala y Sección, en la Sentencia de 28 de mayo de 2001, declaró que “la notificación edictal está atemperada a derecho, al no haberse podido realizar la personal en el domicilio que en el expediente de autos figuraba para la Administración, con independencia de que en otros expedientes relacionados con la misma interesada figura otro domicilio, pues a efectos tributarios el sujeto pasivo venía obligado a comunicar mediante declaración expresa el cambio de domicilio (ex artículo 45.2 de la LGT), lo que supone que, hasta que tal declaración expresa no se produce, el domicilio reputado válido será el que hasta entonces, a efectos tributarios, figurase para el Ayuntamiento exaccionan-

te” (en el mismo sentido Sentencia de 9 de octubre de 2001). Ahora bien, preciso es reconocer que con posterioridad se ha seguido un criterio de flexibilidad en razón al carácter subsidiario que debe tener la notificación edictal, pues solo debe acudir a ella cuando la Administración no ha tenido otra posibilidad de localización del interesado, evitando con ello cualquier posibilidad de indefensión. Son ejemplos de este criterio, las Sentencias de esta Sala y Sección 20 de abril de 2007 y 8 de octubre de 2009. Pues bien, en el presente caso, en los Antecedentes se relatan los diversos intentos de notificación de la iniciación de la actuación inspectora, el primero de ellos, en el domicilio fiscal de C/ Rodríguez San Pedro núm. 13 de Madrid, el segundo en el domicilio social de C/Maldonado núm. 4; en fin, el resto de ellos, basados siempre en datos obrantes en el Registro Mercantil de Madrid o en la Base de Datos de la Agencia Tributaria. Y posteriormente, la notificación por Edictos se llevó a cabo en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en el BO-CAM, dado el ámbito territorial de la Delegación Especial de la AEAT de Madrid, cumplimentándose con ello lo dispuesto en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No se alega en el recurso, pero sí pone de relieve esta Sala, que con posterioridad la Administración Tributaria notificó la liquidación en la persona de D. Marcelino, que según el Registro Mercantil aparecía como administrador solidario (no figuraba inscrito el cese acordado en Junta General), lo que demuestra que también pudo hacerse un último intento respecto del comienzo de la actuación administrativa. Sin embargo, esa misma notificación determinó, en la forma expuesta en los Antecedentes, que la entidad Urbanización y Desarrollo de la Playa de las Salinas, S.A., formulara en la reclamación económico-administrativa y en el recurso contencioso-administrativo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de su derecho, ahora transformadas en motivos de casación a los que damos respuesta, si bien que la misma será de signo desestimatorio en función de las circunstancias concurrentes.

En efecto, la alegación principal de la recurrente hace referencia a que junto con el escrito de demanda se aportó a los autos copia de la escritura pública de cambio de domicilio a la Avenida Gaudí 44, principal, 1ª, de Barcelona, otorgada en 28 de diciembre de 1995, fecha anterior a la del inicio de las actuaciones inspectoras. Dice la entidad recurrente que dicha escritura fue “posteriormente inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona”. Calla, sin embargo, que a través de la misma escritura se viene en conocimiento de que la presentación en dicho Registro no tuvo lugar hasta el 1 de abril de 1998, practicándose inscripción el día 3 siguiente, a virtud

del título presentado “en unión de una certificación expedida por el Registrador de la provincia de Madrid...el día 17 de marzo de 1998”, fechas todas ellas posteriores al inicio de actuaciones inspectoras y al trámite de audiencia respecto de la propuesta de regularización. Por ello, aún cuando como se alega, ya se hubiera solicitado la expedición de una certificación en 16 de enero de 1996 “por traslado del domicilio social a la provincia de Barcelona” (y así figura en la nota simple informativa obrante en el expediente administrativo), el Registro de destino no pudo practicar la inscripción correspondiente al cambio de domicilio y dar cuenta de oficio al de Madrid, con expresión de la hoja, folio y libro en que constara, tal como prevé el artículo 19 del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1986, de 19 de junio), hasta al menos la fecha antes indicada del 3 de abril de 1998, a lo que debe añadirse que el artículo 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento citado señalan que “Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponible a terceros de buena fe desde su publicación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción.”

Por si no fuera suficiente la circunstancia expresada, en la escritura pública de renuncia de cargo y nombramiento de administrador solidario de D. Anselmo, otorgada en 5 de junio de 1996, reseñada en los Antecedentes (es decir en fecha muy posterior a la de la escritura 28 de diciembre de 1995, de cambio de domicilio a Barcelona), se hace constar como domicilio social de “Urbanización y Desarrollo de la Playa de las Salinas, S.A.”, el de Calle Maldonado núm. 4, en Madrid. Y todavía más, en dicha escritura se señala que se procede a ejecutar los acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de la sociedad celebrada en 3 de junio de 1996 “celebrada en el domicilio social”. De esta forma, resulta sorprendente que mientras la parte actora afirma para sí que el domicilio social se encuentra en la C/ Maldonado núm. 4 de Madrid (donde se realizó un intento de notificación según consta en los Antecedentes), pretenda que para la Hacienda Pública, en su condición de tercero, dicho domicilio se encuentra en Barcelona, lo que no pudo ocurrir, según lo antes dicho, hasta el 3 de abril de 1998. En cualquier caso, las dos circunstancias expuestas ponen de relieve como mínimo una notoria falta de cuidado y diligencia en el cumplimiento de los deberes tributarios formales y en la realización y desarrollo de los actos jurídicos en los que se refleja la actividad de la sociedad recurrente, lo que, como se ha señalado anteriormente, nos lleva a la desestimación de los dos primeros motivos.

No puede ser obstáculo a la conclusión alcanzada la circunstancia también alegada de que la escritura de cambio de domicilio a que acaba de

hacerse referencia, fuera presentada a los efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, concepto de Operaciones societarias, con manifestación de no sujeción al mismo, pues la presentación tuvo lugar en la Comunidad Autónoma y aún cuando no hubiera sido así, no puede pretenderse que el referido trámite equivalga a la notificación del cambio de domicilio, cuando esto último requiere de notificación expresa al efecto por disposición legal (artículo 45.2 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963). En definitiva, se rechazan los dos primeros motivos.

CUARTO.- En cuanto al tercer motivo, relativo a la omisión en el expediente administrativo de la diligencia haciendo constar la identidad de “Golf Las Salinas, S.A.”, como entidad responsable de la deuda tributaria, y a su citación en el mismo, debe desestimarse en la medida en que el ejercicio de una garantía de este tipo por parte del acreedor no afecta ni puede ser exigida por el deudor, en este caso el sujeto pasivo contra el que se dirige la acción. Por lo expuesto, se rechazan los motivos alegados.

QUINTO.- El rechazo de los motivos conduce a la desestimación del recurso de casación, lo que ha de hacerse preceptiva con imposición de las costas a la parte recurrente, si bien que la Sala, haciendo uso de lo prevenido en el apartado. 3 del citado artículo 139, limita los honorarios del Abogado del Estado a la cantidad máxima de 1.200 euros. Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

#### FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación núm. 2598/04, interpuesto por D. Nicolás Álvarez del Real, Procurador de los Tribunales y de la “Urbanización y Desarrollo de la Playa de Salinas, S.A.”, contra sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 26 de enero de 2004, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1043/2000, con imposición de costas a la parte recurrente, si bien que con la limitación señalada en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Huelin Martínez de Velasco.- Manuel Martín Timón.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Óscar González González.- Rafael Fernández Montalvo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido, la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Manuel Martín Timón, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario Certífico.



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2817

Madrid, 13 de abril de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

## RESEÑA

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

### TS CIVIL

2010/6377

TS Sala 1ª, Sentencia 29 enero 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

#### Otorgamiento de escritura pública en el contrato de compraventa privado

El TS desestima el recurso por infracción procesal y declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, confirma la de primera instancia que, por una parte, estimó íntegramente la demanda formulada por el comprador dirigida al otorgamiento de escritura pública del contrato litigioso suscrito entre las partes y, por otra parte, desestimó la reconvencción denegando la anulación de la cláusula contenida en un anexo de modificación reduciendo el precio pactado en el citado contrato así como la nulidad del mismo, considerando que las partes aceptaron sucesivos anexos del contrato sin cuestionarlo y que en dicho anexo no sólo se ha procedido de mutuo acuerdo a la modificación de una condición tan esencial del contrato como es el precio sino que la misma se hace constar de forma expresa y taxativa.

2010/6374

TS Sala 1ª, Sentencia 29 enero 2010.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

#### Exclusión de responsabilidad de entidad bancaria en operación de descuento de recibos impagados

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que consideró que no existió perjuicio alguno para la entidad demandante derivado de la falta de devolución de los recibos objeto de descuento por la entidad bancaria demandada, ya que los citados recibos impagados que motivaron los cargos en la cuenta eran sólo recibos emitidos por la demandante que no prueban la existencia de la deuda reclamada, además hay que tener en cuenta que la actuación de la entidad actora ante el banco en los momentos inmediata-

mente siguientes a los cargos efectuados le habría permitido comprobar los impagados producidos, a los efectos del ejercicio de un posible derecho de reclamación frente a sus posibles deudores.

### TS PENAL

2009/271332

TS Sala 2ª, Sentencia 10 noviembre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

#### Delito contra la salud pública por transporte de droga

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delito contra la salud pública. Sostiene la Sala que, como se desprende con claridad de los hechos probados, ambos acusados actuaron de acuerdo para recibir un envío en el que se ocultaba droga, previo concierto con los vendedores que se lo remitían, existiendo por lo tanto no solo una posesión mediata de la droga, sino también unos previos actos de favorecimiento del tráfico ilícito plenamente desarrollados mediante la operación de transporte, lo que excluye la tentativa.

2009/276017

TS Sala 2ª, Sentencia 16 noviembre 2009.  
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

#### Absolución de delito de estafa al no probarse la coautoría

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues en la sentencia recurrida se dice que "ejercía -con el otro acusado- labores de colaboración comercial", precisando que el contrato de préstamo privado sólo fue suscrito por el otro acusado, sin explicar cuál es la conducta del recurrente por la que se le ha considerado coautor del delito.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/300051

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 10 diciembre 2009. Ponente: D. Manuel Vicente Garzón Herrero

#### Cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras a efectos de la interrupción del periodo de prescripción

El TS desestima el recurso de casación formulado por la Caja Rural contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que declaró conforme a derecho la resolución del TEAC, que en alzada confirmó la del TEAR de Valencia, por la que se estimó en parte la reclamación económico-administrativa formulada contra el acuerdo de liquidación del impuesto sobre sociedades, ejercicio 1987. La Sala considera que no han transcurrido los seis meses de plazo para las actuaciones inspectoras, pues cuando se produce el escrito de alegaciones en el procedimiento inspector hay que hacer dos cómputos, primero, entre la fecha del acta y la del plazo para formular alegaciones, pues si entre ellas no median 6 meses no hay paralización de actuaciones inspectoras; y segundo, entre la terminación del plazo para alegaciones y la resolución, pues si entre ellas no median 6 meses tampoco se produce la paralización. Formula voto particular D. Manuel Vicente Garzón Herrero.

2009/300085

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 9 diciembre 2009.  
Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

#### Legalidad del RD 661/2007 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la sociedad recurrente, con instalación de producción de energía eléctrica en el campo de Gibraltar, contra el Real Decreto 661/2007 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y deses-

tima también la petición de resarcimiento patrimonial a favor de la sociedad recurrente por los perjuicios que, a su entender, le ha causado aquella norma reglamentaria. La Sala considera que no hay base para sostener que, en relación con su central de ciclo combinado, el nuevo RD 661/2007 le haya despojado, en contra del principio de confianza legítima y de modo retroactivo, de derechos que tuviese reconocidos en el momento en que aquél se aprobó. Y tampoco la hay para apreciar la nulidad de los artículos 28 y 45.5 de aquel Real Decreto desde una perspectiva más general, esto es, al margen de la situación concreta de la central de ciclo combinado de la recurrente. Por un lado, el régimen transitorio permite a los afectados la opción por continuar, bajo determinadas condiciones, acogidos al sistema precedente y por otro lado, en lo que se refiere a las instalaciones de generación superiores a 100 MW obligadas a vender directamente su energía al mercado, incluyan o no componentes de cogeneración, hay razones válidas para no reconocerles el complemento asignado a las de potencia instalada inferior cuando el titular de la potestad reglamentaria, a la vista de las condiciones del mercado, considere razonablemente que la rentabilidad proporcionada por éste basta para asegurar un retorno adecuado a las inversiones.

### TS SOCIAL

2009/315118

TS Sala 4ª, Sentencia 1 diciembre 2009.  
Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarluzea

#### Desestimación de prescripción en reclamación de antigüedad

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por las empresas codemandadas frente a sentencia que acogió la antigüedad postulada por la actora.

La Sala señala que el origen de la reclamación está en la existencia de una unidad empresarial entre las mercantiles codemandadas pues no se trata de un caso de subrogación, por ello, tampoco cabe valorar la prescripción de la acción porque ya no se parte, como erróneamente pretende la parte recurrente, de una subrogación, sino que la presente acción nace de un contrato en vigor y tampoco se trata de percepciones económicas o cumplimiento de obligaciones de tracto único que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, sino del reconocimiento de un derecho que debe surtir sus efectos, ya sean económicos, promocionales o de cualquier orden, durante la vigencia del contrato, por tanto, la sentencia ha de ser confirmada.