



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 2845

Madrid, miércoles 16 de junio de 2010



TS CIVIL

2010/21693

TS Sala 1ª, Sentencia 22 febrero 2010. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

En relación a las subvenciones de explotación

Reclamación de canon pactado con AGEDI como ingresos de explotación

El TS declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y estima en parte el recurso de casación condenando a la entidad demandada - en la reclamación por la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual AGEDI- a pagar a la actora las cantidades fijadas en concepto de principal por el canon debido pactado correspondiente a los dos ejercicios señalados.

Entiende la Sala que la cuestión se centra en la determinación de si las cantidades reclamadas deben entenderse como "subvenciones a la explotación" a los efectos de ser consideradas "ingresos de explotación" para la fijación de la base de cálculo del canon de la remuneración pactada en el contrato, teniendo en cuenta que las denominadas "subvenciones a la explotación" fueron sustituidas por otros conceptos, también procedentes de la financiación pública, con distinta denominación. Estima la demanda en tanto que considera que, por aplicación del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, deben ser tomados en cuenta como ingresos de explotación, porque sustituyen a las denominadas "subvenciones a la explotación" que comprenden todas las ayudas provenientes del erario público destinadas a compensar pérdidas o paliar el déficit de explotación, por cuya razón sí quedan excluidas las subvenciones de capital destinadas a inmovilizados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre la reclamación por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual de unas cantidades correspondientes a los años 1995 a 2001 las cuales no se incluyeron en las liquidaciones efectuadas por una entidad de radiodifusión que se estiman devengadas por la utilización de productos fonográficos en su programación y en virtud de un contrato celebrado el 21 de mayo de 1992 con prórrogas tácitas anuales desde el año 1997. Las Sentencias dictadas en ambas instancias -por el Juzgado de 1ª Instancia número 4 de Majadahonda el 21 de junio de 2004 en autos de juicio ordi-

nario núm. 241 de 2.003, y por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de julio de 2.005 en el Rollo núm. 686 de 2.004 - desestiman la demanda formulada por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales -en acrónimo AGEDI- frente a la sociedad pública Radio Autonomía de Madrid S.A. - RAM- con base en la apreciación de la caducidad de la acción ejercitada. La entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos -AGEDI- respecto de sus grabaciones sonoras y audiovisuales interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que fueron admitidos por Auto de esta sala de 24 de junio de 2.008.

La alegación por la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso de casación en relación con la concurrencia de supuestas causas de inadmisión no se acepta porque no se concretan los vicios procesales, sin que quepa admitir la remisión global a otro escrito presentado en distinto momento procesal, sin perjuicio de que, de existir defectos procesales que objetan de modo relevante la admisión de cualquier motivo, se examinen a propósito de los respectivos análisis de cada uno, con lo que, además, de resultar favorecida la claridad expositiva, sin desdoro alguno del principio de defensa, se evitan repeticiones superfluas en beneficio de la regla práctica de la economía procesal.

SEGUNDO.- Antes de analizar el contenido de los respectivos motivos conviene recoger algunos antecedentes históricos de interés para la exposición. La Sentencia de la Audiencia Provincial establece la siguiente relación de hechos probados:

1º) La existencia del contrato suscrito entre las partes con fecha 21 de mayo de 1992, por el que se concedía a la demandada autorización no exclusiva de los fonogramas del repertorio de la demandante, con una duración desde el 1 de enero de 1991 hasta 31 de diciembre de 1.997, prorrogándose tácitamente por anualidades, salvo denuncia por las partes con antelación de seis meses.

2º) En el mismo se fijaba la remuneración a favor de la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, en adelante AGEDI, consistente en un canon tomando como referencia los ingresos de explotación obtenidos por la demandada -Radio Autónoma de Madrid, S.A., en adelante RAM- en cada año natural, que incluía las subvenciones, cuotas de abonados y publicidad.

3º) Como forma de pago, se estableció que dentro de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año, Ram presentaría a Agedi una liquidación de los cánones devengados durante el trimestre anterior y el importe resultante de las liquidaciones se abonaría en un plazo no superior a veinte días, una vez aprobadas las cuentas del ejercicio, teniendo la consideración de entregas a cuenta

SUMARIO

TS

CIVIL

Reclamación de canon pactado con AGEDI como ingresos de explotación 1

PENAL

Apropiación indebida y falsedad en documento privado por administrador societario 4

Apreciación de atenuante de drogadicción en delitos contra la salud pública 7

ADMINISTRATIVO

Declaración de utilidad pública contraviniendo las exigencias del RD 1955/2000 9

Inexistencia de razones excepcionales para prorrogar el procedimiento 12

SOCIAL

Exclusión del personal laboral del servicio de salud de la mejora voluntaria prevista convencionalmente 13

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

de los cánones correspondientes a la anualidad de que se tratase. Ram presentaría en cada centro emisor una liquidación resumen-anual, y Agedi se reservaba la facultad de comprobar las liquidaciones que Ram le presentara, quedando obligada a facilitar a la anterior la documentación necesaria para practicar dicha comprobación y, especialmente, la relativa a deducciones efectuadas en las subvenciones.

Las cantidades no pagadas a su vencimiento devengarían un interés anual del 12%. Ram podría solicitar a Agedi la práctica de la comprobación de la liquidación-resumen anual y Agedi debería iniciarla dentro de los seis meses siguientes al recibo de la solicitud, so pena de caducidad de la facultad de comprobación.

4º) La demanda se fundamenta en las reclamaciones por las diferencias de las liquidaciones que Agedi considera procedentes respecto de las presentadas por Ram en los ejercicios 1995, 1996, 1997, 1998, 2000 y 2001, al discrepar de los conceptos y cuantías recogidos en las mismas.

5º) Consta la presentación por Ram a Agedi de la liquidación de 1.995, el 20 de julio de 1.996, así como las sucesivas correspondientes a los trimestres y las anualidades reseñadas, y la última liquidación que era la del ejercicio de 2.001, se presentó el 20 de junio de 2.002. Con fecha 27 de abril de 2.001 por Agedi se remitió burofax a Ram en el que se indicaba que venían aplicando incorrectamente el contrato, con referencia a determinados conceptos, requiriéndoles para que les abonasen la diferencia. El 27 de junio de 2.002 se vuelve a remitir escrito insistiendo en dicho incumplimiento, ofreciendo la posibilidad de llegar a un acuerdo. El 12 de julio de 2.002, la demandada contesta manifestando su conformidad en el inicio de conversaciones. La demanda fue presentada por Agedi el 20 de marzo de 2.003. En todas las liquidaciones trimestrales y anuales se mencionaba expresamente por Ram que se hacían sin perjuicio de lo que resultara una vez efectuada la correspondiente comprobación".

La controversia en apelación se planteó en torno a la caducidad. El recurso de apelación de AGEDI se fundamentó en la inexistencia de la misma con base en la consideración de que la comprobación de las liquidaciones era una facultad conferida contractualmente a la demandada, de acuerdo con el contrato, a partir de la solicitud de la demandada a la actora

para que procediera a su comprobación, una vez realizada la liquidación resumen anual, comprobación de la liquidación que debía llevarse a cabo en el plazo de seis meses siguientes al recibo de tal solicitud, tomándose como "dies a quo" del plazo de caducidad, la solicitud de comprobación a la actora realizada por la demandada, que debía ser expresa, discrepando de la valoración de la prueba y conclusiones de la Sentencia. La Sentencia recurrida, después de poner de relieve que el apartado 13 del artículo IV del Contrato -folio 113 de autos- establece que una vez presentadas las liquidaciones anuales, como se reseñó en el Fundamento de hechos probados, la entidad RAM "podrá solicitar a Agedi la práctica de la comprobación de la liquidación-resumen anual y Agedi deberá iniciarla dentro de los seis meses siguientes al recibo de la solicitud, so pena de caducidad de su facultad de comprobación", resuelve el "thema decidendi" en el mismo sentido que la resolución de primera instancia, es decir, que el plazo convencional de caducidad de seis meses debe computarse desde la comunicación de liquidación-resumen anual, y no, como pretende AGEDI, desde que se haya efectuada por RAM una específica solicitud de comprobación (que por cierto nunca ha habido) dirigida a AGEDI. Los argumentos de la Sentencia recurrida se pueden resumir en los siguientes puntos:

a) Interpretación literal de la cláusula: "De ella se desprende, en primer término, que no existía obligación imperativa de "solicitud de comprobación" por RAM a AGEDI, dado el verbo empleado por las partes "podrá", nunca "tendrá", que hubiera determinado esa necesaria intimación para realizarla".

b) Interpretación sistemática: "Si se analiza sistemáticamente las cláusulas reseñadas atinentes a la forma de pago, se llega a la conclusión de que esa solicitud de comprobación está referida al momento de la comunicación de la liquidación, siendo a partir del mismo cuando la destinataria de la liquidación efectuada podía hacer uso de su facultad de comprobación".

En el anterior contexto razona la Sentencia recurrida que, si la propia parte demandada era la que realizaba la liquidación- resumen anual, de acuerdo con sus datos contables, que eran trasladados anualmente al Registro Mercantil, y por ende conocidos por la actora, carecía de sentido

que fuera ella la que solicitara de la demandante su comprobación, y menos aún que lo tuviera que hacer "expresamente"; y, añade más adelante, que no es lógico que la propia entidad que realiza la liquidación, la cuestione y solicite su comprobación a la contraria, sino que esa solicitud de comprobación es inherente a la notificación o comunicación cursada para que la aceptare o no la contraparte, y en este último caso, dentro del plazo de seis meses, requiriera los pertinentes documentos a tal fin, según establece el contrato suscrito.

c) Interpretación finalista: "Finalmente, el establecimiento del plazo de caducidad guarda relación con la finalidad contractual de dotar de la necesaria seguridad jurídica a las relaciones interpartes por... (las razones que expresan especialmente en relación con la remuneración, extrema complejidad de su determinación, su forma de pago y alto tipo de interés que remuneraba los intereses de demora)..., lo que justifica sobradamente que las partes establecieran con rigor un plazo de caducidad en la comprobación de esas complejas liquidaciones, en evitación de incertidumbres prolongables en el tiempo respecto de ese contrato no menos complejo, en su conjunto".

Recurso extraordinario por infracción procesal de AGEDI. Se compone de tres motivos.

TERCERO.- En el motivo primero se denuncia vulneración de las reglas de la lógica y la razón cuya observancia dispone el art. 218.2 LEC en la valoración por la sentencia recurrida de la prueba practicada, en la medida en que en la sentencia se afirma como razón decisiva para alcanzar su resultado que "en todas las liquidaciones trimestrales y anuales se mencionaba expresamente por RAM que se hacían sin perjuicio de lo que resultara una vez efectuada la correspondiente comprobación", cuando, como se deduce con diáfana claridad de la documental obrante a autos, tal declaración (y no en estos estrictos términos) era realizada por Agedi y no por Ram. El motivo se desestima por las razones siguientes:

a) El precepto citado como infringido se refiere a la motivación como requisito interno de la sentencia. Comprende dos aspectos: la coherencia formal del fundamento de la decisión judicial y que se trate de una resolución fundada en derecho. Ninguno de los aspectos ha sido violado en la resolución recurrida. Se aduce en el enunciado del motivo

vulneración de las reglas de la lógica y la razón, pero en absoluto el discurso de la sentencia impugnada incurre en tal vicio, bien al contrario, el razonamiento es plenamente coherente, y a este respecto resulta oportuno ya advertir que el acierto o desacierto en la fijación de una premisa no determina por sí solo una incoherencia en la argumentación, ya que la congruencia -coherencia formal- hace referencia a la relación entre la conclusión obtenida y las premisas o antecedentes sentados.

b) Pretende el motivo que se aprecie un error en la valoración de la prueba documental, pero la alegación no puede ser estimada porque, con independencia de que no se invoca el precepto valorativo de prueba que se supone infringido, la valoración de la prueba constituye una función exclusiva de los Tribunales que conocen en instancia. Solo, excepcionalmente, cuando se haya producido un error patente (de naturaleza fáctica), una arbitrariedad o irracionalidad cabe plantear una denuncia mediante el recurso extraordinario por infracción procesal por conculcación del art. 24.1 CE por el cauce del art. 469.1.4º LEC, y nada de ello se ha manifestado aquí.

c) Aun cuando pudieren salvarse los escollos al rigor formal del recurso extraordinario expresados, sucede que no es cierto que la apreciación aquí controvertida haya constituido "razón decisiva para alcanzar el resultado", como se pretende en el enunciado del motivo, porque basta leer con un cierto detenimiento la argumentación del juzgador "a quo" para observar que la razón decisiva o determinante "ratio decidendi" de su fallo no es el dato fáctico expresado, con independencia de que se haya recogido en el relato histórico, sino otros argumentos (los cuales hemos sintetizado en el fundamento de derecho precedente), aludiéndose únicamente a tal referencia como "a mayor abundamiento", y esta Sala tiene reiterado que este tipo de argumentos quedan excluidos de la impugnación mediante los recursos extraordinarios, entre otras razones, porque, habiendo otros principales o básicos, resultan irrelevantes, en tanto que estéril una hipotética estimación de su impugnación.

CUARTO.- En el enunciado del motivo segundo se alega vulneración de las reglas de la lógica y la razón cuya observancia dispone el art. 218.2 LEC en la valoración (omisión de valoración alguna) por la sentencia recurrida de la prueba practicada

en relación con el carácter material y formal de subvenciones que corresponde a las cantidades percibidas por RAM de la Administración Autónoma, así como en relación con los actos de RAM de reconocimiento con la inclusión de tales cantidades en la base del canon en un contrato idéntico al que es objeto de estos autos. Este motivo se formula para el caso de que fuere acogido el motivo casacional que ataca la interpretación del punto 13 de la cláusula IV, y, casada la sentencia, esta Sala entre a resolver sobre el alcance e interpretación de los puntos 2 y 3 de la cláusula IV del contrato.

El motivo se rechaza porque se halla condicionado a una apreciación ulterior que ahora no cabe anticipar, si bien debe advertirse que, siendo consciente esta Sala de la problemática similar a la ahora planteada que puede suscitarse en ocasiones habida cuenta las deficiencias estructurales existentes en el sistema de recursos extraordinarios, lo que está dando lugar a ciertas Sentencias de esta Sala, que, una vez casada la recurrida, acuerdan su remisión al Tribunal que conoció en instancia, todo ello para evitar la indefensión, en cualquier caso, bien por una tal remisión, bien por operatividad de la asunción de la instancia, en la que se examinará el contenido de las actuaciones en la medida que proceda, el contenido del motivo queda desprovisto de finalidad como tal, y, por consiguiente, infértil jurídicamente.

Lo expuesto es también aplicable "mutatis mutandi's" al motivo tercero que plantea similar impugnación que el anterior, aunque ahora relativa a la omisión de valoración sobre los elementos probatorios que explican las razones de que en la fecha de suscripción del contrato (1.992) se pusiese como ejemplo a "las subvenciones a la explotación" de la financiación pública recibida por RAM que debía incluirse en la base para el cálculo del canon.

QUINTO.- Desestimados los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal procede acordar:

- a) La desestimación del recurso.
- b) La condena al pago de las costas de la parte recurrente (art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC).
- c) Se pase a examinar el recurso de casación (Disposición Final 16ª, ap. 1, regla 6ª LEC).

Recurso de casación de AGEDI. Se compone de nueve motivos.

SEXTO.- En el primer motivo del recurso de casación se denuncia infracción del art. 1.281.1 CC por cuanto que la Sentencia objeto de recurso otorgó un alcance al contrato (concretamente al punto 13 de la cláusula IV) incompatible con la diáfana literalidad de lo en dicha cláusula

pactado, respecto al establecimiento del "dies a quo" para el cómputo del plazo de caducidad pactado en dicho punto 13. En el motivo segundo del recurso se denuncia incorrecta aplicación de los artículos 1281.2 y 1282 en relación con el 1285, todos ellos del Código Civil, por cuanto la sentencia recurrida sin tomar como punto de partida la literalidad de lo pactado en el contrato (punto 13 de la cláusula IV) elabora una tesis sobre la intención contractual de las partes y la interpretación sistemática del contrato incompatible no solo con la literalidad de lo pactado por las partes en uso de la autonomía de su voluntad, sino contrario a la lógica. Los dos motivos se examinan conjuntamente porque están interrelacionados de modo que es posible, e incluso oportuna, una respuesta unitaria.

Los motivos se desestiman (parcialmente, por lo que se dirán en el fundamento séptimo) por las razones siguientes: En primer lugar, porque la interpretación de los contratos es una función que corresponde a los Tribunales que conocen en instancia, y solo excepcionalmente es revisable en casación cuando concurra ilegalidad, arbitrariedad o irrazonabilidad -falta de lógica- (SS., entre las más recientes, de 9, 18 y 19 de febrero, 2 de marzo, 22 de abril, 8, 14 y 26 de mayo, 15 de junio y 3 de diciembre de 2.009).

Ello significa que el control solo es posible cuanto la interpretación efectuada por el juzgador "a quo" contradiga abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado, o sea manifiestamente errónea (S. 16 de diciembre de 2.008), sin que quepa sustituir el criterio de la sentencia recurrida por otro que se estime preferible o más oportuno (SS., entre otras, 14 de abril de 2.008, 18 y 27 de febrero y 12 de mayo de 2.009), y debiendo prevalecer la interpretación impugnada aunque no sea la única posible (SS. 19 de febrero de 2.001, 27 de febrero y 12 de mayo de 2.009), o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o absoluta exactitud (SS., entre otras, 5 de febrero y 12 de mayo de 2.009).

La resolución recurrida realiza una amplia argumentación para fundamentar la conclusión que sostiene, y se apoya en los elementos hermenéuticos literal, sistemático y finalista que permiten sostener un resultado interpretativo que no es, en absoluto, ilegal, arbitrario o irrazonable, por lo que debe ser mantenido.

En los motivos del recurso se alega: la diáfana literalidad de la cláusula (de la que se deduce que si no hay intimación de RAM a AGEDI -es decir, solicitud de comprobación- no se inicia el plazo de caducidad pactado), la cual resulta incompatible con la interpretación que realiza la sentencia recurrida; que nada obsta el término "podrá" por cuanto que la realización de la solicitud de com-

probación tiene carácter discrecional, no obligatorio, para la entidad RAM; el error en la valoración de la prueba (volviendo a insistir en el tema ya tratado a propósito del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal); y, finalmente, que, con la interpretación de la resolución recurrida, la cláusula queda sin sentido.

Las alegaciones de los motivos del recurso carecen de consistencia para desvirtuar los argumentos de la sentencia recurrida, y menos todavía, lo que resulta suficiente para desestimar el planteamiento casacional, para convencer a este Tribunal de que se ha producido una clara contradicción del espíritu o de la letra del texto interpretado.

El recurso hace especial hincapié, como se dijo, en la literalidad de la cláusula. Sucede sin embargo que tal literalidad no responde a una regla de normalidad, dado que no es lógico que en el ámbito jurídico quien realiza la liquidación de lo que adeuda tenga que solicitar explícitamente del acreedor que realice la comprobación para que pueda iniciar el cómputo de caducidad del plazo para ejercitar la facultad de comprobación.

Esta rareza, o extravagancia -en el sentido jurídico-, es lo que explica el acierto del juzgador "a quo" de no detener su tarea interpretativa en el examen de la literalidad. Para que el elemento hermenéutico gramatical sea decisivo, y excluyente de los demás, es preciso que el texto de la cláusula sea en su espíritu o en su letra suficientemente claro y expresivo, sin que la claridad y expresividad quepa limitarla a las palabras que integran la frase o inciso, sino que hay que tener en cuenta el contexto en que están insertas e incluso el conjunto contractual.

Los esfuerzos argumentativos del recurso para convencer de la lógica de la cláusula, la cual niega la sentencia impugnada, no resultan fructíferos, pues si posiblemente, con la interpretación de la resolución recurrida, la alusión contractual de que se trata pierde su sentido, menos sentido tiene, porque menos razonable es, que entregadas las autoliquidaciones, respecto de las que la parte acreedora -AGEDI- se reserva expresamente la comprobación, tenga que hacer RAM una manifestación explícita de solicitud de comprobación, sea en el mismo documento, o en otro separado, para que comience el plazo de caducidad. Supeditar la caducidad al cumplimiento de tal intimación resultaría formalmente desproporcionado y materialmente abusivo.

Finalmente, dejando a un lado la referencia del recurso al error en la valoración probatoria, que no requiere más respuesta porque su denuncia no tiene aquí ubicación idónea y, además, ya se contestó a propósito

del recurso extraordinario por infracción procesal, debe añadirse que, dada la reserva de comprobación (que debe entenderse a que durante un plazo de seis meses podían hacerse objeciones) de las liquidaciones, que por AGEDI se hacían constar en las facturaciones trimestrales y de resumen anual, es razonable apreciar una confianza en RAM de que no era necesaria otra conducta, porque en otro caso es lógico que obrase de diferente manera, e incluso, de haber disconformidad con la queja, denunciando la prórroga del contrato.

Y ello se corresponde, correlativamente, con que no había lugar a una confianza en AGEDI de que, en tanto no se recibiese la "solicitud específica de comprobación", no se iniciaría el plazo de caducidad para ejercitar la facultad al respecto, pues no es razonable que, no habiéndose producido en ningún caso tal solicitud -intimación-, se creyese que se tenía una facultad indefinida durante la vigencia del contrato y de sus prórrogas.

En definitiva, que la propia conducta de las partes contribuye a revelar el alcance interpretativo de la cláusula, por lo que, aparte de lo dicho respecto a la interpretación como función soberana de los Tribunales de instancia, ahora, en una ponderación positiva, se comparte el criterio de la resolución recurrida, y se reafirma desde una perspectiva de buena fe objetiva -confianza creada-.

SÉPTIMO.- Lo razonado con anterioridad, puesto en relación con el supuesto enjuiciado, y más concretamente con la relación de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial transcrita en el fundamento de derecho segundo de esta resolución, debe ser matizado en el sentido de limitar su aplicación a los ejercicios respecto de los que operó la caducidad por no haberse ejercitado la facultad de comprobación, sin que sea aplicable a las liquidaciones de los años 2.000 y 2.001, porque claramente consta como hecho probado en el ordinal 5 de la relación expresada que, el 27 de abril de 2.001, por AGEDI se remitió burofax a RAM en que se le indicaba que venían aplicando incorrectamente el contrato, lo que supone el ejercicio de la facultad de reclamación.

No obsta a lo anterior el tiempo tardado en presentar la demanda, pues para ello ya no juega la caducidad convencional, sino la prescripción extintiva de la acción; y por otro lado tampoco obsta que lo antes resuelto no responda a una petición concreta de la parte recurrente, pues no hay incongruencia cuando, dentro de la misma pretensión, se concede menos de lo pedido, en virtud de la regla de que "lo más comprende lo menos".

Como consecuencia de lo dicho, procede estimar el recurso de casa-

ción y asumir la instancia para conocer del fondo del asunto, en la medida que resulta de lo antes razonado, ponderando al respecto las razones expuestas por las partes.

OCTAVO.- El "thema decidendi" se centra en la determinación de si las cantidades reclamadas correspondiente a los años 2000 y 2001 deben entenderse como "subvenciones a la explotación" a los efectos de ser consideradas "ingresos de explotación" para la fijación de la base de cálculo del canon de la remuneración pactada en el contrato.

El problema radica en que, primero parcialmente, y posteriormente en su totalidad, las denominadas "subvenciones a la explotación" fueron sustituidos por otros conceptos, también procedentes de la financiación pública, con distinta denominación - "subvenciones de capital destinados a compensar pérdidas"; "contratos programa"; "aportación de socio"; "primas de emisión". Para AGEDI, estos conceptos deben ser tomados en cuenta como ingresos de explotación, porque sustituyen a las denominadas "subvenciones a la explotación" que comprenden todas las ayudas provenientes del erario público destinadas a compensar pérdidas o paliar el déficit de explotación, por cuya razón sí quedan excluidas las subvenciones de capital destinadas a inmovilizados. Para RAM no se comprenden en las "subvenciones a la explotación" porque las mismas se refiere únicamente a las sumas para compensar los menores precios - "precios políticos", o precios subvencionados de determinadas entidades que cubren un servicio de interés general.

Esta Sala en Sentencias de 12 de febrero de 2.009 y 17 de febrero de 2.010, la primera relativa a "primas de emisión" y la segunda a todos los conceptos antes expresados, ya resolvió litigios similares entre AGEDI y Televisión Vasca y AGEDI y Televisión Autonomía de Madrid, respectivamente, en el sentido de entender incluidos dichos conceptos en los ingresos de explotación previstos en los respectivos contratos. Esta solución debe reiterarse aquí por aplicación del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, dando por reproducidas las razones expuestas en la segunda Sentencia de las antes mencionadas. Como mera síntesis de lo argumentado en la misma procede señalar que la decisión adoptada se fundamenta en la insuficiencia de la interpretación literal del término contractual "subvenciones a la explotación" para resolver el tema en uno u otro sentido, y la mayor solidez de la argumentación de AGEDI en relación:

a) Con el marco legal y práctica del momento en que se perfeccionó el contrato.

b) El que los nuevos conceptos de financiación pública tienen el mismo

origen, finalidad y función que las anteriormente denominadas "subvenciones a la explotación", a la que sustituyeron sin que tal cambio denominativo fuera previsible al tiempo de celebrarse el contrato.

c) El mantenimiento del equilibrio económico contractual, en relación con los principios de la "necessitas" (art. 1.256 CC) y de la buena fe objetiva (art.1. 258 CC). Por todo ello, procede estimar la demanda en relación con las cantidades reclamadas en la demanda correspondientes a los años 2.000 y 2.001 que ascienden a 27.343,73 euros y 31.991,22 euros, respectivamente.

NOVENO.- No procede condenar al pago de los intereses moratorios pactados respecto de las sumas expresadas por aplicación de la moderna doctrina de esta Sala en la materia. En materia de intereses moratorios, esta Sala, especialmente a partir del Acuerdo de Pleno de 20 de diciembre de 2.005, ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla encarnada en el brocardo "in illiquidis non fit mora" sustituyéndola, con carácter general, por la del canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del "dies a quo" del devengo.

Se toman como pautas para ponderar la racionalidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias propias del caso (SS., entre otras, 4 de junio de 2.006; 9 de febrero, 14 de junio, 2 de julio, 8 y 16 de noviembre de 2.007; 25 de marzo, 19 de mayo, 22 y 24 de julio, 11 de septiembre, 15 de octubre y 3 de noviembre de 2.008; 10 y 25 de marzo, 6 de abril, 28 de mayo y 6 de julio de 2.009). Se atiende, fundamentalmente, dicen las SS. de 20 de febrero y 24 de julio de 2.008, y 25 de marzo y 16 de octubre de 2.009, a la certeza de la deuda u obligación aunque se desconociera su cuantía.

En el presente proceso, y en lo que atañe a los conceptos discutidos en el pleito consistentes en "subvenciones de capital para compensar pérdidas", "contratos programa", "primas de emisión" y "aportación de socio", la procedencia de su inclusión en las liquidaciones era discutible, en cuanto que discutible era si cabía considerarlos como "ingresos de explotación" - "Subvenciones a la explotación". Por consiguiente, en la perspectiva del canon de la razonabilidad, ni el fundamento de la pretensión actora era tan evidente que estuviera exento de algunas dudas razonables, ni la oposición de la entidad demandada estaba totalmente carente de razones para estimar que los conceptos expresados debían ser tomados en cuenta para fijar la

base del cálculo del canon de la retribución contractualmente pactada.

DÉCIMO.- La estimación parcial de la demanda, así como de los recursos de apelación y de casación conlleva que no se haga condena en costas en ninguna de las dos instancias ni en este recurso (arts. 394.1 y 398.2 LEC). Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

PRIMERO.- Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales -AGEDI- contra la Sentencia dictada por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de julio de 2.005, en el Rollo número 686 de 2.004, condenando a la parte recurrente a pagar las costas procesales causadas en el mismo.

SEGUNDO.- Que estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de AGEDI contra la Sentencia expresada en el apartado anterior, y con estimación parcial de la demanda formulada por dicha Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, condenamos a la parte demandada Radio Autonomía Madrid, S.A. -RAM- a pagar a la actora las cantidades de

27.343,73 euros, por el concepto de principal por el canon debido correspondiente al ejercicio de 2000, y de 31.991,22 euros de principal por el canon debido correspondiente al ejercicio de 2.001, desestimando la demanda en lo restante.

TERCERO.- No se hace especial condena en costas respecto de la primera y segunda instancia y tampoco por el recurso de casación.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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

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



2010/9943

TS Sala 2ª, Sentencia 2 febrero 2010. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

Apropiación indebida y falsedad en documento privado por administrador societario

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el acusado y la acusación particular contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de apropiación indebida y falsedad en documento privado. Subraya el Tribunal que el administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo, "administra" mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el art.295 CP 95, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un delito societario. Mientras que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del art.252 CP 95 en la modalidad de distracción de dinero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Urbano

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, al amparo del artículo

849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal. Sostiene que a la vista de los hechos y de las pruebas ha de excluirse cualquier propósito apropiativo ya que actuó con la fina-

lidad de liquidar y resolver la herencia a favor de los herederos. Añade que no ha sido probada ninguna gestión desleal y que el título que creó la relación jurídica entre fallecido y acusado (apoderamiento amplio para realizar toda clase de actos de disposición de sus bienes) no instituye una obligación de entrega o devolución.

1. Cuestiona el recurrente, en primer lugar, la existencia de un elemento subjetivo consistente en el propósito de apropiarse de lo ajeno. La intención del autor de un hecho es un elemento subjetivo cuya prueba se alcanza a través de un proceso deductivo construido sobre la base de otros datos previamente acreditados. En el hecho probado se declara que el acusado, que había recibido amplios poderes del fallecido D. Cesáreo, procedió en octubre de 2003 a la adquisición de varias acciones que vendió a terceros el día 2 de enero de 2004, un día después del fallecimiento de aquel, percibiendo por la venta 94.625,75 euros de los que dispuso en su propio beneficio sin dar cuenta de ello a los herederos y sin incluirlo en la declaración dirigida al departamento de Tributos, excepto 14.390,35 euros que sí declaró. Igualmente se declara probado que, con la finalidad de eludir responsabilidades, presentó a los herederos un documento manuscrito por él mismo en el que el fallecido D. Cesáreo lo autorizaba a vender las acciones y a hacer suyo el importe, documento en el que aparecía una firma que simulaba haber sido estampada por aquél, cuando se había incorporado al documento "calcándose con lápiz de grafito y repasándose posteriormente con un bolígrafo azul" (sic).

De estos datos resulta con toda claridad que el acusado recurrente, luego de la venta de las acciones y de hacer suyo el importe percibido, trató de ocultarlo a los herederos y más tarde, al percatarse éstos de lo ocurrido, intentó acreditar mediante un documento falsificado que tal cantidad le había sido donada por el fallecido. De ello se desprende el propósito de incorporar a su patrimonio, de forma definitiva, el importe de la venta de las acciones, que no le pertenecía.

2. En cuanto a la prueba de la gestión desleal, resulta de lo que se acaba de exponer. Afirma el recurrente que no ha violado los deberes de fidelidad. Es claro, sin embargo, que al hacer suyo el importe de bienes que pertenecían a su principal ha ido más allá de las facultades conferidas por el título que le permitía disponer de esos bienes. Dicho de otra forma, ni el título de administrador derivado de los amplios poderes otorgados, ni su situación en ese momento, le autorizaban a incorporar definitivamente a su patrimonio el importe de la venta.

Cuando se habla de gestión desleal se hace referencia al incumplimiento de los deberes de lealtad. Pero tal

cosa puede ocurrir en dos casos diferentes. De un lado, el administrador puede realizar determinadas conductas, propias de su condición y en el marco de sus atribuciones, en las que abusando, sin embargo, de las funciones propias de su cargo, actúa fraudulentamente causando un perjuicio, entre otros al titular de los bienes administrados. Cuando se trata de administradores de sociedades, tal conducta se encuentra prevista en el artículo 295 del Código Penal, siempre que se ejecuten los comportamientos típicos.

De otro lado, el administrador puede aprovechar su cargo para realizar acciones en las que, disponiendo del patrimonio de su principal, que administra por encargo de éste, lo incorpora de modo definitivo, en todo o en parte, a su patrimonio particular, excediendo de las facultades que le han sido conferidas.

También aquí actúa con deslealtad, pero alcanza un grado superior, pues no solo violenta los deberes de lealtad que le imponen una administración respetuosa con la *lex artis*, sino que además, abusa de su posición para actuar fuera de las facultades conferidas e incorporar a su patrimonio lo que pertenece al de su principal. Cuando se trata de dinero o cosas fungibles, tal clase de conducta es identificada como "distracción" en la terminología empleada por el Código Penal en el artículo 252.

Esta forma de entender ambas conductas encaja con lo que se decía en la STS núm. 1114/2006, de 11 de abril, en la que se afirmaba que "la expresión "distracción" debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La Ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su poder de disposición". En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS núm. STS 915/2005, de 11 de julio.

En consecuencia, el administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo "administrador" mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un delito societario. Mientras que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero.

3. Finalmente, alega que el título por el que recibió los bienes no estatuye una obligación de entregar o devolver. La naturaleza de la relación jurídica debe ser examinada en ocasiones para determinar si puede ser

incluida en el artículo 252 del Código Penal. No es lo que ocurre en el caso, pues la administración es una de las mencionadas expresamente en el texto legal.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la aplicación indebida del artículo 395 entendiéndolo que, en todo caso debió aplicarse el artículo 396 que sanciona el uso del documento falso. Afirma que la prueba pericial caligráfica no ha permitido acreditar que la firma del documento hubiese sido estampada por el recurrente, aunque sí el texto del documento. Niega que concurra el elemento subjetivo consistente en causar perjuicio a tercero, pues actuó para favorecer a los herederos. Y, además, dice, no puede asegurarse que la última voluntad del fallecido no fuera donarle esa cantidad.

1. El artículo 28 del Código Penal considera autores a quienes realizan el hecho (típico) por sí solos o conjuntamente (con otros). La jurisprudencia ha entendido que para apreciar la coautoría no basta el acuerdo sino que es precisa una aportación relevante en fase la ejecución del delito, aunque no necesariamente ha de consistir en la realización del verbo nuclear del tipo.

De otro lado, el delito de falsedad no es de propia mano, de forma que solo pueda ser considerado autor quien materialmente realiza el acto falsario.

2. En el caso, el recurrente reconoce que la autoría del texto del documento en el que consta la firma falsificada le es atribuida de forma correcta. En el hecho probado se declara que él lo presentó a los herederos cuando estos se percataron de la venta de las acciones y que en el documento se hacía constar que el fallecido le había donado esa cantidad. El documento no ha estado en poder de otra persona distinta ni favorece a tercero.

Es evidente, por lo tanto, que es razonable la conclusión según la cual elaboró, al menos, el texto del documento con la finalidad de perjudicar a los herederos ocultándoles su derecho sobre una parte de los bienes de la herencia, de modo que puede declararse probado que participó en la falsificación del documento al menos redactando su texto, lo que autoriza a considerarlo autor.

Finalmente, en cuanto a que tal fuera la voluntad del fallecido, no aparece en la sentencia nada que así lo indique. Al contrario, consta que otorgó poderes amplios a favor del recurrente en enero y abril de 2003 y que no realizó donación alguna ni dispuso manda o legado a favor del recurrente cuando pudo hacerlo, concretamente el día 27 de octubre en

que otorgó testamento sin mencionar en él al recurrente.

Por todo ello, el motivo se desestima.

TERCERO.- Formaliza otro motivo en el que anuncia quebrantamiento de forma y error de hecho en la apreciación de las pruebas para luego referirse solo a esta última cuestión. Designa como documentos la correspondencia bancaria que el fallecido recibía en la residencia, de donde deduce que estaba al tanto de todo; las escrituras de otorgamiento de poder, de las que extrae la capacidad del fallecido; y las transferencias hechas a los herederos en relación con la herencia, lo que le permite afirmar su existencia.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular

del documento que el recurrente designa.

2. Ninguno de los documentos designados en el motivo demuestra un error del Tribunal al declarar probado que vendió las acciones e hizo suyo el importe. La documentación bancaria puede demostrar que, efectivamente, el fallecido la recibió, pero, además de referirse a hechos anteriores en el tiempo a su fallecimiento, no demuestra que realizó donación de ninguna clase. Las escrituras de poder acreditan que efectivamente fueron otorgados, pero no acredita ningún hecho contrario a lo que se afirma en la sentencia, en cuyos hechos probados no se niega la capacidad del fallecido para testar o para otorgar poderes. Y, finalmente, los documentos sobre las transferencias bancarias hechas a los herederos acreditan que esas concretamente fueron realizadas, pero en nada contradicen el relato fáctico en cuanto afirma que el recurrente se apoderó de un dinero que no le correspondía.

Por todo ello, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el último motivo del recurso se queja de la vulneración de la presunción de inocencia. Sostiene que procede la absolución al concurrir en el caso dudas razonables, haciéndose alusiones a un plan preconcebido a pesar de que existen pruebas que conducen a la conclusión contraria o al menos a mantener una duda razonable en cuanto al delito de apropiación indebida, pues la gestión que realizó fue leal y admitida por el fallecido.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado, bajo la iniciativa de la acusación, una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, valorado razonablemente, sea suficiente para desvirtuar racionalmente aquella presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos determinados hechos y la participación del acusado en ellos.

De la valoración ha de resultar, además, que la versión del acusado, de existir, debe ser rechazada por insuficientemente razonable.

2. En el caso, el recurrente se limita a mencionar la existencia de dudas y a afirmar que su gestión fue leal.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo que pudiera realizar en cumplimiento de sus funciones como administrador hasta el momento en que procedió a la venta de las acciones, lo cierto es que tras percibir su importe no lo entregó, como correspondía, a los herederos, sino que lo hizo suyo, tratando de justificarlo en una pretendida donación que quiso acreditar con un documento que se avalaba con la firma falsificada del fallecido.

Esos son los hechos que determinan la condena, respecto de los cuales la prueba resulta con claridad de la propia sentencia, sin que el recurrente alegue en contra de la valoración realizada por el Tribunal otra cosa que apelaciones a la doctrina general.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso de la acusación particular

QUINTO.- La acusación particular, en nombre de algunos de los herederos del mencionado D. Cesáreo, interpone recurso de casación y en el primer motivo denuncia error en la apreciación de la prueba, con apoyo en el artículo 849.2 de la LECrim. Sostiene que en la redacción del hecho probado se omite cualquier referencia a la apropiación indebida cometida por el acusado sobre el producto de la venta de dos pisos propiedad del fallecido, pocos meses antes de su muerte.

Entienden que en las actuaciones existen elementos de prueba suficientes, pues los pisos fueron vendidos por un precio muy inferior al de mercado. A lo largo de la argumentación desarrollando el motivo se citan varios folios de la causa que se refieren sustancialmente a las reuniones previas a la venta de los dos pisos, propuesta por el acusado, y celebrada con dos letrados que representaban a los herederos de la esposa del fallecido D. Cesáreo, cuando éste aún vivía; a la constitución de la sociedad compradora, que tuvo lugar en la misma fecha en que se hacía la mencionada propuesta; a la venta de los dos pisos a la sociedad compradora; y a la venta de los mismos dos pisos por esa misma sociedad a terceros en menos de un año por un precio superior. Añaden los recurrentes que el acusado percibió una recompensa económica por proponer la venta en esas condiciones.

1. Los documentos designados pueden ser tenidos en cuenta a los efectos de acreditar los hechos a los que se refieren, pero no demuestran que el Tribunal se haya equivocado al excluir aquellos del relato fáctico, al carecer de relevancia jurídico penal.

Efectivamente, los documentos se refieren a las ventas sucesivas por precios diferentes, pero no acreditan el engaño a los dos letrados que, en nombre de los herederos de la esposa

fallecida del citado D. Cesáreo, aceptaron la venta en los precios propuestos. Ni tampoco demuestran el engaño a los mismos herederos, cuando nada les impedía solicitar una tasación o realizar cualquier otro acto de verificación del mercado antes de aceptar la venta. Y tampoco acreditan que el acusado hubiera percibido de esa forma una parte del precio o una recompensa entregada por los compradores por la venta en esas condiciones.

Por lo tanto, y sin perjuicio de las acciones civiles a las que expresamente se refiere la sentencia de instancia, el motivo se desestima.

SEXTO.- En el motivo segundo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncian la inaplicación indebida del artículo 250.2 en relación con el 250.1, 1, 6 y 7 del Código Penal, al no haber condenado al acusado como autor de un delito de apropiación indebida cualificado.

1. El artículo 250.1 se refiere en su apartado primero a los casos en los que la estafa (o la apropiación indebida) recaigan sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

El acusado ha sido condenado solamente por la distracción, haciéndolo suyo, del importe de la venta de unas acciones que eran propiedad del fallecido, en lugar de entregarlo a los herederos, sin que se tenga en cuenta como hecho delictivo ninguna acción relacionada con viviendas. Por otra parte, ningún elemento de los hechos permite considerar esa cantidad como una cosa de primera necesidad o un bien de utilidad social.

2. El apartado 6º del citado artículo ha sido aplicado por el Tribunal. Y el 7º, que se refiere a los casos en los que se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional, exige para su aplicación en los delitos de apropiación indebida, que se aprecie el aprovechamiento de una previa relación que vaya más allá de la defraudación de la confianza que ya exige el delito por su propia configuración.

Se decía en la STS núm. 782/2008, que “la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal, quedaba 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”, y en la STS núm. 1028/2007 se hacía referencia al aprovecha-

miento que el autor hacía de la situación creada por la existencia de esos vínculos.

En el caso, en los hechos probados se describe que el acusado, que tenía poderes del fallecido a causa de la confianza que éste tenía en él, un día después de su muerte vendió varias acciones y se quedó con el importe de la venta. El nombramiento de administrador con amplios poderes supone en sí mismo la concesión de una confianza que, de no existir, impediría el mismo nombramiento, aunque luego se vea defraudada por la acción delictiva. Por lo tanto, la aplicación del precepto exigiría una vinculación especial determinante de una relación de confianza más allá de la genérica y distinta de ésta, que en el caso no se describe, y un aprovechamiento de esa mencionada relación que tampoco consta.

En cualquier caso, la apreciación de este elemento de agravación no produciría efectos necesarios en la pena, y, no siendo aplicable el apartado 1º, no daría en ningún caso lugar a la aplicación del artículo 250.2.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- En el tercer motivo se quejan los recurrentes de la pena impuesta al acusado, pues consideran que debió imponerse una pena mayor. Afirman que cuando no concurren circunstancias debe partirse del punto medio de la pena.

1. Los recurrentes se basan en una afirmación que carece de base en la ley, al decir que debe partirse del punto medio de la pena. La ley dispone que cuando concurren una circunstancia atenuante, como es el caso, la pena se impondrá en la mitad inferior, artículo 66.1.1 del Código Penal. La graduación dentro de la mitad inferior deberá hacerse teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del culpable, aplicando así lo dispuesto en el apartado 6º del mismo artículo previsto para los supuestos en los que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes.

2. En el caso, el Tribunal ha individualizado la pena por el delito de apropiación indebida en un año y seis meses de prisión, cercana al mínimo legal, en el que ha concretado la que ha impuesto por el delito de falsedad, seis meses de prisión, por lo que se ha mantenido dentro de los límites de la ley.

Ni en la sentencia ni en el motivo se contienen razones objetivas que determinen la arbitrariedad o manifiesto error en la individualización de la pena, por lo que no se aprecian motivos bastantes para su rectificación.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- En el cuarto y último motivo se quejan los recurrentes de

que el Tribunal no ha resuelto todos los puntos de la acusación. Señalan que en las conclusiones definitivas se introdujo acusación sobre unos hechos, relativos a ventas de valores del BSCH por importe de 19.753,30 euros, sobre los que versó parte del interrogatorio, resolviendo la sentencia en el sentido de no pronunciarse sobre los mismos al entender que de hacerlo causaría indefensión al acusado. Asimismo, interesan que el Tribunal se pronuncie sobre tales hechos añadiéndolos a los declarados probados.

1. El vicio de incongruencia ha de ser entendido como un desajuste material entre el fallo judicial y los términos en los cuales las partes formulan sus pretensiones.

Constituye doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que este derecho "incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuizada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental", (STC 67/2001, de 17 de marzo).

Esta Sala, por su parte, en doctrina recogida, entre otras, en las Sentencias de 28 de marzo de 1994, 18 de diciembre de 1996, 23 de enero, 11 de marzo y 29 de abril de 1997, y STS núm. 1288/99, de 20 de setiembre, ha señalado que es preciso que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos:

A) Que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustentan, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada siendo suficiente una respuesta global genérica (según los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1996).

B) Que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida (SSTC núms. 169/1994; 91/1995; y 143/1995), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la

pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 263/1993; y SSTS de 9 de junio y 1 de julio de 1997).

Se exige, además, que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. En estos últimos casos, esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación", (STS núm. 1095/99, de 5 de julio de 1999).

2. La jurisprudencia ha entendido que es posible incluir en las conclusiones definitivas de las acusaciones aspectos fácticos no contemplados en las provisionales que, apoyándose en el resultado de las pruebas practicadas en el juicio oral, contribuyan a una mejor descripción de lo sucedido según la versión de quien lo sostiene. Pero siempre ha de tratarse de aspectos accidentales que no alteren sustancialmente el hecho que constituye el objeto del proceso, pues de hacerlo así, podría causarse indefensión. De otro lado, las pruebas a practicar en el juicio oral, han de ser las que se refieran a los hechos alegados por las partes, y no las relativas a otros hechos que nada tienen que ver con sus conclusiones.

3. En el caso, el Tribunal ha dado una respuesta expresa a la pretensión de la parte, aunque ésta no la considere satisfactoria en cuanto que se niega a su consideración. Por lo tanto, no cabe apreciar incongruencia omisiva.

No obstante, debe ser analizado si el Tribunal tenía la obligación de examinar ese aspecto de la acusación finalmente formulada. Alega el recurrente que esos hechos fueron objeto del interrogatorio.

En línea de principio, el interrogatorio solamente puede versar sobre los hechos contenidos en la acusación o en la versión que la defensa aporte en ejercicio de su derecho. Dicho de otra forma, sobre los hechos objeto del proceso. Es posible referirse a hechos periféricos en la medida en que conduzcan a esclarecer los contenidos en la acusación. Pero no es posible practicar pruebas sobre otros hechos diferentes, pues la prueba solo es pertinente si se refiere a los primeros y no es proce-

dente en ese momento la ampliación del objeto del proceso.

De otro lado, los hechos a los que se refieren los recurrentes no son irrelevantes penalmente. Pues de apreciarse su existencia, podrían dar lugar a la apreciación de dos delitos diferentes o de un delito continuado, con obvias consecuencias perjudiciales para el acusado.

Por lo tanto, el Tribunal, que pudo impedir el interrogatorio sobre esos extremos, actuó correctamente al excluirlos de la sentencia.

El motivo se desestima.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuestos por las representaciones procesales del acusado Urbano, y de la acusación particular Ángel Jesús y Milagrosa, y Bruno, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Tercera), con fecha 20 de abril de 2009, en causa seguida contra Urbano, por delito de apropiación indebida y falsedad en documento privado.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, 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. Andrés Martínez Arrieta.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

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

2009/300016

TS Sala 2ª, Sentencia 30 noviembre 2009. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Apreciación de atenuante de drogadicción en delitos contra la salud pública

Desestimando el recurso de casación interpuesto por la acusada,

la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que aprecia en el recurrente la atenuante de drogadicción, por cuanto constituye una patología encuadrada dentro de las enfermedades reconocidas por la OMS. Su sintomatología se manifiesta en una compulsión no controlable, salvo en los espacios inmediatamente subsiguientes al consumo de una dosis satisfactoria, lo que le convierte en un enfermo que puede orientar su comportamiento hacia conductas funcionalmente dirigidas a procurarse dinero para adquirir la droga o bien a participar en operaciones de tráfico con utilización de parte para el propio consumo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La naturaleza de los recursos presentados exige examinar en primer lugar el formulado por Daniela que suscita, como cuestión previa, la validez de las escuchas telefónicas.

1.- Sostiene que las escuchas telefónicas se han realizado de forma indiscriminada con ausencia de un verdadero control judicial efectivo, sin proporcionalidad en la medida y con graves irregularidades que impiden que su contenido pueda ser valorado como prueba de cargo. El oficio policial, según su personal visión, no es veraz y además se basa en meras sospechas. Cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional y termina postulando la nulidad de la intervención, con la consecuente contaminación de todas las pruebas derivadas de la misma.

2.- El examen de las actuaciones pone de relieve la inconsistencia de sus argumentaciones. El oficio policial se basa en denuncias, declaraciones y vigilancias, que han sido debidamente acreditadas. El auto judicial que obra a los folios 11 a 15 es irreprochable en cuanto a su fundamentación fáctica y jurídica, por lo que cubre las exigencias constitucionales y legales.

3.- El control judicial ha sido completo y ha cubierto las exigencias de fiscalización en cada uno de los momentos por los que ha pasado la intervención telefónica. La lectura del desarrollo de la investigación desvanece cualquier pretensión impugnatoria. Las prórrogas se han ajustado a las exigencias marcadas, la fe pública judicial ha acreditado cada uno de los pasos dados y su resultado es plenamente válido para incorporarlo al acervo probatorio. La proporcionalidad de la medida está fuera de toda discusión. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Este motivo invoca la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa que después reproduce por la vías del quebrantamiento de forma en el motivo sexto por lo que los contestaremos conjuntamente.

1.- Advierte que en el escrito de conclusiones provisionales solicitó la práctica de un contraanálisis de la sustancia intervenida, prueba que fue admitida por la Sala, pero no se llevó a cabo sin que se diese explicación de esta omisión.

2.- Como pone de relieve el Ministerio fiscal el contraanálisis no se llevó a efecto, pero ello no ha producido indefensión que tenga relevancia constitucional. Durante toda la tramitación de la causa la defensa pudo y debió someter a contradicción este punto si es que consideraba que los análisis obrantes eran falsos o inconsistentes. El perito compareció en el juicio y fue sometido a interrogatorio contradictorio por la defensa. Además nunca ha negado que la sustancia ocupada fuese cocaína, pero cuestionaba su grado de pureza. La prueba, a los efectos de negar la evidencia de los hechos resultaba intranscendente y, además, deliberadamente retardada. Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- El motivo tercero se canaliza por la vía del error de derecho por estimar que se ha infringido por inaplicación la atenuante de grave adicción a las drogas (artículo 21. 2º del Código Penal).

1.- De forma inadecuada, y por caminos que la dirección letrada debe reconocer como inadecuados, plantea una cuestión netamente jurídica que necesita partir del más absoluto respeto al relato de hechos probados. Lejos de ajustarse a estas pautas jurídicas, de sobra conocidas, intenta modificar el relato de hechos probados, lo que, como es sabido, solo se puede intentar por la vía del error de hecho.

2.- El relato de hechos probados no contiene ningún elemento relativo a la adicción al consumo de estupefacientes por parte del recurrente, por lo que se debió intentar la modificación del relato fáctico invocando para ello algún documento que evidenciase el error del juzgador. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El motivo cuarto, también por la vía del error de derecho denuncia la indebida aplicación de la agravante específica de realizar el tráfico en un establecimiento abierto al público (artículo 369.1.4º del Código Penal).

1.- La dirección letrada, olvidándose una vez más de los cauces jurídicos, se limita a mantener que no existe prueba de cargo para funda-

mentar la aplicación del subtipo agravado. Cualquier valoración sobre la prueba está fuera de lugar.

2.- La sentencia afirma, sin contradicción posible por esta vía, que la acusada se venía dedicando a la venta de sustancias estupefacientes en un bar abierto al público, que regentaba, por lo que las bases fácticas de la agravante, están perfectamente incorporadas al hecho probado. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- De nuevo acude a la vía del error de derecho para sostener que ha sido vulnerado el artículo 66.1º del Código Penal al carecer de toda motivación la individualización de la pena.

1.- En este caso, la parte recurrente, de forma correcta, introduce el debate con carácter subsidiario, subordinándolo a la estimación de los anteriores motivos.

2.- Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y partiendo del hecho indubitado de la existencia de antecedentes penales, que han dado lugar a la aplicación de la agravante de reincidencia, nunca cuestionada, la medición de la pena, aunque pueda parecer excesiva (12 años y 6 meses de prisión) resulta ajustada a las previsiones legales. Por encima de cualquier otra consideración, se ha tenido en cuenta que, sin perjuicio de los antecedentes penales de la recurrente, se observa una dedicación, casi profesional, a la venta de estupefacientes, circunstancia que ha sido tomada en consideración para valorar la pena. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- El recurrente Luis Francisco formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración genérica del principio de igualdad ante la ley.

1.- La vulneración consiste en que, en las conclusiones provisionales, el Ministerio Fiscal solicitó penas para la totalidad de los acusados que oscilaban entre los 5 y 12 años de prisión. Con la excepción de los dos recurrentes, todos los demás llegaron a un acuerdo con el Ministerio Fiscal siendo juzgados de conformidad produciéndose una rebaja sustancial de sus penas, habiéndose apreciado, a alguno de ellos, la atenuante de drogadicción sin que hubiese constancia documental en la causa.

2.- Se queja de que no se le ha rebajado la pena a pesar de que se encuentran informes periciales del Instituto Nacional de Toxicología, que acreditan la existencia de un consumo durante los últimos meses anteriores a los hechos, lo que implica una adicción crónica. La analítica se hace pautando los cabellos, en trozos de un centímetro, por lo que en los 6 centímetros analizados no existe alguna alguna que indique un período de no consumo. El resto de las alega-

ciones se aparta de lo anteriormente expuesto limitándose a manifestar su queja por la valoración de las pruebas que lo incriminan.

3.- En el motivo tercero introduce, por la vía del error de hecho, la pericia del Instituto Nacional de Toxicología y de los médicos forenses. Discrepa de la valoración de la Sala, que en el Fundamento de derecho quinto analiza las pruebas periciales, pero estima que de su contenido sólo cabe inferir el consumo de sustancias en los 6 meses anteriores.

Con sorprendente precisión la sentencia asevera que en el momento de los hechos sus facultades no se encontrasen alteradas. Esta alegación la califica de prueba diabólica y, añadimos, que de valoración errónea, pues a estas alturas está abrumadoramente acreditado que la adicción a los estupefacientes es una patología que acompaña a la persona que la padece, produciéndole una dependencia crónica.

4.- El Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses acusa recibo de las muestras de dos mechones de cabello de 6 cm de longitud aproximadamente para determinar los hábitos de consumo del recurrente, si eran esporádicos o de abuso. Los resultados obtenidos, cocaína y benzoilecgonina indican que ha habido un consumo repetido de cocaína en los 6-7 meses anteriores al corte de los mechones enviados. Las muestras tienen entrada en el laboratorio el 3 de agosto de 2007. Los hechos tienen lugar en el mes de junio de dicho año, lo que revela un hábito de consumo alto. Es evidente que cuando se realiza la entrada y registro, su adicción era patente, crónica y persistente.

5.- Consecuentemente con lo expuesto solicita, en el motivo segundo, que se le aplique la atenuante de drogadicción, bien de forma directa, bien por vía analógica. La Organización Mundial de la Salud viene considerando desde hace muchos años que la adicción a las drogas de alto impacto toxicológico y abuso, constituye una patología encuadrada dentro de las enfermedades reconocidas por dicho organismo.

Su sintomatología se manifiesta en una compulsión no controlable, salvo en los espacios inmediatamente subsiguientes al consumo de una dosis satisfactoria, lo que le convierte en un enfermo que puede orientar su comportamiento hacia conductas funcionalmente orientadas a procurarse dinero para adquirir la droga o bien a participar en operaciones de tráfico con utilización de parte para el propio consumo. Este cuadro constituye una inequívoca forma de alteración de la imputabilidad que debe ser considerada en los casos graves, como el presente, como una atenuante. El motivo, en este punto, debe ser estimado.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Luis Francisco, casando y anulando la sentencia dictada el día 11 de febrero de 2009 por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 3ª en la causa seguida contra e el mismo y Daniela por un delito de contra la salud pública. Declaramos de oficio las costas causadas.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Daniela, contra la sentencia dictada el día 11 de febrero de 2009 por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 3ª en la causa seguida contra la misma y Luis Francisco por delito contra la salud pública. Condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 4 de Avilés, con el número 2/2007 contra Luis Francisco y Daniela, en prisión provisional por la presente causa desde el 11 y 5 de junio, respectivamente, de 2007, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 11 de febrero de 2009, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

1.- Se da por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se da por reproducido el fundamento de derecho sexto de la sentencia antecedente.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Luis Francisco, como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño, con la agravante de reincidencia y la

atenuante de drogadicción, a la pena de tres años de prisión, con posibilidad de tratamiento alternativo, y 656 euros de multa. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

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.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

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



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/21409

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 22 marzo 2010. Ponente: D. Eduardo Espín Templado

Expropiación forzosa

Declaración de utilidad pública contraviniendo las exigencias del RD 1955/2000

Estima el TS el recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se declaró de utilidad pública la Central Térmica de Ciclo Combinado de Morata de Tajuña. En el supuesto de autos la autorización administrativa otorgada por la Dirección General de Política Energética y Minas condicionó expresamente la posterior aprobación del propio proyecto ejecutivo a la previa aprobación de la autorización ambiental integrada -de competencia autonómica y que por razones temporales no se requirió con anterioridad a la autorización administrativa-. Indica la Sala, que debe estimarse el recurso por haberse declarado la utilidad pública de la central eléctrica en tramitación, contraviniendo las exigencias derivadas de los arts. 140 y 143 RD 1955/2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso contencioso administrativo.

La sociedad mercantil Morteros y Áridos Especiales, S.A., interpone recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2007, por el que se declara de utilidad pública la Central Térmica de Ciclo Combinado de Morata de Tajuña, en la provincia de Madrid.

La entidad actora funda su recurso en dos motivos. En el primero de ellos basa su pretensión anulatoria en la omisión del trámite esencial del estudio previo justificativo de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación, en relación con el artículo 33 de la Constitución y diversos preceptos de la Ley del Sector Eléctrico (Ley 54/1997, de 27 de noviembre), del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, de la Ley de Expropiación

Forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954), todos ellos interpretados en relación con la jurisprudencia constitucional (en particular con las Sentencias del Tribunal Constitucional 301/1993, de 21 de octubre, 180/200, de 29 de junio, 70/2002, de 3 de abril y 48/2005, de 3 de marzo).

Sostiene la entidad actora que la jurisprudencia constitucional ha exigido que cuando la declaración de utilidad pública lleve implícita de forma automática la necesidad de expropiación y habilite la ocupación urgente de los bienes afectados, es requisito inexcusable el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de tales expropiación y ocupación, ya que el artículo 33.3 de la Constitución exige para toda privación de bienes y derechos una causa justificada de utilidad pública, aunque dicha causa esté genéricamente expuesta en una norma con rango de ley, como en este caso el artículo 52.1 de la Ley del Sector Eléctrico.

Señala la recurrente que de acuerdo con la Ley de Expropiación For-

zosa el procedimiento expropiatorio ordinario se divide en dos fases, una primera en la que se valora la utilidad pública o interés social del fin al que haya de afectarse el bien expropiado, y una segunda fase, que se refiere a la necesidad de ocupación, en la que debe manifestarse el referido triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, según la jurisprudencia constitucional citada. Pues bien, sostiene la parte que en el presente supuesto, en el que no existe esa diferencia de fases sino que el propio Acuerdo del Consejo de Ministros que se impugna, además de declarar la utilidad pública, impone la necesidad de la ocupación de los bienes y derechos afectados, debió la Administración emitir un estudio justificativo previo que acredite el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Al no haberlo hecho así se habría incurrido en un defecto esencial en la tramitación del procedimiento que constituiría un vicio de nulidad de pleno derecho o anulabilidad, de conformidad con los artículos 62.1.e) y 63.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

El segundo motivo se funda en la imputación de arbitrariedad, proscrita por los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, en relación con la exigencia de motivación del artículo 54.1.a) y f) de la Ley 30/1992, infracción que haría el acto impugnado anulable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.1 de la citada Ley 30/1992.

La arbitrariedad la concreta la actora por un lado en la omisión de cualquier estudio específico previo sobre la triple justificación de la expropiación (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), justificación que tampoco se deduce de los documentos y actuaciones que obran en el expediente administrativo. En segundo lugar, también se habría incurrido en arbitrariedad por haberse declarado la utilidad pública de un mero proyecto provisional y no definitivo, sin que se hubiese además obtenido la preceptiva Autorización Ambiental Integrada y con dudas racionales sobre la legalidad de la ubicación desde la perspectiva de la normativa urbanística y de respeto al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

En cuanto a la falta de estudio previo sobre la triple justificación afirma la actora que no resulta admisible que frente a la alegación de falta de alternativas de localización, en la desestimación del recurso de alzada se sostenga que la alternativa estudiada se hace en comparación con la "alternativa cero", esto es, frente a dejar la situación como está. Por otra parte, afirma que en la resolución que otorgó la autorización de la instalación de la Dirección General de Polí-

tica Energética y Minas de 27 de marzo de 2006 se remite el examen de la ponderación de las dos utilidades públicas (la existente de la explotación minera y la futura, de la Central Térmica) al procedimiento de declaración de utilidad pública (esto es, al procedimiento ahora en litigio) y además, se condiciona el proyecto de ejecución definitivo a la previa obtención de la Autorización Ambiental Integrada, por lo que, en definitiva, sigue careciendo la declaración final de utilidad pública no ya de la referida triple justificación, sino de motivación alguna que justifique mínimamente el carácter público o general de la utilidad de la central.

Finalmente, en lo que respecta a la arbitrariedad por declararse la utilidad pública sobre un proyecto provisional, sostiene la actora que dicha declaración sólo puede efectuarse en relación con un proyecto definitivo, porque la misma abre el camino al procedimiento expropiatorio. Entiende que desconocer la ubicación definitiva del proyecto y afirmar al mismo tiempo que es necesaria la ocupación de determinados terrenos constituye una contradicción contraria a derecho. La necesidad de ocupación ha de referirse a cuanto es preciso y sólo a lo que es preciso expropiar para ejecutar el proyecto de utilidad pública, por lo que el artículo 15 de la Ley de Expropiación Forzosa establece que declarada dicha utilidad pública "la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación".

A todo lo cual se suman las dudas sobre la legalidad de la ubicación desde la perspectiva urbanística y del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

SEGUNDO.- Sobre el procedimiento de declaración de utilidad pública en el sector eléctrico.

La declaración de utilidad pública presenta en el ámbito de la regulación eléctrica, tal como argumenta la sociedad actora, una importante divergencia en relación con la regulación general establecida para la expropiación forzosa. En efecto, la Ley de Expropiación forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954), contempla dos momentos distintos en el procedimiento de expropiación forzosa, la declaración de utilidad pública y la determinación de los bienes a expropiar al objeto de afectarlos a un determinado objetivo o finalidad de interés general.

Así, en primer lugar es preciso justificar la utilidad pública que se declara respecto a la actuación, proyecto u obra pública de que se trate (artículos 9 y ss.). En un segundo momento (artículos 15 y ss.), es necesario determinar con absoluta concreción los bienes que necesitan ser

afectados al proyecto en consideración y establecer la necesidad de su expropiación, con sujeción a los criterios que reiteradamente menciona la recurrente de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Efectivamente, este iter procedimental y las exigencias imprescindibles para que la expropiación se acomode a los requisitos constitucionales derivados del artículo 33 de la Constitución, requieren que esta determinación de los bienes se apoye en ese triple juicio que reclama la actora, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de expropiación en relación con los concretos bienes a expropiar, a fin de asegurar que se adopte la medida menos restrictiva posible para el derecho constitucional que sufre la limitación, el derecho de propiedad.

En definitiva, no se trata sino de aplicar al derecho de propiedad garantizado en el artículo 33 de la Constitución los criterios generales que la jurisprudencia constitucional ha elaborado para admitir la restricción de los derechos reconocidos por la Constitución.

Pues bien, la regulación del sector eléctrico contiene diversas variantes respecto al anterior esquema procedimental. Por lo pronto, el legislador ha estipulado que las instalaciones eléctricas poseen, ex lege, utilidad pública. Así, el artículo 52 de la Ley del Sector Eléctrico declara de utilidad pública “las instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso”; este precepto es reiterado en el artículo 140 del Real Decreto 1955/2000.

Tal determinación legal supone que la declaración de utilidad pública no necesita justificar que una línea eléctrica o una central de producción eléctrica sean de utilidad pública, puesto que la Ley ya lo declara ex ante. Ahora bien, ello no vacía de contenido la declaración de utilidad pública que corresponde con carácter ordinario a la Dirección General de Política Energética y Minas y, de forma extraordinaria -cuando otra Administración Pública u organismo público se opone a la declaración (artículo 148 del Real Decreto 1955/2000)-, al Consejo de Ministros: por el contrario, la declaración de utilidad pública requiere de forma ineludible justificar adecuadamente la necesidad o conveniencia (y, con ello, la utilidad pública) de la concreta instalación eléctrica en tramitación. Y huelga decir que cuando existan intereses públicos contrapuestos (como en el supuesto de autos entre el de la central eléctrica y los intereses públicos de una concesión minera vigente), en esa justificación deberá ponderarse la importancia o relevancia respectiva de unos y otros para poder declarar, en

su caso, la utilidad pública prevalente de la instalación eléctrica.

En segundo lugar y de especial importancia para el caso de autos, la regulación eléctrica determina que la propia declaración de utilidad pública lleva aparejada la necesidad de ocupación efectiva de los bienes afectados, de forma que desaparece la dualidad de fases prevista en la Ley de Expropiación Forzosa antes señalada. Así, frente a lo dispuesto en los artículos 9 y 15 de la Ley de Expropiación Forzosa, el artículo 54 de la Ley del Sector Eléctrico establece que la declaración de utilidad pública “llevará implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación a los efectos del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa”, regulación recogida en el artículo 149 del citado Real Decreto 1955/2000.

Pues bien, ciertamente tiene razón la actora en que dicha contracción a un único momento de ambas fases expropiatorias no supone prescindir de las exigencias constitucionales antes señaladas, aunque también es verdad que su plasmación concreta presenta rasgos específicos. Así, justificada la necesidad de la instalación eléctrica -lo que supone, ex lege, su utilidad pública- esta declaración abre paso, también ex lege, a la ocupación de los bienes afectados. En el caso de las instalaciones eléctricas la especificación de los mismos no supone normalmente una gran dificultad, puesto que sólo es preciso tener la ubicación concreta de la instalación para poder determinar tanto los bienes necesarios para la construcción de la línea, central o otra instalación de que se trate como el tipo de ocupación necesario (expropiación, servidumbre, etc.).

En definitiva, se quiere decir con ello que los juicios de necesidad y de idoneidad vienen ya prácticamente aparejados a la simple fijación de la ubicación de la instalación, así como que la naturaleza de la restricción al derecho de propiedad deriva muy directamente del tipo de instalación de que se trate. Ahora bien, por lo mismo resulta evidente que la declaración de utilidad pública, que lleva aparejada la ocupación de los bienes afectados, requiere de forma inexcusable tener fijados de forma definitiva dichos bienes, tal como efectivamente requiere de forma expresa la regulación vigente, según vamos a ver.

El desarrollo concreto de lo relativo a la fijación y ocupación de los bienes afectados por la declaración de utilidad pública es efectuado por el referido Real Decreto 1955/2000. El propio artículo 140 ya citado, en su apartado 3 establece que “para el reconocimiento en concreto de la utilidad pública de estas instalaciones, será necesario que la empresa interesada lo solicite, incluyendo una rela-

ción concreta e individualizada de los bienes o derechos que el solicitante considera de necesaria expropiación”. Lo cual se desarrolla en el artículo 143.3, que estipula el contenido del documento técnico que preceptivamente debe acompañar a la solicitud de declaración de utilidad pública, y cuyo apartado e) especifica que dicho documento técnico debe incluir “una relación concreta e individualizada, en la que se describan, en todos sus aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación, ya sea ésta del pleno dominio de terrenos y/o de servidumbre de paso de energía eléctrica y servicios complementarios en su caso, tales como caminos de acceso u otras instalaciones auxiliares”.

TERCERO.- Sobre la queja de la demandante relativa a la falta de justificación de la utilidad pública.

De acuerdo con lo que hemos visto en el anterior fundamento de derecho, en el sistema regulatorio del sector eléctrico la declaración de utilidad pública requiere básicamente la justificación de la necesidad de la instalación de que se trate, lo que lleva aparejada su utilidad pública. Pues bien, tal como se ha resumido ya más arriba, la sociedad actora se queja de que no existe ningún estudio o informe previo que justifique la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la ocupación (primera alegación), así como de la arbitrariedad de la decisión por la misma circunstancia (segunda alegación).

Pues bien, no es posible aceptar el planteamiento que efectúa la actora sobre la necesidad de un informe o estudio previo relativo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la afectación de derechos, calificando su ausencia como un defecto procedimental esencial determinante de la nulidad del procedimiento. En efecto, así planteado tienen razón las partes codemandadas en que no puede afirmarse la exigibilidad de semejante informe como un trámite procedimental preceptivo, puesto que no está contemplado en la regulación positiva, en particular en el reglamento que regula dicho procedimiento, que es el reiteradamente citado Real Decreto 1955/2000.

Ahora bien, dicho esto es preciso añadir acto seguido que la inexistencia de semejante requisito como tal trámite formal no supone que no sea preciso dicho juicio respecto a la ocupación de los bienes o derechos a expropiar. Lo que sucede, como ya hemos expuesto en el anterior fundamento de derecho, es que en lo que respecta al sector eléctrico dicho juicio viene prácticamente reducido a la determinación de los bienes afectados, ya que la declaración de utilidad pública supone en todo caso la necesidad de expropiar los terrenos donde haya de ubicarse la instalación de que se trate, de establecer las correspondientes servidumbres de paso,

etc. Esto es, la justificación de la necesidad de una determinada instalación eléctrica supone ya ex lege la justificación de su utilidad pública y, simultáneamente, de la necesidad de expropiar los terrenos y derechos afectados (juicio de necesidad e idoneidad) en lo necesario para dicha construcción (juicio de proporcionalidad), así como de proceder a su inmediata ocupación.

En definitiva, el procedimiento expropiatorio en el sector eléctrico se reconduce a dos requisitos esenciales en los que se contienen todos los elementos necesarios para un procedimiento de expropiación forzosa, la justificación de la necesidad o conveniencia de la instalación eléctrica y la determinación de los bienes y derechos cuya expropiación o afectación resulta imprescindible, y ambos requisitos deben concurrir para la declaración de utilidad pública.

En el concreto caso de autos tal justificación implica además tanto la necesidad de fundamentar la conveniencia de contar con la central de producción de energía eléctrica en tramitación en la ubicación propuesta -justificación que conlleva el interés público de la instalación por virtud de la directa determinación legal- como la necesidad de ponderar su interés público en comparación con el de la concesión minera existente en el terreno afectado.

Pues bien, es preciso reconocer que la resolución impugnada del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2007 por la que se declara la utilidad pública de la instalación, que es la que debe contener en principio semejante justificación de la necesidad de la central, así como la ponderación de los derechos en conflicto, no contiene la menor afirmación en tal sentido. En efecto, toda la resolución impugnada se dedica a exponer los argumentos contrarios a la instalación esgrimidos por sujetos interesados y las respuestas dadas por la entidad promotora, así como el cumplimiento de los trámites previos, pero en ningún caso incorpora una justificación del interés público de la instalación por parte del propio Consejo de Ministros, órgano que debe declarar la conveniencia -el interés público- de construir la central propuesta a la vista de unas y otras afirmaciones.

Esta justificación por parte del Consejo de Ministros es especialmente relevante teniendo en cuenta que su intervención deriva de la oposición a la construcción de la central por parte de los Ayuntamientos de Morata de Tajuña y Perales de Tajuña, lo que quiere decir que es el Consejo de Ministros y en este acto precisamente quien debe arbitrar entre la propuesta de construcción de la central eléctrica, autorizada por la Dirección General de Política Energética y Minas, y las posiciones contrarias de los Ayuntamientos mencionados, determinando el interés

público prevalente de la instalación de la central en el lugar propuesto frente a cualesquiera otro interés público o privado contrario.

Un examen de la autorización administrativa dictada por la Dirección General de Política Energética y Minas, de 27 de marzo de 2006, muestra que tampoco en la misma existe una justificación de la necesidad de la central en discusión, por lo que habría que recurrir a la documentación obrante en el expediente para dilucidar si dicha justificación existe de forma que pueda entenderse que la decisión del Consejo de Ministros se apoya en la misma.

Sin embargo, por razones de lógica procesal, antes de dilucidar si tal fundamentación de la declaración de utilidad pública pudiera encontrarse fuera de la propia decisión del Consejo de Ministros, en la documentación del procedimiento administrativo que condujo a la resolución impugnada -fundamentación in aliunde también inexistente, según la actora-, procede examinar la segunda queja formulada por la entidad recurrente, en la que se contiene una queja por el carácter prematuro de la decisión impugnada, al versar sobre un proyecto de ejecución no definitivo.

CUARTO.- Sobre la queja relativa a la improcedencia de la declaración de utilidad pública sobre un proyecto de ejecución no definitivo.

Como se resumió ya en un anterior fundamento de derecho, la segunda alegación de la entidad actora es la imputación de arbitrariedad, en parte por la falta de justificación de la declaración de utilidad pública que ya se aduce en la primera alegación, y en parte por declararse la utilidad pública respecto de un proyecto de ejecución no definitivo, carente todavía de la autorización ambiental integrada y con dudas racionales sobre la legalidad urbanística de la ubicación de la central. Al ser la primera imputación de arbitrariedad reiterativa respecto a la alegación vista en el anterior fundamento de derecho, procede ahora examinar la cuestión sobre la supuesta arbitrariedad y consiguiente ilegalidad de declarar la utilidad pública respecto a un proyecto de ejecución no definitivo.

No cabe duda, puesto que así se establece expresamente en el artículo 143.2 del Real Decreto 1955/2000, que la declaración de utilidad pública puede pedirse "bien de manera simultánea a la solicitud de autorización administrativa y/o de aprobación del proyecto de ejecución, o bien con posterioridad a la obtención de la autorización administrativa". Asimismo, conviene recordar que el artículo 115 del propio Real Decreto, que contempla las autorizaciones necesarias para la construcción, ampliación, modificación y explotación de todas las instalaciones de producción, transporte y distribución de energía eléctrica (autori-

zación administrativa, aprobación del proyecto de ejecución y autorización de explotación), permite que las solicitudes de autorización administrativa y de aprobación del proyecto de ejecución puedan efectuarse "de manera consecutiva, coetánea o conjunta". Ello lleva a la conclusión de que es perfectamente lícito que el promotor de una instalación eléctrica solicite conjunta y simultáneamente la autorización administrativa, la aprobación del proyecto de ejecución y la declaración de utilidad pública, como efectivamente es muy frecuente en la práctica.

Ello no obsta, como es evidente, a que cada solicitud siga su propio procedimiento, según los requisitos y trámites que para cada una de dichas solicitudes establece el Real Decreto 1955/2000. Esta posible autonomía y simultaneidad de solicitudes y de tramitación no impide, como es natural, una estrecha interrelación entre todas ellas, de tal forma que no resulta posible, en cambio, que dichos procedimientos puedan finalizar de forma autónoma en cualquier orden, ya que unas y otras autorizaciones requieren una determinada secuencia de concesión que deriva inexcusablemente de su propio contenido y sentido en el proceso único de aprobación de la construcción de una instalación eléctrica (aunque dicho proceso englobe distintas autorizaciones y trámites).

Así, es evidente que la autorización administrativa, que se produce sobre el anteproyecto de la instalación (artículo 115.a del Real Decreto 1955/2000) y que va precedida de los informes y estudios ambientales que sean preceptivos, debe necesariamente preceder a la aprobación del proyecto de ejecución (artículo 115.b). Así lo hemos declarado en nuestra reciente Sentencia de 8 de marzo de 2.010 (Recurso contencioso administrativo ordinario 2/620/2007), en los siguientes términos:

"Tercero.- (...) La queja de las entidades recurrentes revelan una deficiente comprensión del procedimiento, en abierto contraste con lo expresamente estipulado en el referido artículo 115 del Real Decreto 1955/2000. La primera fase es la tramitación de la autorización administrativa, que debe contar con el estudio y declaración de impacto ambiental, de ser ambos necesarios, fase que se produce sobre el anteproyecto de la instalación (apartado a). Aunque sin duda en una actuación secuencial natural la tramitación del proyecto de ejecución -que, en los propios términos del precepto, versa ya sobre un proyecto concreto de instalación- será posterior a la autorización administrativa, se admite expresamente su tramitación conjunta o coetánea.

Ello no impide lo que resulta evidente, y es que aunque se tramiten simultánea o conjuntamente, en todo caso la aprobación del proyecto de

ejecución ha de ser posterior a la autorización administrativa y al estudio de impacto ambiental necesario para otorgar tal autorización. O, dicho en otros términos, el proyecto de ejecución ha de tener en cuenta necesariamente las observaciones y condicionamientos que en su caso establezcan la autorización, normalmente como consecuencia de lo establecido en la declaración de impacto ambiental. (...)" (fundamento de derecho tercero)

Es evidente, en efecto, que no podría aprobarse el proyecto de ejecución "que se refiere al proyecto concreto de la instalación y permite a su titular la construcción o establecimiento de la misma" (artículo 115.b), antes de que se haya otorgado la autorización administrativa, que versa sobre un anteproyecto de la instalación, y que acredita contar con el efectivo cumplimiento de los trámites medioambientales. Huelga decir que sí resulta posible, en cambio, que ambas autorizaciones se otorguen en la misma fecha, sobre la base de que el proyecto de ejecución se aprueba constando ya la concesión de la autorización administrativa, especialmente cuando no hay oposición a la declaración de utilidad pública y ambas resoluciones corresponden a la Dirección General de Política Energética y Minas.

En lo que respecta a la declaración de utilidad pública, que como hemos visto puede solicitarse al tiempo que las dos autorizaciones citadas (la administrativa de la instalación y la del proyecto ejecutivo), plantea la cuestión de que, tal como ya se ha indicado, no se limita estrictamente a dicho contenido: esto es, en términos de expropiación forzosa, no se limita a la declaración contemplada en el artículo 9 de la Ley de Expropiación Forzosa, sino que implica a su vez la determinación de los bienes afectados a la finalidad de la instalación eléctrica, es decir, que contiene simultáneamente la resolución sobre ocupación contemplada en el artículo 15 de dicha Ley.

De limitarse estrictamente a la declaración de utilidad pública, ningún problema habría en que dicha declaración, aunque necesariamente posterior a la autorización administrativa, precediese a la aprobación del proyecto ejecutivo, puesto que la justificación de la necesidad o conveniencia de la instalación eléctrica de que se trate puede predicarse perfectamente sobre el anteproyecto de instalación contenido en la autorización administrativa.

Ahora bien, habida cuenta de que la declaración de utilidad pública abre paso sin más trámite al procedimiento expropiatorio de los concretos bienes afectados (en concreto, sin el trámite específico que la Ley de Expropiación Forzosa contempla en el artículo 15), no es posible que pueda aprobarse sin que tales bienes afectados se hallen perfecta y defini-

tivamente determinados, lo que sólo se produce de manera efectiva con la aprobación del proyecto ejecutivo. Ello lleva a la inexcusable conclusión de que no es posible proceder a la declaración de utilidad pública con anterioridad a la aprobación del proyecto ejecutivo. De forma análoga a lo que hemos visto entre la autorización administrativa y la aprobación del proyecto ejecutivo, en el que aunque pudieran aprobarse en la misma fecha, aquélla debe preceder a éste, también la declaración de utilidad pública puede aprobarse de forma simultánea al proyecto ejecutivo, pero en este caso este último debe preceder a aquélla. De hecho, lo sólitamente en los procedimientos relativos a instalaciones eléctricas es que cuando es precisa una decisión del Consejo de Ministros, ésta se produce simultáneamente sobre la declaración de utilidad pública y aprobación definitiva del proyecto de ejecución de la instalación.

Lo anterior no es sólo una exigencia de orden lógico, sino que se deriva de forma directa de la propia regulación contenida en el Real Decreto 1955/2000, como ya hemos anticipado en el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia. En efecto, habida cuenta de que la declaración de utilidad pública tiene como efecto inmediato "la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación a los efectos del artículo 52 de la Ley de Expropiación" (artículo 149.1 del Real Decreto), la solicitud debe contener preceptivamente una "relación concreta e individualizada, en la que se describan, en todos sus aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación, ya sea esta del pleno dominio de terrenos y/o de servidumbre de pase de energía eléctrica y servicios complementarios en su caso, tales como caminos de acceso y otras instalaciones auxiliares" (artículo 143.3.e) del Real Decreto).

Pues bien, semejante relación concreta e individualizada requiere ineludiblemente que esté perfectamente determinada con carácter definitivo la exacta ubicación de la instalación, sea el concreto trazado de una línea eléctrica, sea la precisa localización de una central de producción, transporte o distribución, entre las posibles variantes existentes inicialmente.

Y aunque la solicitud de autorización debe contener un anteproyecto de instalación en el que se consigne la ubicación de la instalación (artículos 115.a) y 123.A.a) del Real Decreto), tal anteproyecto está sometido, como es evidente, al preceptivo trámite de información pública y de información a otras Administraciones públicas, trámites de los que pueden derivar modificaciones de mayor o menor relevancia sobre el trazado o la ubicación inicialmente prevista en el anteproyecto y que,

como es obvio, pueden originar -incluso aunque sean de escasa entidad- una variación en los terrenos afectados. Por ello, es sólo después de la autorización administrativa, que puede incorporarse variaciones sobre el referido anteproyecto, cuando es posible aprobar el proyecto de ejecución definitivo, y es sólo en la solicitud de éste cuando se exige una relación "concreta e individualizada, en la que se describan, en todos sus aspectos, material y jurídico" de los bienes y derechos afectados.

Es verdad que, como ya indicamos, el proyecto de ejecución se puede solicitar al tiempo que la solicitud de autorización administrativa -en cuyo caso los datos de ambas solicitudes serán necesariamente coincidentes-, pero eso sólo significa que en tal caso dicha relación de bienes y derechos contenidos en la solicitud de aprobación del proyecto ejecutivo estará a expensas de las variaciones que resulten de la tramitación de la autorización administrativa; y que, en todo caso, la aprobación del proyecto ejecutivo habrá debido tener en cuenta tales variaciones, dada la necesaria prioridad temporal, en los términos vistos, de la autorización administrativa.

Como conclusión de todo lo anterior hemos de afirmar que no cabe declarar la utilidad pública de una instalación eléctrica sin aprobar simultáneamente el proyecto ejecutivo, pues no cabe admitir abrir la vía expropiatoria y la ocupación urgente de bienes y derechos sin contar previamente con la relación concreta e individualizada definitiva de los bienes y derechos afectados, y dicha relación sólo se contiene en el proyecto ejecutivo, pues sólo en el se encuentra finalmente determinada la exacta y definitiva ubicación de la instalación. Lo contrario sería gravemente atentatorio a la seguridad jurídica y a los derechos de los sujetos afectados, pues permitiría iniciar actuaciones expropiatorias que pudieran quedar finalmente descartadas con la posterior aprobación del proyecto ejecutivo.

Debe pues estimarse el recurso en este punto, dada la alegación de arbitrariedad de la declaración de utilidad pública por tratar sobre un proyecto provisional, queja que encuentra su formulación más precisa en la ilegalidad de la misma por efectuarse en contra de lo dispuesto en los artículos 140 y 143 del Real Decreto 155/2000, que requieren, a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para el establecimiento de la instalación eléctrica, que éstos estén individualizados en los términos del apartado 3.e) del artículo 143, lo que sólo resulta posible con la previa o simultánea aprobación del proyecto de ejecución.

En el caso presente concurren además circunstancias que hacen especialmente evidente la conclusión ge-

neral que se ha expuesto. En efecto, en el supuesto de autos la autorización administrativa otorgada por la Dirección General de Política Energética y Minas condicionó expresamente la posterior aprobación del propio proyecto ejecutivo a la previa aprobación de la autorización ambiental integrada -de competencia autonómica y que por razones temporales no se requirió con anterioridad a la autorización administrativa-. Por otra parte, queda por resolver la objeción urbanística del Ayuntamiento de Morata de Tajuña como consecuencia de la ubicación de la central a menos de 2000 metros del núcleo de población.

Si por cualquiera de estas circunstancias no se aprueba el proyecto de ejecución, o la ubicación de la instalación se modifica para evitar los óbices urbanísticos, la declaración de utilidad pública y las actuaciones expropiatorias derivadas de la misma habrían resultado carentes de base firme y podrían haber ocasionado perjuicios innecesarios a algunos titulares de bienes o derechos como la empresa recurrente. De hecho puede señalarse que por Sentencia de 17 de diciembre de 1.009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha sido anulada la autorización administrativa de la central litigiosa de 27 de marzo de 2006, aunque dicha Sentencia no goce todavía de firmeza.

QUINTO.- Conclusión y costas.

De todo lo visto en los anteriores fundamentos se deriva que, con independencia ya de la ausencia de justificación en el propio acto impugnado de la utilidad pública de la central de producción eléctrica, tanto por sí misma como en su ponderación con el interés público de la concesión minera afectada -cuestión examinada en el fundamento de derecho cuarto-, debe estimarse el recurso por haberse declarado la utilidad pública de la central eléctrica en tramitación, contraviniendo las exigencias derivadas de los artículos 140 y 143 del Real Decreto 1955/2000, en los términos vistos en el anterior fundamento de derecho. Debe por ello declararse la nulidad de la resolución del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2007, por la que se declara de utilidad pública la Central Térmica de Ciclo Combinado de Morata de Tajuña, en la provincia de Madrid, declaración que sólo será procedente, en su caso, contando con la previa aprobación del proyecto de ejecución de la instalación.

No concurren las circunstancias legales para la imposición de las costas, según lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLO

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Morteros y Áridos Especiales, S.A. contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2007, por el que se declara de utilidad pública la Central Térmica de Ciclo Combinado de Morata de Tajuña en la provincia de Madrid, cuya nulidad declaramos. No se hace imposición de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yagüe Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.

2010/21395

TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 18 marzo 2010. Ponente: D. José Díaz Delgado

Incurción de Instructora en falta muy grave Inexistencia de razones excepcionales para prorrogar el procedimiento

El TS acuerda estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte actora, contra Acuerdo del Pleno del CGPJ de incoación de Expte. Disciplinario en base a una presunta comisión de falta muy grave por parte de la Instructora recurrente. Después de tramitado el Expte. en cuestión, y haber formulado el Pliego de Descargos y alegaciones, adopta el Consejo la imposición a la actora de una sanción de suspensión de funciones por tiempo de 5 meses. El Tribunal argumenta su fallo por considerar, entre otros motivos, que el acuerdo recurrido se adopta transcurrido con exceso el plazo de caducidad previsto en el art. 425,6 de la LOPJ, en el que se contempla que dicho plazo no excederá de seis meses. Añade igualmente que al no existir razones excepcionales de prolongarse el procedimiento, ha de entenderse producida la caducidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aparecen como premisa fáctica del presente recurso

contencioso-administrativo los siguientes hechos:

1º.- En fecha 9 de agosto de 2006, la recurrente, Dª Adelina, interpuso denuncia en la Comisaría de Policía de Motril contra D. Jorge Miguel, por haber recibido ella y su hija, menor de edad, insultos y lesiones por aquél.

2º.- Instruidas las diligencias por los trámites de Juicio Rápido ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 (causa 103/2006), por el Ministerio Fiscal se formuló escrito de acusación contra el denunciado, con fecha 10 de agosto, por delitos de lesiones y amenazas, proponiendo como prueba testifical la declaración de la recurrente y de su hija menor de edad.

3º.- Finalizada la instrucción fueron remitidas las actuaciones para enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal único de Motril, del que la recurrente era titular.

4º.- Con fecha de 22 de agosto de 2006 se elevó a la Audiencia Provincial de Granada Auto dictado por la recurrente acordando su abstención en la causa (Juicio Oral 313/06), siendo aprobada la misma el 23 de agosto de 2006, en expediente 14/2006.

5º.- El Juicio fue señalado para el 24 de agosto de 2006, suspendiéndose por renuncia del Letrado, y señalándose de nuevo para el 30 de agosto del mismo año.

6º.- En esta última fecha hubo de suspenderse de nuevo el Juicio por imposibilidad de comparecer la recurrente y su hija.

En diligencia de esta fecha se hizo constar por la Sra. Secretaria que antes de la constitución en audiencia pública del Juzgado para el referido juicio, el Sr. Jorge Miguel se personó al objeto de entregar una nota manuscrita por la recurrente a la Sra. Secretaria del Juzgado en la que sustancialmente se manifestaba la imposibilidad de acudir como testigos al plenario por Dª Adelina y su hija, ante la situación de enfermedad de la segunda, indicando que aportaría el oportuno parte médico, y diciendo que se transformara el procedimiento en ordinario y que lo pusiera "a la cola de los demás juicios".

De dicha nota se dio cuenta por la Sra. Secretaria al Titular de un Juzgado de Instrucción de Motril y, posteriormente al Ilmo. Sr. Presidente de la Audiencia Provincial, que, a su vez, lo comunicó a la Sala de Gobierno, y ésta, a su vez, al Consejo General del Poder Judicial.

7º.- El Juicio se celebró el día 7 de septiembre de aquel año.

8º.- La sentencia se dictó, el día 8 de septiembre de 2006, con condena a D. Jorge Miguel, como responsable criminalmente en concepto de autor

de un delito de lesiones del art. 153 párrafos 2º y 3º del Código penal y como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de amenazas del artículo 171.4 in fine del C. Penal.

9º.- La Comisión disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial con fecha 23 de noviembre de 2006, dictó acuerdo de incoación de Expediente Disciplinario en base a una presunta comisión de falta muy grave del art. 417.13 de la LOPJ, nombrándose Instructora a la Ilma. Sra. Dª Teresa Gómez Pastor, adscrita a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Málaga.

10º.- En fecha 4 de septiembre de 2007, la referida Instructora formula propuesta de resolución; elevadas las actuaciones a la Comisión Disciplinaria, se dicta Acuerdo de ésta, de 17 de octubre de 2007, por el que se eleva al Pleno del Consejo General del Poder Judicial la propuesta de la Comisión Disciplinaria de imponer a la recurrente una sanción de suspensión de funciones por tiempo de tres meses, como autora de una falta muy grave del art. 417.13 de la mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial.

11º.- Después de tramitado el mencionado expediente, dentro del cual la recurrente formuló el Pliego de Descargos y también alegaciones a la Propuesta de resolución, con fecha 24 de octubre de 2007, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, adopta el Acuerdo recurrido, por el que se impone a la recurrente una sanción de suspensión de funciones por tiempo de cinco meses, como autora de una falta muy grave, tipificada en el art. 417.13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO.- Se alega como primer motivo jurídico para apoyar la pretensión anulatoria del acuerdo recurrido la existencia de caducidad en el procedimiento administrativo disciplinario, lo que en buena hermenéutica exige su previo análisis, pues su hipotética estimación haría innecesario el análisis de los restantes motivos jurídicos alegados por la recurrente.

Queda acreditado y no es objeto además de discusión por las partes, que el expediente disciplinario se inicia por acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial con fecha 23 de noviembre de 2006, mientras el acuerdo se toma por el Pleno del Consejo en fecha 24 de octubre de 2007 y se notifica en fecha 23 de junio del mismo año. En consecuencia, transcurrido con exceso el plazo de caducidad previsto en el artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que la duración del procedimiento sancionador no excederá de seis meses.

La Jurisprudencia de este Tribunal, de la que son ejemplo las sen-

tencias de 21 de marzo de 2006, o las citadas por la actora de 16 de julio de 2007 o 26 de marzo de 2008, entre otras, viene manteniendo la aplicación al procedimiento disciplinario de Jueces y Magistrados del instituto de la caducidad, con los efectos propios de que la resolución que se dicte en un procedimiento caducado es contraria a derecho y ha de anularse.

Es cierto que como sostiene el Abogado del Estado el artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que cuando por razones excepcionales se prolongase el procedimiento por mayor plazo, el Instructor delegado deberá dar cuenta cada diez días del estado de su tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión a la autoridad que hubiere mandado proceder. Sin embargo, ello no puede entenderse como la posibilidad de prolongar de facto, esto es, sin resolución expresa que así lo acuerde, el plazo de caducidad, pues sabido es que este se caracteriza por la imposibilidad de interrupción.

Antes al contrario la naturaleza de este plazo exige que si el Instructor prevé que existen dificultades para culminar el procedimiento en plazo deba dar cuenta cada diez días al Consejo General del Poder Judicial para que éste en su caso, acuerde la prórroga. Ciertamente sin embargo que en el presente caso existen acuerdos expresos, no de una prórroga, sino de dos. Esta última circunstancia, por la aplicación supletoria de la ley 30/1992 que sólo admite una prórroga, nos llevaría igualmente a la anulación del acto impugnado.

Sin embargo, segundo de los requisitos que se desprenden del artículo 425.6 de la ley Orgánica del Poder Judicial es que existan razones excepcionales que justifiquen el retraso en la tramitación del procedimiento, y estas razones, como ha puesto de relieve la jurisprudencia de esta Sala, no pueden ser las propias del funcionamiento normal del procedimiento, como son las de tomar declaración a la denunciada o la realización de pruebas, que en el presente caso se limita a la primera, pues si bien es cierto que la actora pide prueba documental, (el Instructor solicitó la prórroga casi al final del plazo, en previsión de que la actora solicitara prueba), éste es un trámite normal de un procedimiento.

En consecuencia no se aprecia la existencia de razones excepcionales para la prórroga acordada, teniendo en cuenta que al tratar de valorar exclusivamente la nota de la Juez titular en la que comunica a la Secretaría del Juzgado su decisión de no acudir al juicio señalado, alegando como causa la enfermedad de su hija, sin que se discuta que dicha nota no tuvo efecto alguno, pues el juicio se celebró días después, con condena del demandado, no era necesario para la resolución del expe-

diente la realización de pruebas adicionales. Por ello, al no existir razones excepcionales, ha de entenderse producida la caducidad en el procedimiento disciplinario, lo que conlleva la estimación del recurso y la anulación del acto recurrido, sin necesidad de pronunciarse sobre el resto de los motivos alegados.

TERCERO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no procede hacer expresa condena en las costas procesales.

FALL

Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 643/200, interpuesto por el Procurador D. Anto-

nio Sánchez Jáuregui Alcaide, en nombre y representación de Dª Adeline, contra Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 24 de octubre de 2007, recaído en el expediente disciplinario número 53/2006, sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Juan José González Rivas.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.



2010/31751

TS Sala 4ª, Sentencia 8 marzo 2010. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

No es discriminatoria

Exclusión del personal laboral del servicio de salud de la mejora voluntaria prevista convencionalmente

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador accionante contra sentencia que rechazó su pretensión frente a la Junta de Andalucía sobre mejora de prestaciones.

La cuestión consiste en determinar si la circunstancia de que el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la administración demandada excluya de su ámbito personal de aplicación al personal laboral que presta servicios en el SAS y, en consecuencia, a este último personal no se le reconozca el derecho a la mejora voluntaria de la acción protectora para el caso de IPT derivada de AT establecida a favor de los primeros, puede comportar una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, y al respecto declara la Sala que el criterio establecido por el convenio debe entenderse como admisible y no discriminatorio, al basarse en la libre voluntad de las partes negociadoras en relación con un elemento como las mejoras voluntarias de prestaciones, que surgen de dicha voluntad y que no vienen a contradecir lo dispuesto en norma alguna de rango superior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la circunstancia de que el Convenio colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía excluya de su ámbito personal de aplicación al personal laboral que presta servicios en las Instituciones Sanitarias dependientes del Servicio Andaluz de Salud (SAS) y, en consecuencia, a este último personal no se le reconozca el derecho a la mejora vo-

luntaria de la acción protectora para el caso de incapacidad permanente total (IPT) derivada de accidente de trabajo (AT) establecida a favor de los primeros, puede comportar una vulneración de los arts. 14 de la Constitución Española (CE) y 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

2.- La sentencia recurrida, — dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Sevilla, en fecha 6-noviembre-2008 (rollo 3633/2007), revocatoria de la sentencia estimatoria de instancia, de fe-

cha 27-julio-2007, dictada por el JS/Sevilla núm. 4 (autos 37/2004)—, en el supuesto de un trabajador laboral temporal del SAS que sufrió un accidente laboral en fecha 5-junio-2005, siendo declarado en situación de IPT derivada de AT por sentencia firme de fecha 7-noviembre-2000, revoca la sentencia de instancia, argumentando en base a nuestra STS/IV 17-abril-2002 (rcud 2986/2001) la desestimación de la pretensión del trabajador accidentado y concluyendo, sobre la desigualdad invocada, que “

El Alto Tribunal no planteó duda sobre la cuestión de la eventual discriminación que ello supone, habida cuenta de la facultad de las partes negociadoras de establecer el ámbito personal de aplicación del Convenio Colectivo.

La diferenciación vendría establecida en todo caso no respecto al personal laboral temporal de las instituciones sanitarias del SAS, sino a la totalidad del personal laboral adscrito al servicio de aquéllas, y no aparecía basada en ninguna de las causas de discriminación que recoge el art. 14 del texto constitucional. Por el contrario, el criterio establecido por el Convenio debe entenderse como admisible y no discriminatorio al basarse en la libre voluntad de las partes negociadoras en relación con un elemento como las mejoras voluntarias de prestaciones, que surgen de dicha voluntad y que no vienen a contradecir lo dispuesto en norma alguna de rango superior “.

3.- La sentencia invocada como de contraste por el trabajador accidentado, — dictada por la misma Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Sevilla, en fecha 19-noviembre-2002 (rollo 1486/2002) —, desestimando el recurso de suplicación formulado por al Junta de Andalucía, confirmó la sentencia de instancia estimatoria de la demanda formulada por un trabajador laboral interino del SAS que sufrió un AT en fecha 21-octubre-1999 y que a consecuencia del mismo fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta en resolución administrativa de fecha 11-abril-2000, condenando a la Junta de Andalucía al abono de la cantidad de 30.050,61 • en concepto de mejora o ayuda de acción social. Se argumentaba en la citada sentencia referencial que “ Aunque el art. 14 de la CE y 17.1 del ET permitan la existencia de desigualdades justificadas por razones objetivas y legítimas, es decir, basadas en un hecho diferenciador que justifique el distinto trato, en el presente caso... no se aprecia que la prestación de servicios en las instituciones sanitarias sea una causa suficientemente justificativa para la exclusión del demandante de la indemnización por AT prevista para el personal laboral en general al servicio de la Junta de Andalucía y para el personal estatutario que presta sus funciones en las instituciones sanitarias del SAS “ y que “ por ello, la

falta de aseguramiento del demandante a efectos de percibir la indemnización por muerte e invalidez permanente en sus distintos grados producida por accidente laboral o extralaboral, por estar excluido expresamente en la cláusula preliminar de la póliza de seguros de accidentes para el personal al servicio de la Junta de Andalucía concertada por la Consejería demandada y la compañía..., genera una responsabilidad indemnizatoria de la Consejería de Justicia y Administración Pública de naturaleza contractual derivada del contrato de trabajo que vincula a las partes, conforme a los arts. 1.101 y 1.902 del Código Civil, por haber establecido una desigualdad injustificada con el resto de personal a su servicio, hecho que determina la condena al pago de la cantidad que hubiera correspondido percibir al trabajador en el supuesto de encontrarse asegurado “.

4.- Concorre, por consiguiente, entre ambas resoluciones comparadas el presupuesto de la contradicción al que se refiere el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que da acceso a la admisión del recurso. Y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 14 CE y 17 ET) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

SEGUNDO.- 1.- En orden a la normativa aplicable para la determinación del contenido y alcance de una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social pactada en convenio colectivo, la jurisprudencia unificadora, con respecto a las denominadas mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, ha declarado, con relación a la normativa por la que se rigen, que las mismas se regulan, en primer lugar, por las disposiciones o acuerdos que los han implantado, tanto en cuanto a su reconocimiento como en cuanto a la anulación o disminución de los derechos atribuidos a dichas prestaciones, pero que en lo no expresamente previsto, deben regirse, en principio, por las propias normas del sistema de la Seguridad Social básica (entre otras, SSTS/IV 17-marzo-1997 -rcud 2817/1996, 20-marzo-1997 -rcud 2730/1996, 5-junio-1997 -rcud 4675/1996, 13-julio-1998 -rcud 3883/1997, 8-junio-2009 -rcud 2873/2008), e incluso interrelacionándolas con las posibles normas de otro orden existentes sobre el tipo de mejora establecido, como la legislación sobre seguros (en especial a partir de la STS/IV 1-febrero-2000 -rcud 200/1999, dictada en Sala General).

2.- Partiendo del anterior presupuesto y en cuanto a la problemática de la determinación de la fecha del hecho causante, la jurisprudencia unificadora, tratándose de incapacidades permanentes derivadas de ac-

cidente de trabajo y de mejora voluntaria pactada en Convenio Colectivo y asegurada o debida asegurar con póliza mercantil, venía inicialmente sosteniendo que, a falta indicación en contrario en la configuración de la mejora voluntaria de la situación de incapacidad permanente, el hecho causante debía coincidir con fecha declaración de la incapacidad permanente que daba lugar a la prestación correspondiente de la Seguridad Social básica (entre otras muchas, SSTS/IV 28-enero-1997 -rcud 2666/1996, 12-junio-1997 -rcud 2203/1996, 12-febrero-1998 -rcud 1392/1997, 18-marzo-1998 -rcud 2222/1997, 6-octubre-1998 -rcud 205/1998, 2-febrero-1999 -rcud 1886/1998).

3.- No obstante, se produce un cambio de doctrina jurisprudencial a partir de la STS/IV 1-febrero-2000 (rcud 200/1999), dictada en Sala General, en la que detalladamente se argumenta el nuevo criterio jurisprudencial, — que fija como fecha del hecho causante aquélla en que acontece el accidente de trabajo —, acudiendo, a falta de regla en la norma en que establece la mejora, a la interpretación integradora con la normativa mercantil de seguros, posibilitando una distinción entre el accidente como riesgo asegurado (coincidente con la fecha de producción del accidente y que determina la aseguradora) y el efecto dañoso o daño indemnizado o efectos de la actualización del riesgo (la incapacidad o la muerte) que puede aparecer con posterioridad.

La doctrina reformada ha sido seguida reiteradamente por esta Sala (entre otras, SSTS/IV 25-junio-2001 -rcud 2202/2000, 15-diciembre-2003 -rcud 12/2003, 12-mayo-2006 -rcud 2880/2004, 24-mayo-2006 -rcud 210/2005, 25-septiembre-2006 -rcud 1609/2005, 30-abril-2007 -rcud 829/2006, 24-septiembre-2008 -rcud 562/2007, 19-enero-2009 -rcud 1172/2008, 8-junio-2009 -rcud 2873/2008).

4.- Ahora bien se ha advertido, con posible incidencia en la cuestión ahora enjuiciada, entre otras, en la STS/IV 19-enero-2004 (rcud 2807/2002) relativa a las mejoras establecidas para el personal estatutario de la Junta de Andalucía, que esta doctrina reformada “ se ha establecido bien interpretando normas de la Seguridad Social... o en pleitos sobre mejoras voluntarias que no tenían una regulación específica en este punto.

Pero, cuando se trata de una mejora voluntaria que contiene una regulación específica en orden a fijar el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen aplicable, tal regulación tiene que prevalecer en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango y en el presente caso la cláusula contenida en las dos pólizas no ofrece la menor

duda sobre cuál ha sido la voluntad de las partes en orden a establecer la cobertura en el momento del reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida con exclusión de la actualización de la contingencia. Y a esta solución ha de estarse, pues, aunque pudiera considerarse inconveniente de acuerdo con criterios técnicos de protección, lo cierto es que ésta es la regla que han establecido las partes, y, en consecuencia, como ya hizo en un supuesto igual la sentencia de 20-noviembre-2003 (recurso 3228/2002), hay que acoger la denuncia que se formula de los arts. 1 de la Ley de Contrato de Seguro y 1255 del Código Civil en relación con el art. 1280 y siguientes del mismo Código, pues lo que establecen las pólizas es que el derecho a la cobertura ha de determinarse en función del momento en que se reconoce la situación objeto de protección y no cabe limitar el claro tenor literal de la póliza a la mera fijación del momento en que nace el deber de pago por parte de la aseguradora, pues de manera inequívoca las pólizas vinculan ese momento no al pago, sino al propio derecho a la indemnización...

Es cierto que la opción acogida en las pólizas tiene los graves inconvenientes...

Pero una inconveniencia o un desajuste no equivale a una infracción del orden público, ni, en general, a la infracción de alguno de los otros límites de la autonomía de la voluntad a que se refiere el art. 1255 del CC, especialmente teniendo en cuenta que se trata además de una materia esencialmente disponible como la relativa a las mejoras voluntarias.

La opción de las pólizas no vulnera ninguna norma imperativa; no es contraria a la moral y tampoco se opone al orden público, si por él entendemos, como hace la doctrina científica, el constituido por los principios básicos y fundamentales de la organización de la comunidad “.

TERCERO.- 1.- En el presente caso no se cuestiona que, bien se tome como fecha determinante de la protección convencional del AT la del día en que éste aconteció (7-noviembre-2000) o bien la de la fecha de la resolución administrativa o judicial en la que se declaró el grado de IPT derivado de tal contingencia (5-junio-2005), en los respectivos Convenios colectivos del personal laboral de la Junta de Andalucía (V Convenio de fecha 22-noviembre-1996 -BOJA 12-12-1996 o VI Convenio de fecha 22-noviembre-2002 -BOJA 28-11-2002) se excluyen de su ámbito personal de aplicación al personal de las instituciones sanitarias dependientes del Servicio Andaluz de Salud (arts. 2.3.c y 3.a, respectivamente) y, por otra parte, en sus ayudas de acción social se establece que “Conforme al Reglamento de Acción Social, todo el personal laboral incluido dentro del ámbito de

aplicación de este Convenio se asegurará y adherirá a la póliza de accidentes individuales, cuyas contingencias y cuantías serán las que figuren en la póliza correspondiente” (arts. 57.3 y 60.3, respectivamente).

2.- Con la observación de que en el Reglamento de Ayudas de Acción Social para el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía (aprobado por Orden de 12-julio-1996) en el ámbito subjetivo de las ayudas, incluida la indemnización por accidentes (art. 1.f), incluía únicamente “El personal laboral fijo o temporal, sometido al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, con las excepciones que en este Reglamento se establecen para las distintas modalidades de ayudas” (art. 4.b); así como en el ulterior Reglamento de Ayudas (aprobado por Orden 18-abril-2001, modificada por Orden 26-junio-2003 y por Orden 9-junio-2004), al delimitar el ámbito subjetivo de las ayudas, incluida la indemnización por accidentes (art. 2.f), incluía además “El personal laboral fijo o temporal, sometido al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, así como el personal laboral del Servicio Andaluz de Salud, con las excepciones que, en ambos casos, este Reglamento establezca para las distintas modalidades de ayudas” (art. 4.b), sin que se efectúe en el texto del Reglamento ulterior referencia al personal laboral de SAS, ni se invoque esta norma como infringida en la sentencia recurrida a los efectos de justificar la estimación en casación de la pretensión del trabajador accidentado.

3.- La interpretación de la normativa expuesta ya ha sido efectuada en la STS/IV 17-abril-2002 (rcud 2986/2001), — en sentido contrario a la tesis sustentada por el trabajador accidentado recurrente —, y a dicha doctrina debe estarse por criterios de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso de casación, al no existir tampoco elementos nuevos que justifiquen un posible cambio de criterio jurisprudencial y al estar concordantes las partes en que el personal laboral del SAS se rige por la normativa general del Estatuto de los Trabajadores en la que no se incluye la mejora ahora cuestionada.

4.- En este sentido se afirmaba en la STS/IV 17-abril-2002 citada que “El texto del... art. 2.3 e) del Convenio Colectivo de 1996 — primer estadio en toda función interpretativa — es lo suficientemente claro para que, sin necesidad de acudir a otros medios distintos del gramatical, entender... que al personal laboral de las Instituciones Sanitarias del SAS no le es aplicable dicho Convenio, ya que su exclusión está expresamente establecida, por voluntad de las partes negociadoras, en aquel precepto y, consiguiente y correlati-

vamente, en el también transcrito art. 2 b) del Reglamento de Ayudas de Acción Social de 1996 (al incluir en el mismo, únicamente, al personal laboral...sometido al ámbito de aplicación del convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía) y, por lo que respecta a dichas Ayudas, en la mencionada cláusula de la póliza que, a dicho efectos y conforme a los arts. 57. 2 de dicho Convenio, venía obligada a suscribir la Junta de Andalucía y realizo con la entidad aseguradora...”.

Destacaba que “Es cierto que el art. 1 tanto del Convenio Colectivo de 1996 como el precedente de 1993, al determinar el ámbito funcional de dichas normas paccionadas extiende aquél a todo el de la actividad propia de la Administración de la Junta de Andalucía, realizada en todos sus centros y dependencias, Organismos Autónomos y servicios de ella dependientes, y que el SAS es, desde su creación, un Organismo Autónomo (art. 1 de la Ley 8/1986, de 6 de mayo). Mas el ámbito de aplicación de dichos Convenios viene determinado -como todo Convenio Colectivo- no sólo por el ámbito funcional (art. 1), sino, también, y, de modo fundamental, por el ámbito personal (art. 2), que es, como su propio nombre indica, el que delimita el personal a quien afecta y, en consecuencia, al que es aplicable por estar incluido en su ámbito subjetivo.

De aquí que no pueda compartirse el criterio de la sentencia referencial, para incluir en el Convenio Colectivo de 1993, al personal laboral de las Instituciones Sanitarias del SAS que presta sus servicios en Centros Hospitalarios en el Convenio Colectivo, con fundamento -primero de los aducidos como base de su decisión- en que el art. 1 de dicho Convenio extiende su aplicación al ámbito de la actividad propia de los Organismos Autónomos y el SAS lo es, pues, esta circunstancia, por sí sola, resulta insuficiente, cuando la norma paccionada, al fijar el ámbito personal, excluye expresamente al personal laboral de las Instituciones Sanitarias”.

Concluyendo, en esencia, que “Toda otra conclusión vaciaría prácticamente de contenido al propio art. 3.2 e) -lo que debe rechazarse por jurídicamente ilógico- con sólo tener en cuenta que el personal de las Instituciones Sanitarias dependientes del SAS lo integran, al menos de modo primordial, quienes prestan su trabajo en los centros hospitalarios y en los servicios de asistencia sanitaria. Y, por ello, entender que a dicho personal se extiende el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo porque las Delegaciones Provinciales de Salud, actúan, de acuerdo con las facultades y funciones que tienen asignadas, en el ámbito territorial donde se encuentran los centros hospitalarios y los servicios de asistencia sanitaria, implicaría dejar sin

efecto el propio precepto, al incluir en la salvedad la excepción, que viene referida, de modo expreso, al personal laboral de las Instituciones Sanitarias del SAS”.

5.- Como se razona en la sentencia ahora recurrida (“el criterio establecido por el Convenio debe entenderse como admisible y no discriminatorio al basarse en la libre voluntad de las partes negociadoras en relación con un elemento como las mejoras voluntarias de prestaciones, que surgen de dicha voluntad y que no vienen a contradecir lo dispuesto en norma alguna de rango superior”) y se mantiene por el Ministerio Fiscal en su informe, cabe concluir que la inaplicación al personal laboral del SAS de una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social establecida en un convenio colectivo en el que no está incluido dicho colectivo por realizar actividades distintas y estar sujetos los distintos organismos a presupuestos separados no comporta una desigualdad prohibida por los arts. 14 CE y 17 ET, al no existir regla o principio general deducible de los preceptos invocados como infringidos que posibilite entender que en el tema de mejoras voluntarias de la acción protectora si la Administración estatal, autonómica o municipal, las reconoce a favor de alguno de los colectivos laborales incluidos en el ámbito de alguno de sus convenios colectivos, la mejora voluntaria deba aplicarse con carácter general a todo tipo de personal laboral al servicio de la Administración pública correspondiente; dada además la doctrina constitucional, contenida entre otras, en la STC 5/2007 de 15 - enero, en el sentido de que “no toda desigualdad de trato supone una infracción de dicho precepto constitucional sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad exige, pues, que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (por todas, entre las más recientes y recogiendo precedente doctrina, SSTC 154/2006, de 22 de mayo, F. 4; y 214/2006, de 3 de julio, F. 2)”, añadiendo que:

“En concreto, respecto al principio de igualdad en materia retributiva, hemos afirmado que el art. 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libre-

mente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales.

En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad (SSTC 34/1984, de 9 de marzo, F. 2; ó 34/2004, de 8 de marzo, F. 3, entre otras)”.

CUARTO.- Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, es manifiesto que la sentencia recurrida contiene la buena doctrina, y no así la de contraste, por lo que aquélla no infringió los preceptos antes citados y desarrollados, de forma que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso, confirmando la sentencia recurrida; sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

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 interpuesto por D. Mario, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en fecha 6-noviembre-2008 (rollo 3633/2007), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por la Junta de Andalucía (Consejería de Justicia y Administración Pública) contra la sentencia de fecha 27-julio-2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla (autos 37/2004), en procedimiento seguido a instancia del trabajador ahora recurrente contra la JUNTA DE ANDALUCÍA (CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA), el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD y contra la aseguradora “PREVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS”. Confirmamos la sentencia recurrida; sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2845

Madrid, 16 de junio 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.



2010/21697

TS Sala 1ª, Sentencia 24 marzo 2010.
Ponente: D. Román García Varela

Retracto arrendaticio de finca al no ser admisible una "venta en globo"

El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia de instancia que estimó la demanda en ejercicio de la acción de retracto arrendaticio sobre la vivienda arrendada y condenó a las entidades demandadas a que otorguen nueva escritura a favor de la actora por el precio correspondiente, con fundamento en que no ha existido una transmisión del inmueble como un todo, sino un conjunto de fincas agrupadas, eso sí en una sola escritura y con un único precio, lo que justifica la procedencia del retracto, no siendo admisible una "venta en globo" para burlar los derechos del arrendatario.

2010/26449

TS Sala 1ª, Sentencia 15 marzo 2010.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Aceptación por el comprador del cambio de calidades de viviendas adquiridas

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada que condenó a la entidad promotora demandada a realizar los trabajos necesarios para dotar a las viviendas adquiridas por los actores de las calidades previstas para las mismas en los proyectos de ejecución de obras. Dicta la Sala otra por la que absuelve a la demandada de dicha condena ya que dichas calidades inicialmente ofertadas no fueron incorporadas a los contratos de compraventa sino sustituidas por otras calidades contenidas en el anexo integradas en los contratos suscritos elevados a escritura pública una vez construidas las viviendas, de conformidad con la normativa aplicable sobre defensa de consumidores y con el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Considera la Sala

que, dado que los cambios de calidades fueron aceptados por los compradores con conocimiento de lo que compraban, la obligación contraída por la demandada dejó de formar parte de lo que constituyó inicialmente elemento esencial del contrato.



2010/10719

TS Sala 2ª, Sentencia 2 febrero 2010.
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Absolución de delitos de violación y faltas de lesiones

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por tres delitos de violación y tres faltas de lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente, pues la sala de instancia, a partir de un material probatorio dotado de licitud y de validez procesal, formó su convicción sobre la intervención del acusado en los hechos sin apoyarse en una razonable ponderación de las pruebas, es decir, sin someter el resultado de éstas a un verdadero juicio crítico, de ponderación de su valor demostrativo, pues lo razonable en este caso era no reconocer credibilidad objetiva a unos reconocimientos e identificaciones que eran imposibles, estaban científicamente desmentidas, o carecían del valor demostrativo necesario.

2010/11512

TS Sala 2ª, Sentencia 21 enero 2010.
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Delito de estafa concurriendo engaño

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de estafa. El TS constata que existe un engaño consistente, por un lado, en la utilización de la maquinación descrita para obtener la confianza de los fabricantes en la solvencia de la sociedad y, por otro, en la utilización de un sistema de pagos aplazados con la única fi-

nalidad de dilatar el mayor tiempo posible las relaciones comerciales y, con ello, proveerse de la mayor cantidad posible de una mercancía que desde el primer momento no pensaban pagar.



2009/332687

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 18 diciembre 2009. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Documentación no aportada para reconocimiento de Medalla de Oro al Mérito Policial

El TS desestima el recurso de revisión interpuesto por el teniente de la Guardia Civil retirado contra la sentencia dictada por el TSJ de Castilla-La Mancha, que confirmó la resolución de la Dirección General de la Policía, dependiente del Ministerio del Interior, que rechazó la petición de que le fuera concedida la Medalla de Oro al Mérito Policial. La Sala considera que ni se ha acreditado la imposibilidad de aportar los documentos que se dicen recobrados en el periodo correspondiente de la instancia, ni que éstos estuvieran retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida por la sentencia firme, la Administración en este caso. Por otro lado, no se aprecia que la no aportación al expediente administrativo de los documentos de que se ha hecho mención constituyera un ardid encaminado a evitar la defensa de la otra parte o que la sentencia recaída haya sido injusta como consecuencia del proceder malicioso.

2010/12548

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 12 febrero 2010.
Ponente: D. Enrique Cancero Lalanne

Facultades de inspección conferidas al CGPJ

El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ que decidió el archivo de la queja formulada, al entender que las cuestiones a las que se refiere la de-

nuncia en cuya virtud aquella fue incoada, son de naturaleza jurisdiccional. La Sala considera que de la simple lectura de la denuncia formulada por el recurrente, se desprende que lo que pretendía era que éste, en esencia, enjuiciara y se pronunciara sobre el acierto de la condena penal impuesta por el Juzgado de lo Penal de la nulidad de actuaciones decretada por la AP Madrid al objeto de que se remitieran las actuaciones al citado Juzgado para la práctica de la prueba testifical, hechos que por su naturaleza jurisdiccional quedan fuera de las facultades de inspección que son conferidas al CGPJ.



2010/11622

TS Sala 4ª, Sentencia 21 enero 2010.
Ponente: D. Joaquín Samper Juan

Derecho a disfrute de vacaciones en período distinto al pactado por situación de IT

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador accionante contra sentencia que rechazó su pretensión frente a FEVE sobre vacaciones.

Señala la Sala que la situación de IT que surge con anterioridad al período vacacional establecido, y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, no puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa.

2010/11625

TS Sala 4ª, Sentencia 29 enero 2010.
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Competencia del orden social para conocer de reclamación de plus de pensión

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador accionante contra sentencia que declaró la incompetencia de la jurisdicción social para conocer su pretensión frente a la Xunta de Galicia sobre plus de pensión. Señala la Sala que el orden social es competente para resolver el litigio, porque la pretensión es inequívocamente laboral, se dirige a una administración pública en su condición de empleadora y, sobre todo, versa sobre un elemento esencial de la relación contractual de trabajo, como es el salario del que forma parte el complemento que se reclama.