



# 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 2894

Madrid, martes 16 de noviembre de 2010



## TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/206475

TC Sala 2ª, Sentencia 18 octubre 2010. Ponente: Dª Elisa Pérez Vera

### Acotamiento de sanciones militares a la Guardia Civil

*El TC, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida frente al art. 10.1 y 2 LO Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, considera que son constitucionales las sanciones de carácter militar impuestas a efectivos de la Guardia Civil, como por ejemplo el arresto domiciliario, si han sido impuestas por la administración militar, y siempre y cuando la actuación objeto de sanción se haya desenvuelto estrictamente en el ejercicio de funciones materialmente calificables como militares y no en el ámbito propio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Además afirma que dicho procedimiento disciplinario deberá imponerse por un tribunal competente, independiente de la Administración y en procedimiento con todas las garantías.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sala Segunda de este Tribunal, mediante Auto de 28 de octubre de 2008, acordó elevar al Pleno cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, por posible vulneración del art. 25.3 CE. A la vista de la anterior resolución, por providencia de 9 de diciembre de 2008, el Pleno del Tribunal acordó tener por planteada la presente cuestión interna de inconstitucionalidad y acordó, en virtud del art. 10.1.c) LOTC, en su redacción vigente dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir a esta Sala el conocimiento de la cuestión.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el Abogado del Estado solicita la desestimación de la presente cuestión, defendiendo la constitucionalidad del precepto cuestionado; además, recuerda que las sanciones de arresto previstas en el precepto cuestionado han sido eliminadas a través de la nueva Ley Orgá-

nica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Analiza el régimen disciplinario establecido por la Ley de 1991 y argumenta que dicha norma establecía el doble carácter, militar y civil, de la Guardia Civil, lo que no implica que las normas disciplinarias específicamente militares como la sanción de arresto debieran ser eliminadas.

Por su parte, el Fiscal General del Estado, en sus alegaciones, ha considerado que la pena de arresto que se introducía en el art. 10.1 y 2, aquí cuestionados, venía ligada a la naturaleza militar de la infracción, de acuerdo con el art. 25.3 CE. Esta sería la razón, a su juicio, por la que en ambos preceptos se contemplan alternativas a la imposición de la pena privativa de libertad cuales son la reprobación y la pérdida de haberes para el supuesto de comisión de faltas leves y la pérdida de haberes y de destino para las faltas graves, ofreciendo al aplicador de la norma una alternativa, en principio menos gravosa, que podría corresponderse con infracciones de naturaleza no militar como las cometidas por los miem-

bros de la Guardia Civil en su condición de miembros de la policía judicial bajo la dependencia del Ministerio del Interior, realizando su labor de investigación y prevención del delito y funciones de auxilio a Jueces y Tribunales, así como al Ministerio Fiscal, en tareas similares a las realizadas por otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, misiones que no pueden estrictamente calificarse de militares. Por ello, se solicita la estimación de la presente cuestión.

**SEGUNDO.-** El primer aspecto en el que hemos de detenernos es el relativo a la subsistencia o no de la presente cuestión de inconstitucionalidad, ya que la Ley Orgánica 11/1991 ha quedado derogada por la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, en la que se suprime la sanción de arresto. Concretamente, en el Preámbulo de dicha Ley Orgánica se señala que las novedades más importantes de la Ley se encuentran dirigidas a “encontrar un equilibrio correcto entre los instrumentos que el Cuerpo de la Guardia Civil precisa para el mantenimiento de un modelo disciplinario eficiente y actual, con la supresión de determinadas figuras jurídicas cuya aplicación, en circunstancias ordinarias, resultan desfasadas, difícilmente justificables y excesivamente gravosas para los miembros de la Guardia Civil”. En este contexto se sitúa “la supresión de la figura del arresto del cuadro de sanciones disciplinarias, quedando limitada la eventual aplicación de esta figura sancionadora, típica del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, para los supuestos en que se lleven a cabo misiones de naturaleza militar o cuando el personal del Cuerpo se integre en Unidades Militares”.

En principio, esa derogación no debe determinar la pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, según reiterada doctrina, en los procesos que dimanan de cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación, modificación o sustitución de la norma cuya constitucionalidad se pone en duda no priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada,

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Acotamiento de sanciones militares a la Guardia Civil **1**

### TS

#### CIVIL

Ineficacia de cláusula de duración indefinida en arrendamiento de local de negocio celebrado al amparo del RDL 2/1985 **4**

Obligación de la empresa deudora de responder por los daños morales causados al actor accionista **6**

#### PENAL

Vulneración de la presunción de inocencia en relación al delito de tenencia de moneda falsa **8**

Absolución del delito de estafa por no existir prueba del conocimiento del recurrente respecto de la situación financiera de las empresas **10**

#### ADMINISTRATIVO

Incumplimiento del trámite de audiencia sindical en la elaboración del RD 1755/2007 sobre organización de servicios de prevención del Ministerio de Defensa **10**

Nulidad de la resolución por la que se regula el complemento de productividad del Cuerpo de Secretarios Judiciales para el periodo 2005-2006 **12**

#### SOCIAL

Aplicación de factor multiplicador como condición más beneficiosa **13**

Prohibición de espiguelo normativo a efectos de disfrute de días adicionales de permiso por antigüedad **14**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

modificada o sustituida en el proceso a quo puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal. De modo que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que tras esas operaciones resulte o no aplicable al proceso a quo y de que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (por todas, STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 4). Por tanto, hemos de comprobar si, a pesar de la derogación, los preceptos objeto de la cuestión siguen siendo aplicables al caso y determinantes de la decisión a adoptar en el Recurso de Amparo núm. 6925-2004.

Para ello es preciso discernir la incidencia que la Ley Orgánica 12/2007 tiene sobre las sanciones impuestas bajo la vigencia de la Ley Orgánica 11/1991, en virtud del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.

En este sentido, la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 12/2007 establece que, a su entrada en vigor, a quienes se encuentren cumpliendo arresto por falta leve o grave, se les dará por cumplida la sanción (apartado 1), que las faltas disciplinarias cometidas con anterioridad a su entrada en vigor serán sancionadas conforme a la normativa anterior, salvo que las disposiciones de la nueva Ley fueran más favorables para el interesado (apartado 2), y que las resoluciones firmes que a la entrada en vigor de la Ley no hubiesen sido ejecutadas en todo o en parte, así como las que no hubiesen alcanzado firmeza, serán revisadas de oficio si de la aplicación de la misma se derivaran efectos más favorables para el sancionado (apartado 4).

En el presente caso, tales reglas transitorias no tienen incidencia, pues, en el momento de interposición del recurso de amparo, el recurrente ya había cumplido la sanción de tres días de arresto que le había sido impuesta por la comisión de una falta leve, de modo que no hay lugar a que sea sancionado conforme a la nueva regulación o a que se proceda a revisar de oficio la resolución sancionadora. Por consiguiente, la cuestión de inconstitucionalidad no se ve alterada por la derogación de la Ley Orgánica 11/1991, en la medida en

que la solución del recurso de amparo interpuesto exige determinar si los preceptos de esta Ley, en virtud de los cuales fue sancionado el demandante de amparo, son o no conformes con la Constitución.

**TERCERO.-** Para resolver las dudas de constitucionalidad de los preceptos analizados debemos comenzar recordando que la Constitución, en su art. 25.3, establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. En relación con este precepto, hemos señalado que la Constitución reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar, y que del mismo se deriva, a sensu contrario, que la denominada Administración militar pueda imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad (STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 8).

No obstante, la posibilidad de que se puedan aplicar penas privativas de libertad sin la participación inmediata de la autoridad judicial debe considerarse como una posibilidad excepcional, justificada por la especial naturaleza y función de la Administración militar y las Fuerzas armadas, dentro de la regla general de intervención judicial.

En este sentido, aunque hemos reconocido las peculiaridades que presenta la acción disciplinaria en el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, lo que incide en las garantías del procedimiento disciplinario (STC 44/1983, de 24 de mayo, FJ 1), también hemos dicho que “(n)o cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia, en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defen-

sa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión” (STC 21/1981, FJ 10).

A partir de estas consideraciones, hemos de recordar que la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, regulaba en el art. 10.1 y 2 aquí cuestionado sanciones de distinta naturaleza para el mismo tipo de infracción.

Así, el art. 10.1 de la Ley Orgánica 11/1991 establece las sanciones que pueden imponerse por la comisión de las veintisiete conductas que se tipifican como faltas leves en el art. 7 del mismo texto legal, previniendo, sin una correlación concreta con el tipo de infracción, la posibilidad de imponer, o bien una reprimenda, o bien una pérdida de haberes de uno a cuatro días, o, finalmente, un arresto de uno a treinta días en domicilio. Idéntico es el planteamiento en el supuesto del apartado 2 del art. 10 también cuestionado.

En este caso, el art. 8 de la Ley contiene un listado de treinta y cuatro infracciones calificadas como graves, y el art. 10.2, al regular las sanciones para el caso de tales infracciones, establece la posibilidad de sanciones de pérdida de destino, pérdida de cinco a veinte días de haberes, o arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar.

Las infracciones contenidas en la Ley pueden, en principio, ser cometidas por los miembros de Guardia Civil tanto en el desempeño de funciones policiales como en el ámbito de las misiones militares en las que participen, ya que las citadas normas no contienen ningún parámetro que permita diferenciar las infracciones y las sanciones que se les asignan por el tipo de función que en cada momento se realice.

**CUARTO.-** Los términos de la regulación cuestionada determinan que hayamos de precisar qué naturaleza presenta la sanción de arresto contemplada en el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, así como, en atención al doble carácter de las funciones que puede desempeñar la Guardia Civil, la naturaleza de dicho instituto, ya que puede resultar relevante a la hora de llevar a cabo el juicio de constitucionalidad del precepto cuestionado, en la medida en que de ella depende su exclusión o no de la prohibición que el art. 25.3

CE dirige a la Administración civil para imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

Por lo que se refiere al primer aspecto, hemos señalado reiteradamente que la sanción de arresto domiciliario no es una simple restricción de la libertad, sino una verdadera privación de aquélla (entre otras, SSTC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3, y 14/1999, de 22 de febrero, FJ 9), pues entre la libertad y la detención no existen zonas intermedias (STC 61/1995, de 19 de marzo, FJ 4).

Y ese carácter de sanción privativa de libertad no lo pierde ni siquiera en el caso de que se imponga sin perjuicio del servicio, porque la persona no recupera su situación de libertad porque se le autorice a acudir a su trabajo habitual, ya que, como dijimos en la STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 10, “es algo que se compece con dificultad con los presupuestos de un orden político que se comprende a sí mismo como un régimen de libertades (art. 10.1 C.E.)”. Si esto es así en relación con el arresto domiciliario, tanto más debe serlo en cuanto al que tiene lugar en establecimiento disciplinario.

En relación con el otro aspecto, hay que partir de que la Guardia Civil, como ha recogido tradicionalmente su normativa, se ha caracterizado por la naturaleza “mixta” de sus funciones, habiéndosele encomendado históricamente al citado Cuerpo funciones, tanto de naturaleza militar, como otras estrictamente policiales.

Asimismo, su dependencia administrativa ha sido dual, dependiendo del Ministerio del Interior en ejercicio de las funciones policiales y del Ministerio de Defensa cuando llevan a cabo misiones de carácter militar, según prevé el art. 9 b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de mayo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Este doble carácter queda recogido en dicha Ley, cuyo Preámbulo, no obstante, centra la actuación del instituto en el ejercicio de funciones propiamente policiales de mantenimiento del orden y de la seguridad pública, “sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar”, asignándole como su auténtica misión en la sociedad actual la “garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la

protección de la seguridad ciudadana”, todo ello dentro del conjunto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Esta peculiar naturaleza jurídica de la Guardia Civil, que ha sido definida en su normativa específica como un “instituto armado de naturaleza militar” (art. 9 b) de la Ley Orgánica 2/1986) no ha contribuido a aclarar qué régimen disciplinario debía regir para sus miembros.

El legislador no ha querido que dicho régimen sea el aplicable al Cuerpo Nacional de Policía, de suerte que el art. 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986, apelando a la naturaleza militar de la Guardia Civil como circunstancia diferenciadora entre ésta y las otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, remite a su normativa específica a efectos disciplinarios.

No obstante, ante la ausencia de esa normativa específica, los miembros de aquélla se han visto sometidos en un principio al régimen disciplinario previsto para los miembros de las Fuerzas Armadas. A esta situación se refirió este Tribunal en la STC 194/1989, de 16 de noviembre, señalando que la “previsión legislativa contenida en el art. 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986 y antes en el art. 38.2 de la L.O. 6/1980, no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria, pero también indefinida, del régimen disciplinario militar.

El legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y de remisión”.

Esta situación se prolonga hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, norma que supuso un primer paso esencial para poder establecer un régimen disciplinario propio de los miembros de la Guardia Civil, consolidándose lo que ya se había apuntado por el legislador en la Ley Orgánica 2/1986: que la Guardia Civil, definida como instituto armado de naturaleza militar, por las funciones que realiza se integraba en las Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 9 de la Ley Orgánica 2/1986), teniendo la consideración de fuerza armada únicamente, de manera excepcional, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomiendan (art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/1986).

Esta definición de la Guardia civil como cuerpo perteneciente a las Fuerzas de Seguridad del Estado, se plasma también en la Ley Orgánica 11/1991 que, si bien contempla la dependencia del Ministerio de De-

fensa para el desempeño de funciones militares, establece la dependencia del Ministerio del Interior en el desarrollo de las funciones policiales. En suma, la citada Ley Orgánica 11/1991, desglosó el régimen disciplinario de la Guardia Civil del de las Fuerzas Armadas separando, definitivamente, la normativa disciplinaria de aquel instituto armado.

La Ley Orgánica 12/2007 da un paso más en esta línea, pues regula el régimen disciplinario específico de la Guardia Civil en su condición de Fuerza de Seguridad del Estado, mientras que en las actuaciones de carácter militar que pueda desempeñar, la somete al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, como queda establecido en su disposición adicional sexta, que da nueva redacción al art. 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986.

QUINTO.- Llegados a este punto, ya estamos en situación de determinar si es conforme al art. 25.3 CE que los miembros de la Guardia Civil en el desempeño de funciones no militares puedan ser sancionados con arresto.

En efecto, la singularidad de la potestad disciplinaria de la Administración militar tiene reconocimiento constitucional en el propio art. 25.3 (STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 6), ya que, en ese ámbito, el valor primordial que la subordinación jerárquica y la disciplina tienen hace que el procedimiento disciplinario no pueda quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procedimientos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar (SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 9; y 44/1983, de 24 de mayo, FJ 1).

En esta misma línea, hemos recordado la imposibilidad de aplicar en tal contexto (en virtud de la remisión del art. 10.2 CE) las garantías de los arts. 5 y 6 CEDH, pues España, al ratificar dicho Convenio, y de conformidad con el art. 64 del mismo, se ha reservado la aplicación de tales preceptos en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el Código de Justicia Militar (STC 21/1981, FJ 10), y, posteriormente, en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (de acuerdo con la modificación de la reserva, de 24 de septiembre de 1986).

También hemos dicho que, a pesar de ello, no puede extraerse la conclusión de que los procedimientos militares disciplinarios puedan moverse absolutamente al margen de toda garantía constitucional, pues, como ya expusimos anteriormente al referirnos a la previsión del art. 25.3 CE, el régimen de dichos procedimientos

ha de incorporar una serie de valores y principios de alcance universal, que han sido asumidos constitucionalmente y deben informar todo nuestro Ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la inicial exclusión de las garantías de los arts. 5 y 6 CEDH debe ser actualmente objeto de matización en relación con el régimen disciplinario de la Guardia Civil contenido en la Ley Orgánica 11/1991, merced a la interpretación realizada por el TEDH sobre la reserva formulada por España en cuanto a la aplicación de dichos preceptos, órgano que, como tenemos dicho, es el competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 21/1981, FJ 9).

En efecto, en la STEDH de 2 de noviembre de 2006 (caso *Dacosta Silva c. España*) se advierte que el objeto de la reserva española era el régimen disciplinario de las fuerzas armadas, regido por el Código de Justicia Militar vigente en el momento de la reserva y, posteriormente, por la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, que España comunicó al Consejo de Europa en 1986, por lo que difícilmente puede sostenerse que la reserva española sea aplicable a una norma posterior, como es la Ley Orgánica 11/1991, que tiene por particular objeto el régimen disciplinario de la Guardia Civil, en tanto que régimen específico y, en consecuencia, diferente del aplicable a las fuerzas armadas.

En concreto, el TEDH recuerda que la reserva había y ha tenido siempre por objeto el “régimen disciplinario de las fuerzas armadas”, y que si desde 1991 la Guardia Civil, como “fuerza y cuerpo de seguridad del Estado” y no como “fuerza armada”, tiene por imperativo legal (recordado por la doctrina de este Tribunal) un régimen disciplinario específico, distinto del de las fuerzas armadas, y regido por una Ley Orgánica propia, “la reserva no puede en consecuencia extenderse a una norma que tiene por finalidad una segregación del objeto reflejado en la reserva”, pues es una pretensión contraria al CEDH que no puede ser aceptada (§ 37).

Como consecuencia de lo anterior, y de acuerdo con la previsión del art. 10.2 CE, en consonancia con lo que dispone el art. 25.3 CE, el procedimiento disciplinario aplicable a la Guardia Civil, en su consideración de Fuerza de Seguridad del Estado (esto es, fuera de su actuación como fuerza armada), ha de quedar sujeto a las determinaciones de los arts. 5 y 6 CEDH, y, en concreto, en lo que aquí nos interesa, a la del art. 5.1 a), conforme al cual, la privación de libertad ha de derivar de una sentencia judicial, debiendo ser impuesta por un Tribunal competente que goce de independencia con respecto a la Administración y en un procedimiento seguido con las debidas garantías.

Pues bien, la interpretación del art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 ha de partir de estas premisas, conforme a las cuales, podemos llegar a la conclusión de que el art. 25.3 CE no permite a las autoridades o mandos de la Guardia Civil a que se refiera el art. 19 de la Ley Orgánica 11/1991 imponer sanciones que impliquen privación de libertad cuando se trate de actuaciones desarrolladas dentro del ámbito de las funciones policiales que la ley les encomienda.

O dicho de otro modo, el art. 25.3 CE no permite, a la luz de la singular configuración de la Guardia Civil que, previendo el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 para la misma categoría de infracciones sanciones de diferente naturaleza jurídica -que pueden ser de contenido económico, referidas a la carrera de los sancionados, y otras privativas de libertad-, se imponga una sanción de arresto sin que haya quedado acreditado y motivado en la resolución sancionadora que la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una función militar.

En definitiva, para que la previsión legal cuestionada de una sanción privativa de libertad pueda ampararse en el art. 25.3 CE, debe quedar acreditado que la sanción de arresto ha sido impuesta por la administración militar, no solamente en sentido formal, sino en sentido material, es decir, siempre y cuando la actuación objeto de sanción se haya desenvuelto estrictamente en el ejercicio de funciones materialmente calificables como militares y no en el ámbito propio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por tanto, debemos concluir que el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, sólo resulta acorde con la Constitución si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad (según el procedimiento previsto en la Ley) procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora.

### FALLO

Declarar que el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, no es inconstitucional interpretado en los términos establecidos en el Fundamento Jurídico quinto de esta Sentencia.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil diez. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2010/140010

TS Sala 1ª, Sentencia 7 julio 2010. Ponente: D. Román García Varela

## Ineficacia de cláusula de duración indefinida en arrendamiento de local de negocio celebrado al amparo del RDL 2/1985

*El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de apelación que declaró la resolución de los contratos de arrendamiento sobre los locales litigiosos por expiración del plazo, dado que, con arreglo a la jurisprudencia del TS el arrendamiento de cosas es de naturaleza temporal y las cláusulas en contrario, como la de duración indefinida que se contiene en los mencionados contratos, son ineficaces. Es así que la expresión "tiempo indefinido" para referirse a su duración en los contratos de arrendamiento urbano celebrados al amparo del RDL 2/1985, de 30 de abril -como es el de caso de autos-, no es equivalente al régimen de prórroga forzosa del art. 57 LAU 1964, por no ser términos equivalentes y por exigirse una deducción inequívoca del articulado del contrato, debiéndose estar, ante la duda, como ocurre en este caso, al régimen general delimitado por el citado Real Decreto-Ley, que dotó a los contratos de arrendamiento de la característica esencial de su temporalidad.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dª Alejandra y Dª Aurelia -esta última en representación de su hija menor de edad Dª Lourdes - presentaron demanda de juicio verbal de desahucio contra D. Rafael, solicitando que se declarasen resueltos los contratos de arrendamiento por extinción del plazo pactado en relación a las fincas sitas en la Avda. Poeta Carmelo Calvo núm. 9 Bajo y calle Teniente Durán núm. 2 entrepantalla izquierda, de Alicante.

Ambos locales de negocio habían sido arrendados al demandado por su padre, D. Cipriano, en fecha 4 de junio de 1993, «por tiempo indefinido». Fallecido el arrendador, ambos inmuebles formaban parte de las herencias yacentes de D. Cipriano y de su esposa, Dª Enriqueta, de las cuales eran herederos tanto las demandantes, hija y nieta de los finados, como el demandado, hijo de estos y hermano y tío de las anteriores. Se declaraba, asimismo, que pese a haberse intentado la notificación de las actrices de su oposición a que el arrendamiento siguiese su curso por considerar expirado el plazo, el arrendatario seguía en la posesión de ambos inmuebles, habiendo incluso subarrendado a terceros uno de ellos.

Tras la alegación de excepciones procesales que dieron lugar a un auto de sobreseimiento que fue apelado y

revocado por la Audiencia Provincial de Alicante, se amplió la demanda contra la subarrendataria de uno de los locales, Dª Marisol. En la segunda vista del juicio, el demandado contestó a la demanda alegando que los contratos estaban sometidos al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, según se desprendía de la cláusula de "tiempo indefinido" del contrato.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que los contratos de arrendamiento celebrados durante la vigencia del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, se habían acogido a la prórroga forzosa establecida en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, según se desprendía del propio articulado de los contratos, que fijaban su duración por tiempo indefinido.

Se argumentaba que «a la vista de la lectura de las cláusulas que constan en los citados contratos y que antes han sido puestas de manifiesto, no se puede entender que el plazo de duración del arrendamiento querido por las partes sea un plazo de arrendamiento mensual, pues de los hechos que se han puesto de manifiesto en este proceso y que han sido probados en virtud de lo antes indicado es clara que la voluntad de las partes al tiempo de la celebración del con-

trato era someterlo a una duración de mayor duración posible y por tanto, se ha de entender que en realidad la voluntad de las partes era someterlo al régimen de prórroga forzosa previsto en la LAU de 1964».

Entendía como elementos a tener en cuenta para llegar a la conclusión antes alcanzada el hecho de que el arrendamiento se hiciera por largo tiempo y con renta baja; que el arrendatario fuera hijo del arrendador y aquél continuase en el mismo negocio que ejercitaba el hermano en el mismo local; y las amplias facultades que tenía el arrendatario para hacer obras en el local, subarrendar o no revisar la renta.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las actrices, con estimación de la demanda, al considerar que las argumentaciones desplegadas por el Juez a quo «son contrarias al sentido de la legislación vigente, en la que, como señala nuestra reciente sentencia de 4 de abril del presente año, existe, en los contratos como el que nos ocupa, celebrados durante la vigencia del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, total libertad de pacto en relación a la duración de los contratos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda, y si la intención del arrendatario era asegurarse una determinada duración, se debió hacer constar así en el contrato». Se argumentaba que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el arrendamiento de cosas es de naturaleza temporal y las cláusulas en contrario, como las de "duración indefinida", son ineficaces.

El recurso de casación interpuesto por los demandados, D. Rafael y Dª Marisol, al amparo del artículo 477.2, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se alega interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales y por oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, se divide en cuatro motivos: primero, por infracción de lo dispuesto en los artículos 1091, 1254, 1255, 1258, 1261 y 1262 del Código Civil, en relación con el artículo 9 del Real Decreto Ley 2/1985 y error en la doctrina jurisprudencial aplicable; segundo, por infracción de los artículos 1281, 1282, 1284, 1285, 1287 y 1288 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso; tercero, infracción de los artículos 1543 y 1581 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial aplicable que los desarrolla; y cuarto, por "existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo" contenida en las sentencias de 4 de febrero de 1992 y de 20 de abril de 1993.

SEGUNDO.- El primer motivo denuncia infracción de los artículos 1091, 1254, 1255, 1258, 1261 y 1262 del Código Civil en relación con el artículo 9 del Real Decreto-

Ley 2/1985 y un "error en la doctrina jurisprudencial aplicable". Aducen los recurrentes que consideran, como lo hace la sentencia impugnada, que establecer un contrato por tiempo indefinido es contrario a la naturaleza temporal del arrendamiento, además de dejar al arbitrio de una de las partes la duración del contrato, no es correcto, porque el contrato no se encuentra sometido a la voluntad de las partes sino al régimen legal aplicable, esto es, al de la prórroga forzosa.

Para apoyar sus argumentos, exponen la doctrina contenida en las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 2 de mayo de 1996 y de 6 de septiembre de 2002, que estarían en contradicción con la impugnada.

El motivo debe ser desestimado por dos razones. La primera y más importante, por falta de acreditación del interés casacional alegado por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales porque no queda debidamente acreditada la contradicción jurisprudencial de las diversas doctrinas que se alegan, en tanto que ello exige un criterio jurídico plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma Sección de la misma Audiencia frente a otro criterio jurídico antagónico -en relación con la misma cuestión de derecho- recogido en otras dos sentencias de diferente Audiencia o Sección. En este caso se contraponen una sentencia -la impugnada- de la Audiencia Provincial de Alicante a dos sentencias que pretendidamente mantienen una tesis jurisprudencial contraria a la anterior, dictadas por la Audiencia Provincial de Las Palmas, por lo que no se cumple la anterior exigencia.

En segundo lugar, porque la sola enunciación del motivo, en el que se declara la vulneración de diversos preceptos del Código Civil, relativos a la doctrina general de los contratos y a los requisitos esenciales para la validez de los contratos, de forma heterogénea, incumple la exigencia de esta Sala de que los recursos de casación sean interpuestos de forma clara y precisa, delimitando la cuestión concreta que se presenta a decisión de la Sala, poniendo en directa relación la pretendida infracción normativa con el interés casacional alegado, lo cual no se cumple en el presente caso.

TERCERO.- El segundo motivo denuncia infracción de los artículos 1281, 1282, 1284, 1285, 1287 y 1288 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso. Alegan los recurrentes que la voluntad de los contratantes, comprobada en el acto de la vista, permite concluir sin lugar a dudas que el arrendador original, al tiempo de concertar los arrendamientos discutidos, quiso someter los contratos a prórroga forzosa, sin que esta posibilidad de someter implícitamente los

contratos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 esté vedada por el Real Decreto-Ley 2/1985 ni por la doctrina jurisprudencial que desarrolla el artículo 9 de dicho texto legal, debiendo prevalecer la intención de los contratantes sobre el tenor literal que consta en el contrato, y, en concreto, respecto a la fijación de su plazo por "tiempo indefinido".

Se apoya el motivo en la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Quinta) de 14 de mayo de 1998 y de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Quinta) de 23 de diciembre de 2003 y de 16 de marzo de 2004.

El motivo debe seguir la misma suerte que el anterior y por las mismas razones.

En primer lugar, porque, como ya se concluyó en el motivo anterior, no ha quedado acreditado el interés casacional, al no contraponerse dos sentencias de la misma Audiencia o Sección a otras dos que mantengan un criterio jurídico antagónico, dictadas por otra Audiencia o Sección. En este caso se enfrentan dos sentencias de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia y una de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante a la sentencia impugnada.

En segundo lugar, porque, tal y como declara la sentencia de esta Sala de 4 de junio de 2009, no está permitido citar en casación a la vez la infracción de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil y, además, constituye presupuesto casacional indicar cuál de los dos párrafos del artículo 1281 ha sido infringido.

Continúa la referida resolución exponiendo que «como manifiesta, entre otras, la STS de 28 de abril de 2006, la alegada infracción de los artículos 1281 y 1282 supone contradicción en cuanto el segundo sólo entra en juego cuando por falta de claridad del contrato no es posible determinar, a través de ellos, cual sea la verdadera intención de los contratantes; y reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 23 de febrero de 2007) ha mantenido que se debe concretar el elemento de interpretación que ha sido violado, si el primero o el segundo párrafo del artículo 1281, o el elemento concreto de los distintos preceptos sobre interpretación de los contratos» (en el mismo sentido, SSTS de 11 de febrero de 2009 y de 8 de mayo de 2009). Además, la cita de preceptos heterogéneos es también causa de desestimación, como la antes citada sentencia de 8 de mayo de 2009 sostenía al rechazar el recurso de casación planteado en aquel caso por vulneración de los artículos 1281, 1282, 1284 y 1285 del Código Civil.

CUARTO.- El tercer motivo denuncia infracción de los artículos 1543 y 1581 del Código Civil y de la

doctrina jurisprudencial aplicable que los desarrolla. Se alega que «la Sentencia recurrida, al tener por no establecida la cláusula del contrato que somete el mismo a TIEMPO INDEFINIDO, y abonarse la renta mensualmente, aplica el art. 1581 del Código Civil, y por tanto los contratos discutidos, al mes de suscripción quedaron extinguidos». Dicha argumentación, a juicio de los recurrentes, choca frontalmente con la doctrina jurisprudencial seguida por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona en las sentencias de 23 de junio de 1999, 14 de junio de 2001 y 23 de febrero de 2004.

El motivo debe ser desestimado.

Al igual que sucediera en los dos motivos anteriores, los recurrentes no cumplen los requisitos establecidos por esta Sala para entender correctamente acreditado el interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, pues no se llega a identificar una doctrina jurisprudencial mantenida por dos sentencias de una misma Audiencia o Sección que se contraponga a la doctrina establecida por otras dos sentencias de otra Audiencia o Sección. En este caso, se contraponen la sentencia impugnada a tres sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

QUINTO.- El cuarto y último motivo invoca la oposición a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 4 de febrero de 1992 y de 20 de abril de 1993.

Los recurrentes consideran que «pasa por alto la Sala "a quo" en la resolución recurrida, la más reciente jurisprudencia del Alto Tribunal y que viene a decir que en el art. 9 del Real Decreto Ley 2/1985 de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica se suprime el mero automatismo legal "ope legis", y sin previo consentimiento de las partes contratantes, el expresado régimen de prórroga forzosa establecido en el art. 57 del TRLau 64, pero admitiendo la posibilidad de un implícito convenio de prórroga forzosa, lo que apunta a que en un caso como el presente los contratos de arrendamiento donde se cuestiona el plazo de vigencia deban de interpretarse de forma individualizada mediante las normas hermenéuticas y no como realiza la Sentencia recurrida tener por no puesta la cláusula de TIEMPO INDEFINIDO».

El motivo ha de ser desestimado.

En primer lugar, porque no se expresa en su encabezamiento cuál es la concreta norma aplicable que se considera infringida, exigencia que impone el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, limitándose a decir que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, porque, aunque se entendiera salvado el anterior escollo con la cita que se hace en el desarrollo del motivo de diversos preceptos legales, resulta que no es cierto que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina de esta Sala sobre la cuestión y, por ende, que haya infringido los preceptos aludidos en el motivo.

Así, los contratos de arrendamiento urbano, en términos de la reciente sentencia del pleno de esta Sala de 9 de septiembre de 2009 (recurso 1071/2005), tienen como elemento esencial la temporalidad, sin perjuicio de que, bajo la vigencia de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, por herencia legislativa de la anterior Ley de 1920, se establecía la obligación de que los arrendamientos urbanos estuviesen sujetos a la prórroga forzosa, de obligado cumplimiento para el arrendador, en un intento de proteger al arrendatario, considerado en una posición de desventaja.

Continúa dicha sentencia argumentando que «en este sentido la evolución legislativa se ha manifestado claramente en contra de dicha prórroga, suprimiendo en primer lugar su carácter forzoso (artículo 9 del R.D. 2/1985) y abandonando definitivamente su reconocimiento y regulación en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, cuyas disposiciones transitorias se dedican a establecer un sistema de finalización de aquellos contratos que, nacidos antes de su entrada en vigor, estaban sujetos a prórroga forzosa para el arrendador y facultativa para el arrendatario».

Sentado lo anterior, como expresa la sentencia de esta Sala de 29 de diciembre de 2009 (recurso 2541/2005), que sigue la doctrina de la de 22 de junio de 2009 (Recurso 1/2005), «tras la publicación del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio celebrados bajo su vigencia tendrán la duración que libremente estipulen las partes».

Pero, aunque desapareció el sistema de prórroga forzosa, nada impide, según la misma sentencia, que, «si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964».

Pero, en tal caso, continúa la misma sentencia, «es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento», ya que, «en caso contrario, hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el

tiempo convenido». Y concluye: «el referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante».

De ello se deduce la utilización de la expresión "tiempo indefinido" para referirse a su duración en los contratos de arrendamiento urbano celebrados al amparo del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, no es equivalente al acogimiento del régimen de prórroga forzosa del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, por no ser términos equivalentes y por exigirse una deducción inequívoca del articulado del contrato, debiéndose estar, ante la duda, como ocurre en este caso, al régimen general delimitado por el citado Real Decreto-Ley, que dotó a los contratos de arrendamiento de la característica esencial de su temporalidad.

SEXTO.- La desestimación del recurso lleva a la decisión de que las costas del presente recurso deban ser impuestas a la parte recurrente (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Rafael y D<sup>a</sup> Marisol contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante en fecha de 26 de octubre de dos mil seis. Condenamos a la parte recurrente al abono de las costas ocasionadas en este recurso de casación. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Rios; Roman Garcia Varela; Francisco Marin Castan; José Antonio Seijas Quintana; Encarnacion Roca Trias; Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Firmado y rubricado. Publicación.

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

2010/185008

TS Sala Iª, Sentencia 15 junio 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

En el proceso de cierre y liquidación de la empresa

## Obligación de la empresa deudora de responder por los daños morales causados al actor accionista

*El Alto Tribunal declara haber lugar al recurso de casación planteado contra la SAP que revocó parcialmente la sentencia de instancia y rebajó el importe de la indemnización fijada por ésta al recurrente, debido a que los padecimientos no fueron considerados como daños morales, pues no se entendió que comprendieran aspectos del daño material que afectarían a la esfera patrimonial del sujeto o derivasen de daños patrimoniales. La Sala, sostiene para la estimación del recurso, que la conclusión a que llegó la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina del TS, pues la Audiencia implícitamente reconoció como existente el daño que la sentencia de primera instancia declaró probado; descrito éste como una serie de acontecimientos que supusieron un grave menoscabo de la integridad de la persona del demandante en su vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar; y quedando demostrado igualmente, que ese daño se produjo como consecuencia del cierre de la empresa directamente provocado por los incumplimientos de la demandada, hecho que la sentencia recurrida consideró de carácter doloso, concurriendo por esto un criterio de imputación objetiva que obliga necesariamente al deudor a responder de los daños morales causados.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. D. Alejo, ejerció una acción de indemnización de daños y perjuicios contra varios demandados, por engaño en la venta de las participaciones de la sociedad limitada Fast English. Solicitó que se les condenase a abonar 270.000 euros. Esta suma estaba integrada por 114.112,08 euros (precio inicial percibido por los demandados), 12.600 euros (retribuciones de febrero/agosto de 2003, más intereses), 10.000 euros (aportados en septiembre de 2003, más intereses), 653 euros (aportados a caja por intereses), 5.220 euros (deuda con pro-

veedores afianzada), 27.625,63 euros (reclamación laboral) y 100.000 en concepto de indemnizaciones por los padecimientos morales y físicos soportados durante el proceso de cierre de la empresa, por los trastornos funcionales que aquellos causaron y por las secuelas psíquicas.

2. El Juzgado de Primera Instancia concedió una indemnización total de 227.583,94 €, integrada por 114.112,08 € por precio inicial, 12.600 € por importe de retribuciones, y 100.000 € por daños morales (teniendo en cuenta de que a partir del mes de comprada la empresa tuvo que hacer frente a las contingencias y trastornos físicos y psíquicos hasta el cierre), y 821,86 € del laudo arbitral.

3. La Audiencia Provincial revocó parcialmente esta sentencia, suprimiendo la cantidad de 100.000 € por daños morales.

4. Se fundó, en síntesis, en que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales, pues estos no comprenden aspectos del daño material que afectan a la esfera patrimonial del sujeto o derivan de daños patrimoniales.

5. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 467.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso. La parte recurrida plantea cuatro motivos de inadmisibilidad del recurso de casación.

Estos motivos deben ser desestimados por las siguientes razones:

a) El error cometido en el auto de admisión de 25 de noviembre de 2008 consistente en denominar el recurso de casación como extraordinario por infracción procesal constituye un error material que, como la parte recurrida reconoce, carece de trascendencia práctica alguna.

b) No existe falta de motivación acerca de la causa de inadmisibilidad propuesta por razón de la cuantía, pues de los razonamientos del auto de admisión se desprende que se aceptan las alegaciones de la parte recurrente considerando que el asunto es de cuantía superior a los 150.000 €, que es la summa gravaminis (cuantía para recurrir) que establece la LEC.

c) La parte recurrente reclama únicamente en casación la suma de 100.000 €. Sin embargo, la cuantía a efectos del recurso de casación no puede cifrarse en esta cantidad, como propone la parte recurrida, sino en la cuantía que fue objeto de condena en la sentencia de apelación, superior a los 150.000 € pues esta suma no fue consentida por la parte demandada, que recurrió contra la sentencia impugnándola en su to-

talidad. Según reiterada jurisprudencia de esta Sala la cuantía a efectos de casación no viene determinada por la cantidad reclamada por la parte recurrente, sino por la diferencia entre la cuantía del proceso en la primera instancia y la suma que ha quedado consolidada en apelación por haber sido consentida por ambas partes. La razón de este principio se funda en el principio de igualdad de partes, a tenor del cual la cuantía considerada a efectos del recurso, salvo supuestos excepcionales, debe ser idéntica para todas ellas.

d) La causa de inadmisibilidad alegada respecto del motivo cuarto será examinada al entrar en su conocimiento.

TERCERO.- Enunciación del motivo primero. El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula: "Por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 del CC (y en los concordantes artículos 1102 y 1106 de dicho texto legal)". El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia desconoce el deber legal de indemnizar en caso de incumplimiento contractual doloso, con el abono de los intereses si se trata de contenido de equivalencia dineraria, pues la supresión de la indemnización de 100.000 €, que era la única partida destinada indemnizar daños, deja sin resarcimiento tanto los daños morales como los patrimoniales.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Perjuicios no resarcidos. La cantidad de 100.000 € fue solicitada para la indemnización de daños de carácter moral, consistentes, según describe la parte recurrente en su demanda, en "padecimientos morales y físicos soportados durante el traumático proceso de cierre de la empresa, (...) los trastornos funcionales que aquellos causaron y (...) las secuelas psíquicas y nerviosas que siguen bajo tratamiento", consecuencia del incumplimiento contractual por la contraparte.

El hecho de que determinados daños de carácter patrimonial puedan no haber sido indemnizados y que no se haya acordado el abono de intereses que la parte recurrente considera procedentes no puede ser objeto de examen en este recurso de casación, pues la parte recurrente consintió el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia, al no recurrir en apelación contra él ni impugnar la sentencia cuando se opuso a la apelación formulada por la contraparte.

QUINTO.- Enunciación del motivo segundo. En el motivo segundo se alega, en síntesis, que, en contra del parecer de la Sala, los padecimientos por los que el Juzgado concedió una indemnización de 100.000 € corresponden a los calificados por los tribunales como daños morales.

El motivo debe ser estimado.

SEXTO.- La calificación de los daños por los que se reclama. Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, artículo 10:301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual resulta asimismo significativo, como criterio para calibrar la imputabilidad, el alcance obligatorio del contrato para quienes en él intervienen, de acuerdo con lo que resulte de su interpretación. En el caso de incumplimiento doloso del contrato, esta imputabilidad resulta ampliada. El CC, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los "daños previstos" y de los "daños previsibles" (artículo 1107 I CC), el deudor en caso de dolo responde de los daños "que conocidamente se deriven del hecho generador" (artículo 1107 II CC).

Interpretando este precepto, la jurisprudencia (SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982 y 23 de octubre de 1984) ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad.

Pero el artículo 1107 CC comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieran verse en el momento de contraerse la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 CC, es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del

daño moral con el incumplimiento. A este principio responde el criterio que para la indemnización del daño moral se recomienda en los artículos 9:501 y 9:503 de los PETL, según los cuales, si no existe una cláusula penal que determine otra cosa, el resarcimiento incluye el daño moral, cuya extensión se limita a los daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato y sean resultado del incumplimiento, salvo el caso de que éste sea doloso o debido a culpa grave, en que deberán indemnizarse todos los daños morales.

La inclusión del daño moral en el deber de resarcimiento se prevé también en los Principios sobre contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT (artículo 7.4.2) La STS de 31 de mayo de 2000, RC núm. 2332/1995, en relación con un contrato de transporte aéreo, declaró, aplicando el criterio de relevancia, que “no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo”, pero admitió que “pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso” y “también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna.”

En el caso examinado, dada la naturaleza puramente económica y mercantil del contrato, no consta que en el contenido del contrato se hubiesen tomado en consideración, implícita o explícitamente, los daños morales que pudiera producir su incumplimiento. Sin embargo, la sentencia de instancia declara que el incumplimiento fue doloso, por lo cual la imputación objetiva alcanza a los daños morales relevantes derivados del incumplimiento, independientemente de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños.

La conclusión a que llega la sentencia recurrida no se ajusta a esta doctrina, pues afirma que “la Sala muestra su disconformidad con la petición de 100 000 euros que formuló el actor por daños morales, por considerar que los padecimientos relacionados no pueden ser considerados como daños morales” y justifica esta consideración en que no cabe reclamar daño moral “si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial”.

Considerado, pues, por la sentencia recurrida implícitamente como

existente el daño que la sentencia de primera instancia declara probado; descrito éste como una serie de acontecimientos que suponen un grave menoscabo de la integridad de la persona del demandante en su vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar; y demostrado igualmente que este daño se produjo como consecuencia del cierre de la empresa directamente acarreado por los incumplimientos de la demandada, que la sentencia recurrida considera de carácter doloso, concurre un criterio de imputación objetiva, sancionado por el artículo 1107 CC, que obliga al deudor a responder de los daños morales causados.

**SÉPTIMO.-** Enunciación del motivo tercero. En el motivo tercero se alega la infracción de los artículos 1101, 1102 y 1107 CC, pues, aun en el supuesto de que los padecimientos del actor no tuvieran encaje en el concepto de daño moral, la obligación de indemnizar subsistiría, dado el carácter doloso del incumplimiento contractual. El motivo debe ser estimado, por estar en estrecha relación con el motivo segundo de casación.

**OCTAVO.-** Enunciación del motivo cuarto. En el motivo cuarto se alega la infracción del artículo 1124 CC, pues la cuestión introducida por la Audiencia Provincial sobre la calificación de los daños morales, que no había sido discutida por los demandados, constituye una cuestión nueva que causa indefensión al recurrente y comporta una infracción del Derecho sustantivo. El motivo debe ser desestimado.

**NOVENO.-** Incongruencia. La infracción imputada en este motivo a la sentencia recurrida consiste en una incongruencia extra petita (fuera de lo pedido) porque, a juicio de la parte recurrente, el rechazo de los daños morales se hizo introduciendo una cuestión sobre su calificación que no había sido planteada por la parte recurrente. Este planteamiento demuestra que la infracción denunciada en el motivo es una infracción de carácter procesal sobre las normas reguladoras de la sentencia sobre congruencia, por lo que únicamente hubiera podido ser resuelta si se hubiera planteado por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal.

**DÉCIMO.-** Enunciación del motivo quinto. En el motivo quinto se alega, en síntesis, que la supresión de los 100 000 euros reclamados, al privar de todos los daños y perjuicios de indemnización, propicia la contravención del artículo 1091 CC, pues, según la jurisprudencia, la infracción de las obligaciones contractuales supone siempre un perjuicio o daño para el otro contratante y el incumplimiento del contrato no puede quedar impune. El motivo debe ser desestimado.

**UNDÉCIMO.-** Daños y perjuicios in re ipsa. El anterior motivo debe

ser desestimado por las siguientes razones:

a) Según reiterada jurisprudencia el precepto que se cita como infringido, por su carácter general, necesita para ser alegado en un recurso de casación que su cita se complete con la de aquellas disposiciones que acrediten que la Sala de instancia ha interpretado mal el tenor de las obligaciones o se equivocó al estimar que su cumplimiento se ajustaba o no al mismo (STS de 23 de abril de 1966).

b) El artículo 1091 CC, en el cual se establece que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos” no comporta que cualquier incumplimiento contractual genere necesariamente la obligación de resarcir, pues este precepto debe entenderse complementado con el artículo 1101 CC, del cual se infiere que la obligación de indemnizar que se impone a quienes incurrieren en dolo o negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y a los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas, tiene por objeto “los daños y perjuicios causados” y no el incumplimiento en abstracto.

Esta Sala, en efecto, tiene declarado que debe concurrir como requisito necesario para la aplicación del artículo 1101 CC, además del incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, la realidad de los perjuicios, es decir, que éstos sean probados, y el nexo causal eficiente entre la conducta del agente y los daños producidos (SSTS de 24 de septiembre de 1994, 6 de abril de 1995, 22 de octubre de 1996, 13 de mayo de 1997, 19 de febrero de 1998, 24 de mayo de 1999, 31 de enero de 2001, 3 de julio de 2001, 5 de octubre de 2002, 10 de julio de 2003, 9 de marzo de 2005, 19 de julio de 2007).

La doctrina que mantiene la posibilidad de nacimiento del deber de indemnizar por el simple incumplimiento se refiere a supuestos en que el incumplimiento determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del incumplimiento o se trata de daños patentes (SSTS de 26 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1992, 29 de marzo de 2001).

De esta jurisprudencia se deduce que el principio *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) alegado por la parte recurrente y la consideración de un perjuicio *in re ipsa* (en la cosa misma) no son aplicables a todo incumplimiento, sino solamente a aquel que evidencia por sí mismo la existencia del daño (como ocurre, en el supuesto contemplado en la STS de 23 de julio de 1996, en el caso de falta de entrega de un inmueble, pues

es evidente el perjuicio determinado por la pérdida de su valor de uso). La desestimación de este motivo de casación no es obstáculo a la estimación de los motivos segundo y tercero.

**DECIMOSEGUNDO.-** Estimación del recurso. La estimación de los motivos de casación segundo y tercero conduce a casar la sentencia recurrida y a desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia, desde cuya fecha se devengarán los intereses procesales.

Con arreglo a los artículos 394 y 398 LEC, se imponen las costas del recurso de apelación a la parte recurrente y no ha lugar a imponer las costas del recurso de casación.

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

#### FALLO

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alejo contra la sentencia de 23 de enero de 2006, dictada por la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación número 39/2005, cuyo fallo dice:

“Fallamos: Que estimando en parte como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Carlos de Zulueta y Cebrián en nombre y representación D. Belarmino y D.ª Guillerma y D. Casimiro y D.ª Loreto contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1.ª Instancia núm. 8 de Madrid con fecha 30 de julio de 2004, de la que el presente rollo dimana, debemos revocarla y la revocamos en el único sentido de rebajar el importe de la indemnización concedida a la cantidad de 127 533,94 euros en lugar de los 227 533,94 euros concedidos, todo ello sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en este recurso a ninguna de las partes”.

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Carlos de Zulueta y Cebrián en nombre y representación D. Belarmino, D.ª Guillerma, D. Casimiro y D.ª Loreto contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1.ª Instancia núm. 8 de Madrid con fecha 30 de julio de 2004, la cual confirmamos en su integridad. Declaramos que los intereses procesales, si ha lugar a ellos, se devengarán desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

4. Se imponen a la parte que lo interpuso las costas del recurso de apelación y no ha lugar a imponer las costas de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos. Román García Varela.- Francisco Marín Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.

probado, dice, que tuviera conocimiento de la falsedad de las tarjetas, ya que no es apreciable a simple vista y además tenía en su poder un documento de identidad falsificado a nombre del titular de la tarjeta. En el segundo motivo insiste en el desconocimiento de la alteración de las tarjetas, ya que para su utilización basta su sustracción o extravío y la simulación de la identidad del poseedor. Y en el motivo tercero, denuncia la indebida inaplicación, en su caso, del artículo 393 del Código Penal. 1. Los hechos probados narran, sintéticamente, que la acusada, el día 5 de agosto de 2005, se personó primeramente en un establecimiento comercial (de Sant Vicent dels Horts, Barcelona), en donde valiéndose de una tarjeta de crédito que previamente había sido manipulada, la utilizó en perjuicio de su titular, y en beneficio propio, para hacerse pago de un televisor, que importó 1.329 euros, cargo seguidamente anulado por el establecimiento. A continuación, acudió a otra tienda, y con la misma tarjeta manipulada, adquirió otro televisor por precio de 1.199 euros. Media hora después, fue detenida portando además de esa tarjeta, otras tres más, en semejantes condiciones, y un D.N.I., igualmente manipulado, al que le había sido incorporada una fotografía que la procesada había proporcionado a tal efecto.

Se decía en la anterior Sentencia de esta Sala, dictada como consecuencia de la anterior tramitación del recurso y luego anulada, y se reproduce ahora, que “de los tres delitos enjuiciados, no ofrece duda alguna la concurrencia de los requisitos legales, junto a la pertinente actividad probatoria de cargo, tanto de la estafa en grado de continuidad delictiva, como de la falsificación de documento oficial, admitidos por la defensa de la procesada, como hace constar la Sala sentenciadora de instancia en su fundamentación jurídica. En efecto, la acusada reconoció que proporcionó una fotografía suya a otra persona y que luego, cuando vio incorporada esa foto a un DNI, lo tomó como propio e hizo uso de él. Igualmente, en lo tocante al delito continuado de estafa, la única cuestión que se ha planteado por la defensa, ha sido el grado de ejecución del delito”, lo que será estudiado en el examen del correspondiente motivo.

La acusación particular alega que las tarjetas debieron ser falsificadas al mismo tiempo que el documento de identidad, de donde resultaría el conocimiento de la recurrente respecto de la falsedad.

Sin embargo, es claro que, dados esos hechos, es decir, la posesión de varias tarjetas y de un DNI a nombre del titular de aquellas, es posible que la recurrente desconociera que habían sido alteradas, pues bien podían pertenecer a quien figuraba como titular, alterándose solo el documento

de identidad para facilitar su utilización fraudulenta por un tercero.

Como se decía por esta Sala en la sentencia anteriormente dictada, “El Tribunal de instancia reconoce que, a pesar de la acusación del Ministerio Fiscal por falsificación de moneda (asimilada), no existe prueba alguna de que la acusada falsificase las tarjetas, es decir, incorporase una banda magnética apócrifa, mediante la utilización de aparatos electrónicos/informáticos al efecto, “ni siquiera la prueba (practicada) nos permite aseverar que el uso que la procesada hizo de las tarjetas fuese estando de acuerdo con el falsificador, porque tampoco hay prueba sobre este extremo”. Es más, dicen los jueces “a quibus”, que el acta de acusación solamente le atribuye “haber utilizado fraudulentamente una tarjeta, no habiendo mención alguna que relacione esa utilización con la falsificación o connivencia con quien las falsificare “. Ante ello, se le condena por delito tenencia de moneda falsa, tipificado en el párrafo segundo del art. 386 del Código penal, delito no acusado pero que se entiende homogéneo con el imputado. En el Pleno de 16 de diciembre de 2008, hemos acordado lo siguiente: “ la tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386, párrafo 2º del CP, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión “. Pues, bien, en los hechos probados no solamente no se refleja tal finalidad de transmisión, sino lo que es más importante, de las pruebas practicadas no se deduce de manera inequívoca que la procesada conociera la falsedad intrínseca de tales tarjetas, y aún existiendo la posibilidad de que las utilizara a sabiendas de su “falsedad”, ha de entenderse por ésta (falsedad) que no eran suyas, es decir, que habían llegado a sus manos de manera ilícita, por ejemplo, procedentes de un delito contra el patrimonio ajeno, pero desconociendo la manipulación de sus bandas magnéticas.

Es decir, que se había suplantado la personalidad del titular de la tarjeta para ilícitamente obtener un beneficio. Y ello se deduce del dato que hubo de confeccionarse un D.N.I. que coincidiese con el nombre del titular, el cual fue exhibido por la procesada para poder adquirir los productos comerciales, anteriormente descritos. Evidentemente, la falsedad de la banda magnética no pudo ser apreciada a simple vista por la ahora recurrente.

Es por ello, que ha de estimarse el motivo primero del recurso, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, al tratarse de una inferencia que no resiste la característica de inequívoca, que incuestionablemente exige la prueba indirecta o por pre-



2010/140039

TS Sala 2ª, Sentencia 29 junio 2010. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Al no deducirse de manera inequívoca el conocimiento de la falsedad intrínseca de las tarjetas

## Vulneración de la presunción de inocencia en relación al delito de tenencia de moneda falsa

*Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por delitos de tenencia de moneda falsa, falsedad en documento oficial y continuado de estafa. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve a la recurrente del delito de tenencia de moneda falsa, pues no existe prueba alguna de que la acusada falsificase las tarjetas, es decir, incorporase una banda magnética apócrifa, mediante la utilización de aparatos electrónicos/informáticos al efecto, y ni siquiera la prueba practicada permite aseverar que el uso que la procesada hizo de las tarjetas fuese estando de acuerdo con el falsificador, porque tampoco hay prueba sobre este extremo.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 15 de abril de 2008 en el Rollo de Sala núm. 44/2007 en la que condeno a la recurrente como autora de un delito de tenencia de moneda falsa a la pena de dos años de prisión; de un delito de falsedad en documento oficial a la pena de seis meses de prisión y multa de seis meses con una cuota de seis euros; y de un delito continuado de estafa a la pena de seis meses de prisión. Asimismo la condenó a indemnizar a Servired en la cantidad de 1.199,00 euros. Interpuesto recurso de casación, esta Sala dictó la Sentencia núm. 383/2009, de 8 de abril, en la que estimó parcialmente el recurso y dejó sin efecto la condena por el delito de tenencia de moneda falsa y la indemnización acordada en la instancia a favor de Servired, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia impugnada. Con posterioridad a esa fecha, se suscitó ante esta misma Sala incidente de nulidad de actuaciones en nombre y representación de la entidad Servired, que fue estimado mediante Auto de 13 de noviembre de 2009, anulando la sen-

tencia de casación y ordenando a la Audiencia retrotraer las actuaciones al momento anterior al emplazamiento de las partes ante este Tribunal. Reiniciada desde ese momento la tramitación del presente recurso, ahora con la participación de la acusación particular promotora de la nulidad antes referida, la recurrente, mediante escrito de 7 de enero de 2010, ratificó íntegramente el escrito de formalización del recurso presentado en su momento, sin añadir al mismo consideración alguna. La acusación particular se opuso a los distintos motivos del recurso. Y el Ministerio Fiscal igualmente dio por reproducido su anterior informe.

PRIMERO.- En el primer motivo, con apoyo en el artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia en cuanto a la aplicación de los artículos 386 y 387 en relación a la tenencia de moneda falsa, y del artículo 392 respecto del delito de falsedad. Señala que ha reconocido que con una tarjeta de pago de titularidad ajena y un documento de identidad falso, pues se había insertado en él una fotografía suya, intentó la adquisición de varios efectos en dos comercios. No se puede tener por

sunciones. Como hemos dicho en nuestra Sentencia de 19 de abril de 2000, todo este material probatorio tiene carácter indiciario, por lo que debemos proyectar su contenido sobre las reglas acuñadas por esta Sala, para dar entidad probatoria a los diferentes elementos disponibles. En primer lugar, es necesario que concurre una variedad de indicios, ya que el indicio único y aislado resulta las más de las veces ambiguo y casi siempre inconsistente, por lo que es necesario un concurso o pluralidad, para reforzar su impacto incriminatorio. A su vez, todos los datos indiciarios han de ser recogidos a través de prueba directa y aparecer en cierta conexión o relación con el hecho que es objeto de enjuiciamiento. Pero ello no es suficiente, se necesita que los indicios tengan inequívoca potencialidad reveladora de hechos o datos que sirvan para establecer una determinada relación entre el hecho punible y la persona a la que afectan los indicios disponibles.

La convicción obtenida, debe estar a salvo de la existencia de cualquier duda razonable y tiene que basarse en la fuerza inculpativa que se deriva de los elementos indiciarios. Esta convicción debe estar asentada sobre un juicio de racionalidad, de tal naturaleza que no deje resquicio para conclusiones de signo diferente, que asimismo puedan estar firmemente basadas sobre una valoración acomodada a las reglas del criterio humano. El enlace preciso y directo que se viene exigiendo para dar viabilidad probatoria a los elementos indiciarios, nos tendría que llevar a una conclusión firme y sólida que no admitiese la posibilidad de revisión casacional en virtud de la razonada motivación del órgano juzgador de instancia.

La doctrina de esta Sala exige la conexión lógica, con la seguridad exigible para las pruebas de cargo en materia penal, cuando, dados los hechos directamente probados, ha de entenderse que realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonable, compatible con esos indicios y, a tal fin, si se han alegado, habrán de examinarse las explicaciones dadas por el acusado.

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional, toda vez que existía la posibilidad de que la acusada creyese que la tarjeta utilizada había sido robada, y posteriormente entregada a la misma para verificar esa operación por encargo de un tercero, y el dato de la confección de un DNI "ad hoc" lo avala, lo que permite optar por otra alternativa conclusiva más favorable para el acusado, razón por la cual se ha vulnerado el derecho constitucional invocado por la recurrente, al no tratarse, como hemos dicho más arriba, de una inequívoca conclusión, sino que admite otras alternativas más favorables. La estima-

ción de este motivo, nos releva ya del estudio de los motivos segundo y tercero, formalizados subsidiariamente a éste, por lo que absolveremos a la recurrente en la segunda sentencia que ha de dictarse a continuación de ésta".

En consecuencia, el motivo primero debe ser estimado.

**SEGUNDO.-** En el cuarto motivo, sostiene que la estafa debió apreciarse en grado de tentativa. Alega que fue detenida cuando se disponía a abandonar el lugar donde estaban los comercios. Niega haber tenido disponibilidad de los efectos adquiridos.

1. Esta Sala ha entendido que la estafa se consuma desde el momento en que tiene lugar el acto de disposición, lo que tiene lugar desde que se adquiere una mínima disponibilidad sobre el objeto. En el caso, desde que se recibe el televisor que se adquiere fraudulentamente.

2. Como se decía en la anterior sentencia, "es lo cierto, según se deduce de la fundamentación jurídica que completa en este caso la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, que, al menos, el segundo televisor tuvo que ser ulteriormente "recuperado", lo que da lugar a la disponibilidad del mismo, doctrina que sigue esta Sala Casacional, frente a otras posiciones jurídicas, para la consumación delictiva, pero lo que no es de recibo es la afirmación que se realiza por el autor del recurso en el sentido de achacar a los responsables de la transacción electrónica la falta de una operación de retroacción de la misma, "sin costo ni daño para el titular ni para el comerciante", como se hizo en la precedente comisión delictiva.

En todo caso, el Tribunal sentenciador debió ser mucho más explícito en la redacción y confección del relato fáctico, en punto al grado de disponibilidad de la acusada de los objetos adquiridos, sin perjuicio de que, en definitiva, esta censura casacional carece de cualquier practicidad, en tanto que la penalidad imponible, debió situarse en la franja superior del delito (art. 249: de un año y nueve meses a tres años de prisión), conforme a lo disciplinado para el delito continuado en el art. 74 del Código penal, y aquí se ha impuesto la pena mínima de seis meses de prisión, que cubriría esa rebaja punitiva que exige el art. 62 del Código penal, para la tentativa criminal". En consecuencia, el motivo se desestima.

**TERCERO.-** El motivo quinto, formalizado por idéntica vía impugnativa que el anterior, denuncia la indebida aplicación de los arts. 109 y siguientes del Código penal, junto al 116 del mismo Texto legal. La recurrente entiende que no se ha producido perjuicio alguno que deba ser re-

sarcido, al haberse cometido los hechos en grado de tentativa.

El motivo tiene que ser estimado, aunque no por los argumentos de la recurrente, ya que la alegación relativa a la tentativa ha sido desestimada. Sin embargo, en tanto que el Tribunal de instancia condena a la recurrente a indemnizar a SERVIRED en cuantía de 1.199 euros, cuando consta que el televisor obtenido fue recuperado de forma inmediata, debe concluirse que no hubo perjuicio alguno ni para el comerciante ni para la entidad emisora de la tarjeta de crédito, al ser devuelto el aparato al establecimiento comercial, lo que deja sin efecto el cargo en aquella.

**CUARTO.-** El sexto motivo, formalizado por infracción de ley, del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 123 del Código penal (costas procesales), por falta de legitimación procesal de SERVIRED como perjudicada, cuestión nueva, como razona el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, pero además, tal entidad, como emisora de la tarjeta de crédito con la que se obtuvieron fraudulentamente los bienes adquiridos, tenía plena legitimación para ostentar la posesión de acusación particular, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

#### FALLO

Que debemos declarar y declararos haber lugar parcialmente al recurso de Casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación procesal de la acusada Piedad, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, con fecha 15 de abril de 2.008, en causa seguida contra la misma, por delito de falsificación de moneda, de documento oficial y estafa. Declarándose de oficio las costas correspondientes a los presentes 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. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallín.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de junio de dos mil diez.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por Piedad, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, con fecha 15 de abril de dos

mil ocho, en causa seguida contra Piedad, nacida el 6 de octubre de 1949, en Batea (Tarragona), hija de Delfín y de Teresa; por delitos de falsificación de moneda, de documento oficial y estafa, y una vez declarado concluso el mismo, lo elevó a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección 4ª, rollo 44/2.007) que, con fecha quince de abril de dos mil ocho, dictó sentencia condenando a Piedad, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor penalmente responsable de:

A) Un delito de tenencia de moneda falsa, a la pena de 2 años de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena.

B) Un delito de falsedad en documento oficial a la pena de seis meses de prisión, con igual accesoria durante la condena que en el caso anterior y multa de seis meses con una cuota de tres euros.

C) Un delito continuado de estafa a la pena de seis meses de prisión con igual accesoria durante la condena.- Asimismo, la condenamos a que indemnice a SERVIRED en la cantidad de mil cientos noventa y nueve (1.199,00) euros y al pago de las costas del presente incluidas las de la acusación particular.- Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la acusada, y que ha sido casada y anulada parcialmente por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver a la acusada Piedad del delito de tenencia de moneda falsa. Igualmente procede dejar sin efecto la indemnización de 1.199 euros acordada a favor de Servired.

#### FALLO

Debemos absolver y absolvemos a la acusada Piedad del delito de tenencia de moneda falsa. Se deja sin efecto la indemnización de 1.199 euros acordada a favor de Servired.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

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

tiva lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarda.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Ba-reiro.- José Antonio Martín Pallín.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certi-fico.

2010/152974

TS Sala 2ª, Sentencia 12 junio 2010. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

## Absolución del delito de estafa por no existir prueba del conocimiento del recurrente respecto de la situación financiera de las empresas

*Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, ya que se imputa al recurrente haber omitido informar al banco que a las empresas libradoras de los efectos descontados "difícilmente se les podría cobrar, dada la situación que estaban pasando", y que no habría informado al banco que su propia empresa atravesaba un situación precaria. Sin embargo, en los hechos probados no existe la menor referencia al conocimiento del recurrente respecto de la situación financiera de las empresas. Por otra parte, la Audiencia afirma erróneamente que los pagarés no respondían a "operaciones mercantiles reales", pero los pagarés cumplían la función de otorgar una fianza cambiaria a favor del recurrente y, por lo tanto, eran, como tales operaciones mercantiles, reales.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El tercer motivo del recurso impugna la subsunción típica de los hechos bajo el tipo penal del art. 248.1º CP. Subraya el recurrente que la Audiencia ha reconocido que "el mero descuento de efectos mercantiles de tal naturaleza no es en sí mismo punible". En particular es cuestionado en el recurso que el acusado haya actuado con dolo, dado que -se afirma- no está acredi-

tado que conociera que su empresa no podría pagar, que tampoco sabía que las empresas libradoras tampoco podrían pagar, así como que desconocía que la fiadora solidaria tampoco contaría con fondos para satisfacer el pago. El cuarto motivo del recurso costuye una continuación del tercero.

Ambos motivos deben ser estimados.

La Audiencia imputa al recurrente haber omitido informar al Banco que a las empresas libradoras de los efectos descontados "difícilmente se les podría cobrar, dada la situación que estaban pasando" Asimismo el acusado no habría informado al Banco que su propia empresa atravesaba un situación precaria (pág. 7 y s.de la sentencia recurrida). Sin embargo, en los hechos probados, no existe la menor referencia al conocimiento del recurrente respecto de la situación financiera de las empresas.

La Audiencia señala en varios lugares que los pagarés no respondía a "operaciones mercantiles reales". Esta afirmación es evidentemente errónea, toda vez que los pagarés cumplían la función de otorgar una fianza cambiaria a favor el recurrente y por lo tanto, eran, como tales operaciones mercantiles reales. Los pagarés pertenecen a la categoría de los negocios jurídicos abstractos, es decir, no causales en el sentido del art. 1274 y ss. C. Civ. Quien libra o acepta un pagaré a favor de otro se constiuye en deudor y tal efecto jurídico otorga realidad al pagaré o a la letra de cambio.

Asimismo, no consta en los hechos probados que el banco haya tomado las medidas habituales de evaluación de riesgos, necesarias para comprobar la solvencia de las empresas emisoras de los pagarés y de su capacidad financiera para cumplir con las obligaciones asumidas. La Audiencia exime al Banco de tales obligaciones afirmando que el acusado aprovechó la confianza "que se había venido ganado en sus relaciones con el banco" (...), "en el que" (...) "hasta entonces había descontado efectos de comercio que luego se cobraron con normalidad". Tampoco se hace constar en el hecho probado cuánto tiempo duraron esas operaciones, ni qué cantidades habían sido descontadas. En ningún momento se dice en los hechos probados, ni en los fundamentos jurídicos (ver p. 7 de la sentencia recurrida), que el autor hubiera realizado esos descuentos con el propósito de crear una apariencia de solvencia.

SEGUNDO.- Los motivos quinto, sexto y séptimo del recurso están fundamentados en tres distintos quebrantamientos de forma. Asimismo el octavo motivo del recurso basado en la infracción del art. 24. 2 CE. Es innecesario considerar estos motivos, dada la estimación del tercero y cuarto del recurso.

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Clemente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección sexta, de 4 de enero de 2010, en causa seguida por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Zaragoza, Procedimiento Abreviado núm. 2967/05, y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida. Interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. José Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Enrique Bacigalupo Zapater.

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de junio de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Zaragoza, se instruyó Procedimiento Abreviado núm. 2967/05, contra Clemente y María Antonieta, en cuya causa se dictó Sentencia por la Audiencia Provincial de Zaragoza, con fecha 4 de enero de 2010, que ha sido casada y anulada por

la pronunciada en el día de hoy por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

### III. FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE, a Clemente, del delito de estafa, por el que venía acusado. Mantenemos asimismo todos los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia que no resulten modificados por la presente. Declaramos de oficio las costas causadas en este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. José Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Enrique Bacigalupo Zapater

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



2010/153213

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 13 julio 2010. Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí

## Incumplimiento del trámite de audiencia sindical en la elaboración del RD 1755/2007 sobre organización de servicios de prevención del Ministerio de Defensa

*El TS estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la federación sindical contra el RD 1755/2007, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la Organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, y anula el art. 2, a) en cuanto establece un único servicio de prevención donde conviven personal militar y civil sin haber dado audiencia a las organizaciones sindicales a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y del personal. Reconocida la legitimación activa*

del sindicato recurrente, la Sala considera que aunque la disposición impugnada reglamente la prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, no constituye obstáculo legal para que las organizaciones sindicales puntualmente fuesen oídas a través del correspondiente trámite de audiencia, en las medidas que se adopten por la Administración militar para garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud en los centros de trabajo en los que convivan personal militar y civil en donde exista un único servicio de prevención, por lo que se anula el precepto.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En este recurso contencioso-administrativo se impugna por la representación procesal de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, que según su artículo primero tiene por objeto promover la seguridad y salud del personal de las Fuerzas Armadas en el desempeño de sus funciones mediante el desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

**SEGUNDO.-** Aunque el sindicato demandante solicita que: “se declare la nulidad de pleno derecho del Real Decreto impugnado, con las consecuencias inherentes a tal declaración, y, en consecuencia se condene a la Administración demandada a retrotraer el expediente al momento previo a su tramitación para proceder a la oportuna negociación en la mesa sectorial a la que deberá ser llamada la central sindical actuante, junto a las demás organizaciones sindicales más representativas que deban estar presentes... “ según claramente se deduce del escrito fundamental de demanda la pretensión anulatoria no se dirige contra toda la Disposición General, sino sólo contra el apartado tercero del artículo 2 que dispone: En los centros de trabajo donde convivan personal militar y civil existirá un único servicio de prevención al que será de aplicación lo previsto en el capítulo III, sin menoscabo de las necesarias relaciones de dicho servicio con los delegados de prevención o los comités de seguridad y salud que pudieran existir, según establece el Real Decreto 1932/1998, 11 de septiembre, de adaptación de los capítulos III y IV de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimiento militares. Así, literalmente, se dice en la demanda que no se ha negociado con las Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito de la

función pública, y ello pese a que tal y como se señala en el artículo 2 del Real Decreto, en los centros de trabajo donde convivan personal militar y personal civil existirá un único servicio de prevención. En consecuencia, dada la posibilidad de participación de personal civil en los correspondientes servicios de prevención, era necesaria la negociación de la Mesa correspondiente.

**TERCERO.-** Al contestar la demanda y con carácter previo el Abogado del Estado alega la falta de legitimación del sindicato recurrente, y, para ello invoca con cita de los artículos 58.1 en relación con el 51.1.b) de la Ley Jurisdiccional, el artículo 19.1. b), que dispone que “Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”, pues, el defensor de la Administración del Estado considera que “la parte demandante invoca, sin más los preceptos y los apartados transcritos pero no dice absolutamente nada sobre los derechos e intereses colectivos que, en cuanto sindicato, defiende en este caso”, y con la apoyatura jurídica de nuestras sentencias de diecinueve de diciembre de dos mil ocho y veintinueve de enero de dos mil nueve y veinte de febrero de dos mil ocho que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 70/82, 97/91, 210/94 y 101/96, entiende que no existe un vínculo especial y concreto entre el referido sindicato y el objeto del debate en el pleito, en cuanto que se trata de una norma dirigida a funcionarios que están excluidos del derecho a la libre sindicación en virtud de sus disposiciones estatutarias. A este precepto, conviene recordar la doctrina constitucional en estos supuestos: El Tribunal Constitucional ha venido a fijar cuatro premisas en esta materia, que se desprenden de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional 7/2001, de quince de enero, 24/2001, de veintinueve de enero, y 84/2001 de veintiséis de marzo. Se concretan aquellas en las siguientes:

1) Las viejas reglas de la Ley Jurisdiccional de mil novecientos cincuenta y seis -el interés directo de su artículo 28.1. a) -deben ser sustituida por la noción de interés legítimo del artículo 24.1 de la Constitución (hoy ya recogida en el artículo 19.1. b) de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de trece de julio de mil novecientos noventa y ocho, entendida según la teoría general, esto es, como ventaja o utilidad que obtendría el recurrente en caso de prosperar la pretensión ejercitada.

2) Que los Sindicatos, tanto por el reconocimiento expreso de la Cons-

titución como por obra de los Tratados internacionales suscritos con España, tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino de los intereses colectivos de los trabajadores en general.

3) Que, sin embargo, respecto de la legitimación procesal esa capacidad abstracta de los sindicatos debe concretarse, en cada caso, mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, ya que la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no les convierte en guardianes abstractos de la legalidad.

4) En el orden contencioso-administrativo, ese vínculo, entendido como aptitud para ser parte en un proceso concreto o “legitimatio ad causam”, ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico. Pues bien, partiendo de la lectura de la demanda, apreciamos que el artículo 2 de la Disposición impugnada afecta a los miembros del sindicato recurrente al establecer en los centros de trabajo donde convivan personal militar y civil un único servicio de prevención a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y del personal. En consecuencia, esta causa de inadmisibilidad debe ser desestimada.

**CUARTO.-** Según el sindicato recurrente la Administración infringe los artículos 31 a 37 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con lo previsto en los artículos 6.3. c y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, y 7, 28.1, 37.1 y 103.3 de la Constitución y del Convenio número 151 de la O.I.T., ratificado por España mediante instrumento de 22 de junio de 1984, pues en la elaboración del Real Decreto de prevención de riesgos laborales del personal de las Fuerzas Armadas y de la Organización de los servicios no hubo un proceso de negociación colectiva. Tiene razón el Abogado del Estado al afirmar, como reconoce el propio sindicato recurrente en su demanda, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1.a) de la Ley 9/1987, de 12 de junio y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, quedan excluidos de la aplicación de las referidas Leyes los miembros de Fuerzas y de los Institutos Armados salvo cuando así lo disponga su legislación específica, que es una consecuencia de lo que dispone el artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre en la nueva redacción que le ha sido dada por la ley 31/2006. Ahora bien, el hecho de que la regulación del derecho a la libertad sindical para los funcionarios públicos, exceptuados los cuerpos militares y las fuerzas de seguridad, no impide el derecho de las Organizaciones Sindicales legitimadas a ser oídas en aquellas materias que directa o colateralmente incidan en temas que afecten al personal al servicio de las Adminis-

traciones Públicas según disponen las Leyes 9/1987, de 12 de junio y 21/2006, de 20 de junio, y concretamente, al personal laboral dependiente de Establecimientos Militares, que según el artículo 78 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, “tiene derecho a estar representado colectivamente ante la Jefatura de dichos Establecimientos y ante la Administración militar como conjunto...”.

Y, en este mismo sentido el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, que adapta los capítulos III y V de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares. Por ello, en el caso que enjuicamos, la circunstancia que la Disposición impugnada reglamente la prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y la organización de los servicios de Prevención del Ministerio de Defensa no constituye obstáculo legal para que las Organizaciones Sindicales puntualmente fuesen oídas, a través del correspondiente trámite de audiencia, en las medidas que se adopten por la Administración militar para garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud en los centros de trabajo en los que convivan personal militar y civil en donde exista un único servicio de prevención.

En consecuencia, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo y anular el apartado segundo del artículo 2.a) del Real Decreto impugnado.

**QUINTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional no procede hacer un especial pronunciamiento condenatorio sobre las costas devengadas por la interposición del presente recurso.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

#### FALLO

Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CC.OO., contra el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la Organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, y anulamos el apartado segundo del artículo 2.a) del citado Reglamento que dispone: Ámbito personal: En los centros de trabajo donde convivan personal militar y civil existirá un único servicio de prevención al que será de aplicación lo previsto en el capítulo III, sin menoscabo de las necesarias relaciones de dicho servi-

cio con los delegados de prevención o los comités de seguridad y salud que pudieran existir, según establece el Real Decreto 1932/1998, 11 de septiembre, de adaptación de los capítulos III y IV de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimiento militares. Sin hacer un especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

De conformidad con lo establecido por el artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional, publíquese la parte dispositiva de dicha sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martí García.- Celsa Pico Lorenzo.- Enrique Lecumberri Martí.- Ricardo Enríquez Sancho.- Santiago Martínez-Vares García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

2010/153331

TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 15 julio 2010. Ponente: D. Juan José González Rivas

## Nulidad de la resolución por la que se regula el complemento de productividad del Cuerpo de Secretarios Judiciales para el período 2005-2006

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la STSJ de Madrid que anuló la resolución del Director General de Relaciones con la Administración de Justicia por la que se regulaba el complemento de productividad del Cuerpo de Secretarios Judiciales para el período 2005-2006 así como las Instrucciones suscritas por los Subdirectores Generales de Medios Personales al Servicio de la Administración de Justicia, de Registros Judiciales y de Recursos Económicos de la Administración de Justicia. La Sala considera que el acuerdo impugnado incurre en el defecto formal apreciado por la Sala de instancia al no solicitarse la preceptiva audiencia al CGPJ respecto de la retribución que corresponde a las actividades tendentes a facilitar el cumplimiento de los objetivos o programas marcados para 2005-2006. Respecto*

*de los motivos de fondo, la sentencia recurrida no sólo ha tenido en cuenta la vulneración de los arts 447, 3, c) LOPJ y 7, 3 RD 1130/2003 en lo relativo a la falta de audiencia del CGPJ y a la prohibición del art. 7, 5 respecto del carácter fijo y periódico de las retribuciones, sino que también alude extensamente a la vulneración por la resolución e instrucciones recurridas de la disposición final tercera Ley 15/2003, a cuyos principios y conceptos retributivos debe adecuarse el régimen retributivo de los secretarios. En todo caso, la resolución de la Administración de Justicia la vulnera el art. 2, 3 RD 1130/2003 al no haber tenido en cuenta el rendimiento individual de todos y cada uno de los Secretarios Judiciales a la hora de fijar el complemento de productividad, pues la regulación del citado complemento debe ser general abarcando a todos ellos, en el sentido de que todos los secretarios judiciales si cumplen el baremo que se establezca deben poder percibir el referido complemento.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso se concreta en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la Sentencia de 17 de septiembre de 2008 dictada por la Sección Tercera (de apoyo) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 287/06, relativo a la impugnación de la Resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, de fecha 1 de diciembre de 2005 por la que se regula el complemento de productividad del Cuerpo de Secretarios Judiciales para el período 2005-2006 y las Instrucciones de 21 de diciembre de 2005 de las Subdirecciones Generales de Medios Personales al Servicio de la Administración de Justicia, de Registros Judiciales y de Recursos Económicos de la Administración de Justicia, que la desarrollaron.

SEGUNDO.- Para analizar la referida conformidad al ordenamiento jurídico procede tener en cuenta las siguientes circunstancias:

a) En la demanda, la parte actora solicitaba que se anularan las resoluciones impugnadas y que se condenara a la Administración a dictar una nueva resolución regulando la retribución variable del Cuerpo de Secretarios Judiciales con arreglo a los principios de equidad, igualdad, transparencia y objetividad y conforme a lo establecido en la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, y en el Real Decreto 1130/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el régimen retributivo del Cuerpo de Secretarios Ju-

diciales y alegaba que la impugnada era nula pues se había dictado sin oír previamente al Consejo General del Poder Judicial y porque vulneraba ambos textos normativos ya que la retribución variable por objetivos debería estar vinculada al rendimiento individual acreditado por el secretario judicial en el desempeño de sus funciones profesionales, según prescribe el artículo 7 de la citada Ley 15/2003.

b) La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de Madrid estimó este recurso y anuló dichas Resolución e Instrucciones.

Las razones por las que consideró que no eran conformes al ordenamiento jurídico son, en síntesis, las siguientes:

- En relación con las cuestiones de forma, tienen éstas que ver con la omisión del trámite de audiencia al Consejo General del Poder Judicial exigido por el artículo 7.3 del Real Decreto 1130/2003, omisión que llevó a la anulación de las disposiciones primera, segunda y tercera de la Resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia objeto de impugnación jurisdiccional.

- En cuanto al fondo del asunto litigioso, los razonamientos de la Sala de instancia hacen referencia a que la resolución "regula arbitraria y caprichosamente las retribuciones variables" de los secretarios judiciales, "ya que limita a unos pocos de ellos la percepción de dicho complemento", con lo que no se ajusta a los principios de la Ley 15/2003 pues no la vincula "al rendimiento individual acreditado del desempeño de las funciones profesionales" del secretario judicial establecidas en los artículos 452 a 462 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y desarrolladas por el Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre.

Advierte la sentencia que la productividad de los Secretarios responsables se desdobra en dos conceptos:

1) Por la actividad extraordinaria que supone el desarrollo y control de los objetivos previstos se establece una retribución fija mensual a favor de los Secretarios de Gobierno, de los destinados en Decanatos de dedicación exclusiva y de los destinados en Juzgados Decanos de localidades con 10 o más órganos judiciales. Esto conculca el artículo 7.5 del Real Decreto 1130/2003 para el que las retribuciones variables no serán fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo.

2) Según el grado de consecución de los objetivos sucede que perciben retribuciones variables por dos conceptos íntimamente vinculados entre sí: el desarrollo y control de los objetivos fijados y la consecución de los mismos, lo cual infringe el artículo 7 del Real Decreto 1130/2003 que pro-

hibe retribuir la participación simultánea en más de un programa ya que en este caso se retribuye la participación en un mismo programa por dos vías distintas.

- Por lo que se refiere a las cuantías en que se traduciría ese complemento de productividad, la sentencia afirma que la Resolución "vulnera el artículo 7.5 del Real Decreto 1130/2003 que establece que las retribuciones variables no serán fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo, existiendo, por otro lado, la posibilidad de vulnerar el artículo 7.3 de dicha normativa que establece el límite de 6.600 euros anuales por dicho concepto en el supuesto de los Secretarios Judiciales responsables que alcancen el 100% de la consecución de objetivos".

TERCERO.- El recurso de casación del Abogado del Estado, al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción, sostiene que la sentencia ha infringido los artículos 447.1 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 23.3 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, el artículo 7 del Real Decreto 1130/2003 y el artículo 1.1 de la Ley 15/2003.

Se refiere la parte recurrente a la omisión del informe del Consejo General del Poder Judicial, para la Sala de Madrid vicio determinante de la nulidad de la resolución y dice que ese artículo 447.1 c) tiene una redacción similar a la del citado artículo 23.3 c), aunque éste se refiere a la función pública en general.

Sobre este punto, afirma el Abogado del Estado que, como para los años 2005 y 2006 a los que se refiere la resolución no hubo programas concretos de actuación, no era necesario oír al Consejo.

En cuanto al fondo, el Abogado del Estado combate la infracción que la sentencia atribuye a la Resolución, consistente en establecer cuantías fijas y periódicas para el complemento de productividad. Dice el escrito de interposición que, aunque se prevean unas retribuciones fijas en función de los puestos de que se trate, la retribución total por el concepto de productividad no es fija sino enteramente variable y "lo que ocurre es que para determinar la cantidad final a percibir se utiliza un elemento o cantidad fija, de pequeña cuantía, y posteriormente cuando se pueda calificar el rendimiento de cada Secretario Judicial, se asigna otra cantidad o elemento enteramente variable y distinto". Tal forma de proceder, nos dice, no es contraria al artículo 7 del Real Decreto 1130/2003.

Para el Abogado del Estado la Resolución no infringe la prohibición del artículo 7.5 de este Real Decreto porque no se retribuye simultáneamente más de un programa. Por el contrario, lo que hace la Resolución

es utilizar dos criterios distintos para determinar la productividad que corresponde a cada secretario dentro del mismo programa y de ahí que la sentencia haya aplicado incorrectamente ese precepto.

Finalmente, el Abogado del Estado sostiene que, contrariamente a lo que señala la sentencia recurrida, la Resolución y las Instrucciones sí consideran el rendimiento de todos y cada uno de los secretarios judiciales y no se puede decir que solamente permita percibir el complemento de productividad a unos pocos. Asimismo, rechaza que no existan informes administrativos que justifiquen estas Resoluciones y dice que los baremos contemplan las funciones de todos y que el hecho de que algunos puestos no tengan determinadas actividades materiales no significa que no deban ser valoradas en aquellos que las tengan asignadas a la hora de determinar la productividad.

CUARTO.- Las cuestiones que suscitan los motivos que acabamos de sintetizar son sustancialmente las mismas que examinamos en nuestras Sentencias de 24 de junio de 2009 -recurso 2660/08- y 15 de febrero de 2010 -recursos 2653/08 y 4799/08-. Por tanto, debemos atenernos a lo que dijimos entonces y desestimar también el presente recurso de casación, en aras del principio de seguridad jurídica y de unidad de doctrina.

QUINTO.- Respecto del defecto formal apreciado por la Sala de instancia, debe ser rechazado porque, en contra de lo que afirma el Abogado del Estado, la Resolución recurrida hace mucho más que limitarse a regular la productividad de los secretarios judiciales por especial rendimiento, actividad extraordinaria, interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su puesto de trabajo, supuestos en los que ni el artículo 447.3 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni el artículo 7.3 del Real Decreto 1130/2003 exigen la audiencia del Consejo General del Poder Judicial.

En efecto, la simple lectura del contenido de la Resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, objeto central del recurso contencioso-administrativo, demuestra que hay una referencia conjunta tanto a ese aspecto del complemento de productividad como a la retribución que corresponde por su participación en el cumplimiento de los objetivos para el período 2005-2006. A estos se refieren los apartados primero, segundo y tercero que contemplan, precisamente, la retribución que corresponde a las actividades tendentes a facilitar el cumplimiento de los objetivos o programas marcados para ese lapso temporal. Por consiguiente la Resolución recurrida, en lo que se refiere a esos apartados fue correctamente anulada por la sentencia impugnada al estar probado que en ningún momento se solicitó la

preceptiva audiencia del Consejo General del Poder Judicial.

SEXTO.- En cuanto al fondo de la cuestión, los argumentos del Abogado del Estado deben ser desestimados, pues no compartimos la afirmación que sienta el escrito de interposición acerca de que las cantidades que se establecen como complemento de productividad no tienen el carácter de fijas en su cuantía, ni de periódicas en su percepción, lo que está prohibido por el artículo 7.5 del Real Decreto 1130/2003 en razón, sin duda, de la finalidad general de este complemento de compensar retributivamente el particular esfuerzo que realice cada uno de los secretarios en el desempeño del puesto que ocupa. Es decir, en razón de estar establecido desde un punto de vista subjetivo y no objetivo como los complementos de destino y específico. Y se niega la afirmación del recurso porque su disposición segunda dice que "por la actividad extraordinaria que supone el desarrollo y control de objetivos previstos en esta Resolución" se acreditarán mensualmente las cantidades fijas que se especifican para unas concretas categorías de secretario allí señaladas como beneficiarias de la percepción. O semestralmente en función de parámetros objetivos de cumplimiento y por porcentajes también fijos (disposición segunda, 3) y regulación parecida es también la que se establece en las disposiciones tercera y cuarta.

Sobre este punto, cabe apreciar que para llegar a la solución estimatoria de las pretensiones de la actora y anulatoria de la Resolución de la Dirección General de Relaciones con la Justicia, la sentencia recurrida no sólo ha tenido en cuenta la vulneración de los artículos 447.3.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 7.3 del Real Decreto 1130/2003 en lo relativo a la falta de audiencia del Consejo General del Poder Judicial y a la prohibición del apartado 5 del artículo 7 del citado Real Decreto, respecto del carácter fijo y periódico de las retribuciones, sino que también alude extensamente a la vulneración por la Resolución e Instrucciones recurridas de la disposición final tercera de la Ley 15/2003, a cuyos principios y conceptos retributivos debe adecuarse el régimen retributivo de los secretarios según el artículo 1 del citado Real Decreto; principios que se contraen a los de objetividad, transparencia, estabilidad y carácter equitativo.

SÉPTIMO.- En todo caso, la vulneración del artículo 2.3 de esa disposición general, según la cual las retribuciones variables remuneran el rendimiento individual de los secretarios judiciales en el desempeño de sus funciones, en palabras de la sentencia, se produce porque "la Administración demandada en la Resolución impugnada no ha tenido en cuenta el rendimiento individual de todos y cada uno de los Secretarios

Judiciales a la hora de fijar el complemento de productividad, no teniendo en consideración las funciones básicas que estos desarrollan, tal y como se describen en los artículos 452 a 462 de la LOPJ y desarrolla el RD 1608/2005 y que la regulación del citado complemento debe ser general abarcando a todos ellos, en el sentido de que todos los secretarios judiciales si cumplen el baremo que se establezca deben poder percibir el referido complemento".

Por el contrario, añade la Sentencia "La Resolución del Director General hace recaer la retribución por el complemento de productividad sobre funciones residuales de dichos funcionarios, de tal forma que solo unos pocos Secretarios Judiciales van a poder percibirlo, limitando, en consecuencia, de forma inexplicable (no consta ningún informe en el expediente administrativo que justifique la resolución administrativa) e inexplicable el complemento de productividad, cuando por su propia naturaleza el referido complemento pueden y deben percibirlo todos aquellos que acrediten un rendimiento individual en el reconocimiento de sus funciones, por lo que también por dicho motivo procede anular la resolución recurrida al establecer ante situaciones de hecho iguales, una discriminación carente de justificación alguna, máxime, cuando la Resolución del Director General de Relaciones con la Administración de Justicia impugnada en los presentes autos carece de motivación, por lo que la Sala desconoce las razones que sirvieron de justificación, de fundamento a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer su voluntad, restringiendo inmotivadamente las legítimas expectativas de todos los Secre-

tarios Judiciales a ser retribuidos por dicho concepto".

OCTAVO.- Los razonamientos expuestos conducen a concluir en la desestimación de este recurso, ya que no se ha discutido la razón de decidir de la sentencia que descansa en la infracción de la aludida disposición final tercera de la Ley 15/2003, en relación con el artículo 1 del Real Decreto 1130/2003 y en la de su artículo 2.3.

NOVENO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas toda vez que la parte recurrida no ha comparecido en forma en este recurso de casación.

#### FALLO

No ha lugar al recurso de casación número 6035/09, interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de 17 de septiembre de 2008 dictada por la Sección Tercera (de apoyo) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 287/06, que confirmamos; sin que haya lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Díaz Delgado.- Juan José González Rivas.- Mariano de Orpúlido López.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, en audiencia pública, celebrada en el mismo día de su fecha, lo que Certifico. Rubricado.



2010/185138

TS Sala 4ª, Sentencia 26 julio 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

## Aplicación de factor multiplicador como condición más beneficiosa

*Desestima el TS el recurso de casación formulado por la mercantil demandada contra sentencia que declaró el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a la garantía de un concreto factor multiplicador de forma que, en todo caso, se cobrara un importe de retribución variable.*

*Explica la Sala que el hecho de que los trabajadores de la demandada hayan venido percibiendo prolongadamente y sin interrupción la cantidad resultante de aplicarles, al porcentaje de cumplimiento de objetivos fijados para cada uno de ellos, el multiplicador litigioso, pone de mani-*

*fiesto que se trata de una condición más beneficiosa, lo que supone para los empleados un derecho adquirido, del que no puede privárseles sin su consentimiento o, en su defecto, sin acudir la empleadora al procedimiento prevenido por el art. 41 ET.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, en su modalidad de común ó tradicional, ha sido interpuesto por la entidad mercantil NOKIA SIEMENS NETWORKS, S.L. contra la Sentencia dictada el día 26 de octubre de 2009 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el Proceso 173/09, que se siguió sobre conflicto colectivo, a instancia de la FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS y otros contra la expresada recurrente. Dicha resolución estimó la demanda en la que los sindicatos actores pretendían que se declarara el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que no se suprimiera la garantía del factor multiplicador BRM en un 0'35, de forma que en todo caso se cobrara un importe de retribución variable.

Del incombato relato de hechos probados de la resolución que se impugna, literalmente transcrito en el lugar oportuno de la presente, interesa destacar aquí: a) En circular interna de la empresa, de fecha 26 de diciembre de 2007, referida a información solicitada por los representantes de los trabajadores sobre el sistema de incentivos aplicable para el 2H07, correspondientes a la segunda mitad de dicho año, se hizo constar en el punto 4 de los aspectos esenciales: "Business Result Multiplier (BRM): El BRM es un coeficiente multiplicador definido globalmente partiendo del Net Sales/Operating Profit (operative) Cash Flow de la Compañía. El BRM es aprobado por el Executive Board para cada periodo semestral.

Los valores que puede tomar el BRM va desde el 0'35 al 1'5" (hecho probado 2º). b) Dicho coeficiente -por el que se multiplica el porcentaje de cumplimiento de objetivos fijados para cada operario- han venido percibiendo sin interrupción todos los trabajadores en cuantía del 0'35; pero el 15 de abril de 2008 la empresa "colgó" en su Intranet un documento en idioma inglés (que es el habitualmente utilizado), haciendo referencia -entre otros extremos- a que el BRM podía ser "cero" en lo sucesivo si la empresa sufriera pérdidas que se reflejaran en sus cuentas, sin que, para adoptar esta modificación, se hubiera seguido el procedimiento establecido en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores -ET- (resto de hechos probados y pasajes de la fundamentación, con valor de hechos acreditados).

La Sala de instancia razonó, en esencia, que el percibo por parte de todos los trabajadores del BRM en cuantía del 0'3 de coeficiente multiplicador (cuya acreditación se derivaba del punto 4 de la circular interna que antes hemos dejado literalmente transcrito), constituía una condición más beneficiosa, que no podía ser suprimida unilateralmente por la empresa, sino que para ello habría de haberse seguido el procedimiento que contempla el art. 41 del ET.

La recurrente articula su impugnación en un único motivo, encauzado por la vía del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), citando como infringido el art. 41 del ET, "así como la doctrina jurisprudencial relativa al principio de la condición más beneficiosa".

SEGUNDO.- Decíamos en nuestra reciente Sentencia de 11 de febrero de 2010 (rec. 80/09), acerca de la naturaleza y nacimiento de la condición más beneficiosa: "Esta Sala tiene declarado -SSTS de 29-3-2002 (rec.- 3590/1999) o 20-11-2006 (rec.- 3936/05)- con cita de otras anteriores "que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" (sentencia de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996)."

Y, por lo que atañe a la supresión una condición más beneficiosa, razonábamos en nuestra citada Sentencia:.... la doctrina de esta Sala es concluyente en el sentido de entender que, reconocida una condición más beneficiosa, esta condición se incorpora al nexo contractual y ello impide poder extraerlo del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito -art. 3.1.c) ET -, y por lo tanto mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable -siendo de aplicación en el caso las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y

el art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar de forma unilateral-. En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada esta Sala en diversas Sentencias entre las que pueden citarse como más recientes las SSTS de 29-3-2002 (rec.- 3590/99), 20-11-2006 (rec.- 3936/05), 12-5-2008 (rec.- 111/07) o 13-11-2008 (rec.- 146/07).

En el presente caso, el hecho de que los trabajadores de la demandada hayan venido percibiendo prolongadamente y sin interrupción la cantidad resultante de aplicarles, al porcentaje de cumplimiento de objetivos fijados para cada uno de ellos, el multiplicador en cuantía del 0'35, pone de manifiesto que estamos en presencia de una condición más beneficiosa, lo que supone para los empleados un derecho adquirido, del que no puede privárseles sin su consentimiento o, en su defecto, sin acudir la empleadora al procedimiento prevenido por el art. 41 del ET.

También conviene señalar que la Sala de instancia dedujo certeramente la existencia de la condición más beneficiosa del contenido del punto 4 de la circular interna que antes hemos dejado literalmente transcrito. En relación con esta cuestión, defiende la recurrente la tesis de que tal apreciación es errónea, toda vez que -según dice- "esta circular se refiere única y exclusivamente a los incentivos del período 2H07, esto es, de julio a diciembre de 2007".

No podemos compartir esta opinión de la recurrente, pues si bien es cierto que la mencionada circular tuvo por objeto responder a la consulta que los representantes de los trabajadores habían formulado acerca del sistema de incentivos aplicable para el 2H07, correspondientes a la segunda mitad de dicho año, también es verdad que la contestación no se limitaba a informar acerca de lo que estaba previsto al respecto para el mencionado "2H07", sino que informaba sobre todo lo relativo al BRM, ya que expresaba en qué consistía éste, y luego acababa diciendo que su cuantía concreta (comprendida entre el 0'35 y el 1'5) la aprobaba el Executive Board "para cada período semestral", de tal manera que de ello no puede deducirse en modo alguno que fuera únicamente para el segundo semestre de 2007 para lo que se hubiera reconocido el BRM, sino que la concesión tenía carácter indefinido, y que la fijación de la cuantía concreta -dentro de los límites máximo y mínimo- se llevaba a cabo "para cada período semestral" -lógicamente de cada año-.

TERCERO.- Lo hasta aquí razonado pone de manifiesto que la resolución recurrida no incurrió en la vulneración legal y jurisprudencial que la recurrente le atribuye, sino que se ajustó a derecho, por lo que procede su desestimación, lo que lleva aparejada la pérdida del depósito, a tenor de lo prevenido en el art. 215 de la

LPL, aunque sin imposición de costas (art. 233.2), por tratarse de un proceso de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en la conducta de la recurrente.

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, interpuesto por la entidad mercantil NOKIA SIEMENS NETWORKS, S.L. contra la Sentencia dictada el día 26 de octubre de 2009 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el Proceso 173/09, que se siguió sobre conflicto colectivo, a instancia de la FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS y otros contra la expresada recurrente. Confirmamos la Sentencia recurrida, sin imposición de costas, y acordamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Judicial correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2010/153386

TS Sala 4ª, Sentencia 14 junio 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

### Prohibición de espiguelo normativo a efectos de disfrute de días adicionales de permiso por antigüedad

*Estima el TS el recurso de casación formulado por la universidad demandada contra sentencia que declaró el derecho del personal laboral al servicio de las universidades públicas catalanas a disfrutar los días adicionales por antigüedad en los permisos previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público, sin que sean absorbidos por los días adicionales previstos convencionalmente.*

*Considera la Sala que en el caso de autos se pretende una es-*

*pecie del prohibido espiguelo normativo para conseguir la coexistencia, por la sola voluntad de una de las partes, de dos normativas distintas, eligiendo en un concreto extremo la más favorable y rechazando aquellos otros que no le resultarían tan beneficiosos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, en su modalidad de común o tradicional, lo han interpuesto la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA y otras Universidades de Cataluña contra la Sentencia dictada el día 18 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en los Procesos acumulados 2/09 y 5/09, que se siguieron sobre conflicto colectivo, a instancia de la Confederación Sindical COMISIÓN OBRERA NACIONAL DE CATALUÑA y otros.

Dicha resolución estimó las mencionadas demandas acumuladas, declarando “el derecho de los trabajadores al servicio de las Universidades públicas de Catalunya demandadas a disfrutar los días adicionales de libre disposición establecidas en el artículo num. 42.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y los días adicionales del art. 56 del V Convenio colectivo del personal laboral al servicio de las Universidades catalanas”.

La resolución combatida apoya su decisión, en esencia y resumen, en entender que el citado art. 56 convencional y el 42.2 de la Ley 7/2007 de 12 de abril (EBEP) son perfectamente compatibles, porque dicho Estatuto es aplicable, no solo a los funcionarios públicos sino también a los trabajadores ligados con relación laboral con los Entes públicos; en tanto que las Universidades demandadas -ahora recurrentes- sostienen la incompatibilidad de ambos preceptos, por lo que aplican únicamente el convencional, al entender que -regulando éste la misma materia que el legal- es más favorable para los trabajadores.

Consta el recurso de un único motivo, basado en el art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), denunciando como infringidos el art. 3.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), así como el art. 7 del EBEP, y, por aplicación indebida, los arts. 48.2 y 51 del propio EBEP, así como el art. 14 de la Constitución y el art. 56 del 6º Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de las Universidades públicas de Cataluña.

SEGUNDO.- Para la debida obtención de los elementos de juicio necesarios en pro de la resolución del problema, conviene comenzar por transcribir, en lo preciso, ambos preceptos en litigio:

art. 56 del V Convenio (con idéntica redacción que igual numeral del VI Convenio): “Premios por servicios prestados.- Se acuerda el disfrute de días adicionales de vacaciones, que tendrá el carácter de jornada efectiva de trabajo de acuerdo con el cuadro siguiente:

-Entre 15 y 19 años, ambos incluidos, de servicios: 1 día laboral adicional anual.

-Entre 20 y 24 años, ambos incluidos, de servicios: 2 días laborables adicionales anuales.

-Entre 25 y 29 años, ambos incluidos, de servicios: 3 días laborables adicionales anuales.

-Entre 30 y 34 años, ambos incluidos, de servicios: 3 días laborables adicionales anuales.

35 ó más años de servicios: 5 días laborables adicionales anuales”.

art. 48.2 del EBEP: “ Además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo”.

Teniendo en cuenta que el art. 50 del EBEP regula las vacaciones de los empleados públicos (funcionarios y laborales) estableciéndolas en 22 días hábiles (equivalentes a 30 días naturales) y el art. 49.1.k) -al referirse a permisos por asuntos particulares- establece el derecho a 6 días, resulta que, sumando ambos conceptos, se obtiene un total de 36 días de ausencia retribuida.

Por su parte, el art. 45 del Convenio regula las vacaciones del personal laboral de las Universidades, fijándolas en 31 días naturales; y el art. 46.q), refiriéndose a permisos por asuntos particulares, establece 10 días por este concepto; de tal manera que, sumando ambos, se obtiene un total de 41 días naturales de ausencia retribuida. Lo que permite afirmar que, en esta materia, resulta más favorable para los trabajadores la regulación convencional que la legal.

TERCERO.- Esta Sala ha tenido ocasión de ocuparse de una controversia, sustancialmente igual a la presente, en la Sentencia de 8 de junio de 2009 (rec. 67/08). Se trataba de la pretensión por parte de los trabajadores del Ente público “Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea” (AENA) de disfrutar, además de los días de libre disposición previstos en el Convenio aplicable, los establecidos en el art. 48.2 del EBEP, y la Sala confirmó de decisión desestimatoria de la demanda que, en aquél caso, había adoptado la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Nos remitimos a la fun-

damentación “in extenso” de nuestra citada Sentencia, que resumimos aquí en los siguientes términos:

-La normativa legal básica conjunta para funcionarios y personal laboral es respetuosa, en el ámbito social, con el derecho constitucional a la negociación colectiva laboral y a la fuerza vinculante de los convenios ex arts. 37.1 de la Constitución Española (CE) en relación con los arts. 82 a 92 ET, con reflejo expreso, además, en el art. 32 EBEP, relativo a la “ Negociación colectiva, representación y participación del personal laboral “ (F.J. 2º.5).

-Sin embargo, cabe interpretar que los arts. 47 a 50 EBEP están dirigidos esencialmente a quienes ostentan la condición de funcionarios públicos, como puede deducirse de la Exposición de Motivos (cuando afirma que el Estatuto actualiza el catálogo de derechos de los empleados públicos, “ incorporando a los más tradicionales otros de reciente reconocimiento, como los relativos a la objetividad y transparencia de los sistemas de evaluación, al respeto de su intimidad personal, especialmente frente al acoso sexual o moral, y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral “) y, fundamentalmente, de los términos en que aparecen redactados los sucesivos preceptos, (F.J. 3º.2), aunque no se descarta la aplicabilidad a los empleados laborales; pero, en definitiva, cabe concluir que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 3 del ET, las normas jurídicas relativas a los denominados de “días de libre disposición” contenidas en el art. 48.2 EBEP (Ley 7/2007 de 12-abril) no son aplicables con preferencia a las contenidas en el art. 82.3 del “IV Convenio Colectivo de la Entidad Pública AENA (F.J. 5º.1), cuyo convenio es -lo mismo que el que aquí nos ocupa- más favorable en la materia para los trabajadores que el EBEP.

-Entendí, en definitiva, en aquel supuesto la Sala (F.J. 5º.1.2) que pretendían allí los trabajadores -igual que en el presente caso- una especie del prohibido “ espiguelo normativo “ para conseguir la coexistencia, por la sola voluntad de una de las partes, de dos normativas distintas, eligiendo en un concreto extremo la más favorable, ahora contenida en el texto legal y no con carácter de derecho necesario, y rechazando aquellos otros que no le resultarían tan beneficiosos de la normativa legal, lo que supondría además una sensible modificación del amplio cuadro relativo a vacaciones, permisos y licencias previstas en el anterior IV Convenio colectivo, con la consiguiente alteración de su equilibrio interno, pues la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia (entre otras muchas,

SSTS/IV 4-marzo-1996- recurso 534/1995, 8-julio-1996 -recurso 4000/1995, 15-junio-1998 -recurso 4695/1997, 28-enero-1997 -recurso 1025/1996, 19-enero-1998 -recurso 152/1997, 27-abril-2001 -recurso 3538/2000, 17-junio-2003 -recurso 4565/2002, 26-abril-2004 -recurso 4776/2003, 25-noviembre-2004 -recurso 21/2004, 24-enero-2005 -recurso 62/2004, 14-julio-2006 -recurso 196/2005, 7-diciembre-2006 -recurso 122/2005, 14-febrero-2007 -recurso 196/2005, 14-febrero-2007 -recurso 4477/2005, 13-junio-2007 -recurso 129/2006, 16-enero-2008 -recurso 54/2007).

CUARTO.- Elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (arts. 9.3 y 14 de la Constitución española) nos imponen seguir en esta ocasión el mismo criterio, que no existe razón alguna para alterar. En consecuencia, procede -tal como asimismo sostiene el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe- la estimación del recurso, con las demás consecuencias legales a ello inherentes, cuales son la desestimación de la demanda y la devolución del depósito a los recurrentes (art. 214.1 LPL). Sin costas (art. 233.1 y 2).

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA y otras Universidades de Cataluña contra la Sentencia dictada el día 18 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en los Procesos acumulados 2/09 y 5/09, que se siguieron sobre conflicto colectivo, a instancia de la Confederación Sindical COMISIÓN OBRERA NACIONAL DE CATALUÑA y otros contra las Universidades Públicas de Cataluña. Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y, en su lugar, acordamos desestimar las demandas. Sin costas. Devuélvase los depósitos constituidos para recurrir en casación.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

## RESEÑA

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



### TS CIVIL

2010/122283

TS Sala 1ª, Sentencia 18 junio 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

#### Liberación de obligación de pago de renta vitalicia tras la ejecución de "hipoteca rentaria"

El TS declara haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal anulando la sentencia de apelación y, en su lugar, confirma la de primera instancia que, con parcial estimación de la demanda, declaró que el actor, hijo de la demandada, había quedado liberado de la obligación de pagar a su madre una renta vitalicia como consecuencia de la adjudicación a la demandada de las fincas hipotecadas en garantía del pago de la mencionada renta -hipoteca rentaria-. La AP desestimó en cambio la demanda al apreciar la excepción de cosa juzgada alegada por la demandada, sin embargo el TS declara que no cabe apreciar dicha excepción en el presente caso dado que en el proceso anterior la acción y la "causa petendi" era simplemente la reclamación de la cantidad debida por razón del contrato de renta vitalicia y en éste es la pretensión de que se declare que la madre, acreedora de la renta, es la obligada a su pago, por lo que se extingue por compensación, lo cual ni siquiera se alegó en aquel proceso.

2010/122284

TS Sala 1ª, Sentencia 24 junio 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

#### Validez de compraventa de cosa de existencia física dudosa

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que, al igual que la de primera instancia, desestimó la demanda por la que la entidad actora solicitaba que se declarase la nulidad de la compraventa suscrita con el vendedor por falta de objeto, al entender la AP que la parte vendedora había advertido que nunca había tomado posesión ni podido identificar el terreno vendido, y la parte

compradora lo aceptó conscientemente. Confirma el TS que no estamos ante una compraventa de cosa futura, ni siquiera de una cosa determinable, sino de una cosa de una existencia física muy dudosa, que el vendedor advierte y que el comprador acepta.



### TS PENAL

2010/102595

TS Sala 2ª, Sentencia 26 abril 2010.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

#### La riña mutuamente aceptada excluye la legítima defensa

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de homicidio y otro contra la salud pública. El Alto Tribunal rechaza la eximente de legítima defensa postulada por el recurrente, ya que no es posible apreciar la existencia de una agresión ilegítima en supuestos de riña mutuamente aceptada, y en la medida que los hechos probados excluyen ya ese presupuesto de agresión ilegítima y de necesidad de defensa, resulta ocioso entrar a considerar el único que tolera la degradación de la exención para considerarla como atenuante; es decir, que no cabe entrar a valorar la cuestión de la proporcionalidad de la acción del acusado en relación con el comportamiento de la víctima.

2010/102601

TS Sala 2ª, Sentencia 7 mayo 2010.  
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

#### Criterios jurisprudenciales sobre la complicidad en el tráfico de drogas

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada en proceso seguido por delito contra la salud pública. Señala el TS que al acusado se le atribuye el haberse apostado en la proximidad del edificio donde iba a alojarse la mujer que transportaba la droga, asignándole la concreta función de avisar al destinatario de la cocaína de que la acusada había llegado al establecimiento de hospedaje. Y ello fue lo que hizo. Por consiguiente, el acusado

ni era el destinatario de la sustancia estupefaciente ni consta siquiera que estuviera implicado en la operación de transporte de la droga, por lo que no cabe duda de que se está ante una conducta de naturaleza accesoria, periférica o secundaria con respecto al hecho nuclear del transporte de la cocaína.



### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/113352

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 15 junio 2010.  
Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruz

#### Infracción por el incumplimiento de la obligación de prestar el servicio de distribución de energía eléctrica de forma regular

El TS estima el rec. de casación interpuesto contra la sentencia que estimó parcialmente el rec. contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden del Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa recaída en el expediente sancionador que impuso a la recurrente la sanción de multa como responsable de la comisión de una infracción grave tipificada en la Ley del Sector Eléctrico, sentencia que se casa y anula puesto que no se ha acreditado por la Administración la falta de revisión o mantenimiento reglamentariamente exigido de las instalaciones de suministro eléctrico. La Sala de instancia incurre en error de derecho al fundamentar la reducción de la sanción impuesta a su grado mínimo en la aplicación del principio de proporcionalidad, derivado de la circunstancia de no haberse acreditado por la Administración la falta de revisión o mantenimiento reglamentariamente exigido de las instalaciones de suministro eléctrico, y derivarse la responsabilidad por la simple inobservancia de una conducta más diligente en dicho mantenimiento que hubiera podido evitar las interrupciones, en cuanto que toma en consideración para graduar la sanción elementos ajenos al tipo infractor referido en el art. 61, inciso primero Ley del Sector Eléctrico, sin tener en cuenta los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro y el grado de participación de la compañía eléctrica en la acción tipificada como infracción grave,

lo que evidencian que las interrupciones del suministro eléctrico producidas en la ciudad de Sevilla suponen el incumplimiento manifiesto de la obligación de prestar el servicio de distribución de energía eléctrica de forma regular y continua, y de garantizar la calidad del servicio quebrantada por la reiteración de las averías.



### TS SOCIAL

2010/140240

TS Sala 4ª, Sentencia 14 junio 2010.  
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

#### Improcedente despido de técnico especialista de laboratorio

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la técnico especialista de laboratorio accionante contra sentencia que convalidó la extinción de su contrato temporal. Señala el Tribunal que la actividad que llevaba a cabo la actora era de carácter permanente, incompatible con el concepto legal de obra o servicio determinado, hasta tal punto que pocos días antes de despedirla se contrató a otra persona de su misma categoría para prestar servicios también en el laboratorio, y sin que la vinculación de la actividad de la trabajadora con el concierto con el servicio autonómico de salud fuera tal, desde el momento en que aquélla realizaba sus funciones tanto para los pacientes de la seguridad social como para los privados.

2010/153353

TS Sala 4ª, Sentencia 4 junio 2010.  
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

#### Retribución durante el período de espera para acoplamiento

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada RENFE Operadora contra sentencia que acogió la pretensión del maquinista accionante sobre diferencias retributivas por demora en acoplamiento tras ser declarado no apto.

Señala el Tribunal que el tenor literal de la cláusula paccionada cuestionada aparece claro cuando afirma, en relación a la retribución convenida en el periodo de espera para el acoplamiento, que se garantizan a partir del tercer mes sus conceptos fijos y el 85% del resto de emolumentos devengados en los días trabajados en los tres últimos meses naturales, por lo que, toda vez que distingue entre conceptos fijos y aquellos otros variables que se abonarán el mes siguiente, resulta conforme a derecho incluir en la garantía salarial la retribución variable devengada en el mes de septiembre, aunque pagada en el mes de octubre.