



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 2871

Madrid, lunes 20 de septiembre de 2010



TS PENAL

2010/45223

TS Sala 2ª, Sentencia 8 marzo 2010. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Responsabilidad civil subsidiaria inexistente en condena por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por la acusada y la acusación particular contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible. El Alto Tribunal descarta la aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria de las dos entidades financieras, pues no se ha traído ni practicado actividad probatoria que evidencie una actuación convincente de dichas entidades. Para atribuir la responsabilidad civil subsidiaria deberían haber participado los miembros de sus consejos de administración o bien personal dependiente que, en este caso, serían incuestionablemente el director o cualquier otro cargo con facultades decisorias de la sucursal bancaria en la que se ha llevado a cabo las actividades que se describen en el relato de hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de la acusación particular debe tener carácter preferente ya que su decisión, en un sentido o en otro, puede cambiar los términos del debate.

1.- El motivo primero, dedica sus esfuerzos a modificar el hecho probado. Se trata de establecer, con una nueva redacción, la responsabilidad civil subsidiaria de las dos entidades bancarias que han intervenido en las complejas operaciones financieras que se reseñan en el apartado que recoge el curso de los acontecimientos que se pueden leer en el relato fáctico.

2.- Para conseguir este propósito invoca una serie de documentos que, en su mayoría, tienen carácter y naturaleza idónea para sustentar, a priori, un motivo de casación por error en la apreciación de la prueba.

El primer documento es el del informe de la auditoría de cuentas anuales del ejercicio 1995, de la sociedad Muysen S.L., constituida el 25 de mayo de 1990, con un capital social de 500.000 pesetas. Esta entidad mercantil formaba parte de la sociedad de gananciales, que ostentaba la titularidad del 50% de las participaciones sociales. Su nivel en la masa económica de la sociedad conyugal era de tal importancia que basta citar que en el ejercicio correspondiente al año 1994 facturó, a un grupo con el que trabajaba, la cantidad de 1.791.324.224 de pesetas.

3.- Especifica, de forma correcta, los particulares en los que quiere apoyarse para sustentar su impugnación de los hechos. También reseña la póliza de préstamo emitida por una entidad bancaria a favor de la acusada que ha sido condenada. Otros documentos acreditan las operaciones realizadas con la segunda

entidad bancaria, cuya realidad no discutimos. Todos los documentos que resalta tienen valor probatorio sobre la actuación de las entidades bancarias y la constitución de una hipoteca de máximo en garantía de crédito en cuenta corriente.

4.- Propone, a la vista de esos documentos, una modificación de los hechos probados en los términos que expresa en su recurso. La sentencia quiere resaltar que, en relación con Bankinter, la operación tenía por efecto ocultar el pago de 240 millones de pesetas, para lo que simulaban un préstamo, conociendo la falta de capacidad económica de la prestataria. En relación con la operación de préstamo de Bancaja a favor de Polka Inversiones S.L afirma que se trata de una operación destinada a ocultar bienes al perito judicial en el proceso de separación. Los demás documentos hacen referencia a la forma en que se lleva a efecto la subasta de los locales hipotecados y la operación de leasing.

5.- En realidad, los hechos probados recogen estas incidencias y no hay duda que se trata de operaciones ilícitas con la finalidad de originar la descapitalización de la sociedad de gananciales. Se afirma tajantemente como probado que el préstamo de Bankinter a la acusada se formalizó, no obstante, conocer dicha entidad su falta de solvencia. Las operaciones realizadas con Bancaja se relatan en forma que no deja duda sobre la finalidad de las operaciones en las que participó.

6.- En consecuencia, la sentencia, es consciente de que las operaciones son fraudulentas y delictivas. La participación de las entidades financieras es patente, por lo que los documentos aportados, leídos en la forma que solicita la parte recurrente, no acreditan un error sustancial del juzgador ya que en esencia está clara la trama delictiva y sus partícipes, por lo que nos centraremos, en su momento, en analizar la calificación jurídica de la actuación de las dos entidades bancarias.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

SEGUNDO.- El motivo segundo se canaliza por la vía del error de derecho estimando que se ha infringi-

SUMARIO

TS

CIVIL

Remuneración derivada de producto financiero constitutiva de fondo de inversión 4

Improcedente reclamación de abogado de liquidación de cuentas en participación 6

PENAL

Responsabilidad civil subsidiaria inexistente en condena por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible 1

Delito de daños con finalidad terrorista en grado de tentativa 3

ADMINISTRATIVO

Exclusión de sindicato del acceso a los programas de fomento de la empleabilidad 8

Inclusión de ayudas comunitarias percibidas por la producción de forrajes desecados y deshidratados 9

SOCIAL

Facultad de la mutua para extinguir prestación de IT 11

Ineficaz retractación empresarial de decisión de despido 12

Revisión de base reguladora de pensión de IPA reconocida judicialmente 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

do, por inaplicación, el artículo 120.3 del Código Penal.

1.- Sostiene que concurren todos los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de las dos entidades financieras, a las que nos hemos referido en el apartado anterior.

Existe incuestionablemente una infracción de carácter penal tan clara y evidente que ha llevado a la condena de la acusada y a la absolución por aplicación de la excusa absolutoria del principal artífice de las actividades delictivas. Es cierto que, como se dice, se ha puesto en marcha una frenética actividad de descapitalización de la sociedad que constituía en principal patrimonio de la sociedad de gananciales.

2.- La recurrente mantiene que existe una infracción de reglamentos de policía o disposiciones de autoridad para los que dirijan o administren los establecimientos, incluso recuerda que existe un deber objetivo de cuidado y cita varias sentencias de esta Sala que refuerzan, según su criterio esta tesis.

Afirma que la responsabilidad civil subsidiaria abarca a toda persona o entidad o alguno de sus dependientes que hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía y las reglas del orden y buen gobierno sentadas las normas generales. Admite que existen sentencias que afirman que no se puede convertir a las entidades financieras en gendarme de todas las potenciales actividades delictivas ajenas.

3.- Admite que la sentencia refleja, de manera fiel e inequívoca, que las actividades de los acusados tenían como finalidad la descapitalización de la sociedad principal, si bien deja al margen de esa maquinación a las entidades financieras como personas jurídicas. La recurrente insiste en que éstas conocían los fines ilícitos que se perseguían.

4.- Tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación particular solicitaron la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de las dos entidades financieras por las cantidades que expresan en sus respectivos escritos de calificación. Las respectivas entidades solicitaron su absolución respecto de su responsabilidad civil subsidiaria, una vez que no se albergan dudas sobre la responsabilidad civil indemnizatoria de los dos acusados.

5.- La sentencia recurrida, argumenta detenidamente (fundamento de derecho undécimo) sobre este extremo, manejando los artículos 21 del anterior Código Penal y 120.3º del vigente, interpretándolos en el sentido de que sólo cabe responsabilidad civil subsidiaria cuando se contribuye a causar el hecho penalmente sancionado mediante una conducta infractora de reglamentos de policía o disposiciones de autoridad por parte de los que los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados.

La sentencia llama la atención sobre la inexistencia de actividad probatoria que cumplimente los requisitos del artículo 21 del anterior Código Penal que se refería a la responsabilidad de taberneros, posaderos y también de cualesquiera personas o empresas por los delitos o faltas que se cometieren en los establecimientos que dirijan siempre que por su parte o la de sus dependientes haya intervenido infracción de los reglamentos generales o especiales de policía que esté relacionada con el hecho punible cometido.

6.- Considera la sentencia que no existe infracción de reglamentos generales o especiales de policía relacionados con los hechos punibles porque no es suficiente el "eventual conocimiento de la instrumentalización de la actividad financiera habitual para cualesquiera fines penalmente ilícitos".

Esta infracción debe ser personalizada en la empresa o, más bien, en cualquiera de sus dependientes y, como dice la sentencia, no se ha traído ni practicado actividad probatoria que evidencie una actuación convincente de las entidades financieras. Para atribuir la responsabilidad civil subsidiaria deberían haber participado los miembros de sus Consejos de Administración o bien personal dependiente que, en este caso, serían incuestionablemente el Director o cualquier otro cargo con facultades decisorias de la sucursal bancaria en la que se ha llevado a cabo las actividades que se describen en el relato de hechos.

7.- El artículo 120.3 del Código Penal, invocado como fuente de la responsabilidad civil subsidiaria, exige que la actividad que coadyuva a la originación del resultado indemnizable se lleve a efecto en el seno de una sociedad o entidad y sea realizada por sus directivos o personas dependientes de ella. Nada de esto concurre en el caso presente según el

relato de hechos. Si extraemos los párrafos más significativos nos encontramos con que, en un primer momento, las actividades que se describen son objetivamente propias de una entidad financiera.

8.- Más adelante, se atribuye a la entidad financiera Bankinter una cierta complicidad indirecta que no se relaciona con el hecho punible sino con una actuación no adecuada a las normas de funcionamiento de una entidad financiera. Se afirma la existencia de un préstamo simulado entre los acusados y otra persona que ha quedado fuera de la condena. Se dice textualmente que "dicho préstamo fue concedido por Bankinter a la acusada, no obstante conocer dicha entidad bancaria la falta de capacidad autónoma de la misma para proceder a su devolución".

Por ello se vinculó el préstamo a la constitución de un FIAMM (Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario), fondo que quedó pignorado por Bankinter, para garantizar la devolución. En principio pudiera parecer que Bankinter se muestra favorecedor de un préstamo a una persona insolvente pero, a renglón seguido, la exigencia de un aval normaliza la operación desde el punto de vista de la actividad bancaria. No existe ninguna otra referencia a una posible connivencia en forma de complicidad u otra modalidad de participación que nos llevaría a una responsabilidad civil directa, por nadie exigida. En consecuencia, no hay base para una exigencia de responsabilidad por la vía del incumplimiento de normas de policía o funcionamiento.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

TERCERO.- El motivo tercero se formula también por la vía del error de derecho denunciando la infracción de los artículos 109 y 116 del Código Penal y la aplicación indebida del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (sic). Quiere decir de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.- Sostiene que los perjuicios indemnizables causados a la sociedad de gananciales por los acusados tienen su origen en una pluralidad de acciones cuyo primer acto acaeció en 1995, como establece la sentencia, y atrae hacia sí la cadena de los que aparecen informados por la misma voluntad delictiva y que, desplegada en ejecución de un plan preconcebido,

do, confirman la existencia del delito continuado.

2.- En consecuencia, los intereses a los que se debe condenar a los acusados y a las entidades financieras deben computarse desde el 19 de enero de 1995 y no mediante la aplicación del plazo señalado o establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (intereses de la mora procesal). Fija la cantidad a indemnizar en el equivalente en euros a 422.885.844 millones de pesetas, incrementada con los intereses legales desde el 19 de enero de 1995 y subsidiariamente a que se reintegre el 50% de la cantidad resultante a la querellante particular. Este incremento es inherente a la condena a indemnizar que se establece en la sentencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

CUARTO.- Examinaremos a continuación el recurso de la recurrente condenada que suscita un primer bloque con dos motivos que solicitan la declaración de nulidad de actuaciones.

1.- El motivo primero, por la vía de la vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva, solicita la nulidad del procedimiento y de la apertura del juicio oral. En realidad, lo que pretende es una posible vulneración del principio acusatorio con la consiguiente causación de indefensión.

2.- Señala que la querrela se interpone por un delito de insolvencia punible del artículo 257.1 del Código Penal vigente. La recurrente es informada de esta acusación y declara en calidad de imputada sobre este delito. En el auto de apertura de juicio oral, sin haber prestado nueva declaración se le imputan nuevos delitos, hasta ese momento desconocidos, y que le son imputados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular. Por ello considera que se le ha originado una indefensión insubsanable, según la parte recurrente.

3.- Se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia, que la acusación se integra fundamentalmente por hechos cuya descripción debe ser clara y comprensible. Desde el momento de la presentación de la querrela, la recurrente conoció cuáles eran estos hechos. Con mayores o menores variables, son los que han sido objeto de enjuiciamiento y sobre los que se acordó la apertura del juicio oral. Como parte lega en derecho, la cali-

ficación jurídica de los hechos no afecta para nada a su derecho de defensa del que se encarga su asistencia técnica letrada que pudo impugnar la apertura de juicio oral. Por consiguiente, en todo momento conoció los hechos de que se le acusaba, fue interrogado por ellos y pudo contradecirlos, matizarlos o asumirlos, sin que ello le haya ocasionado ni pérdida de la tutela judicial efectiva ni indefensión, ni mucho menos ha afectado a su presunción de inocencia.

4.- El motivo segundo insiste, por las mismas vías y preceptos legales, en solicitar la nulidad del auto de admisión de la querrela, así como del auto de apertura del juicio oral, en base al artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración de la condición de procedibilidad como presupuesto procesal.

5.- De manera totalmente atípica, el letrado que redacta el recurso dedica sesenta y tantas páginas a una tan abrumadora como inútil, transcripción de posiciones doctrinales sobre las condiciones objetivas de punibilidad y sus diferencias con las condiciones de procedibilidad. Después de este insólito trabajo monográfico, nos quedamos sin saber a ciencia cierta cual es el vicio procesal que ha padecido su representada.

6.- Tratando de adivinar sus propósitos, parece ser que al concurrir una excusa absolutoria sostiene que no precedería admitir la querrela y tener por ejercitada la acción. Simplemente decir que la excusa absolutoria sólo produce efecto una vez que se ha comprobado la existencia del delito, lo que exige la tramitación íntegra del procedimiento hasta el momento del juicio oral y de dictar sentencia. En todo caso, la recurrente es una extraña a la relación conyugal, por lo que no podría beneficiarse ni siquiera de esta excusa.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados

QUINTO.- El motivo tercero se canaliza por la vía del error de derecho y denuncia la indebida aplicación del artículo 535 del anterior Código Penal (apropiación indebida).

1.- En este caso, precisando el objeto del debate, sostiene que no puede atribuirse a la recurrente un delito de apropiación indebida en los términos en que vienen redactados los hechos de la sentencia, por cuanto que es un tercero ajeno a la sociedad de gananciales. Sostiene que si ya es de difícil encaje la figura típica y los hechos típicos de la apropiación indebida de uno de los cónyuges, no es incardinalable como figura típica, ni como conducta antijurídica, el tercero ajeno a la sociedad conyugal.

2.- La existencia de una apropiación indebida no ofrece la más mínima duda a la vista de los hechos probados. La cuestión se limita a

calificar, partiendo de la inmutabilidad de los hechos probados, si la recurrente fue autora material y directa o cooperadora necesaria. A la vista de los hechos probados, la sentencia, con rotundo acierto, la considera cooperadora necesaria ajena por completo a cualquier efecto extintivo de la responsabilidad penal y civil por la vía de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal, cuyo número 2 nos exime de mayores comentarios al decir, de forma clara, que la excusa absolutoria no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

SEXTO.- En el motivo cuarto se entremezcla la denuncia de la vulneración de preceptos penales sustantivos (artículo 535 del anterior Código Penal) con la violación de derechos fundamentales como la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

1.- Después de hacer una extraña referencia al Tribunal del Jurado, deriva el motivo hacia la falta de motivación de la sentencia, lo que nos sitúa en el terreno de la tutela judicial efectiva. Muestra su sorpresa porque se la condena al pago del 10% de la responsabilidad civil y se absuelva al autor material, por una cuestión técnica y, al otro imputado, por prescripción del delito.

2.- Es cierto lo que manifiesta, pero no nos indica, para establecer un debate lógico y congruente, ningún otro aspecto que justifique la aludida falta de motivación. Es cierto que la aplicación de la excusa absolutoria a una conducta absolutamente ilícita, como la que desarrolla el marido, es un imperativo legal y la prescripción del delito del otro acusado, una incidencia surgida al hilo de la cronología de los acontecimientos que para nada afecta al derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

SÉPTIMO.- El motivo séptimo denuncia la indebida aplicación del artículo 66 del Código Penal.

1.- De forma absolutamente sorpresiva e incongruente con el enunciado del motivo, parece que esgrime la existencia de un lapso de tiempo que hace necesaria la aplicación del instituto de la prescripción al delito por el que ha sido condenada. Nos recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional que fija el tiempo de interrupción de la prescripción en el hecho procesal de que el procedimiento sea dirigido contra el culpable. Sostiene que han pasado más de diez años desde la presunta comisión del delito. Se basa en que nunca se dirigió el procedimiento por el delito de apropiación indebida, sino por el de quie-

bra fraudulenta o insolvencia punible.

2.- La cuestión nada tiene que ver con la anteriormente aludida cuestión de procedibilidad, como ya hemos dicho, el procedimiento se dirigió contra la acusada cuando se le tomó declaración sobre los hechos objeto de la querrela.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la procesada Rafaela y por la Acusación particular Estibaliz, contra la sentencia dictada el día 19 de mayo de 2009 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª en la causa seguida contra la misma por delito continuado de apropiación indebida. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Francisco Monterde Ferrer.- José Antonio Martín Pallín.

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

2010/71146

TS Sala 2ª, Sentencia 10 mayo 2010. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Inaplicación del art. 266,1 CP 95 Delito de daños con finalidad terrorista en grado de tentativa

Frente a sentencia de la AN condenatoria por delito de daños, en grado de tentativa, con finalidad terrorista interpone recurso de casación el Ministerio Fiscal, al entender infringido el art. 266,1 CP 95 por aplicación indebida, así como el art. 568 por no aplicación. Alega el recurrente si se entendiera que la conducta de los acusados estaría descrita en ambos preceptos, el hecho debe ser castigado mediante el art. 568 CP 95 pues, aplicando el art. 8,4 CP 95, ésta es la infracción más grave. El TS es-

tima el recurso y señala que no ofrece ninguna duda que el art. 266,1 no puede ser aplicado a este caso en grado de tentativa porque los acusados no han dado comienzo a la ejecución del hecho típico. El comienzo de ejecución, continúa la Sala, requiere que el autor o autores hayan llegado en el desarrollo de su plan hasta la realización de acciones inmediatas y estrechamente vinculadas con las que deberían producir, según el plan de los autores, la lesión del objeto de protección del tipo penal. En el presente caso ni siquiera consta en el hecho probado que los acusados hubieran alcanzado el lugar en el cual pensaban ser utilizados los explosivos con los que contaban.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Recurso del Ministerio Fiscal

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal recurre contra la sentencia de la Audiencia Nacional por entender que ha sido infringido el art. 266.1 CP por aplicación indebida, así como el art. 568 por no aplicación. Afirma el Fiscal que si se entendiera que la conducta de los acusados estaría descrita en ambos preceptos, el hecho debe ser castigado mediante el art. 568 CP, pues aplicando el art. 8.4 CP ésta es la infracción más grave.

El recurso debe ser estimado.

No ofrece ninguna duda que el art. 266.1 CP no puede ser aplicado a este caso en grado de tentativa (art. 16 CP) porque los acusados no han dado comienzo a la ejecución del hecho típico. En efecto, el art. 266.1 CP establece un delito de daño con resultado de lesión causado mediante incendio, explosión o cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas. Ciertamente los acusados tenían un plan consistente en atentar contra un edificio en construcción destinado a la instalación de un hipermercado, para amedrentar tanto al sector inmobiliario como a los habitantes de una zona residencial de chalets. Pero ese plan no llegó a tener comienzo de ejecución. Esto es así porque el comienzo de ejecución requiere que el autor o autores hayan llegado en el desarrollo de su plan hasta la realización de acciones inmediatas y estrechamente vinculadas con las que deberían producir, según el plan de los autores, la lesión del objeto de protección del tipo penal. En el presente caso ni siquiera consta en el hecho probado que los acusados hubieran alcanzado el lugar en el cual pensaban ser utilizados los explosivos con los que contaban.

Lo que consta en los hechos probados es que habían preparado el atentado reuniendo los explosivos necesarios para realizar el hecho.

Pero, si bien esta preparación es insuficiente para aplicar el tipo penal del art. 266.1 CP en grado de tentativa, la tenencia de esos materiales explosivos, para utilizarlos en una campaña llevada a cabo por la organización "Resistencia Gallega", debió ser subsumida en el tipo del art. 568 CP, dado que los acusados no contaban con autorización legal ni de la autoridad competente y su finalidad era la alterar el orden y la paz pública. Se trata sin duda de un acto preparatorio, pero especialmente inculminado como un delito autónomo.

Por otra parte, los acusados no se encuentran en ninguna de las situaciones previstas en el los arts. 31 y ss. del Reglamento de Explosivos y los elementos que componían el artefacto que poseían los acusados reúnen los requisitos de los objetos explosivos establecidos en el art. 10.1.c) del RD 230/1998, de 16 de febrero, que aprobó el Reglamento de Explosivos, pues contiene en cantidad relevante materias explosivas, que al ser explotadas derribaron una pared.

B. Recurso de José Manuel.

SEGUNDO.- Los dos motivos del recurso en el que este procesado se adhiere al del Ministerio Fiscal se fundamentan en la calificación de los hechos como delito de daño. Por un lado sostiene el recurrente que el hecho debió ser calificado como falta porque no se estableció el valor del posible objeto de la acción y que la pena de la tentativa no ha sido correctamente imputada.

Ambos motivos deben ser desestimados.

Es claro que mediante el procedimiento de la adhesión el recurrente procura ejercer un derecho al recurso que es completamente autónomo respecto del formalizado por el Ministerio Fiscal, al que en verdad contradice. Tal "adhesión", por otra parte, sólo podría prosperar en el caso en el que hubiera sido desestimado el del Ministerio Fiscal. Pero, en la medida en la que los hechos no pueden ser calificados como un delito de daño en grado de tentativa, sino de acuerdo con el art. 568 CP, los motivos carecen de manifiestamente de fundamento.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al Recurso de Casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra Sentencia núm. 46/2009 dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección cuarta, de fecha 7 de octubre de 2009, Rollo núm. 86/08, Sumario 74/08 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, en causa seguida contra José Manuel y Santiago por un delito de depósito de explosivos con finalidad terrorista, y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia por la dictada a continuación, declarando de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso.

Asimismo debemos desestimar y desestimamos la adhesión de José Manuel al recurso del Ministerio Fiscal, condenándolo igualmente al pago de las costas ocasionadas.

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.

Así por esta nuestra Sentencia que se publicará en la Colección legislativa, lo pronunciamos

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de mayo de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, se instruyó Procedimiento Sumario 74/08, contra José Manuel y Santiago, en cuya causa se dictó Sentencia por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección cuarta, con fecha 7 de octubre de 2009, rollo de Sala núm. 86/08, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, actuando como ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha decidido:

ANTECEDENTES

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección cuarta, de fecha 7 de octubre de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a José Manuel y Santiago como coautores de un delito de tenencia de aparatos explosivos del art. 568 CP a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta durante 12 años, así como al pago de la mitad de las costas procesales a cada uno de ellos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.-

Alberto Jorge Barreiro.- 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 certifico.



TS Sala 1ª, Sentencia 27 mayo 2010. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

Al tratarse de un fondo de inversión

Remuneración derivada de producto financiero constitutiva de fondo de inversión

Acuerda el TS estimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que revocando la de instancia, estimó la demanda de la mutualidad reclamando al BBVA el pago de la cantidad en concepto de intereses brutos garantizados e impagados.

Señala la Sala que la sentencia ahora recurrida presenta dos cuestiones, en relación a la determinación del tipo de producto financiero que la mutualidad contrató entiende que las partes están de acuerdo en interpretarlo como un fondo de inversión, pactado por un periodo de tres años y garantizado. Añade que, aunque en el derecho español no existe una regulación exhaustiva de este tipo de productos financieros -art. 3.1 Ley 35/2003-, se deduce que el sistema de remuneración no forma parte de la naturaleza de este tipo de inversiones. Concluye el Tribunal que se ha vulnerado lo dispuesto en el art. 1286 CC, ya que al tratarse de dos contratos de diferente naturaleza, cada uno con sus propias normas respecto a las remuneraciones -uno el de inversión, sin remuneración, pero con actualizaciones y el otro, la imposición a plazo, sin actualizaciones, pero con remuneración, esto es intereses-, en la sentencia recurrida se ha aplicado de forma incorrecta la regla interpretativa del citado artículo, al no respetar la naturaleza del contrato celebrado, lo que debe llevar a entender finalmente desestimada la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º La Mutualidad de Previsión social de la policía ofertó a varias entidades financieras la inversión de 700 M ptas. (4.207.084,73 €). Caja Postal contestó la oferta por medio de un documento firmado por el representante D. Manuel A. Zapatero. De acuerdo con ello, en los documentos 39, 48 y 57 de la demanda constan las siguientes ofertas:

i) Documento 39: "Plazo Fijo. 3 meses 4,30%. 6 meses 4,15%. 1 año 4,10% Con retención 25% sobre rendimientos.

Fondos Garantizados Fondbolsa F.Fim'garantizado. Vencimiento garantía: 28 febrero 2001. Se garantiza: Capital invertido +más alto de los siguientes valores -50% de revalorización de la media aritmética mensual del IBEX 35 ó 5,70%".

ii) Documento 48 de la demanda. Como continuación de la oferta presentada el 9 de marzo de 1998 y ampliación a esta misma le detallo las garantías del conjunto de la operación: Fondbolsa F.Fim'garantizado. Vencimiento garantía. 28 febrero 2001. Se garantiza capital invertido + Más alto de los siguientes valores - 50% de revalorización de la Media Aritmética Mensual del IBEX-35 ó 6,00% más de 2.000 Millones -de 2.500 Millones 6,10%.

iii) Documento 57: figura documentación referida al fondo Argentinaria Fondbolsa-F.FIM y en el folleto del fondo consta: "El objetivo de rentabilidad consiste en asegurar el capital al vencimiento de la garantía (28.02.2001) más el 50% de la revalorización media del interés bursátil en dicho periodo, tal y como se define en la fórmula siguiente (...)"

2º En el mes de marzo de 1998, la Mutualidad de Previsión social de la Policía (Mutualidad) efectuó tres in-

versiones en el fondo Fondbolsa: La primera de 700 M ptas. (4.207.084,73 €); la segunda, de 600 M. ptas. (3.606.072,63 €), y la tercera de 1201 M ptas. (7.212.145,25€), siendo el total de 2501 M. ptas. (15.031.312,73 €), con vencimiento al 28 febrero 2001.

3º Al vencimiento del contrato, Mutualidad recuperó las inversiones con una revalorización del 0'34% anual, lejos del 6'10% anual que se le había prometido. Reclamó al BBVA y el 25 abril 2001 se le ingresó una cantidad de 103.307.632 ptas. (620.891,37 euros), correspondientes a la rentabilidad del 6'10% de intereses por todo el periodo de la inversión, cuando la MUTUALIDAD entendía que los intereses se debían anualmente y no por el periodo de la inversión.

4º Después de sucesivas reclamaciones al servicio del Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ésta señaló que se trataba de una discrepancia en la interpretación de un documento privado.

5º La mutualidad demandó al BBVA reclamando el pago de la cantidad de 2.085.819,13 € en concepto de intereses brutos garantizados e impagados. BBVA contestó la demanda alegando que la demandante no era un consumidor, sino que estaba habituada a efectuar inversiones; que se le ofertaron diferentes productos y que el escogido era un fondo de inversión y no un depósito a plazo; que el jefe de la zona de la entonces Caja Postal no disponía de poderes para efectuar la oferta en los términos en que la hizo.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid núm. 63, de 20 septiembre 2004, desestimó la demanda, con los siguientes argumentos:

a) “De los documentos 39 y 48 se deduce que el 5'70% y el 6'10% finalmente pactado se establece como una garantía del fondo de inversión contratado.

b) Se establece que se garantiza el capital invertido más el 50% de revalorización de la media aritmética mensual del IBEX-35 ó 5,70% (el más alto de dichos valores”.

c) Este 5,70%, que finalmente fue el 6'10% “es aplicable a todo el periodo de inversión y no anualmente”.

d) Quien efectuó la inversión “tenía ciertos conocimientos financieros”, al haber realizado antes diversas operaciones de inversión, aunque existía un folleto informativo del fondo, no se consultó, pudiendo hacerlo y finalmente, no se ha acreditado que se informara a la demandante que el interés del 5'70% fuera anual. De ahí dedujo el juzgador de instancia que “(...) lo pactado fue el 6'10% para todo el periodo de inversión y

no acreditado que la voluntad de las partes fuere que ese 10% de interés fuera anual”.

7º Mutualidad recurrió en apelación. La sentencia de la sección 13 de la AP de Madrid, de 6 febrero 2006, estimó el recurso y condenó al BBVA. Después de exponer los hechos que se han declarado probados, señala:

a) Que la garantía del 5'70% o la posterior del 6'10% no es acumulable con la revalorización de la media aritmética mensual del IBEX-35, tratándose de “garantías alternativas, una y otra, la que ofrezca el valor más alto en el momento del vencimiento (...)”.

b) Lo que se discute es si la garantía del 6,1% “era una retribución garantizada mínima única” o era anual.

c) Esta garantía era un compromiso especial asumido por Caja Postal para un cliente concreto y quedaba fuera de la normativa y condiciones del fondo; “era absolutamente extraña al fondo, conferida de forma individualizada por Caja Postal a la actora”.

d) “En cualquier caso, ya se trate de un 6,10% del capital invertido por todo el periodo de inversión, ya se trate de un 6,10% anual, siempre nos encontraremos con que, a virtud de la oferta complementaria y especial de Caja Postal a favor de la Mutualidad, se había creado en la práctica un producto mixto que era, a la vez, un fondo de inversión garantizado y un depósito con retribución fija, obteniéndose, al vencimiento, el beneficio más elevado”.

e) En la práctica bancaria “la remuneración de una aportación dineraria designada por un porcentaje en relación con el capital designa un interés anual, a no ser que se indique expresamente lo contrario”.

f) Las oscuridades del documento no pueden favorecer a la parte responsable de la confección del mismo, causante de la oscuridad.

g) El entendimiento que se propone resulta más adecuado a las exigencias de la buena fe. En consecuencia de ello, entiende que el fondo incluía “una garantía mínima de recuperación del capital invertido más el 6,10% anual (...)”.

8º BBVA presenta recurso de casación, al amparo del art. 477.2.2 LEC, que fue admitido por auto de esta Sala, de 18 noviembre 2008.

SEGUNDO.- El Motivo primero denuncia la infracción, por no aplicación, del art. 1286 CC a la hora de interpretar los documentos 39, 48 y 57 aportados en el escrito de interposición de la demanda y reconocidos por las partes, en cuanto que aun pensando que el tipo de interés del 6,10% es aplicable al vencimiento de

la garantía, ha de serlo por todo el periodo y no anualmente, como interpreta la sentencia, puesto que en el citado documento esta garantía se hace dentro del epígrafe denominado “Fondos Garantizados”, siendo que para los fondos no cabe hablar de interés anual, y por tanto la interpretación más conforme con la naturaleza y objeto del contrato ha de ser la de considerar la garantía del 6,10% no anual sino para todo el periodo garantizado.

El motivo se estima. La sentencia ahora recurrida presenta dos cuestiones, que deben resolverse sucesivamente: la primera de ellas es la relativa a la determinación del tipo de producto financiero que Mutualidad contrató, primero con Caja Postal, pasando luego a BBVA como consecuencia de las relativas absorciones producidas. El segundo problema se refiere a la interpretación de los sucintos contratos e informaciones proporcionados por Caja Postal.

En relación al tipo de producto contratado, las partes están de acuerdo en interpretarlo como un fondo de inversión, pactado por un periodo de tres años y garantizado.

Aunque en el derecho español no existe una regulación exhaustiva de este tipo de productos financieros, el art. 3.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva dice que los fondos de inversión son “patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores (...), cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos”, de donde se deduce que el sistema de remuneración no forma parte de la naturaleza de este tipo de inversiones.

En este caso, el Banco garantizaba que el inversor recuperaría la cantidad invertida más las cantidades que se especificaban y que eran “+ Más alto de los siguientes valores -50% de revalorización de la Media Aritmética Mensual del IBEX-35 ó 6,00% más de 2.000 Millones -de 2.500 Millones 6,10%”, lo que lleva al planteamiento de la siguiente cuestión, que se refiere a la interpretación de las garantías atribuidas. Al tratarse de un fondo garantizado, se establecieron dos tipos de garantías, alternativas, como bien señala la sentencia recurrida, si se producía el caso de que la revalorización fuera menor del 50% en una inversión mayor a 2.000 millones ptas.: o la media aritmética mensual del IBEX-35, o bien el 6,00%. Lo relativo al interés, alternativa con la relacionada

con la media aritmética mensual del IBEX-35 no constituye una remuneración por la inversión, sino una garantía relativa a la recuperación de la cantidad invertida y con efectos a la revalorización durante los tres años. De modo que llegado el vencimiento, el inversor recupera la cantidad inicial, más la revalorización pactada y si no se obtiene en razón de los avatares del mercado, entonces se procederá a su cálculo de acuerdo con una de las dos opciones previstas en el propio contrato, la media del IBEX o el interés.

TERCERO.- Esta es la interpretación correcta de lo pactado entre Caja Postal-BBVA, de una parte y Mutualidad, de otra. Caja Postal informó de dos productos a un cliente acostumbrado a efectuar inversiones: el de inversiones a plazo fijo, con unas remuneraciones variables según el número de meses de la imposición, y el fondo de inversión garantizado, en el que lo que se ofrecía era una revalorización del fondo, con una garantía para el caso de que dicha revalorización no se produjera. De este modo, el 6,10% ofrecido por el Banco contratante debe ser entendido en este sentido, es decir, como garantía y no como remuneración, que no se ofreció en este fondo, quedando por tanto excluida del pacto. De este modo debe concluirse que se ha vulnerado lo dispuesto en el art. 1286 CC que establece que:

“Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato”. Ello significa, como afirma la sentencia de 28 junio 2004, que nos hallamos ante una regla de interpretación objetiva “mediante el realce de la significación del elemento finalista, al disponer que el intérprete debe estar, de entre los distintos sentidos, al que sea más adecuado a la naturaleza o tipo y al objeto del contrato”. Al tratarse de dos contratos de diferente naturaleza, cada uno con sus propias normas respecto a las remuneraciones, es decir, uno el de inversión, sin remuneración, pero con actualizaciones y el otro, la imposición a plazo, sin actualizaciones, pero con remuneración, o sea, intereses, la Sala sentenciadora ha aplicado de forma incorrecta esta regla interpretativa, lo que no respeta la naturaleza del contrato celebrado.

CUARTO.- La estimación del primer motivo del recurso de casación presentado por la representación procesal del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia de la AP de Madrid, de 6 febrero 2006 exime a esta Sala de entrar a examinar los otros tres motivos de casación formulados.

QUINTO.- La estimación del motivo primero del recurso de casación presentado por la representación procesal del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria determina la del recurso y la

casación de la sentencia recurrida. En consecuencia, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 63 de Madrid de 20 septiembre 2004, que desestimó la demanda. No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

En atención a las dificultades interpretativas generadas por la interpretación del contrato, no se imponen a ninguna de las partes las costas de la apelación.

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

FALLO

1º Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de Mutuallidad de Previsión Social de la Policía contra la sentencia de la sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 febrero de 2006, dictada en el rollo de apelación núm. 280/05. 2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 63 de Madrid, de 20 de septiembre de 2004, en el procedimiento ordinario núm. 409/2003, cuyo Fallo dice: "Que debo desestimar la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Cesáreo Hidalgo Senen, en nombre y representación de la Mutuallidad de Previsión Social de la Policía, contra Banco Bilbao Vizcaya, S.A., absolviendo a la demandada de todos las peticiones formuladas en su contra en el escrito de demanda, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a las parte actora".

4º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

5º No se imponen las costas de la apelación a la parte apelante Mutuallidad de Previsión Social de la Policía.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Encarnación Roca Trias.- Francisco Marín Castán.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Román García Varela.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sra. Dª Encarnación Roca Trias, 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.

2010/92250

TS Sala 1ª, Sentencia 17 mayo 2010. Ponente: D. Francisco Marín Castán

Improcedente reclamación de abogado de liquidación de cuentas en participación

El TS desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia recurrida que, al igual que la de primera instancia, rechazó la demanda por la que el abogado solicita de sus clientes, al margen de sus honorarios por los servicios profesionales prestados, los bienes y derechos que le correspondan tras la liquidación de las cuentas en participación que el actor alega haber pactado con los demandados en virtud de acuerdo transaccional. La desestimación de la demanda se funda en que en modo alguno se ha probado el consentimiento para ningún tipo de asociación con el demandante sino únicamente la conformidad con el plan judicial trazado por éste en defensa de los intereses de quienes eran sus clientes, sin que pueda darse por sentado que el éxito de la estrategia procesal ideada por un abogado le otorgue una participación en el negocio litigioso de su cliente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación a examinar ahora por esta Sala se interponen por el demandante, un abogado que prestó sus servicios profesionales a los demandados y que, al margen de sus honorarios por tales servicios, formuló contra ellos la demanda rectora de este litigio solicitando, en síntesis, se declarase la existencia de un contrato de asociación temporal de cuentas en participación entre él y la sociedad demandada PROCONTURSA como consecuencia de un acuerdo transaccional y la cesión de una finca a favor de la misma; se condenara solidariamente a PROCONTURSA y a su gestor, también demandado, a rendir cuentas detalladas y justificadas y a confeccionar el balance de resultados; se les condenara solidariamente a practicar la correspondiente liquidación y a entregar al demandante el 14'30% de los bienes y derechos adquiridos por el referido acuerdo transaccional, o del porcentaje que resultare en ejecución de sentencia; y en fin, que en consecuencia se condenara a PROCONTURSA a inventariar la participación real que correspondiera al

demandante en la propiedad de los bienes y derechos adquiridos.

Dirigida la demanda contra PROCONTURSA, su gestor, el hijo y apoderado de éste, que a la vez era administrador solidario de aquélla, y otra persona más, los demandados comparecieron en las actuaciones y se opusieron conjuntamente a la demanda pidiendo su total desestimación porque, en síntesis, nunca se había pactado con el demandante asociación alguna de cuentas en participación y su relación con él no había sido más que la propia de un cliente con su abogado, a quien se le había pagado la totalidad de sus honorarios profesionales.

En relación concretamente con los dos hechos alegados en la demanda como especialmente determinantes de dicha asociación, el ejercicio de una acción revocatoria por el actor no como abogado de los demandados sino en su propio nombre y la firma por el mismo de un acuerdo transaccional no sólo como apoderado de los demandados sino también en su propio nombre y derecho, se oponía en la contestación a la demanda que el ejercicio de la acción revocatoria formaba parte de la estrategia procesal ideada por el demandante cuando pasó a defender únicamente a los demandados frente a los demás condóminos de una parcela edificable, amén de estar orientada a proteger el crédito del demandante como anterior abogado de todo el condominio y haberse prestado con dinero de uno de los demandados la caución exigida para anotar preventivamente dicha demanda de acción revocatoria en el Registro de la Propiedad; y que la intervención del demandante en el acuerdo transaccional en su propio nombre y derecho, además de en representación de los demandados, obedecía precisamente a que la transacción comprendía el litigio sobre dicha acción revocatoria y, como ésta se había interpuesto precisamente por el demandante, necesariamente tenía que ser parte en el acuerdo transaccional.

La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda razonando en síntesis, tras exponer muy ampliamente la jurisprudencia de esta Sala sobre las cuentas en participación, que la conformidad del demandado D. José Luis, como administrador de PROCONTURSA, con el ejercicio de la referida acción revocatoria en modo alguno podía probar el consentimiento para ningún tipo de asociación con el demandante sino, pura y simplemente, la conformidad con el "plan judicial" trazado por el demandante en defensa de los intereses de quienes eran sus clientes; que en su demanda de acción revocatoria el demandante no había renunciado a su crédito por honorarios profesionales contra el conjunto de condóminos de la parcela, a quienes defendía antes de pasar a defender únicamente al grupo familiar minoritario integrado por los deman-

dados; que aun cuando cupiera advertir alguna voluntad asociativa en la firma del acuerdo transaccional por el demandante en su propio nombre y derecho, resulta que según su propia demanda dicho acuerdo marcaba el fin, no el comienzo, de la cuenta en participación; que tampoco aparecía probada en modo alguno la cuantía de la aportación del demandante a la alegada cuenta en participación, ya que las cuentas ofrecidas por el actor en su demanda no cuadraban y, en cambio, eran muchos y muy cuantiosos los pagos probados por los demandados por los honorarios profesionales del demandante como abogado, habiendo llegado éste hasta el extremo de negar la eficacia probatoria a tal efecto de una escritura pública pese a aparecer ésta otorgada por el propio demandante en nombre de los condóminos; que al redactar la pregunta 41ª del interrogatorio dirigido al codemandado D. Andrés, hijo de D. José Luis, el demandante reconocía tácitamente todos los pagos afirmados por los demandados, habiendo explicado uno de ellos, por importe de 15 millones de ptas., como compensación por los daños morales y perjuicios derivados de expedientes incoados contra él en el Colegio de Abogado; que tampoco concurría el requisito de la naturaleza mercantil de la operación a que se destinara el dinero presuntamente aportado por el supuesto partícipe, ya que si el negocio no era la construcción y urbanización de la parcela sino la conclusión del acuerdo transaccional, entonces no podía considerarse mercantil sino civil; que no concurría tampoco el requisito de la ajenidad del partícipe al negocio, pues el demandante había participado activamente en la preparación, discusión y plasmación del acuerdo transaccional, así como en otros muchos trámites, en actuaciones por tanto propias de un letrado y no de un partícipe; que no había constancia alguna del porcentaje de beneficio asignado al presunto partícipe, apareciendo el del 14'30% afirmado en la demanda como pura y simplemente impuesto por el demandante de forma unilateral, según unas cuentas y cantidades que en realidad el actor desconocía al interponer su demanda de ejercicio de acción revocatoria; y en fin, que de la abundante prueba practicada, minuciosamente valorada, ni siquiera indirectamente podía considerarse acreditado un contrato verbal de cuentas en participación.

Interpuesto recurso de apelación por el demandante, el tribunal de segunda instancia lo desestimó y confirmó la sentencia apelada. Además de rechazar un primer fundamento de la apelación que alegaba la vulneración de varias garantías procesales, examinando detalladamente el tribunal si se había dado o no alguna de las infracciones denunciadas, la sentencia de apelación, tras algunas consideraciones sobre la carga de la prueba, declara que "la labor de valoración de la prueba efectuada por

el Juez de instancia no conculca ninguno de los preceptos procesales ni del Código de Comercio referidos al respecto". A continuación se expone la regulación de las cuentas en participación en el Código de Comercio y la jurisprudencia de esta Sala sobre el contrato en cuestión. Luego se exponen de forma sintética las vicisitudes por las que pasó la referida parcela y, finalmente, se declara contundentemente que de los hechos probados por pruebas directas no se desprende que el demandante hiciera aportación patrimonial alguna ni que su relación con los demandados fuera más allá de los servicios profesionales que les prestó como abogado.

Contra la sentencia de apelación el actor-apelante ha interpuesto, según se ha indicado ya, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Aquel se articula en dos motivos, uno por falta de motivación de la sentencia recurrida y el otro por error en la valoración de diversas pruebas; y el de casación se compone de un solo motivo fundado en infracción de varios artículos del Código de Comercio y de la jurisprudencia que los interpreta.

SEGUNDO.- Antes de examinar los recursos conviene transcribir la síntesis que la sentencia recurrida hace sobre las vicisitudes de la parcela que motivó la larga cadena de litigios iniciada con los de los condóminos contra terceros y continuada con los que enfrentaron al grupo mayoritario en el condominio con el grupo minoritario integrado por los hoy demandados.

Dicha exposición se contiene en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida y reza literalmente así:

"Esta propiedad pertenecía a D. José Luis y a un grupo importante de personas, quienes la adquirieron por compra allá por el año 1.976. Después de ello y hasta que finalmente culminó, a los efectos que ahora nos interesa, el acuerdo transaccional de 14 de febrero de 2002, dicha parcela ha pasado por diferentes etapas destacando, de manera sucinta y genérica, al respecto lo que sigue:

1º.- El grupo familiar al que pertenece el citado D. José Luis llegó a ostentar sobre la referida parcela una cuota de propiedad de 9,75%, después de ejercitar entre otras una acción judicial de retracto de comuneros.

2º.- El citado anteriormente, con otras personas de su familia, constituyó el 26 de julio de 1.986 la entidad mercantil demandada PROCONTURSA, quien asumió en un momento determinado la labor de ejecutar la construcción en principio proyectada para la parcela antes indicada. Como consecuencia de ello se generó un derecho de crédito a favor de esta entidad y contra los comunidadarios propietarios titular de la par-

cela, el cual se hizo valer por la entidad mercantil en el juicio de mayor cuantía 519/93 seguido en el Juzgado de Primera Instancia Siete de las Palmas, que culminó con la sentencia dictada en primera instancia el pasado 22 de mayo de 2.000, en virtud de la cual se condena a los comuneros demandados a abonar una suma a determinar en ejecución de sentencia que no podrá exceder de 350 millones de pesetas.

3º.- Con el tiempo el condominio de la parcela que no ocupa quedó repartido entre el grupo familiar de D. José Luis, (9,75% indicado), entidad SGT S.A. (89,25%) y Costa Puerto Rico SL (1%), ya que estos últimos fueron adquiriendo las cuotas de dominio del resto de integrantes de la comunidad.

Como consecuencia de la concentración de una cuota de propiedad del 90,25% en dos sociedades del Grupo SOTOCAN, el primero de los mencionados trató de abortar ese control dominical mayoritario a través del ejercicio de acciones judiciales tendentes a dejar sin efecto las transmisiones a tal efecto efectuadas por los distintos comuneros, reaccionando contra ello los adquirentes de la cuota mayoritaria.

4º.- Después de múltiples actuaciones y varios procedimientos judiciales en marcha, finalmente se pone fin a los enfrentamientos existentes con el acuerdo transaccional alcanzado y plasmado en documento público de 14 de febrero de 2.002. En la gestación de ese acuerdo interviene, como letrado, por parte de la entidad mercantil referida, (acreedora de un crédito importante contra la propiedad de la parcela) y del grupo familiar que ostenta la menor cuota de dominio, el actor.

5º.- No se ha de olvidar que el actor, también había actuado como letrado de la comunidad propietaria en diferentes ocasiones y procedimientos judiciales durante un periodo amplio que va del año 1.984 al año 1994 y que luego prestó servicios profesionales a la empresa demandada y al grupo familiar que ostentaba una cuota de dominio sobre la parcela del 9,75%.

Tampoco se ha de obviar que el actor, ahora apelante, entabló una demanda judicial el pasado 22 de noviembre de 1.999 contra los comuneros que representaban una cuota dominical del 90,25%, la cual sustentaba en una pretendida deuda que concretó en un principal de 24 millones de pesetas y que derivaba de los servicios prestados a favor del condominio durante el periodo antes indicado, y por la que solicitaba la rescisión de los contratos de compraventa efectuados entre los comuneros demandados y los adquirentes de sus cuotas, SGT SA y Costa Puerto Rico SL, así como la cancelación de las inscripciones registrales practicadas al efecto. Tal demanda se turnó

al Juzgado de Primera Instancia Cuatro de Las Palmas y dio lugar al expediente 771/99.

6º.- Queda constancia que durante el periodo que va del año 1984 a 1.994 el apelante recibió de José Luis a cuenta de sus honorarios por los servicios prestados a la comunidad de propietarios cuando menos 6 millones de pesetas y que posteriormente cuando se firmó el acuerdo transaccional de 14 de febrero de 2.002 recibió, a cuenta del crédito generado por los servicios prestados a la citada comunidad durante ese periodo, de quienes adquirieron el 90,25% de la cuota dominical, un total de 11.875.268 ptas. (71.371,8*), mediante la entrega de tres cheques.

Lo anterior motivó que el actor presentase en los autos 771/99, escrito suscrito por él y todas las partes demandadas a excepción dos, desistiendo del procedimiento, lo que motivó el posterior auto judicial de 1 de marzo de 2.002 teniéndolo por desistido sin imposición de costas. Fuera del periodo antes referido y antes de la firma del acuerdo transaccional consta dos entregas de dinero efectuadas a por orden del demandado José Luis al actor, una de ellas llevada a cabo el pasado 4 de diciembre de 1.998 por importe de 5.000.000 ptas. (30.050,61*) y otra el 21 de noviembre de 2.001 de 15.000.000 ptas. (90.151,82*), lo que hace un total de 20 millones de pesetas."

TERCERO.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC para denunciar falta de motivación de la sentencia recurrida, citando a tal efecto como infringidos los arts. 120.3 de la Constitución y 219.2 LEC, se desestima por su falta de consistencia, ya que la muy resumida exposición de los fundamentos de derecho de las sentencias de ambas instancias recogida en los dos fundamentos jurídicos anteriores de la presente sentencia desmiente cualquier atisbo de falta de motivación.

En realidad el único asidero del recurrente para sustentar su reproche es una muy parcial transcripción de dos pasajes de la sentencia de primera instancia, no de apelación, muy alejados entre sí en el texto íntegro de dicha sentencia, para, así, descubrir lo que él considera "patentes contradicciones". Pero basta con leer en su totalidad el enunciado completo del primero de esos pasajes, sólo tres renglones de un total de nueve, para comprobar que su verdadero sentido es precisamente poner de relevancia la contradicción del propio recurrente en su demanda al presentar el acuerdo transaccional como el momento final de la relación de cuentas en participación.

CUARTO.- El segundo y último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal prescinde

de su encuadre en el art. 469 LEC y se funda en "error en la valoración de las pruebas e infracción de los Arts. 307; 316.1; 319.1; 326 y 376 de la LEC en los que se regulan las normas de valoración de las pruebas".

Su desarrollo consiste en un extenso alegato dividido en tres grandes apartados: el primero impugna, como "Primera conclusión judicial", el que sólo haya quedado acreditada la existencia de una relación profesional; el segundo, como "Segunda conclusión judicial", el que no se haya probado la existencia del contrato de cuentas en participación; y el tercero expone unas "Conclusiones finales" del propio recurrente, citando una sentencia de esta Sala sobre el "error patente", según las cuales se habría acreditado la concurrencia de los requisitos del art. 239 C.Com. y procedería declarar probados los hechos que propone el recurrente.

Estos hechos serían la existencia de una relación asociativa entre el actor y PROCONTURSA distinta de la relación de arrendamiento de servicios profesionales; "el espíritu asociativo de ambas partes, que se inicia con la aprobación del plan conjunto y la interposición de la demanda revocatoria que es la forma de interesarse en las operaciones de los demandados"; la existencia de un activo patrimonial del actor fijado en la demanda revocatoria en 33.882.999 ptas. y posteriormente cerrado a la firma del acuerdo transaccional, de conformidad con los demandados en 42.112.253 ptas.; el abono por los demandados de 11.874.999'77 ptas. quedando un remanente por tanto de 30.237.254 ptas.; la consideración de este remanente como capital realmente aportado por el actor-recurrente al tiempo de firmarse el acuerdo transaccional; la adquisición de parte de la parcela y de los derechos de edificabilidad como "contraprestación a las aportaciones de los intervinientes en el Acuerdo transaccional"; y en fin, la existencia de un contrato de asociación temporal de cuentas en participación conforme a la primera petición de la demanda.

Los dos primeros grandes apartados del motivo, es decir los que impugnan las por el recurrente denominadas "conclusiones judiciales" primera y segunda, analizan diversas pruebas: el interrogatorio de los demandados, la copia de la escritura del acuerdo transaccional, la declaración testifical del abogado que luego defendió a los condóminos mayoritarios y la declaración de otro testigo, aduciendo en cada caso una infracción normativa, del art. 316.1 LEC para el interrogatorio de los demandados; del art. 319.1 de la misma ley, en relación con el art. 1281 CC, para la referida escritura, "al no atribuir plena fuerza probatoria al documento citado, y vulnerarse las normas de interpretación de los

contratos"; y del art. 376 LEC para las declaraciones testificales.

Pues bien, semejante planteamiento es del todo inviable, y en consecuencia el motivo debe ser desestimado, por las siguientes razones:

1ª.- No se ampara en ninguno de los ordinales del art. 469.1 LEC.

2ª.- Aun cuando se hubiera formulado por la única vía adecuada para impugnar la valoración probatoria del tribunal sentenciador, que es la del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, se omite citar como infringido el art. 24 de la Constitución, con el que a su vez habría que poner en relación la regla legal de valoración de la prueba de cuya vulneración resultara el error patente o la arbitrariedad o falta de lógica de dicha valoración probatoria (SSTS 18-6-09, 30-9-09, 30-10-09, 15-1-10, 4-1-10 y 9-3-10 entre otras).

3ª.- Lo que se propone en el motivo es, en realidad, una nueva valoración conjunta de la prueba por esta Sala en el sentido que interesa al recurrente, pretensión incompatible con la naturaleza extraordinaria del recurso por infracción procesal (SSTS 13-11-09, 4-1-10, 9-3-10 y 16-4-10).

4ª.- De los interrogatorios de parte y declaraciones testificales que el alegato del motivo transcribe en los pasajes que interesan al recurrente no se evidencia nada que desvirtúe la valoración probatoria de la sentencia recurrida, pues lo que el recurrente propone como errores de valoración no es algo que resulte de la prueba misma sino deducciones o inferencias del propio recurrente.

5ª.- El defectuoso planteamiento del motivo es más patente aún al analizar la escritura en que se documentó el acuerdo transaccional, pues como ésta nada acredita por sí misma sobre el pretendido contrato de cuentas en participación, el recurrente se ve obligado a interpretarla para obtener la conclusión que le interesa, alejándose así por completo del reducido ámbito de revisión de la valoración probatoria mediante este recurso extraordinario.

6ª.- La propia extensión del alegato del motivo desvirtúa en gran medida que los errores probatorios denunciados sean patentes, es decir, manifiestos o visibles sin necesidad de un especial esfuerzo.

7ª.- Los dos hechos en los que el recurrente quiere ver la prueba de la asociación, a saber el ejercicio de una acción revocatoria por él y su intervención personal en el acuerdo transaccional, apuntan más bien a lo contrario de lo que pretende, pues mediante la acción revocatoria, al margen de su utilidad en la estrategia procesal global de defensa de los intereses de los demandados, defendía su propio crédito frente al condomi-

nio por honorarios profesionales, y su intervención personal en el acuerdo transaccional se explica, muy sencillamente, porque el litigio resultante de tal acción revocatoria formaba parte del objeto de la transacción y por tanto nadie más que él podía consentir al respecto.

8ª.- No puede darse por sentado que el éxito de la estrategia procesal ideada por un abogado otorgue a éste una participación en el negocio litigioso de su cliente, y a grandes rasgos esto es lo que declara la sentencia recurrida. Además, que el recurrente sabe que a él le correspondía probar esa participación lo demuestra el que no haya articulado ningún motivo fundado en infracción de las normas sobre carga de la prueba.

9ª.- En suma, no es que el motivo no demuestre error patente alguno en la valoración probatoria del tribunal sentenciador, sino que realmente esta valoración es la que se corresponde con el resultado de las pruebas, y esta Sala no puede dejar de recordar cómo el juzgador del primer grado destacaba en su sentencia que el hoy recurrente había explicado la entrega de 15 millones de ptas. por los demandados no como correspondientes a honorarios profesionales sino como compensación por daños morales y perjuicios derivados de los expedientes incoados en el Colegio de Abogados, explicación cuando menos cuestionable.

QUINTO. - Lo antedicho determina prácticamente por sí solo la desestimación del único motivo del recurso de casación, fundado en infracción de los arts. 239, 240 y 243 C.Com. y de la jurisprudencia que los interpreta, pues aunque se articula como subsidiario del recurso extraordinario por infracción procesal, lo cierto es que difícilmente pueden haberse vulnerado dichas normas por la sentencia recurrida si en definitiva no consideró probados los presupuestos de hecho necesarios para que naciera el contrato de cuentas en participación afirmado en la demanda.

De ahí que el desarrollo argumental del motivo adolezca de toda una serie de peticiones de principio que lo hacen caer de lleno en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, pues la infracción del art. 239 C.Com. se da por sentada "al haber quedado demostrada la concurrencia de los requisitos establecidos en el mismo", cuales son el interesarse en las operaciones de los demandados, que el motivo identifica con el ejercicio de la reiteradamente mencionada acción revocatoria; la contribución o aportación económica, que el recurrente intenta justificar alterando el planteamiento de su propia demanda y alegando ahora que tal aportación no vino constituida por el ejercicio de la acción revocatoria sino por el desistimiento de la misma en el acuerdo transaccional, intentando salvar así la contradicción

interna de su demanda, puesta de manifiesto por la sentencia de primera instancia, e invocando la prueba de interrogatorio de los demandados de un modo totalmente improcedente en casación; la cuantificación del capital aportado, que el recurrente cifra en 30.237.254 ptas., sin que nada resulte al respecto de la escritura que documenta el acuerdo transaccional ni nada se razone sobre el efectivo pago de sus honorarios profesionales por el grupo mayoritario en el condominio o sobre el eventual crédito frente a los demandados por honorarios profesionales que éstos afirman haber pagado; y en fin, el momento en que se hizo la aportación, que ahora sitúa otra vez en el acuerdo transaccional. En cuanto a la infracción de la jurisprudencia, se afirma por el recurrente dando por sentada la errónea valoración de las pruebas por el tribunal sentenciador y, por tanto, reincidiendo en el indicado vicio casacional. Por lo que se refiere a la infracción del art. 240 C.Com., el recurrente la justifica dando por supuesto un acuerdo verbal de cuentas en participación no probado, incurriendo así otra vez en el mismo vicio casacional. Y otro tanto hace, en fin y en su grado máximo, cuando alega en torno a la infracción del art. 243 C.Com., pues el propio recurrente la presenta "como consecuencia lógica de negarse la existencia del contrato de asociación temporal de cuentas en participación, por lo que de estimarse la existencia del mismo la Sala habrá de pronunciarse respecto a la procedencia de practicar la liquidación peticionada en la demanda", argumento que evidencia por sí solo una manifiesta confusión entre el contenido propio de un motivo de casación y las alegaciones complementarias para el caso de que, si se estimara alguno de los motivos de un recurso extraordinario por infracción procesal o de un motivo de casación, esta Sala hubiera de resolver sobre cuestiones de fondo no resueltas por la sentencia impugnada.

SEXTO.- Desestimados todos los motivos de ambos recursos procede, conforme a los arts. 476.3, 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, confirmar la sentencia recurrida e imponer al recurrente las costas causadas por sus dos recursos.

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

FALLO

1º.- DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por el demandante D. Lorenzo, representado ante esta Sala por el Procurador D. Luis Fernando Álvarez Wiese, contra la sentencia dictada con fecha 9 de diciembre de 2005 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el recurso de apelación núm. 35/05.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-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. Francisco Marin Castan, 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.



TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 5 marzo 2010. Ponente: D. José Díaz Delgado

Exclusión de sindicato del acceso a los programas de fomento de la empleabilidad

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra STSJ Andalucía, con sede en Sevilla, por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales del sindicato

recorrido. Indica el Fiscal, que ha de mantenerse la sentencia recurrida, pues la exclusión del sindicato del acceso a los programas de fomento de la empleabilidad, y a las ayudas públicas por parte de la Administración Autónoma recurrente, vulnera el derecho a la libertad sindical de aquél. Explica la Sala que la sentencia no anula un acto discrecional, ni una disposición general sustituyendo su contenido, sino que anula una orden que establece unos programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de calidad en el empleo, y establece las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas, en cuanto no permite que el sindicato recurrente participe como beneficiario en dichos programas. En definitiva reconoce la situación jurídica del recurrente anulando la parte de la orden que lo impide.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo alegado por la recurrente, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, consiste en sostener que la sentencia recurrida ha aplicado indebidamente el artículo 28 de la Constitución, al afirmar que el acto recurrido vulnera la libertad sindical, así como los artículos 6 y 7.1 de la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical.

Como recuerda el Ministerio Fiscal esta Sala se ha pronunciado ya sobre cuestiones similares a la aquí enjuiciada. En la sentencia de 19 de diciembre de 2007 se dice en su fundamento jurídico cuarto, (tras recordar lo ya dicho en la sentencia de ésta de 14 de julio de 2005, que cita y transcribe, como representativa de dicha jurisprudencia, la STC de 27 de junio de 2001) que:

“a) El derecho de libertad sindical tiene un significado individual, que incluye el derecho de los trabajadores de fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, y también un significado colectivo, en cuanto derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses sociales que les son propios (artículo 7 CE EDL 1978/3879).

b) La libertad de ejercicio de esa actividad forma parte del núcleo esencial del derecho de libertad sindical.

c) Es posible introducir diferencias entre los sindicatos para asegurar la efectividad de la actividad que se les encomienda, pero siempre que se haga con arreglo a criterios de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad.

d) El concepto de mayor representatividad es un criterio objetivo constitucionalmente válido.

e) Esas diferencias objetivas y razonables que se establezcan entre los sindicatos no vulneran la libertad sindical de los que no hayan recibido el paralelo “plus” de derechos, pero en la medida en que estos últimos conserven los derechos nucleares que integran la libertad sindical.

f) Entre las funciones y prerrogativas atribuidas con exclusividad a los sindicatos más representativos se admiten los supuestos de representación institucional ante órganos administrativos. Se rechazan, en cambio, por vulneración de la libertad sindical y no ser consecuencia del concepto, la concesión a esos sindicatos más representativos, con exclusión de los demás, de subvenciones para fines sindicales que lo son de todos sindicatos.”

Como sostiene el Fiscal en sus alegaciones la aplicación de esta jurisprudencia hace que deba mantenerse la sentencia recurrida, pues la exclusión del Sindicato USO al acceso a los programas de fomento de la empleabilidad y a las ayudas públicas por parte de la Administración Autónoma recurrente vulnera el derecho a la libertad sindical de aquél, pues una cosa es que por necesidades operativas haya de reducirse la representación de los trabajadores en determinados supuestos a quienes han obtenido un mínimo de representatividad y otra bien distinta que los trabajadores representados por los sindicatos no representativos sean discriminados al ser privados de los medios necesarios para el ejercicio de la actividad sindical.

SEGUNDO.- Como segundo motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional la recurrente considera que se ha infringido por la sentencia recurrida el artículo 71.2 de dicha Ley en cuanto establece que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

Como sostiene el Fiscal, ni la sentencia anula un acto discrecional, sustituyendo los elementos discrecionales, ni anula una disposición general sustituyendo su contenido, sino que anula una orden que establece unos programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de calidad en el empleo, y establece las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas, en cuanto no permite que el sindicato recurrente participe como beneficiario en dichos programas. En definitiva reconoce la situación jurídica del recurrente anulando la parte de la orden que lo impide.

TERCERO.- Procede, rechazando la causa de inadmisibilidad alegada por la representación de USO, pues es evidente que la recurrente alega concretas vulneraciones del ordenamiento jurídico por la sentencia recurrida, no dar lugar al recurso de casación con expresa condena a la recurrente en el abono de las costas procesales, limitando la cuantía de los honorarios del Abogado de la parte contraria a la suma de 1500 euros, en virtud de la habilitación que establece el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

No ha lugar al recurso de casación número 453/2008, interpuesto por la Junta de Andalucía, contra la sentencia de 13 de diciembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo número 434/2007, seguido por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por UNIÓN SINDICAL OBRERA (U.S.O), contra Orden de 11 de mayo de 2.007 de la Consejería de Empleo, por lo que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas, con condena a la parte recurrente al abono de las costas procesales en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

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

2010/84247

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 9 abril 2010.
Ponente: D. Manuel Vicente Garzón Herrero

Base imponible del IVA Inclusión de ayudas comunitarias percibidas por la producción de forrajes desecados y deshidratados

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, y en su lugar se dicta otra por la que se estima el recurso contencioso administrativo, anulando la resolución del TEAC, por la que se desestimaron las pretensiones de la

recurrente de excluir de la base imponible del IVA las ayudas comunitarias percibidas por la producción de forrajes desecados y deshidratados, respecto de los ejercicios de 1995 y 1996. La Sala estima el recurso al aplicar la doctrina sentada por la sentencia del TJUE de 15 julio 2004, aplicable a los hechos examinados en cuanto interpretación y alcance de la norma discutida, señalando que la subvención percibida no está directamente vinculada al precio de la operación sujeta al impuesto, por lo que la redacción originaria del art. 78, 2, 3) Ley 37/1992 es contraria a la interpretación hecha por la citada sentencia del TJUE y es incompatible con el derecho comunitario, lo que comporta su inaplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna, mediante este Recurso de Casación, interpuesto por el Procurador D. Jorge Deleito García, actuando en nombre y representación de la Sociedad Cooperativa del Campo San Gregorio de Pina de Ebro, la sentencia de 11 de octubre de 2004, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la que se desestimó el Recurso Contencioso-Administrativo número 1123/01 de los que se encontraban pendientes ante dicho órgano jurisdiccional.

El citado recurso había sido iniciado por quien hoy es recurrente en casación contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 24 de septiembre de 2001, por la que se desestimaron las pretensiones de la recurrente, de excluir de la base imponible del IVA las ayudas comunitarias percibidas por la producción de forrajes desecados y deshidratados, respecto de los ejercicios de 1995 y 1996.

La sentencia de instancia desestimó el recurso, y no conforme con ella la entidad demandante interpone el Recurso de Casación que decidimos.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia funda el pronunciamiento desestimatorio en la interpretación del artículo 78.2.3 de la Ley 37/92, entendiéndose que la subvención controvertida se haya vinculada al precio de las operaciones sujetas al impuesto, conclusión que también obtiene de la interpretación del Reglamento Comunitario 603/95.

De otra parte, considera que la regulación que la Ley 66/97 dio al artículo 78.2.3º es inaplicable a los hechos controvertidos por razón de la fecha a que se refieren los hechos imposables descritos, 1995 y 1996.

TERCERO.- La cuestión controvertida ha quedado definitivamente

resuelta por sentencia del T.J.U.E. que en resolución de fecha 15 de julio de 2004 en Asunto que enfrentaba a la Comisión y al Reino de Italia, y en el que se dirimía si la postura del Reino de Italia, al no aplicar el IVA a las ayudas abonadas en aplicación del Reglamento 603/95, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los forrajes desecados, se ajustaba al Derecho Comunitario.

Pues bien, en dicha sentencia, cuyo objeto es idéntico al de este litigio, dicho Tribunal interpretando la Directiva 77/388 y la 603/95 declara:

“27. El artículo 11, parte A, apartado 1, letra a), de la Sexta Directiva, al prever que la base imponible del IVA incluya, en los supuestos que se determinan, las subvenciones abonadas a los sujetos pasivos, pretende someter al IVA la totalidad del valor de los bienes o de las prestaciones de servicios, evitando de este modo que el pago de una subvención implique una menor recaudación.

28. Con arreglo a su tenor literal, dicho precepto se aplica cuando la subvención está directamente vinculada al precio de la operación en cuestión.

29. Para que nos encontremos en dicho supuesto, es necesario, en primer lugar, que la subvención haya sido abonada al operador subvencionado con el fin de que realice específicamente una entrega de bienes o una prestación de servicios determinada. Sólo en este caso puede considerarse que la subvención es la contraprestación de una entrega de bienes o prestación de servicios y está, por tanto, sujeta al impuesto. Es preciso, en particular, que el beneficiario adquiera el derecho a percibir la subvención cuando realice una operación sujeta (sentencia de 22 de noviembre de 2001, Office des produits wallons, C-184/00, Rec. p. I-9115, apartados 12 y 13).

30. Por otra parte, hay que comprobar que los adquirentes del bien o los destinatarios del servicio obtengan una ventaja de la subvención concedida al beneficiario. En efecto, es necesario que el precio que paga el adquirente o el destinatario se determine de forma tal que disminuya en proporción a la subvención concedida al vendedor del bien o al prestador del servicio, caso en el que la subvención constituye un elemento de determinación del precio exigido por éstos. Por tanto, habrá que examinar si, objetivamente, el hecho de que se abone una subvención al vendedor o al prestador le permite vender el bien o prestar el servicio por un precio inferior al que tendría que exigir si no existiese la subvención (sentencia Office des produits wallons, antes citada, apartado 14).

31. La contraprestación que representa la subvención tiene que ser, como mínimo, determinable. No es

necesario que el importe de la subvención corresponda exactamente a la disminución del precio del bien que se entrega o del servicio que se presta. Basta con que la relación entre dicha disminución de precio y la subvención, que puede tener carácter global, sea significativa (sentencia Office des produits wallons, antes citada, apartado 17).

32. En definitiva, el concepto de “subvenciones directamente vinculadas al precio”, en el sentido del artículo 11, parte A, apartado 1, letra a), de la Sexta Directiva, incluye únicamente las subvenciones que constituyen la contraprestación total o parcial de una operación de entrega de bienes o de prestación de servicios y que son pagadas por un tercero al vendedor o al prestador (sentencia Office des produits wallons, antes citada, apartado 18).

33. Hay que señalar que en el presente asunto no se cumplen los requisitos para la sujeción de las ayudas objeto del litigio al IVA en ninguna de las dos categorías de operaciones a las que se refiere la Comisión, que son, por una parte, la venta por una empresa transformadora, tras su secado, de forrajes comprados a los productores de forrajes verdes y, por otra, la subcontratación de una empresa transformadora por un productor de forrajes verdes.

Venta de forrajes comprados a los productores tras su secado

34. Como defiende la Comisión, la venta de forrajes desecados realizada por una empresa transformadora, que adquirió la materia prima a los productores de forrajes verdes, constituye una entrega de bienes a efectos de la de la Sexta Directiva.

35. La subvención se abona a la empresa transformadora, que puede disponer de ella.

36. No obstante, la subvención no está directamente vinculada al precio de la operación sujeta al impuesto en el sentido del artículo 11, parte A, apartado 1, letra a), de la Sexta Directiva.

37. En efecto, la subvención no se abona con el fin específico de que la empresa transformadora entregue forraje desecado a un comprador.

38. En el caso de autos, las partes coinciden en reconocer que no existe escasez de forrajes desecados en el mercado mundial. Ha quedado también demostrado que el objetivo de la ayuda es, por una parte, el de incentivar la producción dentro de la Comunidad a pesar de que los costes de producción sean mayores que los del mercado mundial, con el fin de garantizar una fuente de suministro interna, y, por otra, el de producir forrajes desecados de buena calidad. A este respecto, el considerando undécimo del Reglamento núm. 603/95 subraya el objetivo “de favorecer el

suministro regular a las empresas de transformación de forrajes verdes y de permitir que los productores se beneficien del régimen de ayuda”, y el considerando décimo señala la necesidad de determinar los criterios de calidad mínima de los forrajes desecados que tienen derecho a la ayuda, criterios que se concretan en el artículo 8 de dicho Reglamento.

39. En este contexto, no se ha demostrado que el régimen de ayuda sea un régimen de promoción del consumo. No pretende incentivar la compra por parte de terceros de forraje desecado a través de precios que, gracias a la ayuda, sean inferiores a los precios del mercado mundial, lo que constituiría un supuesto en el que una base imponible del IVA limitada al precio pagado no se correspondería con el valor total del bien entregado.

Lo que pretende dicho régimen es permitir que los terceros se abastezcan dentro de la Comunidad a un precio comparable al precio del mercado mundial, al que podrían en todo caso abastecerse fuera de la Comunidad si, no existiendo dicha ayuda, la oferta en el interior de la misma no existiese o fuera insuficiente. Por tanto, el IVA que se aplica a dicho precio incluye la totalidad del valor del bien en el mercado.

40. Los motivos anteriores son suficientes para establecer que carece de fundamento el cargo formulado por la Comisión en lo que se refiere a la venta de forrajes comprados a los productores tras su secado, sin que sea necesario analizar si se cumplen el resto de requisitos para la integración de la ayuda en la base imponible del IVA.

Transformación en régimen de subcontrata.

41. Como señala la Comisión, el objeto de la subcontratación es una prestación de secado, esto es, una prestación de servicios, realizada por la empresa transformadora por cuenta del productor de forrajes verdes.

42. En cualquier caso, para que la subvención esté sujeta al impuesto, el artículo 11, parte A, apartado 1, letra a), de la Sexta Directiva exige que sea abonada en beneficio del que entrega el bien o presta el servicio, de forma que éste pueda disponer de la misma.

43. Pues bien, en el caso de la transformación en régimen de subcontrata, la empresa transformadora no es la beneficiaria de la ayuda que percibe.

44. Es cierto que el artículo 9 del Reglamento núm. 603/95 dispone que “la ayuda (...) únicamente se concederá a empresas que transformen (...)”.

45. No obstante, el considerando decimoquinto del Reglamento núm.

603/95 prevé, en lo que se refiere a la transformación en régimen de subcontrata, la repercusión de la ayuda a favor del productor y el artículo 11, apartado 2, de dicho Reglamento obliga a las empresas transformadoras a abonar a los productores la ayuda que dichas empresas reciban por las cantidades transformadas en virtud de los correspondientes contratos.

46. De este modo, la empresa transformadora no puede disponer de la ayuda percibida. Asume únicamente la función de un intermediario entre el organismo otorgante de las ayudas y el productor de forrajes. A este respecto, no puede admitirse el criterio propuesto por la Comisión, que se basa en el concepto de “destinatario jurídico” de una subvención, con independencia del beneficio económico de la misma.

47. En estas circunstancias, no cabe considerar que la ayuda sea la contraprestación, para la empresa transformadora, de su prestación de servicios, ni que le permita realizar dicha prestación a un precio menor.

48. En consecuencia, el precio del servicio de secado debe tener en cuenta los costes normales de la transformación, de forma que el IVA que se aplica al mismo incluye la totalidad del valor de la prestación.

49. La ayuda repercutida al productor aminora el coste para éste del forraje desecado. No obstante, la aminoración no se produce con ocasión del pago del precio de la operación sujeta al impuesto. Tiene lugar posteriormente, una vez que se ha pagado un precio que corresponde al valor total de la prestación.

50. Si se integrase también en la base imponible la ayuda abonada, en definitiva, al productor de forrajes verdes, se estaría gravando en exceso la operación de secado, de forma contraria al objetivo perseguido por el artículo 11, parte A, apartado 1, letra a), de la Sexta Directiva.

51. Los motivos anteriores son suficientes para establecer que carece de fundamento el cargo formulado por la Comisión en lo que se refiere a la transformación en régimen de subcontrata, sin que sea necesario analizar si se cumplen el resto de requisitos para la integración de la ayuda en la base imponible del IVA.

52. En definitiva, los dos cargos invocados por la Comisión carecen de fundamento, por lo que el recurso debe ser desestimado.”.

CUARTO.- Lo dicho comporta la estimación del Recurso de Casación con estimación íntegra de la demanda y de las peticiones que el Suplico contiene sobre la liquidación impugnada, gastos de aval, intereses y devolución de cantidades que resulten indebidamente ingresadas.

Es evidente el rechazo que merece la alegación del Abogado del Estado sobre la imposibilidad de otorgar eficacia retroactiva a la sentencia invocada, pues cuando se sigue la doctrina del TJUE a hechos acaecidos en 1995 e interpretando normas entonces vigentes, por mucho que la sentencia se produzca diez años después de los hechos lo que se hace es explicar cómo siempre debió ser aplicada la norma discutida y cual es su sentido real y verdadero así como su alcance. Por tanto, ningún efecto retroactivo hay en aplicar dicha doctrina a los hechos aquí controvertidos que son del mismo año 1995 y 1996 a los de la sentencia (1995) y con aplicación de idéntica norma comunitaria. De otra parte, y en este punto, la argumentación del Abogado del Estado es en sí misma contradictoria, pues su escrito de oposición se funda en otra sentencia, también del TJUE, de 22 de noviembre de 2001, a la que se le puede formular idéntico reproche al que él expresó.

Finalmente, y pese a la irretroactividad de la Ley 66/97 sobre el punto controvertido, no parece discutible que al menos como criterio interpretativo debió ser tenida en cuenta la regulación precedente.

En cualquier caso, la redacción originaria de la Ley 37/92 en el punto controvertido es contraria a la interpretación hecha por la citada sentencia del T.J.U.E. y es incompatible con el Derecho Comunitario, lo que comporta su inaplicación.

QUINTO.- De lo razonado se infiere la necesidad de estimar el Recurso de Casación que decidimos, y sin que de lo actuado se aprecien méritos para hacer una expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLO

1º.- Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Casación Ordinario interpuesto por el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de la Sociedad Cooperativa del Campo San Gregorio de Pina de Ebro.

2º.- Que anulamos la sentencia de 11 de octubre de 2004, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

3º.- Estimamos el Recurso Contencioso-Administrativo, anulando los actos impugnados, condenando a la Administración a pagar los gastos de aval, intereses y a devolver las cantidades que resulten indebidamente ingresadas.

4º.- No hacemos expresa imposición de las costas causadas ni en la instancia, ni en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Manuel Martín

Timón.- Joaquín Huelin Martínez de Velasco.- Óscar González González.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero, estando constituida la Sala en audiencia pública, de lo que, como Secretaria de la misma certifico.

la prestación sin dar trámite de audiencia a la interesada... no es ajustada a derecho”.

2. Frente a la mencionada sentencia de suplicación, la Mutua ha interpuesto el presente recurso para la unificación doctrinal, en el que alega y aporta como sentencia contraria la pronunciada por la STSJ de La Rioja de 15 de abril.

Esta resolución examina y resuelve un caso sustancialmente igual al resuelto en la sentencia impugnada. Aquí, la actora -afiliada al Régimen General de Seguridad Social, que tenía cubierta las contingencias comunes con la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales número 39- inició situación de IT por enfermedad común y diagnóstico de síndrome del Tunel carpiano derecho el día 21 de marzo de 2.003.

La Mutua, mediante burofax, entregado en fecha 14 de abril de 2.003 y 27 de junio requirió a la actora a fin de que aportara la documentación referente a su enfermedad, lo que esta documentado por correo certificado de 3 de julio de 2.003. A su vez, la referida Mutua citó a la demandante, por burofax de 1 de agosto de 2.003, a que compareciera en Bilbao el día 8 de agosto del mismo año “al objeto de realizarse, si así procediere, los reconocimientos médicos que consideran precisos los servicios médicos de la Mutua”.

Dicha afiliada no compareció, por lo que la Mutua, por acuerdo de 18 de agosto de 2.003, acordó la extinción del derecho al percibo de la prestación económica de I.T. con fundamento en la incomparecencia del 8 de agosto (consta también, en el hecho probado sexto, que la actora remitió por correo certificado el 12 de agosto de 2.003, informe de la actora que la intervino quirúrgicamente el día 8 de agosto de 2.003).

En este caso, la resolución de la Sala de Suplicación es diametralmente opuesta a la sentencia impugnada, pues esta sentencia contraria, también en síntesis y tras considerar previamente que “Acreditado por tanto, que la actora no compareció ante la Mutua para el posible reconocimiento médico, es aquella a quien incumbe la carga de probar los hechos que justificaran su ausencia”, concluye que “concurren los presupuestos fácticos previstos en el denunciado artículo 131 bis L.G.S.S. 1.944, para la extinción del derecho al subsidio de I.T. por la causa alegada por la Mutua, es decir, la incomparecencia “injustificada del trabajador a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos médicos establecidos por los médicos...”.

3. Un examen comparativo entre las sentencias recurridas y de contraste permite alcanzar la conclusión de que entre las mismas concurre el



TS Sala 4ª, Sentencia 15 abril 2010. Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

Por incomparecencia del beneficiario al reconocimiento Facultad de la mutua para extinguir prestación de IT

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la mutua demandada contra sentencia que dejó sin efecto el acuerdo de extinción de la IT de la beneficiaria accionante por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico.

Explica la Sala que en el específico supuesto de una extinción de la prestación derivada de enfermedad común, acordada por la mutua ante la injustificada incomparecencia del beneficiario al reconocimiento médico, y a diferencia de los supuestos en los que se trata de beneficiarios que simultanean la realización de un trabajo efectivo con la percepción del subsidio, procede reiterar la declaración de que la capacidad de gestión de la mutua alcanza a todos los supuestos contemplados en el art. 131 bis LGSS; esto es, los que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos del beneficiario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según hechos probados, la actora figura afiliada en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) de la Seguridad Social. El día 7 de marzo de 2005 causó baja médica por enfermedad común con el diagnóstico de lumbalgia, iniciando situación de incapacidad temporal (I.T.), teniendo asegurada esta prestación de I.T. con la Mutua ASEPEYO. Con fecha 18 de marzo de 2.005 la referida Mutua expidió volante de citación para reconocimiento médico de la demandante, quien lo suscribió, como enterada, para el día 8 de abril de 2.005, a las 17 horas. Ello, no obstante, no compareció, lo que ocasionó que la Mutua acordara la extinción del derecho de la prestación de IT con causa en la incomparecencia injustificada al reconocimiento médico. La trabajadora, de otra parte, también estaba siendo atendida en consulta psiquiátrica del hospital Ramón y Cajal por un síndrome depresivo ansioso y bulimia.

Ya, en sede jurisdiccional, la pretensión de la demanda frente a la Mutua fue desestimada por el Juzgado de lo Social, pero su recurso de suplicación fue estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STS de 20 de noviembre de 2.006).

Esta Sala desestimó en primer lugar, la revisión de hechos probados pretendida por el beneficiario recurrente, pero estimó el recurso de suplicación, argumentando, en síntesis, que el artículo 131 bis de la Ley General de Seguridad Social, modificado por el artículo 34.4 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre y por el Real Decreto-Ley 6/2000 de 23 de junio, no permiten concluir que la facultad de extinción de la prestación conferido a la Mutua “no exijan un procedimiento con todas las garantías, esto es, dando trámite de audiencia al interesado” para que “el trabajador pueda alegar la causa motivadora de la incomparecencia, como requisito previo a la extinción”, de modo que “la resolución de la Mutua acordando la extinción de

presupuesto de contradicción exigido por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto, la sentencia recurrida considera que la facultad otorgada por el artículo 131 bis L.G.S.S. a la Mutua para extinguir la prestación de IT en el caso de que el beneficiario incumpla la cita para el reconocimiento de sus dolencias, exige la incoación de un expediente administrativo, en tanto que la resolución de contraste faculta a la Mutua para dicha extinción, sin perjuicio de que el beneficiario pueda probar la justificación de su incomparecencia.

SEGUNDO.- La cuestión puede entenderse resuelta por la sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 2.007 que examina un supuesto similar al presente, y que contiene reflexiones y razonamientos que permiten afirmar que, en este caso, la doctrina adecuada a derecho se encuentra en la sentencia contraria, debiéndose partir, al efecto, de que si la fijación o extinción del derecho se acordara en virtud de una infracción comprendida en la LISOS la competencia y consiguiente apertura del expediente sancionador corresponderá a la entidad gestora, lo que no concurre cuando la causa de extinción tiene conexión con la gestión de la contingencia asumida por la Mutua, en cuya esfera procede automáticamente la extinción del derecho en los casos de incomparecencia, sin perjuicio del derecho del beneficiario a justificar la causa de incomparecencia.

A tenor de la citada sentencia de 7 de marzo de 2007 (Rec. 410/2005) seguida por otras posteriores.

1. El núm. 1 del art. 131 bis LGSS, según la redacción dada por el art. 34.Cuatro de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2002 (Disp. Final 3ª.Uno), expresamente dispone que el derecho al subsidio se extingue "por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social".

El Texto Refundido de la LISOS, vigente desde el 1 de enero de 2001 según la Disposición Final Única del Real Decreto Legislativo que lo aprobó, configura esa misma conducta de los beneficiarios ("no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las entidades gestoras o colaboradoras...").

art. 25.2) como una infracción grave, y aunque el precepto que luego regula las sanciones que pueden imponerse a quienes incurran en dicha conducta (párrafos a) y b) del apartado 1 y el apartado 3 del art. 47

LISOS) haya sufrido una muy concreta y restringida modificación a través de la nueva redacción dada por el artículo quinto, apartado Siete, de la Ley 45/2002, de ello no puede deducirse que el legislador haya querido suprimir las facultades de gestión que obviamente se derivan de la clara y contundente redacción del art. 131. bis. 1 LGSS, en el que, como se vio, la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la Mutua dará lugar a la extinción del subsidio.

2. Aunque se pretendiera primar el criterio de la novedad, la redacción actual del art. 47 de la LISOS por la Ley 45/2002 (el art. 131 bis de la LGSS se introdujo la anterior Ley 24/2001), tampoco permite eludir el precepto concreto (art. 131.bis.1 LGSS) del que se deduce, en concordancia con el contenido del art. 68.2.c) de la misma LGSS, la atribución de la gestión de la prestación a la entidad que cubre la contingencia, incluida la facultad de extinguir el subsidio en determinados supuestos, porque la norma más moderna únicamente afecta a la sanción (art. 47 LISOS) pero mantiene incólumes las conductas tipificadas (en este caso, el art. 27 LISOS), máxime si se repara en que la Ley 45/2002, lejos de pretender modificación alguna en relación con la prestación aquí debatida, ni siquiera en su vertiente sancionadora, tiene por objeto, como reza su título, el establecimiento de "medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad".

Las puntuales y limitadas novedades que en ese precepto se advierten con relación a la anterior redacción del Texto Refundido original, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, como era lógico, únicamente se refieren a la prestación de desempleo.

3. En definitiva, al analizar el específico supuesto de una extinción de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, acordada por la Mutua ante la injustificada incomparecencia del beneficiario al reconocimiento médico, y a diferencia de todos supuestos examinados por esta Sala (STS 5 y 9/10/2006) en los que no se trataba de incomparecencias a reconocimientos médicos sino de beneficiarios que simultaneaban la realización de un trabajo efectivo con la percepción del subsidio), hemos de reiterar la declaración de que la capacidad de gestión de la Mutua -se trata de contingencias comunales- alcanza a todos los supuestos contemplados en el repetido art. 131 bis LGSS; esto es, los que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos del benefi-

ciario, entre los que indudablemente se encuentra -se insiste- la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como automática causa extintiva.

TERCERO.- En conclusión y conforme a los razonamientos expuestos, la doctrina ajustada a derecho es la que se contiene en la sentencia de contraste, lo que determina que, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su acertado informe, haya de estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la Mutua lo que a su vez comporta la casación y anulación de la sentencia recurrida. Ello conduce a resolver el debate en los términos planteados en suplicación, lo que implica desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador y confirmar la sentencia de instancia, absolviendo a la Mutua de la pretensión frente a la misma formulada. Sin costas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora Dª Matilde Marín Pérez, en nombre y representación de ASEPEYO MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 20 de noviembre de 2.006, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 3634/2006, interpuesto por ASEPEYO contra la sentencia dictada en fecha 16-03-2006, por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, casando y anulando dicha sentencia.

Y resolviendo el debate en los términos planteados en suplicación, admitimos el recurso de tal naturaleza formulado por la Mutua Asepeyo, revocando la sentencia de instancia, y absolviendo a la Mutua demandada de la pretensión frente a la misma formulada. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2010/92330

TS Sala 4ª, Sentencia 26 abril 2010. Ponente: D. Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Ineficaz retractación empresarial de decisión de despido

Recorre en casación para la unificación de doctrina la empresa demandada contra sentencia que declaró improcedentes los despidos de sendos trabajadores.

Según la Sala, la no aceptación por los actores de la revocación de sus despidos implica que las relaciones laborales están rotas y que están justificadas sus ausencias al trabajo. Añade el Alto Tribunal que atribuir eficacia vinculante a la retractación empresarial -aun mediando error excusable y comunicación readmisoria con toda suerte de garantías para el empleado- no sólo sería del todo distorsionador del proceso por despido, sino que difícilmente satisfaría el exigible y constitucional derecho a la tutela judicial efectiva y no protegería los intereses del trabajador en los términos que finalísticamente se derivan de la regulación que sobre el proceso especial por despido contiene la LPL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa remitió a los demandantes sendas cartas de despido en las que se hacía constar como fecha de efectos el 11 y el 16 de septiembre de 2008 respectivamente. El 11 y el 12 de septiembre les comunica que no causarán baja en la empresa en las fechas anunciadas, requiriendo al primero de ellos que había dejado de acudir al trabajo para que justificara la causa de inasistencia.

El 8 y el 17 de octubre de 2008 fueron presentadas las papeletas de acto de conciliación. El Juzgado de lo Social declaró la procedencia de los despidos acordados por la empresa a raíz de la no reincorporación de los actores. La sentencia recurrida al estimar la Suplicación razona que la no aceptación expresada por los actores de la revocación del despido implica que la relación laboral está rota y justificadas sus ausencias al trabajo.

Recorre la empresa demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 6 de marzo de 2006 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

En la sentencia de comparación se resuelve acerca de la demanda por despido planteada por una trabajado-

ra incorporada a la nueva empresa en virtud de la subrogación operada respecto de la anterior adjudicataria de un servicio de seguridad, encontrándose en situación de Incapacidad Temporal desde el mes de noviembre de 2004. El 12 de abril de 2005 la empresa le remite carta de despido y el 14 del mismo mes y año le envía otra comunicación, recibida el 15 de abril de 2005 en la que deja sin efecto la anterior.

El 19 de abril de 2005 la actora hace saber a la empresa su disconformidad con la reanudación del vínculo laboral.

El 2 de mayo de 2005 la empresa le remite un burofax en donde manifiesta que desconocía el embarazo de la trabajadora y la requiere para que les comunique si va a continuar prestando sus servicios y en caso afirmativo que justifique sus ausencias al trabajo.

El 4 de mayo de 2005 la trabajadora contesta en el sentido de no proseguir la relación contractual.

El 12 de mayo de 2005 la empresa nuevamente le advierte que si no justifica las ausencias en veinticuatro horas causará baja en la empresa, el 18 de mayo de 2005 la actora manifiesta por telegrama que continúa en Incapacidad Transitoria. El 20 de abril de 2005 la actora había presentado papeleta de conciliación, acto que tuvo lugar el 10 de mayo de 2005 sin avenencia.

El Juzgado de lo Social estimó en parte la demanda declarando la nulidad del despido y desestimando la reclamación sobre indemnización por daños y perjuicios.

La sentencia de contraste estimó el recurso de suplicación deducido por la demandada razonando que antes de constituirse la relación jurídica procesal derivada de la demanda por despido e indemnización la empresa había procedido a dejar sin efecto el despido de la trabajadora lo que determina en cuanto a ésta la falta de acción ya que no se puede pedir que se reanude el vínculo que antes se ha rechazado ya sea por abandono voluntario ya sea por la negativa infundada a la reincorporación.

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

SEGUNDO.- La demandada alega la infracción del artículo 5.2. a) y del artículo 20, ambos del Estatuto de los Trabajadores, al considerar conculcado el principio de buena fe en las relaciones laborales. Entiende asimismo que la declaración de la falta de legitimación del empresario para retractarse del primer despido vulnera el contenido del artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores ya que no se debieron valorar como causa de despido las ausencias

injustificadas al trabajo todo ello en relación con el artículo 1258 del Código Civil. La cuestión que se plantea, eficacia de la retractación empresarial de un despido acordado con negativa del trabajador afectado a la reincorporación una vez que la empresa le ha dado a conocer su propósito de reanudar el vínculo, ha sido resuelta por esta Sala con anterioridad, pudiendo citar como ejemplos la sentencia del Pleno de 7 de octubre de 2009 (R.C.U.D. 2694/2008) y de 11 de diciembre de 2009 (R.C.U.D. 660/2009). Procede por razones de coherencia y homogeneidad estar a dicha doctrina, de la que extractamos a continuación parte de su contenido:

“Sexto.- 1.- A nuestro entender, sin embargo, el debate que se suscita no puede resolverse aplicando la normativa común que se ha referido, aunque con carácter general el Código Civil sea de innegable aplicación supletoria (art. 4.3 CC), no sólo porque entendemos que no existe laguna normativa alguna que colmar en el caso del despido, sino también porque tampoco los preceptos del Código Civil llevarían a otra conclusión que no fuese la tradicional de esta Sala; y en último término, porque la entrada en juego de los citados mandatos del Código -de conducir a otra solución, lo que negamos- sería notablemente distorsionadora en la materia de que tratamos.

2.- Ciertamente se presenta sugestivo pensar que la solución procesal que legalmente se impone para los supuestos de despido (arts. 103 a 113 LPL) haya de entenderse limitada -cuando menos en todas sus estrictas consecuencias- a los supuestos en que tal negocio jurídico unilateral (la decisión de extinguir el contrato) cumpla los requisitos que le son propios como tal negocio (entre ellos el consentimiento no viciado); o lo que es igual, que la normal -y completa- regulación procesal del “despido” hubiese de limitarse a los actos que gozan de la eficacia que corresponde a una válida decisión empresarial de dar por concluida la relación laboral, y que por ello no debería alcanzar en su integridad a los supuestos en que tal decisión se acredite haber sido tomada con vicio en la formación de la voluntad.

Y ello porque todo negocio jurídico requiere inexcusablemente consentimiento (art. 1261 CC), a la par que es nulo el prestado por error sustancial (arts. 1265 y 2266 CC) y que pueden ser anulados los negocios jurídicos que adolecen de vicio invalidante (art. 1300 CC); preceptos paradigmáticamente aplicables -se ha destacado por la doctrina- en el campo del Derecho del Trabajo.

3.- Pero esta tesis no es la que normativamente corresponde, porque la regulación sobre el despido contenida en el ET y en la LPL se presenta cerrada en sus soluciones y sin margen alguno para la retractación (cual-

quiera que sea su causa), desde el momento en que sólo admite -como actuación empresarial moderadora de los normales efectos que acompañan a la inicial decisión extintiva- el reconocimiento de la improcedencia del despido y el ofrecimiento de la indemnización (art. 56.2 ET), con la limitada consecuencia de excluir los salarios de trámite posteriores a la fecha del depósito de la citada indemnización.

Lo que no tiene nada de extraño, porque -entramos de nuevo en el campo del Derecho Civil- la nulidad negocial (determinante de ineficacia radical o automática, que en el caso del despido excluiría su virtualidad extintiva) se limita a defectos relativos a la autonomía privada (vulneración de sus límites), al objeto del contrato (inexistencia, falta absoluta de determinación o ilicitud), a la causa (inexistencia o ilicitud) o a la forma (cuando es exigida ad solemnitatem por la ley).

En tanto que la mera anulabilidad -la que procede cuando concurren los defectos previstos en el art. 1261 CC, conforme precisa el art. 1300 del propio cuerpo legal- comporta el diferente efecto de únicamente consentir el ejercicio de una acción que es propiamente constitutiva, de forma que -como la mejor doctrina resalta- tan sólo produce la ineficacia de un negocio (en el caso examinado, el despido) que hasta que la acción se ejercita surte todos sus efectos, siquiera con eficacia claudicante (sobre estos extremos, vid. las SSTs -Civil- 18/03/08 -rec. 361/01-; 26/02/08 -rec. 5674/00-; 31/07/07 -rec. 3235/00-; 09/05/07 -rec. 2097/00 -...).

Esto es, que la posible anulabilidad del acto del despido por parte del empresario (al concurrir error sustancial y excusable) en forma alguna significa que no se haya producido ya la extinción del contrato de trabajo, porque -pese a todo- su viciada decisión ya ha producido, conforme a lo dicho, el efecto de poner fin a la relación laboral.

Y es aquí -en este punto del razonamiento- donde reiterar nuestra clásica de doctrina, ya referida, de que la acción por despido tiene como presupuesto lógico la finalización efectiva de la relación de trabajo, determinada por el carácter constitutivo del despido.

Séptimo.- 1.- De otra parte, como destacábamos más arriba, atribuir eficacia vinculante a la retractación empresarial (aún mediando error excusable y comunicación readmisoria con toda suerte de garantías para el empleado) no sólo sería del todo distorsionador del proceso por despido, sino que difícilmente satisfaría el exigible -y constitucional- derecho a la tutela judicial efectiva y no protegería los intereses del trabajador en los términos que finalísticamente se derivan de la regulación que sobre el

proceso especial por despido contiene la LPL.

2.- Para empezar, en manera alguna podría mantenerse tal vinculación si el trabajador considera -estamos en el inseguro terreno de lo subjetivo- que la inicial decisión de despedir era nula por incurrir en alguna de las causas previstas en el art. 55.5 ET, no sólo por el legítimo interés que el trabajador ha de tener respecto del propio pronunciamiento judicial en tal sentido, sino por las sustanciales diferencias de tratamiento que la nulidad comporta respecto de la improcedencia.

3.- También ha de observarse que la propia naturaleza de la anulabilidad impone el ejercicio de la acción tendente a la declaración judicial de la ineficacia del acto (en este caso, el despido), y esto determina la necesaria utilización de un proceso independiente y ajeno al del despido, por cuanto que así lo impondrían la referida necesidad de accionar (sin ella el acto sigue siendo eficaz y desarrollando todos sus efectos, conforme a lo más arriba indicado) y la inacumulabilidad de acciones (no hay que olvidar que el art. 27.2 LPL expresamente rechaza la vía reconvenzional en el proceso por despido); y en todo caso, el planteamiento en el juicio de despido -por el empresario- de la validez de su retractación excedería con mucho de lo que pudiera calificarse como simple defensa procesal limitada a probar la existencia de “hechos impeditivos” al ejercicio del acción por despido, sino que se trataría -más bien- de la solapada e indebida acumulación de acciones.

4.- Finalmente, como indicábamos, la posible eficacia vinculante de la retractación sería altamente distorsionadora de la regulación legal, aún cuando la pretensión se ejercitase en proceso independiente. Distorsionadora en dos aspectos.

En primer lugar, porque resultaría de muy problemática articulación con la acción por despido, puesto que la lógica lleva a pensar que tal cuestión necesariamente habría de resolverse -para el caso de su ejercicio independiente, repetimos- con anterioridad al juicio por despido (si lo fuese después, el proceso carecería de objeto y la sentencia estimatoria sería papel mojado) y que ello comportaría ineludible retraso en orden a resolver los intereses vitales que están en juego y justifican su preferente respuesta judicial (implícitamente deducible de la ley, pese a la falta de expresa indicación en tal sentido).

En segundo término, como los actos anulables producen todos sus efectos hasta que judicialmente se les priva de eficacia, el efecto pretendido de eliminar los salarios de trámite (ya hemos dicho que bajo ningún concepto se podría privar al

trabajador de su derecho a obtener una sentencia declaratoria de que el despido no es ajustado a Derecho) en manera alguna se conseguiría, pues la indicada remuneración se devengaría hasta la fecha de la sentencia, que mal podría dictarse con mayor premura que la que corresponde al proceso por despido, por lo que la hipótesis habría de rechazarse por contraria a la economía de la parte y a la procesal.”

TERCERO.- Por las razones expuestas al haberse ajustado la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala, por razones de coherencia y homogeneidad a ella debemos estar, y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso con imposición a la recurrente de las costas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral así como la pérdida del depósito para recurrir.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Luis Arredondo Sanz actuando en nombre y representación de Industrias Zamarbu, S.A. contra la sentencia de fecha 15 de junio de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en recurso de suplicación núm. 369/2009, formulado contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de Ciudad Real, en autos núm. 670/2008 y acumulados 671/2008, 700/2008 y 701/2008, seguidos a instancia de D. Abilio y D. Benito contra Industrias Zamarbu, S.A. sobre despido.

Con costas y pérdida del depósito para recurrir al que se dará el destino legal pertinente. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- José Luis Gilolmo López.- Luis Ramón Martínez Garrido.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Milagros Calvo Ibarlucea.

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

2010/122402

TS Sala 4ª, Sentencia 22 abril 2010. Ponente: D. Gonzalo Moliner Tamborero

Inaplicación de cosa juzgada excluyente del principio de igualdad Revisión de base reguladora de pensión de IPA reconocida judicialmente

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el actor, trabajador de la ONCE con IPA, frente a sentencia que le denegó la revisión de la base reguladora de su pensión alegando la excepción de cosa juzgada. Señala la Sala que debe prevalecer el derecho de igualdad sobre la excepción alegada y reconocer al recurrente la base superior que solicita en las mismas condiciones que a los que no se les reconoció por sentencia firme su pensión, de forma que la cosa juzgada no puede ser una justificación objetiva y razonable sobre la base de la cual la Entidad Gestora deniegue la petición reclamada deparando así un peor tratamiento a quienes, como el recurrente, acudieron a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En la sentencia recurrida se contemplaba la situación de un trabajador al servicio de ola ONCE que fue declarado en 20 de febrero de 2004 en situación de invalidez permanente absoluta con derecho a lucrar una pensión del 100% sobre una base reguladora de 1469, 77 euros, aplicando los topes máximos vigentes para los representantes de comercio como hasta entonces había sido considerado el actor.

Con posterioridad a tal decisión el Tribunal Supremo entendió que los trabajadores al servicio de la ONCE debían considerarse trabajadores de régimen laboral común con su consiguiente derecho a la actualización de las bases de cotización correspondientes a todos sus trabajadores sin los límites establecidos para los agentes vendedores de dicha entidad, y en base a ello el demandante ha solicitado la revisión de la que le fue reconocida solicitando en congruencia que su prestación la real reconocida en la cuantía del 100% de la base reguladora que le correspondría percibir con arreglo a las nuevas bases. El INSS opuso a tal pretensión la excepción de cosa juzgada sobre el argumento de que la base reguladora había sido fijada en senten-

cia firme, siendo denegada la aplicación de la misma por el Juzgado de instancia, sin que hubiera sido objeto de discusión en la instancia que a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 7-10-2004, a los trabajadores que reclaman prestaciones de invalidez y que fueron agentes vendedores de la ONCE se les reconoce la prestación por vía administrativa sin el límite de los topes establecidos para los representantes de comercio, cual se afirma en la sentencia de instancia con valor de hecho probado, ni tampoco el montante de la nueva base reguladora reclamada; siendo sobre la apreciación de trato desigual injustificado y sobre la doctrina del Tribunal dictada para un supuesto semejante sobre lo que el Juzgado de instancia había accedido a las pretensiones del actor. Este interpuso contra tal resolución el correspondiente recurso de suplicación que fue estimada y revocada la sentencia por entender que debía aceptarse la excepción de cosa juzgada, siguiendo la doctrina tradicional de esta Sala del TS sobre tal particular.

2.- Contra la sentencia de suplicación que había estimado la excepción de cosa juzgada por cuya razón había desestimado la pretensión del demandante ha interpuesto éste el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste para acreditar la contradicción exigida como presupuesto de admisión del recurso, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de 24-4-2007, en la que, contemplando la situación de otro vendedor de la ONCE que también había sido limitada su prestación de invalidez en el año 2004 por habersele aplicado los topes máximos de las bases de cotización para los representantes de comercio por una sentencia firme, estimó las apreciaciones de la parte demandante por entender que, puesto que a otros trabajadores se les estaban reconociendo prestaciones sobre bases de cotización superiores, la situación del allí demandante constituía un atentado al principio de igualdad carente de justificación alguna, aplicando la doctrina que para un supuesto semejante estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 307/2006, de 23 de octubre.

3.- Como puede apreciarse, los supuestos contemplados en una y otra resolución son idénticos y las soluciones distintas, con lo que se constata la existencia de la contradicción entre sentencias requerida por el art. 217 de la LPL par admitir el recurso, y la consiguiente necesidad de dictar la sentencia unificadora que proceda, dada la diversidad de pronunciamientos producidos sobre una misma cuestión jurídica planteada.

En ambos casos se parte de la existencia de una previa declaración de invalidez permanente por una sentencia firme, en ambos casos se pide la revisión de la base reguladora

sobre el argumento de que les había de ser de aplicación la nueva doctrina judicial sobre el cálculo sin topes de la base de cotización para sendos trabajadores de la ONCE, en ambos casos se reconoce que a los trabajadores que, hallándose en la misma situación, pero sin sentencia firme intermedia, el INSS les reconoce su prestación sobre aquellas bases superiores.

Ante esta situación la Sala de Valencia mantuvo el valor inmovible de la cosa juzgada, mientras que la Sala de Murcia entendió que, habiéndose producido trato desigual no justificado entre pensionistas en la misma, debía prevalecer el principio de igualdad sobre el de respecto a la cosa juzgada. La Sala conoce sus sentencias de 19-2-2008 (rec.- 513/07) y 30-6-2009 (rec.- 3486/08) y el Auto de inadmisión de 12-5-2009 (rec.- 3396/08) en los que ante un supuesto semejante al actual se entendió que no había contradicción entre las sentencias comparadas que allí fundó en el hecho de que en la sentencia de comparación, por las fechas en que se habían dictado no se había podido alegar la existencia de la nueva doctrina del Tribunal Supremo acerca de cuáles habían de ser las bases de cotización a tener en cuenta para el cálculo de la pensión del trabajador demandante ni tampoco se había producido ninguna sentencia del Tribunal Constitucional que introdujera una nueva variante sobre la apreciación de la cosa juzgada, dándose por lo demás la circunstancia de que en las sentencias recurridas en cada uno de aquellos casos la sentencia de suplicación ya había llegado a la conclusión de que había que acceder a la pretensión del demandante en aplicación del principio de igualdad.

Esta circunstancia no se produce en este caso en el que en ambas sentencias ya se discutió sobre la misma normativa jurídica y sobre la misma problemática de fondo, habiéndose llegado en la solución de las mismas a la diversidad de pronunciamientos apreciados, que por dicha razón justifican la admisión del recurso.

SEGUNDO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso y sobre la que se ha producido la contradicción, se concreta en decidir, como se desprende de lo antes dicho, si en un supuesto como el aquí acreditado en el que se pide la revisión de una base reguladora reconocida en sentencia firme debe mantenerse la eficacia de la cosa juzgada o por el contrario debe prevalecer sobre la fuerza de esta presunción legal tradicional el derecho a la igualdad, cuando a los trabajadores que les fue reconocida una base determinada por sentencia firme en aplicación de unos criterios determinados no se les reconoce una base reguladora superior que solicitan, que sí les es aplicada a otros que, hallándose en la misma situación, no tienen sentencia firme a su favor.

2.- La sentencia recurrida se mantiene en la tesis tradicional de esta Sala del Tribunal Supremo, según la cual, reconocida una prestación con una concreta base reguladora en sentencia firme, esta decisión se convierte en inamovible por aplicación de los efectos de la cosa juzgada material de conformidad con lo dispuesto al respecto en el art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme se manifiesta entre otras muchas resoluciones -por todas en la STS 21-7-2000 (rcud. 2484/99) o 10-5-2004 (rcud 3762/03)- y en particular en la STS de 13-6-2008 (rcud. 809/07), en la que, contemplando un supuesto exactamente igual al que aquí nos ocupa -revisión de base reguladora solicitada por un inválido permanente de la ONCE declarado así por sentencia firme- mantuvo el criterio de la permanencia no revisable de la fuerza de la cosa juzgada que impide que en otro juicio se modifique lo dicho en el anterior, y en concreto la base reguladora de la prestación reconocida, según un criterio tradicional de seguridad jurídica ínsito en la propia concepción de la "cosa juzgada".

3.- Pero ni en dicha sentencia ni en las anteriores en las que tradicionalmente se mantuvo ese mismo criterio tradicional se alegó ni acreditó, como en el caso que aquí nos ocupa, una situación de enfrentamiento entre el principio de cosa juzgada material recogida en una ley ordinaria -antes art. 1255 CC, ahora art. 222 de la LEC - y el derecho constitucional a la igualdad que pregonan el art. 14 de la Constitución.

En esta situación la solución tradicional que debe permanecer como regla general, quiebra y ha de ceder ante el indicado derecho fundamental por cuanto del contenido esencial del principio de igualdad forma parte la necesidad de dar trato igual a situaciones iguales, sin que pueda aceptarse un trato desigual carente de justificación objetiva y razonable como viene diciendo el Tribunal Constitucional de forma reiterada desde sus primeras sentencias dictadas en interpretación del indicado precepto constitucional. En concreto dicho Tribunal ya se pronunció en un supuesto de concurrencia conflictiva de ambos derechos, -cosa juzgada igualdad- dando preferencia al constitucional de igualdad en la STC 307/2006, de 23 de octubre, en la que estableció con claridad, en un supuesto semejante al actual -aunque allí versara sobre la aplicación o no de la doctrina del paréntesis del período de invalidez provisional para el cálculo de una base reguladora de invalidez- lo siguiente: "La razón determinante de la denegación de la revisión en el caso considerado ha sido la existencia de sentencia firme en la que se establecía la base reguladora de la pensión. En efecto, el demandante de amparo había obtenido mediante Sentencia el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total cualificada, derivada

de enfermedad común, que le había sido denegada en vía administrativa, estableciéndose en dicha Sentencia la base reguladora de la pensión reconocida, razón por la cual el INSS aprecia la existencia de cosa juzgada material, cuyo efecto negativo excluye la posibilidad de un nuevo proceso sobre la misma controversia ya resuelta mediante Sentencia firme. Pues bien, en el presente caso no se aprecia la existencia de una justificación objetiva y razonable, resultando por el contrario arbitraria la razón opuesta por el INSS para denegar la revisión de la pensión.

En efecto, el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho. Lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y frente a ello no puede oponer el INSS que la base reguladora de determinadas pensiones hubiera sido declarada en sentencia judicial firme, de la misma manera que no ha opuesto en el caso de las restantes el que su base reguladora hubiera quedado establecida por una resolución administrativa, pese a ser la misma igualmente firme al haber sido consentida y no recurrida o, incluso, al haber sido recurrida y desestimado el recurso en sede jurisdiccional.

Porque lo que se discute no es si el INSS tenía o no la obligación de revisar el conjunto de las pensiones de invalidez permanente reconocidas mediante la aplicación de un nuevo criterio de cálculo derivado de un cambio jurisprudencial, ni los límites que respecto de tal eventual obligación pudieran derivarse del efecto de cosa juzgada, sino la cuestión más precisa y relevante desde la perspectiva constitucional de si, habiendo decidido el INSS revisar tales pensiones, puede excluir de la revisión únicamente a aquellos pensionistas que obtuvieron su pensión como consecuencia de una resolución judicial.

Y la respuesta ha de ser negativa, al ocasionarse con tal exclusión una desigualdad en el tratamiento de ciudadanos en idéntica situación que carece de justificación objetiva y razonable y que es, por ello, contraria al derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE ". El Tribunal Constitucional no admite, como puede apreciarse, que la existencia de una sentencia firme con valor de cosa juzgada pueda aceptarse como justificación objetiva y razonable de un trato desigual. Dicho argumento de constitucionalidad, esta Sala ya lo ha asumido y hecho suyo como variante a tener en cuenta respecto a nuestra doctrina tradicional, en la STS de 21-1-2010 (rcud 57/2009), en un su-

puesto en el que también se había articulado un proceso con la misma problemática acerca de si debía prevalecer el efecto material de la cosa juzgada o el principio de igualdad, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en un supuesto semejante al en que aquella sentencia se dictó.

4.- El supuesto que aquí contemplamos no es exactamente el mismo que tuvo en cuenta el Tribunal Constitucional ni el que contempló nuestra sentencia antes citada, pero la situación jurídica es la misma como ha podido deducirse de lo dicho en los apartados anteriores, razón por la cual debe llegarse a la misma solución.

TERCERO.- 1.- Todos los argumentos anteriores conducen a estimar el recurso y a casar y anular la sentencia recurrida por cuanto no se sujeta a la buena doctrina derivada de la nueva articulación de los efectos de la cosa juzgada en supuestos, como el presente en el que se ha alegado y probado una situación de trato desigual no justificada dentro de los integrantes de un mismo colectivo, cuando la desigualdad peyorativa radica en el hecho de haber obtenido una sentencia favorable previa.

2.- La nulidad conduce a la necesidad de resolver el debate planteado en suplicación de conformidad con los pronunciamientos adecuados a la unidad de doctrina como dispone el art. 226 LPL. Ahora bien, en relación con ello el INSS en su calidad de recurrido solicita que, en lugar de resolver el recurso sobre el fondo de forma definitiva "la sentencia no debería recoger la petición íntegra del recurrente, ya que en su caso procedería declarar la nulidad de la sentencia con reposición de las actuaciones para que se dicte nueva sentencia que resuelva todos los motivos de suplicación planteados por el INSS", que en concreto se traducen en los motivos quinto y seto de su recurso. Pero ello no puede aceptarse en el presente caso por las siguientes razones:

a) Respeto del motivo quinto, tendente a obtener una nueva base reguladora carece de total justificación si se tiene en cuenta que sobre la nueva base no hubo discusión en el juicio, aparece recogida en el hecho probado segundo de la sentencia de instancia, y no hubo sobre la misma solicitud de modificación fáctica.

b) En relación con la fecha de efectos de la nueva base reguladora, porque si bien sobre ella se pidió modificación de hechos ésta no le fue expresamente aceptada, con lo que se mantuvo la afirmación fáctica de la que partió la sentencia de instancia. Se trata en definitiva de dos peticiones que pueden ser resueltas por esta Sala en trámite de suplicación sin que ello produzca ningún efecto de indefensión sobre el que las alegó, por cuanto la solución a

las mismas deriva con toda claridad de los hechos probados, respecto de los cuales ambas partes tuvieron ocasión de mostrar sus discrepancias; pudiendo ser aplicada al caso la doctrina de esta Sala referida al recurso de suplicación, en el que en este momento procesal nos situamos, según la cual, cuando los hechos probados quedan inmodificados, el tribunal superior de que se trate puede entrar a resolver de las cuestiones suscitadas por cuanto se trata de solución justificada por el principio de economía procesal y no puede estimarse causante de indefensión en cuanto que las partes pudieron alegar y probar en su momento lo que respecto de los hechos discutidos consideraron conveniente, en solución que viene avalada por lo previsto en términos generales tanto por el art. 213 d) LPL - para la casación tradicional - como en el art. 226. 2 LPL - éste para la casación unificadora-, y en el art. 487.3 de la LEC, preceptos ellos en los que se basó nuestra doctrina antes referida, reflejada en las SSTS 15-4-2002 (rcud. 2363/01) y 14-12-2009 (rcud 728/09).

CUARTO.- El pronunciamiento referido no exige condena en costas ni otros pronunciamientos accesorios en aplicación de las previsiones contenidas en los arts. 226 1 y 233 LPL.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Joaquín Dólera López en nombre y representación de D. Alberto contra la sentencia dictada el 24 de febrero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en recurso de suplicación núm. 2146/08, que casamos y anulamos, y resolviendo en trámite de suplicación, el recurso de tal naturaleza interpuesto contra la sentencia de instancia, debemos desestimar como desestimamos dicho recurso, con la consiguiente confirmación de lo resuelto en la sentencia de instancia. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- José Luis Gilolmo López.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Luis Ramón Martínez Garrido.- Rosa María Viroles Piñol.

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2871

Madrid, 20 de septiembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

RESEÑA

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



TS
CIVIL

2010/53505

TS Sala 1ª, Sentencia 30 marzo 2010.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Condena solidaria al pago de precio de arrendamiento de servicios y mediación en relación a gestión urbanística

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó solidariamente a los demandados al pago a la actora de la cantidad fijada en concepto de precio de arrendamiento de servicios y mediación por la gestión realizada en el convenio urbanístico conseguido a favor de aquéllos, y que no reconoció la retribución pedida de mejora del valor de los bienes recibidos en virtud de dicho convenio al no intervenir en la operación de opción de compra consumada por los demandados con un tercero, ya que a esta operación se llegó después de la revocación del mandato a dicha entidad actora y con independencia de la negociación de ésta.

2010/92246

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

Extinción por "mutuo disenso" de contrato de promesa de venta

El TS declara haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, estima parcialmente la demanda declarando extinguido por "mutuo disenso" el contrato de promesa de venta existente entre los litigantes y condenando a la demandada a devolver el pagaré percibido de la actora. Declara la Sala que, a la vista del suplico de la demanda y del fallo de la sentencia, es clara la incongruencia dado que nunca se había abonado el pagaré, por lo que la condena que impone la AP a devolver el importe del mismo es un despropósito ya que se trata de un importe que nunca se percibió. A lo que se debe condenar a la demandada, aquí recurrente, es a la devolución del pagaré, pero no de su importe.



TS
PENAL

2010/45232

TS Sala 2ª, Sentencia 6 abril 2010.
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Operación de vaciamiento patrimonial frente al acreedor constitutiva de delito de insolvencia punible

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de insolvencia punible. El Alto Tribunal considera que los razonamientos de la sentencia sobre el conocimiento que el recurrente tenía de la deuda son concluyentes; valora todo el material probatorio, incluida la escasa consistencia de la declaración de la esposa y de los testigos, y no duda en considerar que las operaciones de pago eran una maniobra para dilatar el pago y poner en marcha las operaciones de vaciamiento patrimonial con el objetivo de colocarse en insolvencia.

2010/71271

TS Sala 2ª, Sentencia 26 abril 2010.
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Insuficiencia del "dolus subsequens" para apreciar el delito de estafa

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito de estafa. Comprueba la Sala que el acusado recibió el dinero con el que podría haber satisfecho la deuda, pero de esta circunstancia no es posible deducir que en el momento de celebrar el contrato tenía el propósito de no cumplir. Ni la jurisprudencia ni la doctrina admiten el llamado "dolus subsequens". Por otra parte y por estas mismas razones, la circunstancia de que haya emitido "un anormal elenco de pagarés" no satisfechos, tampoco demuestra que nunca tuviera la intención de cumplir con las obligaciones contraídas.



TS
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

2010/84242

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 26 abril 2010.
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

Eventuales infracciones sin consecuencias para el correcto régimen de destino especial

El TS estima el recurso de casación interpuesto por Iberia contra la sentencia de la Audiencia Nacional y en su lugar estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del TEAC, que confirmaba la liquidación efectuada sobre derechos de importación. La Sala considera vulnerada la doctrina sobre los actos propios, pues el largísimo tiempo transcurrido desde el primer despacho de 1993, sin exigir la autorización específica de destino especial, y la misma conducta seguida en más de 100 despachos mensuales autorizados, obteniendo el régimen arancelario favorable, pese a la inexistencia de la autorización previa, hasta que en el año 2000 se comprueba la irregularidad y se practican las liquidaciones impugnadas, sobre la base de las declaraciones de Iberia, en las que se hacían constar que la importación era para destino especial, permite acoger la infracción del principio de protección de la confianza legítima del ciudadano en el actuar de la Administración, al fundarse en actuaciones producidas por la Administración lo suficientemente concluyentes que inducían a la recurrente a confiar en la "apariencia de legalidad" de su modo de operar.

2010/92274

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 17 mayo 2010.
Ponente: D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Subvención para la instalación de la estación de servicio y prima de abanderamiento

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que estimó en parte el recurso contencioso-

administrativo promovido contra la resolución del TEAC, ratificando los acuerdos de liquidación relativos al IS de 1995, y anulando la sanción. La Sala concluye que, como sostienen los jueces de la instancia, la subvención para la instalación de la estación de servicio y correspondientes a la prima de abanderamiento y abastecimiento en exclusiva tienen la condición de fondo de comercio y, por consiguiente, de elemento inmaterial del activo fijo, en consecuencia, la parte del incremento patrimonial resultado de esa cantidad no podía beneficiarse de la exención por reinversión, pues resulta imprescindible que aquella alteración sea consecuencia de la transmisión de elementos materiales.



TS
SOCIAL

2010/113424

TS Sala 4ª, Sentencia 19 mayo 2010.
Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

Prescripción de acciones para exigir percepciones económicas por antigüedad

Desestima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador demandante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre plus de antigüedad. Explica la Sala que lo devengado mensualmente por complemento de antigüedad prescribía al año a contar a partir del mes en que no se abonó la antigüedad reclamada, por lo que la interposición del conflicto colectivo sólo pudo interrumpir la prescripción de la acción para reclamar la antigüedad que se debió percibir a partir de entonces, pero no la correspondiente a mensualidades anteriores, que ya estaban definitivamente prescritas.

2010/122422

TS Sala 4ª, Sentencia 11 mayo 2010.
Ponente: D. Manuel Ramón Alarcón Caracul

Compatibilidad de pensiones en distintos regímenes

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el beneficiario accionante contra sentencia que rechazó la compatibilidad de su pensión de IPA derivada de enfermedad común del RGSS con la de IPA derivada de accidente de trabajo del REA. Explica el Tribunal que no se trata el enjuiciado de un supuesto de pluriactividad, puesto que no hay simultaneidad, sino sucesión, en las actividades laborales que dan lugar al alta del sujeto en dos regímenes diferentes de la seguridad social, no prohibiéndose la compatibilidad de pensiones en distintos regímenes, sino únicamente dentro del propio RGSS.