



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVI. Número 2772

Madrid, lunes 21 de diciembre de 2009



TS CIVIL

2009/150910

TS Sala 1ª, Sentencia 9 julio 2009. Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Por la publicación en un diario de datos que revelan su identidad

Intromisión ilegítima en la intimidad de menores de edad

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la editora, el director y los redactores del periódico, confirmando la sentencia de apelación que, al igual que la de primera instancia, acogió la demanda de protección jurisdiccional del derecho al honor de las demandantes. Devienen los hechos de cómo toda la opinión pública fue conocedora de los sucesos personales de los que fueron víctimas, con el consecuente perjuicio que ello les ocasionó en su condición de menores de edad y el estigma social al que fueron expuestas, al publicar el diario demandado la noticia del asalto al chalet familiar en el que residían las demandantes por parte de un individuo que mató al padre de las actoras, hirió a la madre y a una de las demandantes y agredió sexualmente a la otra, detallando en el artículo publicado datos como el nombre y apellidos del padre, nombre de la madre, edades de las menores y dirección completa del lugar de los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como datos necesarios para el estudio del actual recurso de casación hay que tener en cuenta lo siguiente.

Dicho recurso de casación ha sido interpuesto por la mercantil "Audiovisual 2000, S.A.", editora del periódico "La Razón", por Moises, director del citado diario, y por Leocadia, Victorino, Juan Pablo y Sonia, redactores de las noticias publicadas en el citado periódico los días 21, 22 y 24 de junio de 2001, contra la sentencia de apelación -confirmatoria de la de primera instancia-, en la que se acogía la demanda de protección jurisdiccional del derecho al honor de las demandantes, Carmen y Lorena. Dicha demanda de solicitud de protección venía motivada por la publicación en diferentes espacios y fechas de una noticia relativa al asalto al chalet familiar en el que residían las demandantes por parte de un in-

dividuo moldavo, el cual, después de degollar y disparar mortalmente al padre de las actoras, hirió a la madre y a una de las demandantes y agredió sexualmente a la otra. En dicha noticia aparecían datos como el nombre y apellidos del padre, nombre de la madre, edades de las menores y dirección completa del lugar de los hechos, lo cual permitió la plena identificación de las menores, lo cual les había producido un perjuicio tanto moral como económico.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso de casación que ha sido admitido se formula por vulneración del artículo 20.1 de la Constitución Española. La parte declara inadmisibles la asunción como válidos de los argumentos desplegados por otros órganos judiciales para condenar a otros medios de comunicación, puesto que las circunstancias que rodearon al caso de autos no eran identificables con las de los otros medios de comunicación. Por otra parte, la

parte recurrente entiende que es preciso deslindar respecto de cada una de las actoras cuál ha sido el contenido de lo publicado en orden a determinar la posible vulneración del derecho al honor, pues «no alcanza a entender esta parte en qué se puede entender violada la dignidad personal de una joven de 17 años por el mero hecho de publicar que fue agredida con un cuchillo y precisó puntos de sutura.

La narración de estos hechos, el que sean conocidos por la opinión pública no desmerece la opinión que de ella se pueda tener, ni la hace tampoco desmerecer personalmente», por lo que, si bien la protección a los menores es mayor, no es absoluta, no pudiendo considerarse atentatorio todo lo publicado sobre un menor.

Se asegura, además, que los datos relativos a la agresión sufrida fueron hechos públicos por los médicos que la atendieron y difundida por las televisiones, radios y Agencia Efe; que no se facilitaron en ningún momento los datos identificativos de las niñas y que la gravedad de los hechos y la inmediatez de la información difundida por médicos y policía hizo que los medios difundieron la noticia en los mismos términos en los que la acogieron. Se justifica la difusión de la noticia en los términos en los que se realizó en el hecho de que la identificación indirecta de las menores ya estaba hecha, por lo que «dado que la publicación del Diario La Razón se realizó al día siguiente de los hechos y de que estos fueran conocidos por toda la opinión pública, era haber omitido la noticia, puesto que las niñas ya estaban identificadas por lo ocurrido a su padre en su casa», considerando ilógico llegar a tal conclusión.

En relación a la falta de consentimiento de las menores, los recurrentes entienden que «lo que determina la infracción en primer lugar no es la existencia o no de consentimiento, sino lo que se publica y en definitiva si esto es atentatorio o no, si viola la intimidad, el honor del menor, al margen de la existencia o no de consentimiento», por aplicación de lo establecido en la Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no siendo la falta de consentimiento un criterio justificativo de

SUMARIO

TS

CIVIL

Intromisión ilegítima en la intimidad de menores de edad 1

Obligación de notificar la calificación registral negativa al notario que interviene y legitima la firma de uno de los contratantes 3

PENAL

Disminución de pena a aplicar en delito continuado de apropiación indebida 4

Absolución del delito de estafa al no constar el engaño 8

ADMINISTRATIVO

Caducidad de la concesión otorgada para la ocupación de terrenos de dominio público marítimo-terrestre 9

Retroacción de actuaciones al tribunal de instancia por versar el litigio sobre normativa autonómica 10

SOCIAL

Inexistente obligación para empresa de pago de prestaciones por desempleo 12

Competencia del orden social para conocer del despido de ingeniero forestal 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

una sentencia condenatoria, «porque los datos eran públicos cuando se publicaron, porque respecto a una de las actoras no se facilita ningún dato privado y porque lo dictado por otros jueces, respecto a otras informaciones y en otros pleitos que no son este, no es lo que debe guiar la ponderación de derechos en juego que debe hacer esta Audiencia en este procedimiento». En términos semejantes se posicionan en contra de la condena dineraria, por entender que no hay perjuicio alguno.

El motivo debe ser desestimado.

Para proceder al examen de la cuestión jurídica planteada por la parte recurrente debe partirse de la base fáctica declarada probada por la sentencia recurrida, consistente en que ha quedado probada la difusión de datos e imágenes (nombre, apellidos y profesión del padre, como el nombre de la madre, calle y número del domicilio con imágenes del mismo) que permiten la identificación de las menores de edad como sujetos pasivos de un delito de lesiones y de un delito contra la libertad sexual, a partir de las noticias aparecidas en el diario

La Razón de fechas 21, 22 y 24 de junio de 2001. Una vez sentado esto, en el conflicto de derechos fundamentales que se produce en el litigio, la cuestión jurídica que se plantea es si la difusión de datos que de manera indirecta identifican a menores de edad como sujetos pasivos de delitos supone una intromisión a la intimidad de éstos, con independencia de que dichos datos hayan sido difundidos a partir de la información previa de otro medio informativo o hayan sido difundidos por primera vez por el medio demandado.

La Constitución, en su artículo 18, reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en el artículo 20.1.d) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, especificando que esta libertad encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En consonancia con lo anterior, la especial protección que debe darse a datos relativos a menores ha tenido su acogida normativa en la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica de Menor.

En la interpretación de estos derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que para que el derecho a la intimidad pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información es preciso que las noticias difundidas carezcan de interés público o que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad, ya que en una sociedad democrática que proclama como uno de los principios que inspiran su convivencia el respeto a la dignidad de la persona, no debe tolerarse la divulgación de hechos que pertenecen a la intimidad de ciudadanos particulares ni tampoco se debe tolerar que las noticias que se difundan sean inveraces, no en el sentido de que las mismas coincidan exactamente con las acontecidas, sino en el sentido de que se haya desplegado por quien las publica la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no es un simple rumor -sentencias del Tribunal Constitucional 54/2004, de 15 de abril y 61/2004, de 19 de abril.

Sin embargo, en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. Y, así, el Tribunal Constitucional ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal “parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores”, incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral -Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1999 -.

En línea con esta doctrina constitucional, esta Sala ha resuelto en materia relativa a la protección de datos de menores de edad. Así, en la Sentencia de 27 de junio de 2.003 se consideró que la noticia sobre una niña que era portadora de anticuerpos de sida era atentatoria contra su intimidad. Del mismo modo, la Sentencia de 28 de junio de 2.004 también consideró la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del menor en la noticia que difundía la comisión por este menor de un hecho delictivo.

Teniendo en cuenta la doctrina constitucional y la de esta Sala en relación a la intimidad de menores así como la normativa tanto interna como internacional el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1.966, ratificado por España el 13 de abril de 1.977; artículo 16 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1.950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España el 26 de septiembre de 1.979; artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1.985 -Reglas de Beijing-; y artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1.989 y ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1.990 que otorga una especial protección a los menores, no cabe sino confirmar la sentencia recurrida pues, con independencia de la relevancia e interés público de la noticia en cuestión, relativa al asesinato de un abogado madrileño, los datos e imágenes que se publicaron en el periódico La Razón los días 21, 22 y 24 de junio de 2001, permitían la completa identificación de dos menores de edad -base fáctica de la sentencia- revelando hechos que pertenecen a la esfera más íntima de las menores como son las lesiones y la agresión sexual sufrida por la menor de las dos hermanas, hechos éstos que, aunque en sí mismos pudieran ser de interés público, dejan de serlo cuando se conectan con una persona menor de edad perfectamente identificable.

Y ello con independencia de que la información fuera obtenida a través de las ruedas de prensa otorgadas por la Jefatura de Policía Nacional pues el Tribunal Constitucional ha señalado que existe intromisión ilegítima aunque los datos divulgados fueran ya de dominio público -sentencias de 15 de julio de 1.999 -ya que su revelación, haya sido su fuente la que haya sido, podía ser una intromisión en la intimidad lesiva del artículo 18.1 de la Constitución Española -sentencia 197/1991 -.

En nada desvirtúa el anterior razonamiento -ya recogido en las anteriores Sentencias de esta Sala de fechas 22 y 23 de octubre de 2008 (Recurros 446/2005, 174/2005, 2071/2005), de 12 de marzo de 2009 (Recurso 1180/2006), y de 14 de mayo de 2009 (Recurso 2619/2005), relativo a la misma noticia difundida

en distintos medios de comunicación en similares circunstancias- el hecho de que la información difundida no fuese vejatoria y, por tanto, objetivamente atentatoria contra su derecho al honor.

La difusión de la noticia lesionó el derecho a la intimidad personal y familiar de las menores, las cuales vieron cómo toda la opinión pública fue conocedora de los sucesos personales de los que fueron víctimas, con el consecuente perjuicio que ello les ocasionó en su condición de menores de edad, y el estigma social al que fueron expuestas.

TERCERO.- Conforme al artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente.

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

FALLO

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la firma “Audiovisual 2000, S.A.”, D. Moises, Dª Leocadia, D. Victorino, D. Juan Pablo y Dª Sonia contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2.006 por la Audiencia Provincial de Madrid.

2º.- Imponer el pago de las costas causadas en este recurso a dichos recurrentes.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

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.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-firmado y rubricado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/239964

TS Sala 1ª, Sentencia 20 octubre 2009. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Obligación de notificar la calificación registral negativa al notario que interviene y legitima la firma de uno de los contratantes

En el presente recurso de casación se pretende dilucidar si como dispone la actora, Registradora de Bienes Muebles, no es necesario notificar al Notario interviniente la nota negativa calificada, en los supuestos en que este se ha limitado a la mera intervención de la firma de una de las partes en el contrato, en contra de lo que disponen tanto la DGRN como la sentencia que aquí se recurre. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y considera que tal obligación de notificar la calificación negativa al Notario autorizante sí que alcanza al citado supuesto, por cuanto la intervención notarial confiere al documento contractual la naturaleza de documento público, y por el interés legítimo que éste ostenta en cuanto a la defensa de carácter inscribible del documento en el que ha tenido intervención.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora Dª Sofía, Registradora de Bienes Muebles de Huesca, interpuso demanda de juicio verbal ante los juzgados de Primera Instancia de dicha ciudad, al amparo de lo previsto en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, añadido por Ley 24/2001, de 27 diciembre, contra resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca, mediante la que solicitó que se dictara sentencia por la cual se dejaran sin efecto las resoluciones de la citada Dirección General a las que se refería la demanda, que revocaban determinada calificación efectuada por la misma, se declarara la falta de necesidad de notificar al Sr. Notario interviniente la nota negativa calificada, así como la aplicación al caso del artículo 11 de la ordenanza de Bienes Muebles y la imposibilidad, en todo caso, de retrotraer la eventual inscripción a la fecha de presentación del primer documento negativamente calificado.

Dicha demanda tenía su origen en la calificación efectuada por dicha

Registradora en fecha 4 de marzo de 2003, que era del siguiente tenor literal:

“El Registrador de Bienes Muebles que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado, de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada, por adolecer dicho documento de los siguientes defectos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 11.1 de la Ordenanza, cuando no hay unidad de acto entre las partes al firmar el contrato, no podrá transcurrir más de 30 días naturales entre la primera y última firma”. De tal modo, denegó la inscripción del contrato de arrendamiento financiero mobiliario número 52.201/2/2001, formalizado el 3 de agosto de 2001 en modelo oficial e intervenido el 10 de septiembre de 2001 por el Notario de Madrid, D. Antonio respecto del otorgamiento efectuado por la entidad financiera VFS Financial Services Spain, E.F.C, S.A.U. Contra dicha denegación interpuso recurso gubernativo el Sr. Notario interviniente, que fue estimado por la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante resolución de 5 de noviembre de 2003 que revocó la calificación de la Registradora.

Se opusieron a la demanda el Abogado del Estado y el Notario D. Antonio y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 6 de septiembre de 2004 que fue desestimatoria de la demanda salvo en el particular referido a la improcedencia de retrotraer las inscripciones que se practiquen a la fecha del primer asiento de presentación, sin especial pronunciamiento sobre costas. Las partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Huesca dictó nueva sentencia de fecha 27 de mayo de 2005, desestimando los referidos recursos y condenando a los apelantes al pago de las costas causadas por los mismos.

Contra dicha sentencia recurre en casación la actora Dª Sofía.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso que ha sido admitido -motivo primero- se refiere a la infracción de lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 322 de la Ley Hipotecaria, norma añadida por la Ley 24/2001, de 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que entró en vigor el día 1 de enero de 2002, y que en consecuencia no llevaba más de cinco años en vigor en la fecha en que se dictó la sentencia recurrida -27 de mayo de 2005- lo que fundamenta la existencia de interés casacional en los términos establecidos por el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La norma que se considera infringida establece que

“La calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse al presentante y al Notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido”, entendiéndose la parte recurrente que tal obligación de notificación al Notario autorizante no alcanza a los supuestos en que éste se ha limitado a la mera intervención de la firma de una de las partes en el contrato, mientras que sostienen lo contrario tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como la sentencia recurrida.

El motivo no puede prosperar. El artículo 324 de la Ley Hipotecaria dispone, en su párrafo primero, que “Las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley”, mientras que el artículo 325, apartado b, legitima para ello al “Notario autorizante o aquél en cuya sustitución se autorice el título, en todo caso”.

La cuestión discutida queda así concretada en el hecho de discernir si cuando la ley se refiere al Notario autorizante comprende igualmente al fedatario que interviene y legitima la firma de una de las partes incorporada al contrato. La respuesta ha de ser afirmativa por las siguientes razones:

a) La intervención notarial confiere al documento contractual la naturaleza de documento público según establece el artículo 317-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) La inscripción registral del documento, cuando el mismo no ha sido confeccionado en unidad de acto con prestación simultánea del consentimiento por las partes, queda sujeta al requisito de que entre la fecha del primer otorgamiento y del último no haya transcurrido determinado plazo, circunstancia que de no cumplirse debe ser puesta de manifiesto por el Notario en el ámbito de las obligaciones que le impone el artículo 1 del Reglamento Notarial, en cuanto establece que los Notarios “como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar”.

En consecuencia no puede negarse que el Notario ostenta un interés legítimo en cuanto a la defensa del carácter inscribible del documento en que ha tenido intervención, que ha de permitirle hacer uso de los recursos legalmente establecidos para ello cuando tal inscripción es denegada, lo que conduce a estimar que, también en el caso de intervención de firma, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria y la calificación negativa del Registro le ha de ser notificada.

TERCERO.- La desestimación del recurso comporta que en cuanto a costas se aplique lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la remisión que al mismo hace el artículo 398.1 de la misma Ley, y en este sentido la novedad de la norma, sobre la cual esta Sala no había tenido ocasión de pronunciarse, junto con las dudas de derecho que puede plantear en cuanto a su interpretación y aplicación al caso examinado sobre la extensión que haya de darse al concepto de “Notario autorizante”, lleva a dejar de aplicar el criterio objetivo del vencimiento y a que no proceda hacer especial declaración sobre las costas del presente recurso.

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Sofía contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2005 dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en Rollo de Apelación núm. 3/2005, dimanante de autos de juicio verbal número 704/2003, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha ciudad, a instancia de dicha recurrente contra la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los que ha intervenido como interesado el Notario D. Antonio, la que confirmamos sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas por dicho recurso.

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

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



2009/165967

TS Sala 2ª, Sentencia 14 julio 2009. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Concurso de normas

Disminución de pena a aplicar en delito continuado de apropiación indebida

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito continuado de apropiación indebida. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a minorar la pena de prisión impuesta al recurrente, pues estamos ante un supuesto de concurso de normas que impide aplicar acumuladamente la penalidad del delito continuado y la del subtipo agravado del valor de lo apropiado, ya que si se aplicaran conjuntamente ambas agravaciones se vulneraría el principio "non bis in idem", en cuanto que la reiteración de los hechos ilícitos integrantes del delito continuado acabaría operando también como base fáctica agravatoria para sustentar el subtipo de especial valor de la suma defraudada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La defensa del acusado interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tenerife, el 30 de junio de 2008, en la que se condenó al ahora recurrente, Ángel, como autor de un delito continuado de apropiación indebida, a las penas de 3 años y 6 meses de prisión y a una multa de seis meses con una cuota diaria de 6 euros; además, deberá indemnizar a la Compañía Iberia en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia. Contra esa resolución formula el recurrente ocho motivos de impugnación, que se examinarán siguiendo una cierta sistemática jurídica: primero los que atienden al quebrantamiento de forma, para después seguir con los que conciernen a la prueba de los hechos, y acabar por los que tienen un carácter de estricta infracción legal.

SEGUNDO.- 1. El acusado denuncia como motivo quinto de impugnación, por quebrantamiento de forma, al amparo de lo preceptuado en el art. 851.1º de la LECr., la falta de claridad en los hechos probados. Argumenta el recurrente que en los hechos probados de la sentencia se mencionan y confunden los dos contratos existentes entre el acusado y las compañías aéreas, uno con IATA, estipulado en el año 1995, y otro con Iberia, del año 1998, sin que se identifique el contrato con arreglo al cual se llevaron a cabo las ventas de los 147 billetes cuyo importe se considera que no fue abonado a la

compañía aérea denunciante. Según la parte impugnante, tal indefinición dificulta la subsunción de los hechos, dando lugar a calificaciones jurídicas inadecuadas y contradictorias, y limita también el ejercicio del derecho de defensa por medio de los recursos pertinentes.

2. Sobre el vicio procesal relativo de la falta de claridad de los hechos probados (art. 851.1 LECr.), reiterada doctrina de esta Sala sostiene que la sentencia debe anularse, prosperando por lo tanto este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (SSTS 1610/2001, de 17-9; 559/2002, de 27-3; y 131/2009, de 12-2). Y también tiene establecido este Tribunal que concurre este vicio procesal cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitativa e imprecisa, de modo que por su insuficiencia u oscuridad, o por no expresarse en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o ambigua, puede conducir a subsun-

ciones alternativas, de modo que queda prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos; sin que el laconismo o concisión en el relato de hechos esté reñido con la claridad (SSTS 260/2004, de 23-2; y 766/2008, de 27-11).

3. Al trasladar las pautas jurisprudenciales precedentes al caso debatido, se aprecia que el relato fáctico de la resolución recurrida no permite estimar el vicio "in iudicando" que señala el recurrente. En efecto, el Tribunal de instancia describe con toda claridad en la premisa fáctica de la sentencia los dos contratos que tienen relación con el caso, reseñándose la fecha y la materia de los mismos. Lo que sucede es que la parte recurrente pretende que en los hechos se le dé a ambos contratos un carácter y una interpretación que apoye la tesis exculpatoria que sostiene en los razonamientos jurídicos de su escrito de impugnación. Esa discrepancia poco tiene que ver con una falta de claridad que impida conocer los hechos probados, sin que tampoco se perciba confusión alguna. La cuestión que suscita la defensa es propia de la fundamentación de la sentencia y se relaciona con los problemas jurídicos nucleares que afectan al tipo penal de la apropiación indebida. El motivo de impugnación debe por tanto desestimarse.

TERCERO.- 1. El motivo sexto del recurso también lo dedica la parte recurrente a alegar quebrantamiento de forma, al amparo del mismo art. 851.1 de la LECr., aduciendo esta vez que el Tribunal incurre en el vicio de predeterminación del fallo. Y ello porque introduce en el "factum" la siguiente frase: "...guiado por el ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento". Según la defensa del acusado, se ha suplantado el relato fáctico por su significación jurídica, predeterminando la subsunción mediante una valoración jurídica que se lleva indebidamente al apartado de los hechos probados, en lugar de plasmarlo en el relato histórico.

2. Establece numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1º de la LECr. es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación:

- Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.
- Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial.
- Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo.
- Que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho históri-

co sin base alguna y carente de significado penal (SSTS núm. 667/2000, de 12-4; 1121/2003, de 10-9; 401/2006, de 10-4; 755/2008, de 26-11; 131/2009, de 12-2; y 381/2009, de 14-4, entre otras muchas). De otra parte, también se ha argumentado de forma reiterada por este Tribunal de Casación que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio (SSTS 152/2006, de 1-2; y 755/2008, de 26-11). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifestación incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS 429/2003 de 21-3; 249/2004, de 26-2; 280/2004, de 8-3; 409/2004, de 24-3; 893/2005, de 6-7; 755/2008, de 26-11).

Además, también afirma este Tribunal que dentro del espacio de los hechos probados deben integrarse tanto los hechos externos atribuibles a la actuación de sus protagonistas como la intención que animara a los mismos, es decir, el conocimiento y voluntad que concurren en sus autores; esta conciencia y voluntad son hechos psíquicos, pero esta naturaleza subjetiva o psíquica no les priva de su condición de hechos que deben estar incluidos en el "factum". Por lo tanto, las expresiones tales como "...intención de acabar con la vida...", "...ánimo de lucro...", u otras semejantes, deben estar situadas en los propios hechos probados como se ha dicho con reiteración por la Sala (SSTS 1245/2006, de 17-11; 547/2006, de 18-5; 528/2007, de 28-5; 253/2007 de 26-3; 755/2008, de 26-11; y 89/2009, de 5-2).

3. En vista de la doctrina precedente, es claro que no puede prosperar en este caso la tesis del recurrente. Pues la expresión "ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento" es equiparable a la de ánimo de lucro. Se trata de un hecho psíquico integrante del elemento subjetivo del injusto delictivo que cabe ubicar correctamente en el relato de hechos probados, siempre que después en la fundamentación se expliciten debidamente los razonamientos de inferencia que permiten sustentar la existencia de ese hecho interno. Quizás quepa formular alguna objeción más fundada a la adición del calificativo de "ilícito" que acompaña al término "enriquecimiento". Sin embargo, se trata de un adjetivo que aunque se suprima los hechos no perderán ni un ápice de sentido y coherencia. Sólo cabe, por tanto, rechazar este motivo de impugnación por quebrantamiento de forma.

CUARTO.- 1. El recurrente alega como cuarto motivo de casación el quebrantamiento de forma, con base en lo dispuesto en el art. 850.1º de la LECr., debido a que se le denegó una prueba pertinente que había propuesto en tiempo y forma. Se refiere con ello a la prueba pericial que propuso en el escrito de calificación provisional, consistente en que por dos peritos se llevara a cabo un examen de la contabilidad concerniente a las relaciones económicas entre la Compañía Iberia y la entidad Travel Club, S.L., con el fin de averiguar la forma de realizar los pagos y liquidaciones entre ambas. La prueba fue de nuevo denegada al inicio de la vista oral del juicio, formulando la defensa del acusado la correspondiente protesta.

2. Con respecto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa tiene establecida el Tribunal Constitucional una consolidada y reiterada doctrina (SSTC 165/2004, de 4-10; 77/2007, de 16-4; y 208/2007, de 24-9), que se sintetiza en los siguientes apartados:

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional.

b) Este derecho no tiene carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) No obstante, el órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o manifiestamente irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa, de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta.

e) Finalmente, el recurrente debe justificar la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de

la relevancia de la prueba denegada se proyecta en el doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso (comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado) podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo pide amparo. En cuanto a esta Sala de Casación, ha establecido también una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar (SSTS 784/2008, de 14-11; y 5/2009, de 8-1). Entre los primeros, exige, en primer lugar, que las pruebas sean propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal rechazando las que no considere pertinentes o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por la LECr. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta.

En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características. Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (SSTS núm. 1591/2001, de 10-12 y 976/2002, de 24-5); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS 1289/1999, de 5-3); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

3. Centrados ya en el supuesto del caso concreto enjuiciado, se aprecia que las circunstancias que concurren en la solicitud probatoria y los argu-

mentos que expone la defensa no permiten colegir la necesidad ni la relevancia de la prueba pericial propuesta. Según la tesis de la parte proponente, la práctica del informe pericial contable habría permitido averiguar cuáles eran las relaciones económicas entre la empresa del acusado y la Compañía Iberia, lo que a su vez habría resultado relevante para constatar cuál era la relación jurídica entre ambas entidades, pudiendo así comprobarse que la relación comercial de la que surgió el impago no era realmente un contrato de agencia sino un contrato de cuenta corriente. Y es que -dice la recurrente- una cosa es la relación nominal contractual y otra muy distinta la relación jurídica que se plasma realmente en la práctica.

El propio argumento de la defensa evidencia que en este caso carecía de todo fundamento la realización de una prueba pericial contable. En primer lugar porque queda claro que durante la fase de instrucción esa defensa no consideró imprescindible que para esclarecer los hechos se practicara una diligencia pericial contable. Como suele suceder en numerosos supuestos de delitos contra el patrimonio, es ya en la fase intermedia o en la de juicio oral cuando se intenta complicar la tramitación de la causa con la práctica de pruebas periciales propias de la fase de instrucción y que en fases posteriores lo único que consiguen es dilatar los procedimientos y hacerlos interminables.

En el caso concreto, el impago a la compañía aérea de las cantidades cobradas a los clientes que realizaron el viaje a Chile resulta diáfano según las diligencias practicadas. Y a partir de esta premisa todo lo relativo a la interpretación de los dos contratos que figuran en la causa nada tiene que ver con una auditoría contable, que sólo serviría para entorpecer la marcha del proceso y confundir los temas contables con los estrictamente jurídicos.

El motivo por los argumentos expuestos no puede, obviamente, prosperar.

QUINTO.- Bajo el ordinal séptimo del escrito de impugnación, y al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art. 24.2 de la Constitución, denuncia la parte recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Esa conculcación la centra en la falta de prueba suficiente para acoger como probado que el acusado actuara con ánimo de enriquecimiento en la conducta que se le imputa como administrador único de la agencia de viajes. En modo alguno, señala el recurrente, consta acreditado que hubiera incorporado a su patrimonio las cantidades debidas a la compañía aérea denunciante. Para responder a la impugnación de la defensa es importante subrayar que la jurisprudencia distingue en el delito del art. 252 del

C. Penal dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, siendo suficiente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status". La acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del "animus rem sibi habendi" sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (SSTS 513/2007, de 19-6, y 416/2007, de 23-5). Así las cosas, es claro que para aplicar en el presente caso el tipo penal de apropiación indebida no se precisa constatar que el acusado actuara con ánimo de quedarse con el dinero en beneficio propio, inferencia que por lo demás resulta notablemente razonable. Es suficiente, tal como se ha anticipado, con que el ahora recurrente haya dado al dinero un destino distinto a aquél que se le había encomendado. Y ello sin duda tuvo lugar en el supuesto enjuiciado, ya que el acusado no entregó a la compañía aérea denunciante el dinero cobrado, incumpliendo así las cláusulas convenidas en el contrato de agencia.

Debe por tanto desestimarse este motivo de impugnación de la parte recurrente.

SEXTO.- 1. En el ordinal número dos denuncia el recurrente la existencia de error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º de la LECr. Argumenta sobre el particular que la sentencia condena al acusado como autor de un delito de apropiación indebida por hechos cometidos en el mes de diciembre de 1998, actuando como administrador único de la agencia "Viajes Travel Club, S.L.", cuando lo cierto es que -señala la defensa del acusado- en dicho mes ya no era administrador de la entidad. Ello que-

daría evidenciado mediante el acta de la junta general ordinaria de la referida agencia celebrada el 18 de noviembre de 1998, en la que cesó como administrador el acusado, con efectos de la misma fecha, y fue nombrado Juan Antonio, que aceptó el cargo en el acto. A ese documento agrega la defensa otros presentados en el acto del juicio, que eran cartas remitidas en los meses de marzo, junio y octubre de 1999 por la agencia Viajes Travel Club a clientes y a algunos órganos públicos, en las que figura ya como nuevo administrador el referido Juan Antonio.

2. Esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009, de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2° LECr.), centrado en el error de hecho, los siguientes requisitos:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas.

b) El documento tiene que evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.

d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. En el caso objeto de enjuiciamiento no se está ante documentos que por su naturaleza y contenido alberguen autosuficiencia para evidenciar que el acusado ya no era administrador único de la agencia de viajes cuando se ejecutaron los hechos integrantes del delito de apropiación indebida. La defensa del acusado aportó como documento una certificación suscrita por el nuevo administrador de la agencia "Viajes Travel Club, S.L." (folios 575 y 576 de la causa), en la que se hace constar que en la junta general ordinaria de partícipes de la sociedad, celebrada por el sistema universal, el día 18 de noviembre de 1998, se tomó el acuerdo de aprobar la gestión del acusado como administrador con respecto al ejercicio precedente y también se acordó su cese, nombrándose como nuevo administrador único a Juan Antonio, que aceptó el car-

go. Sin embargo, lo cierto y real es que, tal como se expone en la sentencia recurrida, ese acuerdo no aparece inscrito en el Registro Mercantil, por lo que se está ante un documento privado que carece de la autosuficiencia probatoria que alega el recurrente. Y otro tanto puede decirse de los cartas privadas que aporta la defensa como remitidas a partir del mes de marzo de 1999, ya que se trata de documentos también privados emitidos muy posteriormente a la fecha de los hechos delictivos que se persiguen en la presente causa.

Por lo demás, el Tribunal de instancia argumenta que el acusado en su declaración de la fase de instrucción admitió (folios 329 y ss. de la causa) que él era la única persona que tenía firma autorizada en la cuenta de la agencia en que se ingresaba el importe de los billetes que vendían. Además, la Audiencia contó en la vista oral del juicio con la prueba testifical relativa a la conducta del acusado dentro de la empresa, de la que era uno de los dueños, controlando lo referente a las relaciones comerciales y también el tema del dinero.

Por lo tanto, no se trata sólo de que los documentos privados aportados por el acusado carecen de la fehcencia y autenticidad imprescindibles para poder hablar de una autosuficiencia probatoria, sino que además aparecen contradichos por pruebas personales que figuran en la causa y que contradicen la documental que reseña el recurrente como base para sustentar la aplicación del art. 849.2° de la LECr. Se desestima, pues, también este motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- Como tercer motivo de impugnación alega la defensa que concurre error en la apreciación de la prueba, con cita del art. 849.2° de la LECr., designando como documento auténtico el contrato suscrito por el acusado en nombre de la agencia Viajes Travel Club con la compañía Iberia, de 16 de marzo de 1998 (folios 319 y ss. de la causa), en el que la agencia se reservaba 180 plazas en un vuelo a Santiago de Chile, por el importe de 175.000 pesetas por plaza, para el día 25 de diciembre de 1998 y regreso el 10 de enero de 1999. La tesis que sostiene el recurrente es que el documento contractual reseñado acredita la ausencia de uno de los elementos integrantes del delito de apropiación indebida: la posesión en depósito del dinero recibido por la venta de los billetes de avión a Santiago de Chile con motivo de la celebración de la llamada "Jamboree" a cargo de la organización mundial del Movimiento Scout. Para el impugnante, el contrato de 16 de marzo de 1998 es un contrato atípico que no se corresponde con un contrato de agencia, por lo que no puede comprenderse dentro del contrato general para la venta de billetes de avión que figura en los folios 63 a 75 de la causa. En el contrato especí-

fico de la operación de transporte a Santiago de Chile, según el escrito de recurso, se impone una tarifa neta sin derecho a comisión y se abona también una cantidad a cuenta, fijada en el veinte por ciento de la operación. Por lo cual, estaríamos -se dice en el recurso- ante una especie de "compra del avión" por parte de Viajes Travel Club.

Frente a ello, lo primero que se advierte en la exposición de la defensa es que no se está ante un documento de los que refiere el art. 849.2° de la LECr., ya que carece de la autosuficiencia probatoria necesaria para evidenciar el hecho que se alega en el recurso. La parte vierte toda una argumentación orientada a convencer al Tribunal de que este documento contractual del año 1998 no tiene nada que ver con el contrato de agencia que vincula a las partes desde el año 1993, para acabar concluyendo que se está ante una relación contractual que no puede subsumirse en el tipo penal de la apropiación indebida. Acude la parte recurrente a una singular y anómala interpretación del documento con el fin de descartar la calificación jurídico-penal que hace la Audiencia. No se está, pues, ante un documento autosuficiente para enervar la narración inculpativa que contiene la sentencia, sino ante un motivo de casación sólo inculpativo en la infracción de ley prevista en el art. 849.1° de la Ley Procesal Penal. De todos modos, y aunque se encauce el motivo por la vía correcta de la infracción de ley, tampoco puede prosperar la tesis del impugnante. En primer lugar, porque el contrato de agencia que vincula a la entidad "Viajes Travelclub, S.L." con IATA, estipulado el 15 de diciembre de 1993 (folios 63 y ss. de la causa) es el documento que ha de regir las relaciones mercantiles entre la agencia de viajes y las distintas compañías aéreas en todo lo que concierne a venta de billetes de avión, según se desprende del amplio contenido de la cláusula tercera, que incluso se refiere a la venta de servicios accesorios y otros servicios que pueda autorizar el transportista.

De todo el contenido del clausulado se desprende que el contrato regirá con respecto a las distintas modalidades de venta de billetes de avión, cualesquiera que fueran "las peticiones específicas o detalles relacionados con cada cliente". Ello significa que la cláusula 7.2 del contrato de agencia de 15 de diciembre de 1993 es también aplicable al contrato estipulado con Iberia en el año 1998. Esa cláusula establece que el dinero cobrado por el agente para el transporte y los servicios accesorios vendidos de acuerdo con este contrato, es propiedad del transportista y debe ser custodiado por el agente en depósito para su entrega a la compañía Iberia, hasta que se contabilice satisfactoriamente a favor del transportista y se efectúe su liquidación. El contrato de 1998 (folios 319 y ss. de

la causa) se limita a estipular la reserva de 180 plazas de un avión con destino a Santiago de Chile, ida y vuelta, con respecto a un grupo de congresistas, conviniéndose una tarifa de 175.000 pesetas por billete. Y como se trata de una reserva importante de plazas, la compañía Iberia exige como garantía un depósito del 20 por ciento del importe de las plazas reservadas (6.300.000 pesetas), sólo con el fin de garantizar la ejecución del contrato. Y al final del documento contractual incluso se especifica que, una vez culminada la operación, Iberia pasará a la agencia de viajes si procede factura "ADM", que se incluirá en la liquidación "BSP" correspondiente al mes de la fecha de la factura.

Por lo tanto, en contra de lo que afirma la parte recurrente, el contrato de 1998 referente al viaje a Santiago de Chile no ha de considerarse como un contrato especial que desplaza las cláusulas generales del contrato de agencia de 1993 que vinculaba a las partes, sino que debe catalogarse como un contrato complementario del anterior, en el que sólo se aprecia como especialidad relevante que se trata de una reserva de un importante número de billetes de avión para un vuelo determinado para el que se establece una tarifa especial, como sucede en casos similares de reserva de un cupo importante de billetes. Y, lógicamente, para formalizar esta reserva se le exige a la agencia de viajes una señal o fianza con el fin de paliar los perjuicios derivados de una cancelación repentina de la operación.

Sin embargo, todo lo relativo al cobro y despacho de los billetes y a la retención de ese dinero en depósito a favor de la compañía aérea ha de someterse al contrato general de agencia de 1993. Y así lo evidencia la forma de liquidar la operación, pues también ha de abonarse al transportista el precio de los billetes por el sistema "BSP", según se concreta en el contrato y según consta documentado en la causa (folios 106 y ss.). El sistema "BSP" (acrónimo de "Billing and Settlement Plan") posibilita una liquidación de las ventas de billetes de avión realizadas en los periodos establecidos en un calendario anual, asignando y compensando periódicamente lo que les corresponde a las compañías aéreas y a las agencias de turismo, mediante un sistema informático. Y como este sistema es utilizado también en la liquidación del contrato del viaje a Santiago de Chile, es claro que hasta el momento de la liquidación la agencia tenía que guardar en depósito a disposición de la Compañía Iberia el importe de los billetes de avión vendidos. Por todo lo cual, sólo cabe concluir que no se está ante una nueva figura jurídica contractual que excluye el tipo penal de la apropiación indebida.

Se desestima, en consecuencia, este tercer motivo de impugnación.

OCTAVO.- En el primer motivo del recurso se denuncia, al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 de la LECr., la infracción de ley por la indebida aplicación del art. 74 del C. Penal, en relación con los arts. 252 y 250.1.6º del mismo texto legal. Aduce el recurrente que la sentencia de instancia aplica conjuntamente el subtipo agravado por razón de la cuantía defraudada (art. 250.1.6º del C. Penal) y la continuidad delictiva, aplicación conjunta que vulnera el principio del "non bis in idem", al no superar los 36.000 euros ninguna de las distracciones de dinero que se ensamblan en el delito continuado. Tiene razón la parte recurrente al quejarse de la doble valoración de un mismo hecho agravatorio de la cuantía punitiva, acogiéndose así a una reiterada doctrina jurisprudencial sobre el delito continuado en los supuestos de apropiaciones indebidas y estafas agravadas.

Esta Sala ha venido afirmando la compatibilidad de la aplicación de la figura del delito continuado (art. 74.2 del C. Penal) con la del subtipo agravado por la especial cuantía de la defraudación (art. 250.1.6º), cuando uno de los hechos individuales que configuran la continuidad delictiva alcanza una cuantía de 36.000 euros, aunque en los otros episodios fácticos el valor sea inferior, sin que se infrinja en estos casos el principio "non bis in idem". La razón es clara, dice este Tribunal: el delito continuado es más grave que el delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consiguientemente, si cada uno de los actos de la continuidad por sí mismos son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no pueda quedar sin contenido. Además, se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica (doctrina establecida en la STS de 2036/2001, 6-11, que ha sido ratificada después en las SSTS 1236/2002, 27-6; 155/2003, 7-2; 1111/2003, 22-7; 605/2005, 11-5; 700/2006, 27-6; y 416/2007, 23-5, entre otras). En cambio, deniega la aplicación conjunta del delito continuado con la agravación por razón de la cuantía defraudada en los supuestos en que ninguna de las acciones individuales de la conducta continuada defraudatoria alcanza los 36.000 euros, aunque sumadas todas ellas sí lo rebasan, como sucede en el caso que se ahora enjuicia.

Cuando se da esta situación este Tribunal considera que se está ante un supuesto de concurso de normas que impide aplicar acumuladamente la penalidad del delito continuado y la del subtipo agravado del art. 250.1.6º del C. Penal. Pues si se aplicaran conjuntamente ambas agravaciones se vulneraría el principio "non bis in idem", en cuanto que la reiteración de los hechos ilícitos integrantes del delito continuado aca-

baría operando también como base fáctica agravatoria para sustentar el subtipo de especial valor de la suma defraudada. En esta tesitura la jurisprudencia venía resolviendo generalmente el concurso de normas aplicando sólo el subtipo agravado del art. 250.1.6º, con arreglo al principio de especialidad o sin que se cite siquiera argumento alguno (SSTS 1017/1999, 16-6; 232/2005, 24-2; 1280/2006, 28-12; y 123/2007, de 20-2). Si bien en algunos casos se aplicaba el tipo básico del delito continuado y quedaba desplazado el subtipo agravado del art. 250.1.6º del C. Penal (SSTS 276/2005, 2-3; 356/2005, 21-3; y 1155/2006, 20-11). A partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 30 de octubre de 2007 se adoptó el siguiente Acuerdo: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

La regla primera del art. 74-1º solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración". Tras este Acuerdo, la Sala de Casación, según se subraya en la sentencia 662/2008, de 14 de octubre, como último intérprete de la legalidad ordinaria penal ha establecido que en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del 250.1-6º y la continuidad delictiva procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 36.000 euros, siendo además aplicable, dada la continuidad delictiva del art. 74, pero solo en su párrafo 2º (ya no se exige el requisito de que alguna de las partidas defraudadas, por sí sola excediera de dicha cantidad). Y así, en la nueva jurisprudencia se establece que cuando las distintas cuantías apropiadas fuesen individualmente insuficientes para la calificación del art. 250.1-6º, pero sí globalmente consideradas, el reciente Pleno de esta Sala Segunda de fecha 30 de octubre 2007 tomó el acuerdo de que en los delitos patrimoniales la pena básica no se determinará en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado, acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1-6º dado que los delitos, aún inferiores en su consideración individual a 36.000.000 euros, en conjunto superan esa cifra, si bien no se aplicará el art. 74.1 sino el apartado 2 del referido precepto, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena mediante la aplicación de la del subtipo agravado del art. 250.1.7º y no la del art. 249 del C. Penal (SSTS 919/2007, de 20-11; 8/2008, de 24-1; 199/2008, de 25-4; 563/2008, de 24-9; y 662/2008, de 14-10).

Así pues, no procede en el presente caso aplicar la pena del subtipo agravado en su mitad superior debido a la aplicación conjunta de la

agravación del delito continuado (art. 74.1 del C. Penal) y la del subtipo agravado por razón de la especial gravedad de la cuantía. Ello determina la estimación del motivo primero de casación por infracción de ley y la exclusión por tanto de la imposición imperativa de la pena en su mitad superior.

NOVENO.- 1. El motivo octavo de casación se articula por infracción de precepto constitucional, con base en lo dispuesto en los arts. 5.4 de la LOPJ, 852 de la LECr. y 24.2 de la Constitución, aduciendo el recurrente la vulneración del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas. La base argumental en que se apoya es que el proceso ha durado un tiempo superior a los nueve años. Se incoaron las diligencias previas en junio del año 1999 y se celebró la vista oral del juicio en junio de 2008. Además, estuvo paralizado en alguna ocasión por un periodo superior a los tres años, dada la fecha de la llegada de la causa a la Audiencia, en noviembre de 2004, y la fecha en que se procedió a realizar el señalamiento, en marzo de 2008.

2. La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional, -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTC 237/2001, 177/2004 y 153/2005; y SSTS 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5; 705/2006, de 28-6; 892/2008, de 26-12; 40/2009, de 28-1; y 202/2009, de 3-3).

3. El examen de la causa que nos ocupa permite especificar que la denuncia se interpuso en el mes de ju-

nio de 1999; las diligencias previas fueron incoadas en septiembre de ese año; el 2 de junio de 2003, esto es, casi cuatro años más tarde, se dictó el auto de transformación del procedimiento abreviado; el juicio fue señalado ante el Juzgado de lo Penal para el día 6 de octubre de 2004, pero al percatarse el juzgador de que la competencia para el enjuiciamiento correspondía a la Audiencia Provincial, fue remitida la causa este Tribunal el en noviembre de 2004. Y con posterioridad a ese trámite del año 2004 hasta el día 12 de marzo de 2008 no se realizó diligencia alguna, pues la causa estuvo paralizada pendiente del señalamiento de la fecha del juicio, señalándose finalmente para el día 24 de junio de 2008. A tenor de lo expuesto, resulta incuestionable que no sólo concurrió un tiempo excesivo en la tramitación general de la causa, sino que ésta estuvo paralizada más de tres años a la espera del señalamiento de la vista oral del juicio, plazo que desde luego solo cabe calificar de irrazonable y vulnerador del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

Debemos, pues, apreciar la circunstancia analógica de dilaciones indebidas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 21.6ª de la LECr., en relación con el art. 21.4ª y 5ª del mismo texto legal, circunstancia que ha de operar a la hora de fijar la cuantía punitiva en la segunda sentencia.

DÉCIMO.- Los razonamientos expuestos en los fundamentos prece-dentes determinan la estimación parcial del recurso de casación, en concreto en lo que se refiere a los motivos primero y octavo del escrito de recurso, con declaración de oficio de las costas devengadas (art. 901 LECr.).

FALLO

Estimamos los motivos de casación por infracción de ley primero y octavo formulados por Ángel contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Segunda, de fecha 30 de junio de 2008, que le condenó a como autor de un delito de un delito continuado de apropiación indebida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y, en consecuencia, casamos y anulamos parcialmente esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Siro Francisco García Pérez.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de julio de dos mil nueve En la causa procedimiento abreviado núm. 137/03, del Juzgado de Instrucción número 1, seguida por un delito de apropiación indebida, contra Ángel, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Segunda, dictó sentencia en fecha de 30 de junio de 2008, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tal como se ha expuesto en la sentencia rescisoria, debe excluirse la aplicación de la exasperación punitiva del art. 74.1 del C. Penal y operar con el marco legal punitivo en toda su extensión con respecto al tipo penal del art. 250.1.6ª del mismo texto legal. Y como, además, se aprecia ahora la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6ª del C. Penal), se imponen en esta segunda sentencia las penas mínimas de prisión y multa, de acuerdo con la solicitado por el Ministerio Fiscal.

FALLO

Condenamos a Ángel como autor de un delito de apropiación indebida, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a una multa de seis meses, con una cuota diaria de seis euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Siro Francisco García Pérez.

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

2009/211079

TS Sala 2ª, Sentencia 20 julio 2009. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Absolución del delito de estafa al no constar el engaño

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, por cuanto la afirmación de la sentencia en el sentido de que el acusado "sabía palpablemente que no iba a pagar el pagaré" no se apoya en la valoración de ningún elemento de prueba que permita tal conclusión. Por otra parte, tampoco surge de los hechos probados que el pagaré, que luego fue destruido, haya sido obtenido mediante engaño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, dentro de la caótica numeración presentada por el Defensor, se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia, por entender que no se ha acreditado "la existencia del elemento subjetivo del delito de estafa" que el recurrente entiende como "ánimo de engañar" al sujeto pasivo. Invoca el principio "in dubio pro reo" para impugnar la declaración de la víctima, a las que atribuye "muchas contradicciones y olvidos".

El motivo debe ser desestimado.

La jurisprudencia ha subrayado en múltiples ocasiones que el principio "in dubio pro reo" puede fundamentar el recurso de casación, siempre y cuando el tribunal haya condenado a pesar de tener dudas. Por el contrario, no cabe deducir de este principio un derecho a que, en determinadas circunstancias los tribunales duden sobre los hechos que imputan al acusado. Precisamente esto último es lo que pretende el recurrente, sin exponer ninguna de las objeciones referentes a la racionalidad de la valoración de la prueba que son admisibles en casación.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso tiene también una estructura técnicamente defectuosa. La Defensa ha expuesto tres cuestiones diferentes, consistentes en (a) la infracción del principio de intervención mínima, reiterando lo ya sostenido respecto del principio "in dubio pro reo" y entendido como "prohibición de exceso", (b) la infracción del art. 248.1 CP (no citado) porque los hechos no son típicos, y (c) en im-

pugnar la valoración de la prueba porque el tribunal a quo no consideró erróneamente que la entrega por el acusado de un albarán excluye su mala fe y el engaño.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

1. El principio de intervención mínima está dirigido, en todo caso, al legislador. Los tribunales están vinculados por la ley y, en la medida en la que su interpretación no vulnere la prohibición de extensión analógica del texto legal, que se deduce del principio de legalidad, la aplicación que hagan de la misma no puede ser atacada mediante este principio.

2. Las secciones segunda y tercera del recurso deben ser tratadas conjuntamente. El recurrente viene a sostener en argumentación poco clara que no hubo engaño porque el acusado no obró con dolo y entiende que ello se demuestra porque entregó un albarán. Nuestra jurisprudencia ha sostenido en numerosos precedentes que el engaño puede consistir también en ocultar la decisión de incumplir el contrato y que ello requiere que se haya probado el conocimiento cierto del autor de la imposibilidad de hacerlo en el momento de contraer la obligación. Originariamente se empleó para estos casos la terminología que designaba tales acciones como "negocios jurídicos criminalizados", hoy prácticamente en desuso, toda vez que, como es obvio, el derecho penal no criminaliza negocios jurídicos, que por definición deben ser lícitos, sino las acciones de engaño a otro que le provocan un perjuicio patrimonial. Por lo tanto, lo que es punible es afirmar como verdadero lo que es falso u ocultar lo verdadero y de esta manera perjudicar patrimonialmente al sujeto pasivo.

En el presente caso, según el hecho probado, la venta se habría producido el 8 de noviembre de 2001. La Sala, con apoyo en el art. 899 LECr ha comprobado, sin embargo que dicha fecha es errónea y que la operación tuvo lugar en 2004 (ver: escrito de querrela, fº 1/3; documentos obrantes al fº 9).

El vendedor estuvo de acuerdo con el comprador en desplazar temporalmente el pago hasta el 16 de noviembre de 2004. De los hechos probados no surge que el acusado, aunque sabía que en ese momento no tenía fondos para satisfacer la deuda asumida, tuviera la seguridad de que tampoco los tendría al momento de cancelar la obligación asumida mediante el pagaré.

El Tribunal de instancia no valoró circunstancias de las que fuera posible inferir que el acusado al contraer la obligación ya hubiera decidido no pagar el crédito que se le otorgaba, sobre todo cuando la documentación que se aportó en el juicio demuestra que la cuenta corriente contra la que

se giró el cheque estaba en movimiento y en alguno de esos días alcanzó un saldo que hubiera permitido satisfacer la deuda. La afirmación de la sentencia, en el sentido de que el acusado "sabía palpablemente que no lo iba a pagar" (pág. 7), no se apoya en la valoración de ningún elemento de prueba que permita tal conclusión.

Por otra parte, tampoco surge de los hechos probados que el pagaré, que luego fue destruido, haya sido obtenido mediante engaño. El hecho probado sólo dice que, después de pagar sólo 1000 euros, el acusado "cogiendo el título citado lo rompió". La Audiencia, sin embargo, no se pronunció sobre la expresa pretensión de la Acusación Particular de que este aspecto del hecho fuera subsumido bajo el tipo del art. 263 CP.

Ciertamente, el comportamiento posterior del acusado, al romper el pagaré de su acreedor, ha sido considerado por el Tribunal a quo. Sin embargo, lo ha hecho erróneamente, como parte de un engaño que habría comenzado al ser celebrada la operación (ver pág 7 de la sentencia recurrida). En realidad, entonces, el acusado debió ser condenado por el delito de daño (art. 263 CP), dado que la calificación que propuso la Acusación Particular, estimando este hecho como un delito de daño del art. 263 CP, era correcta.

Sin embargo, la representación del querellante no recurrió contra el silencio de la Audiencia respecto de su pretensión, por lo que, en ese punto, el fallo de la sentencia no puede ser modificado.

FALLO

Que debemos de estimar y estimamos el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por Jesús María, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1ª, con fecha 7 de abril de 2008, en el rollo Penal núm. 15/07, en causa seguida contra el mismo por el delito de estafa. con estimación parcial del segundo motivo alegado en su recurso, y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia en los extremos que afectan a dicho motivo. Declarando de oficio las costas ocasionadas en el recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos la presente resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Alberto Jorge Barreiro.- Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de julio de dos mil nueve.

En la causa incoada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Ávila, se instruyó Procedimiento Abreviado núm. 85/06, posteriormente transformadas en causa 310/07 del Juzgado de lo Penal de Ávila, contra Jesús María, en cuya causa se dictó Sentencia con fecha 7 de abril de 2008, por la Audiencia Provincial de Ávila, sección Primera, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera Sentencia.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos.- Que debemos de absolver y absolvemos libremente al acusado Jesús María del delito de estafa del que venía siendo acusado en este procedimiento.

Declarando de oficio las costas causadas en este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- 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.

terpuesto contra la Resolución del Ministro de Medio Ambiente, de 25 de noviembre de 2002, que declaró la caducidad de la concesión administrativa otorgada mediante Real Orden de 9 de julio de 1926, para la ocupación de los terrenos y legalización de las obras realizadas en terrenos de dominio público marítimo terrestre en el término municipal de San Vicente de la Barquera (Cantabria). Los motivos sobre los que sustenta el presente recurso de casación son cinco, todo ellos deben entenderse invocados, a falta de cita expresa en escrito de interposición, por el cauce procesal del artículo 88.1.d) de la LJCA. En ellos se denuncian las siguientes infracciones.

1.- En el primero, se denuncia la infracción de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, sobre los bienes de dominio público y su transformación en propiedad privada.

2.- En el segundo, la vulneración del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

3.- En el tercero, la lesión del artículo 57 de la Ley de Puertos de 1928 y artículos 348 y 6 y 7 del Código Civil.

4.- En el cuarto, por infracción de los artículos 6 y 7 del Código Civil.

5.- En el quinto, la lesión a la doctrina de los actos propios. Por su parte, el Abogado del Estado se opone al recurso de casación alegando, en primer lugar, la inadmisión del recurso porque el escrito de interposición es reproducción de lo invocado en el recurso contencioso administrativo. Y, en segundo lugar, tras analizar cada motivo considera que no concurren las infracciones denunciadas por lo que la sentencia ha de ser confirmada.

SEGUNDO.- La causa de inadmisión opuesta por la Administración General del Estado, en su escrito de oposición, no puede tener favorable acogida por las razones que a continuación expresamos. La inadmisión invocada consistente en la reproducción en casación de lo alegado en el escrito de demanda, es una causa relacionada con la técnica propia de la casación y no puede ser estimada en el caso examinado porque el escrito de interposición de la casación no se limita, sin más, a reproducir los motivos de impugnación alegados en la instancia. Por el contrario, en el citado escrito se modulan los motivos de casación, respecto de lo invocado en el recurso contencioso administrativo, mediante referencias críticas a la sentencia que se impugna. De modo que no podemos concluir, como debería para poder estimar esta causa de inadmisión que se nos propone, que el alegato de casación no esté orientado a poner en evidencia las vulneraciones del ordenamiento jurídico en que haya podido incurrir la sentencia objeto del recurso.

En este sentido, conviene añadir que aunque no se puede combatir directamente en casación el acto administrativo o disposición general objeto de la pretensión formulada en la instancia sin tener en cuenta lo razonado por la sentencia que se recurre, lo cierto es que el contenido de los motivos de casación invocados no avala tal conclusión, pues no se ha obviado el contenido de la sentencia y no se cuestiona la legalidad del acto administrativo impugnado en la instancia. En definitiva, el contenido del escrito de interposición de la casación está encaminado, esencialmente, a poner de relieve las infracciones normativas en que haya podido incurrir la sentencia impugnada, y solo marginalmente la resolución administrativa impugnada en el recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- Despejado el anterior obstáculo procesal, la infracción de jurisprudencia que sustenta el primer motivo de casación se cimienta sobre la doctrina de esta Sala -con cita expresa y transcripción parcial de la Sentencia de 24 de abril de 1997- dictada a propósito de las concesiones administrativas en las que, en determinadas circunstancias, tiene lugar, se señala, la transmutación de los terrenos de dominio público marítimo terrestre a propiedad privada. Bastaría para la desestimación de este motivo con señalar que se trata de una cuestión nueva, no tratada en la instancia, al no haber sido oportunamente planteada por la parte recurrente, y, en consecuencia, no haber sido abordada por la Sentencia recurrida, lo que constituiría, como decimos, razón más que suficiente para declarar su inadmisibilidad, según doctrina jurisprudencial consolidada de esta Sala, por todas, Sentencias de 19 de febrero, 25 de marzo y 19 de diciembre de 2000, 1 de febrero y 27 de mayo de 2003, 18 de febrero de 2004 y 24 de marzo y 2 de junio de 2004, entre otras. Pero es que además, se invoca una jurisprudencia de esta Sala que no resulta de aplicación al caso. Para que tenga lugar la transmutación de los bienes de dominio público marítimo terrestre en propiedad privada, mediante la desafectación implícita de los mismos, es preciso que concurren diversas circunstancias que resultan ajenas al caso examinado.

Esencialmente, nos centraremos en dos, en primer lugar, que la concesión ha de tener por objeto la desecación de la marisma y lo cierto es que, a juzgar por el título concesional de 9 de julio de 1926, dicha concesión no tenía por finalidad la desecación de marisma alguna, pues consta en dicho título que la concesión se hace "para legalizar la construcción (...) para fábrica de salazón y conservas de pescado", precisando, en la condición primera que "las obras que se legalizan son las que se determinan en el proyecto firmado por el ingeniero (...) que ha servido de base al expediente". De manera



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/240029

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 9 octubre 2009. Ponente: D. Pilar Teso Gamella

Caducidad de la concesión otorgada para la ocupación de terrenos de dominio público marítimo-terrestre

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, que confirmó la resolución del Ministro de Medio Ambiente, por la que se declaró la caducidad de la concesión administrativa otorgada mediante Real Orden de 9 julio 1926, para la ocupación de los terrenos y legalización de las obras realizadas en terrenos de dominio público marítimo terrestre. La Sala considera que no se infringe la jurisprudencia sobre la transmutación de los bienes de dominio público marítimo terrestre en propiedad privada, ya que ni consta que los terrenos fueran una marisma, ni que la finalidad de la concesión fuera su desecación. Tampoco se infringe el derecho del propietario a ejercer la acción de reivindicación, pues no estamos ante bienes de propiedad privada, sino ante bienes de dominio público que lo son por naturaleza, cuya ocupación está sujeta a la correspondiente intervención administrativa tanto ahora, como cuando se expidió el título concesional en 1926, y según el título, aunque la concesión se otorgase sin plazo, dejaba a salvo el derecho de propiedad e imponía al concesionario deberes incompatibles con la transformación del demanio en propiedad privada, cual era la prohibición de arrendar. De modo que no podían ser objeto de arrendamiento ni, consecuentemente, compraventa, y cualquiera que haya sido la actividad de un órgano de la Administración, no puede legalizar ni convalidar lo que es radicalmente contrario al ordenamiento jurídico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada en casación desestima el recur-

so contencioso administrativo, sustanciado ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, in-

que ni consta que los terrenos fueran una marisma, ni que la finalidad de la concesión fuera su desecación. En segundo lugar, que tras la desecación los terrenos habrían de ser destinados a la acción urbanizadora, lo que obviamente tampoco concurre en este caso pues al faltar el primer presupuesto, forzosamente decae el segundo, y, además, se trataba de legalizar una antigua fábrica.

Y, en fin, no está de más añadir que el alegato contenido en la última parte del motivo carece de sustento en la infracción de jurisprudencia invocada. Téngase en cuenta que las causas citadas en la resolución administrativa impugnada en la instancia no se refieren exclusivamente al cambio de finalidad del almacén situado en el demanio costero, de fábrica de salazón a astillero de construcción y reparación de barcos, sino también por encontrarse “en un estado de conservación deficiente”, por lo que se incumple también la condición octava de la concesión administrativa.

CUARTO.- La vulneración del artículo 38 de la Ley Hipotecaria sobre la que se cimienta en segundo motivo tampoco puede tener favorable acogida y ello porque, como viene declarando este Tribunal Supremo de modo reiterado, el artículo 38 LH establece una mera presunción de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento, lo que comporta la posibilidad de que cualquier interesado pueda oponer la falta de acomodación del contenido del folio registral con la realidad jurídica del derecho real cuestionado (STS Sala Primera de 18 de febrero de 2009 recurso de casación núm. 2781/2003). Y lo cierto es que en este caso es evidente que se trata de terrenos de dominio público para cuya utilización se otorgó en 1926 la concesión administrativa, cuya extinción se impugnó en el recurso contencioso administrativo.

QUINTO.- Los motivos tercero, cuarto y quinto denuncian la infracción del artículo 57 de la Ley de Puertos de 1928, los artículos 348 y 6 y 7 del Código Civil, y la doctrina de los actos propios. Se razona, en relación con la lesión del indicado artículo 57, que si durante 20 años se ha disfrutado de un aprovechamiento de dominio público sin oposición de tercero “continuará disfrutándolo aún cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización”. Para la desestimación de estos motivos basta con señalar que la concesión administrativa realizada por Real Orden de 9 de julio de 1926, se hace al amparo de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, según consta en el propio título de la concesión. De modo que no estaba vigente entonces, ni ahora cuando se declara la caducidad, la norma cuya infracción se invoca que, por otra parte, no tiene carácter de norma transitoria. Pero es que, además, en

el citado artículo 57 de la vieja Ley de Puertos de 1928 se hace referencia a la falta de variaciones durante veinte años, cuando ahora no solo se atribuye la alteración en el fin por la actividad como astillero, sino también como parque de bomberos o lugar de ensayo de agrupación musical local. Y teniendo en cuenta, insistimos, que la causa que determina la caducidad no solo es la modificación del destino o uso de los terrenos, sino por incumplir también la obligación de conservación, a juzgar por el deterioro del inmueble.

SEXTO.- Sin que, por lo demás, la infracción del artículo 348 del Código Civil, que reconoce la acción reivindicatoria a los titulares dominicales, pueda tener ni siquiera remoto fundamento en este caso. No estamos ante bienes propiedad privada, sino ante bienes de dominio público que lo son por naturaleza, ex artículo 138.2 de la CE, con las características que relaciona el apartado 1 del propio precepto constitucional, cuya utilización u ocupación está sujeta a la correspondiente intervención administrativa tanto ahora, como entonces cuando se expidió el título concesional en 1926. Reparemos ahora en las prescripciones contenidas en el título concesional. En la condición octava dispone que “el concesionario tendrá la obligación de conservar las obras en buen estado, y no podrá destinar las mismas, ni el terreno a que la concesión se refiere, a uso distinto del que en la presente disposición se determina, no pudiendo tampoco arrendar dicho terreno”; la décima establece que “esta concesión se entenderá otorgada a título de precario, sin plazo limitado, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero”; y, en fin, la condición decimocuarta previene que “la falta de cumplimiento por el concesionario, de cualquiera de las condiciones anteriores, será causa de caducidad de la concesión”. El expresado contenido indica que aunque la concesión se otorgase sin plazo, dejaba a salvo el derecho de propiedad e imponía al concesionario deberes incompatibles con la transformación del demanio en propiedad privada, cual era la prohibición de arrendar. De modo que no podían ser objeto de arrendamiento ni, consecuentemente, compraventa.

SÉPTIMO.- Tampoco podemos entender conculcada la buena fe ni la doctrina de los actos propios, porque su aplicación no puede imponerse frente a los principios constitucionales como el carácter inalienable e imprescriptible de los bienes de dominio público, ex artículo 132.2 CE, pues cualquiera que haya sido la actividad de un órgano de la administración, por cierto, ajeno al competente para dichas autorizaciones sobre cambios de uso de la concesión, no puede legalizar ni convalidar lo que es radicalmente contrario a nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, no está de más recordar que la Sala Primera viene declaran-

do, por todas, en la sentencia de 9 de mayo de 2000, que El principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (nemo potest contra proprium actum venire), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias de la Sala, como las de 27 enero y 24 junio 1996; 16 febrero, 19 mayo y 23 julio 1998; 30 enero, 3 febrero, 30 marzo y 9 julio 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto (sentencias de 23 julio 1997 y 9 julio 1999), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico. Además, tenemos que insistir, una vez más, que la causa a la que la recurrente limita su alegato es la relativa al conocimiento administrativo del cambio de uso de los terrenos de la concesión, sin que se refiera a la otra causa también aplicada en la declaración de caducidad como es el incumplimiento de la obligación de “conservar las obras en buen estado” según dispone la condición octava de la concesión, en relación con el informe sobre el estado del inmueble.

OCTAVO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso de casación (artículo 139.2 de la LRJCA). Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley, se determina que el importe de los honorarios del Abogado del Estado no puede rebasar los 1800 euros.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO

Que debemos desestimar los motivos invocados y declaramos que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Francisco contra la Sentencia de 11 de mayo de 2005, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en recurso

contencioso-administrativo núm. 125/2003, con imposición de las costas causadas en el recurso a la parte recurrente, con el límite fijado en el último fundamento de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Blanca Grande Pesquero.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a María del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

2009/24007

TS Sala 3^a, Sección: 3, Sentencia 21 octubre 2009. Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Autorización de parque eólico Retroacción de actuaciones al tribunal de instancia por versar el litigio sobre normativa autonómica

El TS estima los recursos de casación interpuestos por la concesionaria y la Junta de Galicia contra la STSJ que anuló el acuerdo de la Dirección General de Industria y Minas que publicó la autorización de las instalaciones electromecánicas, la declaración de utilidad pública de las instalaciones del proyecto modificado del parque eólico y su prevalencia sobre la del monte vecinal en mano común, resolución que se anula, ordenando la retroacción de lo actuado al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia a fin de que se resuelvan todas las cuestiones controvertidas en el proceso. La Sala estima el recurso ante la insuficiente fundamentación de la única parte comprensible de la sentencia y la imposibilidad de conocer exactamente cuál es el razonamiento del tribunal en el resto de ella, ordenando la retroacción de actuaciones ante el Tribunal de instancia al centrarse el litigio en la interpretación y aplicación de normas autonómicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Su-

perior de Justicia de Galicia con fecha 31 de enero de 2007, estimó parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la representación del "Monte Vecinal en Mano Común Faro de Argozón" contra las dos resoluciones administrativas antes reseñadas, relativas al proyecto modificado de parque eólico "Chantada".

Mediante la primera de dichas resoluciones (de 10 de julio de 2003) la Dirección General de Industria, Energía y Minas del Gobierno de Galicia (Consejería de Innovación, Industria y Comercio) hizo pública la autorización de las instalaciones electromecánicas y la declaración de utilidad pública de las correspondientes al proyecto modificado del parque eólico "Chantada", situado en los municipios de Chantada (Lugo) y Rodeiro (Pontevedra) y promovido por la empresa "Enerfín, S.A.". En la misma resolución se declaraba la prevalencia de la utilidad pública de aquel proyecto sobre la del monte vecinal en mano común, efectuada por acuerdo del Consejo de la Junta de Galicia el 26 de junio de 2003.

En la segunda de las resoluciones impugnadas (dictada igualmente por la Consejería de Industria, Innovación y Comercio, esta vez el 12 de marzo de 2004) se acordó no admitir a trámite la acción de nulidad formulada el presidente de la comunidad de monte vecinal en mano común "contra el acta previa de ocupación de la superficie de dicho monte afectada por el proyecto modificado de parque eólico Chantada".

SEGUNDO.- La Sala de instancia estimó en parte los dos recursos acumulados. En el fundamento jurídico primero de su sentencia describió los actos impugnados, no acertando al afirmar que en la segunda de las resoluciones impugnadas "se declara inadmisión por error material, la modificación de proyecto de la instalación de las referidas energías renovables", cuando lo recurrido era en realidad la inadmisión de una acción de nulidad.

En el segundo fundamento jurídico de su sentencia la Sala parece recoger los argumentos impugnatorios de la parte recurrente. La lectura de este fundamento jurídico no permite, sin embargo, discernir con claridad si en él se incluyen también apreciaciones propias del tribunal (emplea, entre otras, la fórmula "no podemos decir" que sería la propia del juicio coligado).

En el tercer y último fundamento jurídico material (a salvo el de costas) se combinan la exposición de las tesis recurrentes con las afirmaciones propias del tribunal. Su transcripción es como sigue:

"(...) Por otro lado se alega la falta de capacidad técnica, jurídica y financiera de la sociedad promotora o beneficiaria Enfin S.A., cuando la

realidad se trata de una filial de la solicitante Elecnor S.A., y de otro se ha modificado el plan elevando la potencia de 10 MW de 40 a 50 ó 48,10 y la de los aerogeneradores de 1.600 KV a 1.750 KV lo cual infringe lo acordado por toda ello, estimamos que ha existido una falta de regularización en lo convenido el 25-4-2000 (f.469 y 470) entre la empresa beneficiaria y la comunidad vecinal de montes en mano común, que no vincula a la empresa que se subroga en el mismo, es decir, a Enerfín, S.A., cuando produce efectos solamente a la Elecnor, S.A. contratante primero por él.

En conclusión, incide el Parque Eólico sobre un terreno clasificado como suelo rústico de protección de espacios naturales según la O.7-6-01 en la inclusión de la Red Europea Natura. No se motiva suficientemente la prevalencia de la explotación energética de la instalación sobre la U. Públicas e interés social así como los beneficios que podrían darse a su favor. Incide en una desviación de poder al dar mayor superficie o límites las propiedades de la Comunidad al trámite expropiatorio, no obstante no esta justificado la cuantificación de los daños y perjuicios salvo la posibilidad de reponer el estado y situación que inicialmente se hallaba el monte por la incidencia de las instalaciones y servidumbre de paso realizados."

Sin más, la Sala anula los actos impugnados y acuerda reponer el monte vecinal al estado anterior a la ejecución del parque eólico.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en estos términos han recurrido en casación tanto la Junta de Galicia como la empresa "Enerfín Enervento, S.A.". Uno y otro recurso coinciden inicialmente en denunciar, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Acusan a la Sala o bien de infringir "la exigencia de motivación suficiente y de coherencia interna de las sentencias" (Junta de Galicia) o bien de "vulnerar la exigencia de motivación de las sentencias" ("Enerfín Enervento, S.A.").

A juicio de "Enerfín Enervento, S.A." "los razonamientos en que se basa la Sentencia recurrida para alcanzar su fallo parcialmente estimatorio resultan inaccesibles pues, atendiendo al tenor literal de sus Fundamentos Jurídicos, no es posible conocer cuáles han sido estos argumentos (...) Del críptico, escueto y confuso tenor literal de la Sentencia no resulta posible conocer cuáles han sido los argumentos que han servido como ratio decidendi de la resolución impugnada."

En similares términos se pronuncia la defensa de la Junta de Galicia cuando afirma que la sentencia

"omite todo razonamiento con un mínimo de coherencia, relativo a cuáles son los motivos que han llevado a la Sala a estimar parcialmente el recurso" y le imputa una "deficiente redacción que impide colegir cuál es la crítica que se realiza al acto impugnado". Incluso la parte favorecida por la resolución judicial (esto es, la representación del monte vecinal) llega a reconocer que ésta "no es un ejemplo de claridad expositiva", aunque a su juicio no por ello debería ser casada.

CUARTO.- Los motivos de recurso basados en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional deben ser estimados. La sentencia recurrida es muy confusa en algunos pasajes e imotivada en otros. Como bien afirma uno de los recurrentes, se hace precisa una labor de exégesis para tratar de determinar cuáles son en realidad los fundamentos de su fallo e, incluso así, no hay certeza al respecto.

Sólo en el párrafo final del fundamento tercero que hemos transcrito se plasma lo que es la "conclusión" del tribunal. Es dudoso si el resto de la sentencia incluye razonamientos propios de la Sala o mera transcripción expositiva de los argumentos de la demandante. La confusión se incrementa pues, al hilo de aquella exposición, también se recogen otras alegaciones de las partes demandadas sin la debida separación conceptual.

La única "motivación" comprensible de la sentencia se limitaría, pues, a las tres afirmaciones finales del fundamento jurídico tercero:

a) Que el parque eólico incide sobre un terreno rústico, incluido en la Red Natura 2000.

b) Que la Administración no ha motivado suficientemente la prevalencia de la explotación energética de la instalación frente a la utilidad pública del monte vecinal.

c) Que dicha Administración ha incidido en desviación de poder "al dar mayor superficie o límites las propiedades de la Comunidad al trámite expropiatorio" (sic).

De dichas tres afirmaciones la última, sobre ser difícilmente comprensible en términos estrictamente gramaticales, no se justifica, ni se razona por qué ello supondría el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico ni cuál es la finalidad desviada. Y en cuanto a la primera, la Sala se limita a consignar un dato (la calificación rústica del terreno, que nadie había negado) y a afirmar que el monte está incluido en la "Red Europea Natura". Tampoco explica por qué esta circunstancia determinaría por sí misma la nulidad de los actos impugnados.

Sólo quedaría, en definitiva, como fundamento de la sentencia la supuesta ausencia de motivación del

acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno respecto a la prevalencia de una utilidad (la energética) sobre otras (la propia del monte vecinal). Pero se trata de una motivación abiertamente insuficiente no ya porque no se ligue a la cita de ninguna norma legal o reglamentaria, sino porque se deja de dar respuesta a las extensas alegaciones que sobre esta cuestión se habían formulado en las contestaciones a la demanda, basadas en los documentos que constaban en el propio expediente administrativo, algunos de ellos procedentes de la Consejería de Medio Ambiente.

La insuficiente fundamentación de la única parte comprensible de la sentencia y la imposibilidad de conocer exactamente cuál es el razonamiento del tribunal en el resto de ella determina que debemos casarla, acogiendo los correspondientes motivos de las dos partes recurrentes.

QUINTO.- Una vez estimados aquellos motivos y apreciada la infracción procesal en la instancia, el problema que se nos plantea consiste en decidir si, conforme el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, debemos dictar sentencia resolviendo lo que corresponda dentro de los términos en que el debate fue planteado en la instancia o, por el contrario, el examen de la cuestión de fondo corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, al que habrá de remitirse lo actuado para que dicte la sentencia que en derecho proceda.

En este punto hemos de referirnos necesariamente a la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de noviembre de 2007 (recurso de casación 7638/2002). Poniendo fin a una doble línea interpretativa anterior, según se expone en el fundamento jurídico séptimo de aquella, el Pleno de esta Sala resolvió que podía ser procedente, según los casos, retrotraer las actuaciones al tribunal de instancia cuando las normas decisivas para la resolución del litigio fueran las emanadas de los órganos propios de la Comunidad Autónoma.

Con la advertencia de que "siempre será preciso examinar los supuestos de cada caso y, en contemplación de ellos, decidir lo procedente" y que resulta exigible la ponderación de las específicas circunstancias "en aquellos supuestos en los que se produzcan entrecruzamientos ordinarios, lo que obligará a discriminar si la controversia está o no sometida a preceptos no sólo autonómicos y cuál sea el grado de incidencia que en la resolución del supuesto tengan preceptos de procedencia no autonómica", la doctrina sentada por el Pleno de la Sala tratada de respetar el ámbito de competencias propias de los Tribunales Superiores de Justicia en los casos en los que -como el entonces enjuiciado- una de sus Salas no hubiera dado una respuesta de fondo a las

alegaciones formuladas durante el proceso de instancia en torno a disposiciones autonómicas, siempre que fuesen relevantes para el enjuiciamiento final del litigio. No es necesario reiterar o transcribir en extenso las consideraciones que justificaron aquel fallo, a las que nos remitimos.

En este supuesto el litigio de instancia se centra también en la interpretación y aplicación de una norma reglamentaria propia de la Comunidad Autónoma (el Decreto 302/2001, de 25 de octubre, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Galicia) y otra legal de la misma naturaleza (la Ley del Parlamento de Galicia número 13/1989, de 10 de octubre, por la que se regulan los montes vecinales en mano común), entre otras disposiciones.

El Decreto autonómico 302/2001 (o en su caso, el precedente Decreto 205/1995, de 6 de julio que, sin perjuicio de su aplicación como norma de régimen transitorio, fue derogado por aquél) regula tanto la planificación del aprovechamiento de la energía eólica mediante la elaboración del Plan Eólico de Galicia y de los planes eólicos empresariales, como el procedimiento para la autorización administrativa de las instalaciones de producción de electricidad a partir de la energía eólica, y las condiciones técnicas, socioeconómicas, medioambientales y de eficiencia energética que deberán respetarse en todo caso para la implantación de aquéllas. De manera singular regula el establecimiento de un "procedimiento a los efectos de la declaración de utilidad pública de las instalaciones en los procedimientos de expropiación". La interpretación y aplicación de sus preceptos serán, pues, clave, para la resolución del litigio.

Será asimismo necesario tomar en consideración el derecho propio de Galicia en materia de montes vecinales en mano común, esto es, las disposiciones de la Ley autonómica 13/1989 cuya disposición final afirma que "(...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo, 38.1 del Estatuto de Autonomía será de aplicación, en su ámbito territorial, con preferencia a cualquier otro". En concreto, la Sala de instancia habrá de apreciar -y motivar adecuadamente su respuesta- acerca de la aplicación al caso de autos del artículo 6 de la Ley 13/1989, a tenor del cual los montes vecinales "sólo podrán ser objeto de expropiación forzosa o imponerseles servidumbres por causa de utilidad pública o interés social prevalentes a los de los propios montes vecinales".

Es cierto que, junto a aquéllas, a lo largo del debate procesal también fueron invocadas otras normas estatales. Pero no es menos cierto que entre las relevantes y determinantes del fallo se encontraban, de modo preponderante, las ya citadas de origen autonómico. Esta circunstancia,

unida a la falta de respuesta comprensible del tribunal de instancia sobre el resto de cuestiones planteadas, determina que reiteremos también en este caso la decisión adoptada en la sentencia del Pleno de 30 de noviembre de 2007.

Como entonces afirmamos, la eventual dilación que pueda suponer la retroacción de las actuaciones ante el Tribunal de instancia será mínima "pues la devolución de lo actuado al Tribunal Superior de Justicia se hará para que por éste inmediatamente se dicte sentencia, resolución a la que, razonablemente, deberá darse prioridad respecto de los restantes recursos pendientes de señalamiento".

SEXTO.- No procede hacer imposición de las costas de casación conforme al artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. Las correspondientes a la instancia se resolverán en la sentencia que ponga fin al recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

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

FALLO

Primero.- Ha lugar a los recursos de casación interpuestos por "Enerfín Enervento, S.A." y la Junta de Galicia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 31 de enero de 2007 en los recursos acumulados números 7952 de 2003 y 7586 de 2004, sentencia que casamos.

Segundo.- Ordenamos la retroacción de lo actuado al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia resuelva todas las cuestiones controvertidas en el proceso.

Tercero.- No hacemos imposición de las costas de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Ramón Trillo Torres.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perello Domenech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico. María Isabel Perello Domenech.



2009/166006

TS Sala 4ª, Sentencia 10 junio 2009. Ponente: D. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Inexistente obligación para empresa de pago de prestaciones por desempleo

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa hortifrutícola demandada contra sentencia que la condenó al pago de prestaciones por desempleo. Explica el Tribunal que si bien en el supuesto enjuiciado los contratos debieron ser de fijo discontinuo, y no de obra o servicio determinado, dada la actividad de la empresa, también lo es que, independiente de la forma del contrato, el trabajador habría tenido derecho a desempleo, no existiendo un lucro indebido de prestaciones imputable a la empresa, ni un perjuicio para la entidad gestora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Valencia dictó sentencia el 5 de diciembre de 2005, autos 683/04, desestimando la demanda formulada por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la trabajadora, codemandada Esther, absolviendo a las demandadas de los pedimentos que en la misma se contienen. Tal y como resulta de dicha sentencia, la trabajadora demandada ha venido prestando servicios durante el periodo comprendido entre el 6-11-1999 y el 31-3-2003, mediante sucesivos contratos de duración determinada, que se alternaban, con la percepción de prestaciones por desempleo para la empresa Juan Olaso S.A., dedicada a la actividad de almacén de cítricos, habiendo solicitado, el 10-5-04, a la finalización del último contrato temporal, prestaciones por desempleo de nivel contributivo que le fueron reconocidas. La trabajadora y la empresa suscribieron en los cuatro años inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación por desempleo anteriormente consignada contratos temporales, los dos primeros por acumulación de tareas y los dos últimos por circunstancias de la producción, siendo las tareas realizadas las de encajadora-triadora o envasadora de almacén, constituyendo la actividad de la empresa el almacenaje de cítricos.

Recurrida en suplicación por la parte actora la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia el 28 de diciembre de 2007,

recurso 4371/06, estimando el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada y declarando la responsabilidad de la empresa Juan Olaso S.A., a la que condena a que abone a la Entidad Gestora la cantidad de 21.918'91 euros, de los que 14.867'96 corresponden al concepto de prestación por desempleo y 7.050'95, en concepto de cotización a la Seguridad Social. La sentencia entendió que la modalidad de contratación que debía haber adoptado la empresa era el contrato fijo-discontinuo siendo, en consecuencia, fraudulenta la contratación llevada a cabo por el empresario, por lo que deviene aplicable al supuesto lo establecido en el artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, ya que no evita la aplicación del precepto el que no haya ocasionado una percepción fraudulenta de las prestaciones por desempleo que, en todo caso, se habrían percibido si se hubiera efectuado su contratación como fija discontinua.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada Juan Olaso S.A. recurso de casación para la unificación de doctrina, señalando como sentencia de contraste, en cumplimiento de lo acordado por de esta Sala en proveído de 24 de junio de 2008, la dictada por esta Sala el 10 de octubre de 2007, reurso 3782/06.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

SEGUNDO. - Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto

de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social el 10 de octubre de 2007, recurso 3782/06, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Mejadors, Educació y Lleure S.L. contra la sentencia de 27 de junio de 2006, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, casando y anulando dicha sentencia y, resolviendo el debate planteado en suplicación, revocó la sentencia de 7 de diciembre de 2004, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 20 de Barcelona, absolviendo a la demandada "Mejadors, Educació y Lleure S.L." de la demanda deducida en su contra por el Servicio Público de Empleo Estatal. Consta en dicha sentencia que la empresa Mejadors, Educació y Lleure S.L. ha venido realizando sucesivos contratos temporales a la trabajadora D^a Julia, a cuya finalización la trabajadora ha percibido prestaciones por desempleo, coincidiendo con las épocas de vacaciones, realizando funciones como monitora de comedor y tiempo libre.

La parte actora reclama el importe de las prestaciones de desempleo percibidas por la trabajadora así como las cotizaciones a la Seguridad Social. La sentencia entendió que la incorporación del artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, efectuada por Ley 45/02, de 12 de diciembre, no obedece a la finalidad de legitimar a la Entidad Gestora del desempleo para impugnar todos los contratos temporales concertados en fraude de ley, sino proporcionar a dicha entidad un instrumento eficaz para combatir las actuaciones empresariales que le hayan causado un perjuicio, es decir, cuando los reiterados contratos temporales fraudulentos hayan dado lugar a que el trabajador obtenga unas prestaciones por desempleo a las que no hubiera tenido derecho de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir, por lo que como en el presente caso el trabajador también hubiera tenido derecho a la percepción de las prestaciones por desempleo si se hubiera suscrito el contrato que legalmente corresponde, es evidente que ningún perjuicio se le ha causado a la Entidad Gestora, por lo que no procede condenar a la empresa demandada a abonar al Servicio Público de Empleo Estatal las cantidades reclamadas.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambas el Servicio Público de Empleo Estatal, al amparo del artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento

Laboral, reclama a la empresa el abono de las prestaciones de desempleo que han sido percibidas por unos trabajadores que previamente habían concertado con la empresa sucesivos contratos temporales, seguidos de percepción de prestación por desempleo, no siendo la modalidad contractual utilizada la adecuada a la prestación laboral a realizar.

Es irrelevante que en la sentencia recurrida los contratos suscritos fueran temporales por acumulación de tareas y la modalidad contractual adecuada el contrato de fijo discontinuo, en tanto en la de contraste los contratos que se suscribieron fueron para obra o servicio determinado de carácter anual y la modalidad contractual adecuada el de obra o servicio determinado (de duración incierta pues está sometido a la duración de la contrata) y a tiempo parcial (es actividad discontinua que se repite en fechas ciertas, actividad de comedor escolar que se repite todos los años a lo largo del curso escolar).

El escrito de interposición del recurso cumple suficientemente con la exigencia de ofrecer una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, como exige el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues no se limita a transcribir el contenido literal de las sentencias que somete al juicio de comparación, sino que argumenta, siquiera sea someramente, las razones que le llevan a entender que concurre la triple identidad exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO. - El recurrente alega infracción del artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, en la interpretación dada al mismo por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de octubre de 2007, recurso 3782/06, dictada en unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea en el presente recurso ha sido ya resuelta por las sentencias de esta Sala de 10 de octubre de 2007 (rec. 3782/06), invocada como sentencia de contraste, de 26 de diciembre de 2007 (rec. 4831/06), 14 de enero de 2008 (rec. 778/07), 19 de febrero de 2008 (rec.1353/07), 29 de mayo de 2008 (rec. 2315/07) y 20 de noviembre de 2008 (rec. 4309/07, entre otras, a cuya doctrina debemos atenernos por un principio elemental de seguridad jurídica, al no haberse producido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En ellas se contiene la fundamentación de derecho que sigue:

La incorporación del artículo 145 bis a la Ley de Procedimiento Laboral por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre "de medidas urgentes para

la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad" no ha convertido a la Entidad Gestora del desempleo, ahora Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM), en una especie de custodio o garante de la legalidad de la contratación laboral en general. Nada explica la Ley en su exposición de motivos sobre cuál ha sido la razón que le ha llevado a implantar esta modalidad procesal. Pero es evidente que la decisión de crearla no ha sido la de legitimar a la Entidad Gestora del desempleo para impugnar todos los contratos temporales abusivos o concertados en fraude de ley, al margen de las consecuencias que puedan tener respecto de la prestación de desempleo.

El objetivo, parece claro, es menos ambicioso y está en sintonía con el general que persigue dicha Ley. Y ha sido proporcionar a la Entidad un instrumento eficaz para combatir exclusivamente las actuaciones empresariales —y de ahí que las consecuencias de las sentencias condenatorias no alcancen nunca al trabajador que percibió indebidamente las prestaciones (art. 145 bis.1)— que le hayan irrogado un perjuicio; es decir, siempre y cuando los reiterados contratos temporales fraudulentos o abusivos hayan dado lugar a que el trabajador obtenga unas prestaciones de desempleo a las que no hubiera tenido derecho de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir (art. 6. 4 del Código Civil).

En esta misma línea de reconocer facultades a las Entidades Gestoras para combatir, no ya situaciones de connivencia entre empresa y trabajador para adquisición fraudulenta de prestaciones, sino incluso la existencia de "errores no deliberados de calificación en el tipo de contrato de trabajo celebrado, equivocaciones que pueden ser incluso frecuentes cuando las modalidades contractuales son próximas" siempre y cuando con éstos se haya conseguido obtener prestaciones indebidas, se ha manifestado ya esta Sala en su sentencia de 29-1-02 (rcud. 704/01).- En definitiva, la pretensión de condena empresarial al reintegro ejercitada vía art. 145.bis.1 únicamente podrá encontrar favorable acogida, cuando la contratación fraudulenta o abusiva haya ocasionado un perjuicio a la Entidad Gestora al haber abonado unas prestaciones de desempleo que conforme a ley no estaba obligada a satisfacer; en caso contrario, la empresa deberá ser absuelta.

De lo dicho se deriva que el éxito de una demanda como la interpuesta está condicionado, no tanto a la demostración de las posibles irregularidades de los contratos, sino a que éstas generaron una indebida percepción de prestaciones de desempleo. Con la consecuencia de que el examen de la relación entre el trabajador y las prestaciones recla-

madas no constituye una cuestión ajena al debate...(..) sino parte esencial del mismo. Pues si queda de manifiesto que el trabajador también habría tenido derecho a desempleo si en lugar de suscribir el contrato concertado, supuestamente abusivo o fraudulento...(..) hubiera suscrito el que legalmente correspondía según la norma eludida, es evidente que las posibles irregularidades de los contratos serían irrelevantes a los efectos discutidos, puesto que ningún perjuicio habrían causado a la Entidad Gestora al estar también obligada a abonar las prestaciones correspondientes al contrato que legalmente correspondía...(..)...

Ahora bien, el contrato que debió suscribirse entre las partes para tal situación era el de obra o servicio determinado (de duración incierta como ocurre en todas las obras o servicios, y de modo especial en las contrataciones cuya duración depende de la voluntad de la empresa que la adjudica) y a tiempo parcial. Este habría sido el ajustado a la ley, puesto que el artículo 15.8 ET, lo autoriza para la realización de una actividad discontinua que se repite en fechas ciertas...(..) y el art. 12.2 del propio Estatuto permite su concertación por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación.

Tal tipo de contrato genera en los periodos de inactividad derecho a desempleo, de acuerdo con la doctrina unificada que sentó esta Sala en sus sentencias de 5-2-03 (rcud. 2361/02) y 29-9-04 (rcud. 6032/03) al interpretar el artículo 208.4 de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción anterior a las reformas operadas por el Real Decreto Ley 5/2002 y la Ley 45/2002 (que finalmente incluyó en dicho precepto una precisión, "en los periodos de inactividad productiva", que ya había hecho la doctrina unificada) y, por supuesto, a la introducida por el Real Decreto-Ley 5/2006 conforme a la cual "las referencias a los fijos discontinuos del Título III de esta Ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas".-

Dichas sentencias se dictaron en relación con los fijos discontinuos, pero su doctrina es claramente de aplicación a los contratos a tiempo parcial dada la identidad de las situaciones a proteger, que finalmente ha venido a reconocer el Real Decreto-Ley 5/2006 como acabamos de ver. Se desprende así también de la Disposición Adicional Séptima, regla cuarta, de la Ley General de la Seguridad Social que establece, en cuanto a la protección por desempleo, que las reglas para los fijos discontinuos son también de aplicación a los contratos a tiempo parcial y del art. 1 del Real Decreto 1131/2002, de 31 octubre, citado por la sentencia recurrida, que contiene análoga previsión.-

Siendo ello así, es claro que la decisión empresarial al optar por el contrato para obra o servicio determinado, y al margen de que hubiera sido o no errónea o deliberada, no ha generado ningún derecho a desempleo nuevo o distinto del que hubiera correspondido de haberse suscrito el adecuado contrato a tiempo parcial; y por consiguiente a la trabajadora no ha existido un lucro indebido de prestaciones imputable a la actuación de la empresa, ni por ende, un perjuicio real para la Entidad Gestora. Por ello la empresa debe ser absuelta de la pretensión deducida en su contra por el Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM).....

CUARTO.- Aplicando la doctrina expuesta procede la estimación del recurso formulado por Juan Olaso S.A., casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia de instancia, desestimando la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercidas en su contra.

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 Letrada D^a Blanca Royo Ballesteros, en nombre y representación de Juan Olaso S.A., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 28 de diciembre de 2007, dictada en el recurso de suplicación núm. 4371/06. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto en su día por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Valencia, en fecha 7 de diciembre de 2005, en los autos núm. 10538/04, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas. Se acuerda la devolución a la recurrente del depósito y del aval constituidos para recurrir.

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. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/166027

TS Sala 4^a, Sentencia 17 junio 2009. Ponente: D. Gonzalo Moliner Tamborero

Competencia del orden social para conocer del despido de ingeniero forestal

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el ingeniero forestal accionante contra sentencia que acogió la excepción de falta de jurisdicción del orden social planteada por la demandada Junta de Andalucía en autos sobre despido.

Señala la Sala que en el supuesto enjuiciado se trata de una contratación formalmente administrativa, pero de naturaleza laboral, pues el demandante ha estado desarrollando una verdadera prestación de servicios, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, consistentes en la actividad constante y habitual de ésta, la cual le proveía de todos los medios necesarios para su realización.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente recurso de casación para la unificación de doctrina lo ha interpuesto la parte demandante contra la sentencia dictada en 27 de junio de 2007 (rec.-1114/07) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada. En ella, se desestima el recurso de suplicación interpuesto por los demandantes, contra la sentencia por la que estimando la excepción de falta de jurisdicción de este Orden Social, alegada por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía desestimaba la demanda sobre despido interpuesta por la demandante sin pronunciamiento alguno sobre el fondo de lo cuestionado.

En el caso, la demandante estuvo prestando servicios para dicha Consejería como Ingeniero Técnico Forestal en virtud de los contratos y períodos que se describen en los hechos declarados probados, excepto algún período sin contrato; contratos denominados, a excepción del primero, contratos de trabajo de consultoría y asistencia técnica, amparados, según la fecha de su suscripción, en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y con sujeción a los Pliegos de Condiciones Técnicas y Administrativas. Sus funciones

han sido las de la realización de los servicios de asistencia y consultoría en materia de vías pecuarias, desarrollando su labor en la emisión de Informes técnicos, así como resolución de todas aquellas consultas sobre cuestiones que fuesen surgiendo durante el desarrollo de la gestión de vías pecuarias.

La dirección y supervisión de los trabajos correspondía desde el año 1998 a la Coordinadora de Vías Pecuarias, adscrita a la Delegación Provincial de Medio Ambiente de Jaén, y en el año 2003 al Jefe de la Sección de Patrimonio y Vías Pecuarias de la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía. La duración de la vinculación era la de un año, salvo prórroga acordada entre las partes, teniendo los contratos suscritos servicios determinados, y caso de no finalizar el objeto en el tiempo previsto se proponía por el Director Facultativo prorrogar el contrato hasta su finalización. La actora sus retribuciones a razón de un precio unitario por contrato, con importe preestablecido según que actuación, pago que se efectuaba por meses vencidos previa presentación de factura y certificado del Director de los trabajos de que éstos se han desarrollado de conformidad, soportando las facturas el correspondiente IVA.

Los trabajos se realizaban en el lugar o lugares que se designaban por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente (en realización de deslindes, señalizaciones, in situ...), y es la Consejería que proveía a la interesada de todos los medios necesarios para su realización. El trabajo diario de oficina se desarrolla en la Oficina de la Sección de Patrimonio y Vías Pecuarias de la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente. El material de oficina se provee por la Junta de Andalucía, teléfono, ordenador con acceso a todos los archivos comunes al personal técnico de la Consejería, estando autorizados los demandantes para conducir vehículos oficiales adscritos a la Consejería.

El horario de trabajo que no es controlado a través de fichaje, ha sido de turno de mañana cuando se desarrollaba en horario de Oficinas, y en otras ocasiones por razones obvias de trabajo (deslindes, señalizaciones, clasificación de vías pecuarias), el trabajo se desarrolla fuera de la oficina y en horas diversas. Los demandantes disfrutaban de los permisos y períodos de vacaciones comunicando oralmente a la dirección facultativa adscrita a la Delegación, los períodos, no estando sujetos a previa autorización de las mismas.

La sentencia recurrida, confirmando la de instancia, entiende que nos encontramos ante una relación jurídico administrativa lícitamente celebrada al amparo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, Ley de Contratos de

las Administraciones Públicas, modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, así como en el Real Decreto 2/2000, de 16 de julio, que regula los contratos de consultoría y asistencia, sin que concurran los requisitos para calificar de relación laboral su contratación.

2.- La demandante ha recurrido dicha sentencia y aporta como sentencia de referencia para la contradicción la dictada por esta Sala de fecha 30 de abril de 2007 (rec.-1804/2006) en la que contemplando un supuesto de contratación igualmente administrativa de un trabajador por parte del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas también realizado por la vía de sucesivas contrataciones de asistencia técnica y en las que se demostró que la realidad subyacente era que durante varios años había prestado servicios continuados bajo la dependencia de dicho Servicio.

3.- La contradicción entre las dos sentencias comparadas debe entenderse que concurre en el caso, pues como ya se dijo en las sentencias de 30 de abril de 2007 (rec. 1804/2006) y 25 de octubre de 2007 (rec. 3377/2006), dictadas en casos análogos, en ambas situaciones se produjo la contratación de trabajadores para prestar servicios semejantes a la Administración y en ambos casos con sujeción a las pautas marcadas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a pesar de lo cual en una sentencia, se atendió al contenido de la relación habida entre las partes mientras que en la otra se atendió a la forma de la contratación. Esta contradicción necesita una unificación que es lo que constituye la finalidad de este recurso de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 217 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. Dándose la circunstancia específica de que esta Sala ya dictó sentencia sobre el fondo en un proceso en el que la demandante era la misma que lo es en el presente procedimiento y en el que ella misma demandaba el reconocimiento de la condición laboral de trabajadora por tiempo indefinido que le fue reconocido por sentencia de 7-10-2008 (rcud. 614/2008).

SEGUNDO.- 1.- El recurso, que denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha de ser estimado, al haber resuelto ya la Sala en las ya mencionadas sentencias de fecha 30 de abril de 2007 (rec. 1804/2006) y 25 de octubre de 2007 (rec. 3377/2006), la señalada problemática, en asuntos asimismo de prestación de servicios para distintas Administraciones Públicas, en condiciones y contratos similares de prestación de servicios, pero fundamentalmente porque en relación con esta misma trabajadora ya dictó esta Sala, como se ha dicho,

la STS 14-10-2008 (rec. 614/08) reconociendo la competencia del orden social de la jurisdicción y su condición de trabajadora por cuenta de la Consejería demandada por los mismos trabajos y relación que ahora es objeto de debate por cuya razón esta Sala se halla ya vinculada por los efectos positivos de la cosa juzgada en cualquier caso.

2.- En el fundamento jurídico segundo de dicha sentencia, la Sala reiteró sus argumentos ya clásicos sobre la calificación de este tipo de relación entre trabajadores y las distintas administraciones públicas recogidos en la doctrina unificada, contenida entre otras, en sentencia de fecha 19 de mayo de 2005 (Rec. 2464/2004), y en las citadas en el anterior fundamento jurídico en el que se denunciaba la infracción del art. 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con lo previsto en el art. 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio en relación con los arts. 196 y 200 del mismo texto legal, en relación con lo previsto en el art. 2 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998, para señalar que “Se plantea en estos autos una problemática que ha sido tradicional en la doctrina jurisprudencial anterior al nuevo texto legal regulador de la contratación administrativa hasta del año 2000 acerca de la distinción entre lo que es un contrato laboral y un contrato administrativo.

Para el estudio de esta importante cuestión hay que partir del principio establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública en la que se dispuso de forma paladina que “a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo”, a lo que añadió que “los contratos a celebrar excepcionalmente por las Administraciones públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la ley de contratos del Estado...”, con lo que se pretendió eliminar la posibilidad antes permitida por el art. 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 de que la Administración pudiera contratar trabajadores a su servicio por la vía de la contratación administrativa, habiendo sido desarrollada esta ley en el aspecto concreto de la realización de trabajos específicos por el RD 1465/1985, de 17 de julio.

No obstante aquella prohibición general, se planteó siempre el problema acerca de si las distintas Administraciones Públicas podían contratar personal a su servicio por la vía de la contratación administrativa al amparo de la excepción prevista

en aquella Ley para la Reforma de la Función Pública, y posteriormente en Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en su versión original del año 1995 - Ley 13/1995, de 18 de mayo - en cuanto que ésta preveía como posible la contratación por parte de las Administraciones Públicas de los trabajos “de consultoría y asistencia, los de servicios y los trabajos específicos y concretos no habituales que celebre la Administración” conforme al detalle establecido en los arts 197 y sgs de aquella disposición legal”, y señalar que “para distinguir entre los contratos administrativos y los laborales, esta Sala en una sentencia de Sala General de 2-2-1998 (Rec.- 575/1997), contemplando lo dicho en las disposiciones administrativas antes referidas, después de reconocer la dificultad en la delimitación de los ámbitos administrativo y laboral en esta materia, estableció que en la normativa administrativa lo que estaba previendo era la contratación con carácter administrativo para la posibilidad de llevar a cabo un “trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un “trabajo específico”, es decir un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final”; habiendo incidido en esta idea posteriores sentencias de esta misma Sala como las de 13-7-98 (Rec.- 4336/97), 15-9-98 (Rec.- 3453/97), 9-10-98 (Rec.- 3685/97), 4-12-1998 (Rec.- 598/98) 21-1-99 (Rec.- 3890/97), 18-2-99 (Rec.- 5165/97), 3-6-99 (Rec.- 2466/98) o 29-9-99 (Rec.- 4985/98) entre otras, en las que se estableció con mayor precisión que “la naturaleza materialmente laboral de la prestación de servicios realizada, cuando presenta las notas típicas de ajeneidad y dependencia, y tiene carácter retribuido, no puede desvirtuarse por la calificación meramente formal del contrato como administrativo en virtud del artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con la disposición adicional 4ª.2 de la Ley 30/1984 y con los Reales Decretos 1465/1985 y 2357/1985.

Ello es así porque la procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera “a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual, lo que, como señala la sentencia de contraste, exige que lo contratado sea “un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma”, añadiendo que “el contrato regulado en estas normas pertenece al tipo de contrato de obra, cuyo objeto presenta las características mencionadas, y tal tipo de contrato no concurre cuando lo que se contrata no es un producto específico que pueda ser individualizado de la prestación de trabajo que lo produce - un estudio, un proyecto, un dictamen profesional, como precisaba el

art. 6.1 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles -, sino una actividad en sí misma y esto es lo que sucede en el presente caso, en que lo que se ha contratado no es ninguna obra o resultado que pueda objetivarse sino la actividad de la actora como profesora que se ha prestado, como no podía ser menos, bajo la dirección y control de los órganos competentes de la administración...” Se trata, por otra parte, de una interpretación congruente con lo que, en sentido contrario, se ha mantenido respecto de los nombramientos de funcionarios interinos que reclamaban la condición de laborales, en distinción solidamente argumentada con la sentencia de esta Sala de 20-10-98 (Rec.- 3321/97), también dictada en Sala General “.

En la misma se añadía que “La interpretación de la Sala, a partir de aquella posibilidad de contratación de personas por parte de las administraciones para trabajos “específicos y concretos” previstos tanto en la Ley 30/84, y decretos de desarrollo de la misma, como en la Ley 23/1995, se recondujo en realidad a hacer posible la contratación de lo que en términos tradicionales se denominaba “arrendamiento de obras” aun cuando dentro de tal denominación pudieran incluirse no solo las obras físicas sino también las obras resultado de una actividad intelectual, o, como se dijo en sentencia citada más arriba “un producto delimitado de la actividad humana y no esa misma actividad en sí mismo considerada, en cuanto que esa contratación, llevada a cabo con retribución y con dependencia es lo que constituye el objeto del moderno contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores. Por otra parte, se añadía:

“La legislación acerca de la posible contratación de personas para realizar obras o servicios por parte de la Administración no ha sido modificada en lo que afecta a la normativa sobre contratación personal, pero sí que ha sido modificada en lo que se refiere el régimen administrativo de la contratación.

En este sentido, la Ley 13/1995 fue modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, en la que, curiosamente, se suprimió la posibilidad de celebración de “contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales” que antes figuraba como una posibilidad de contratación administrativa en el apartado 4 del art. 197 en el texto de 1995, y dicha supresión se ha mantenido en el Texto Refundido vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Ante esta situación no solo procede mantener la tesis de la Sala sino que la misma queda reforzada en tanto en cuanto puede afirmarse que la contratación administrativa ya no

ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí misma consideradas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido”

TERCERO.- Atendiendo a las señaladas circunstancias del caso y a las descritas condiciones en que se ha desarrollado la relación entre las partes; y partiendo de la doctrina expuesta, ha de concluirse que, nos encontramos ante una contratación formalmente administrativa pero de naturaleza laboral, y por lo tanto ante una relación laboral para el conocimiento de cuyas vicisitudes es competente el orden jurisdiccional social de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

En efecto, concurren a juicio de la Sala las notas que configuran la relación laboral -artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores -, pues al margen de los contratos suscritos, la demandante ha estado desarrollando una verdadera prestación de servicios, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, consistentes en la actividad constante y habitual de ésta, la cual les proveía de todos los medios necesarios para su realización; trabajos que llevaban a cabo los demandantes bien en las propias dependencias de la demandada, bien en los lugares designados por aquella, acudiendo diariamente a dichas dependencias en turno de mañana y en horario de oficina, o en horas diversas, cuando, por razones obvias de trabajo, los trabajos los efectuaban fuera de la oficina, disfrutando de permisos y vacaciones previa comunicación oral a la Dirección facultativa adscrita a la Delegación provincial de la demandada, percibiendo una retribución fija mensual, aunque, lógicamente, salvaguardando en los recibos las formalidades del contrato inicial, y sin que en el desarrollo o a la finalización de los distintos contratos se haya efectuado una evaluación de objetivos cumplidos o del trabajo realizado en relación con la obra o servicio objeto de los mismos.

Por todo ello, siendo Laboral la relación existente entre las partes y competente para conocer de la demanda que dio origen a las presentes actuaciones el orden social, procede estimar el presente recurso de casación, para casar y anular la sentencia recurrida, con la consiguiente anulación de la sentencia de instancia, para que partiendo de la competencia del Orden Social de la Jurisdicción, resuelva la cuestión de fondo planteada. Todo ello en aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 226 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal. Sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

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



EL DERECHO

Año XVI. Número 2772

Madrid, 21 de diciembre de 2008

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D^a Sonia, contra la sentencia dictada en 27 de junio de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso de suplicación núm.

1114/07, que casamos y anulamos y, resolviendo en trámite de suplicación el recurso de tal naturaleza interpuesto por dicha demandante anulamos la sentencia de instancia dictada en reclamación por reconocimiento de derecho frente a la CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA y EGMASA, para que partiendo de la competencia del

Orden Social de la Jurisdicción, resuelva la cuestión de fondo planteada. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

GISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

RESEÑA

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



2009/150891

TS Sala 1^a, Sentencia 3 julio 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Revocación de donación por incumplimiento de carga

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la AP, en autos seguidos sobre revocación de donación por incumplimiento de carga. Considera el Tribunal que no ha existido en la decisión del órgano judicial infracción en la aplicación del artículo 647 CC, dado que habiéndose producido una donación conjunta, en que la esposa codonante, fallecido su esposo codonante y sucedido el incumplimiento del modo después del fallecimiento de este último, goza de la facultad de revocar la donación, por sí misma y en nombre propio, no derivada del esposo premuerto.

2009/158042

TS Sala 1^a, Sentencia 13 julio 2009. Ponente: D^a Encarnación Roca Trías

Partición hereditaria y liquidación de los bienes gananciales

El TS desestima el recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que, tras analizar los distintos bienes incluidos en el inventario de la herencia del difunto por el contador-partidor, llegó a la conclusión de que debía realizarse un nuevo cuaderno particional y de que no podía rescindirse por lesión la partición efectuada,

tal y como pretende la heredera frente a la esposa del causante, porque no había habido adjudicación.



2009/165919

TS Sala 2^a, Sentencia 9 julio 2009.
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Delitos de asociación ilícita

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de asociación ilícita. Indica el TS que el comportamiento del acusado responde a esas pautas de organizador y de jefatura que se le atribuyen; propone las reuniones, las dirige, adoctrina a los asistentes, les impone sus enseñanzas, dispone las pruebas, las vigila y dictamina, dicta las normas, establece las cuotas; actividades que sólo puede realizar quien ostenta la jefatura del grupo, además de haber sido quien lo ha promovido.

2009/165968

TS Sala 2^a, Sentencia 22 julio 2009.
Ponente: D. Luciano Varela Castro

Inaplicación de agravante de reincidencia por faltar datos para estimarla

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de robo con violencia e intimidación y uso de armas, lesiones y detención ilegal. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pro-

nunciamentos, deja sin efecto la agravante de reincidencia que había sido apreciada, pues los hechos probados predicen solamente la fecha de las sentencias tomadas en consideración para la agravación y las penas en ellas impuestas; pero no fija la fecha de extinción efectiva de esa responsabilidad penal. Por ello, debe partirse de la fecha de extinción posible compatible con esos datos; y, de esa manera, de la fecha de cancelación posible de los antecedentes.



2009/128212

TS Sala 3^a, Sección 5^a, Sentencia 3 abril 2009.
Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Indemnización por vinculación singular de la finca como consecuencia de minoración de la edificabilidad

El TS, que ha lugar al recurso de casación, revoca la sentencia impugnada y, en su lugar, anula las resoluciones que aprobaron la revisión y adaptación de un PGOU en cuanto no reconocieron a los recurrentes indemnización alguna por la vinculación singular establecida en relación con la finca de su propiedad. La Sala, habida cuenta que concurre un vicio de incongruencia omisiva, pues en modo alguno se da cumplida respuesta a las concretas pretensiones de la parte recurrente sobre la determinación de si resulta, o no, indiferente la forma en que se distribuya la edificabilidad de un solar, manifiesta que, en relación con la

finca de los recurrentes, se ha producido una restricción del aprovechamiento urbanístico con el que contaba el recurrente antes de la revisión, de modo que es evidente que se ha producido una vinculación singular de la finca como consecuencia de la minoración de las concretas edificabilidades de referencia, lo que, a su vez, implica un general beneficio para el amplio espectro de usuarios de una plaza.



2009/229119

TS Sala 4^a, Sentencia 17 julio 2009.
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Abono de trienios por Correos a trabajadores eventuales

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos demandada frente a sentencia que la condenó al abono de las cantidades reclamadas en concepto de trienios.

La Sala señala, siguiendo doctrina unificada, que lo establecido en el art. 60 b) I Convenio Colectivo del Personal Laboral de Correos y Telégrafos ha llevado a la recurrente a la conclusión de que los eventuales solo tendrán derecho a cobrar los trienios a partir del momento en que firman con Correos un contrato por tiempo indefinido, pero tal afirmación es contraria al principio de igualdad de trato entre trabajadores fijos y temporales establecido el art. 15,6 ET y, la interpretación que ha de hacerse del tal norma convencional es que los trabajadores temporales, mientras no suscriban con Correos un contrato indefinido mantienen -al igual que los fijos- el derecho al cobro de los trienios, tanto los devengados como los que se devenguen en el futuro, con la única peculiaridad de que los perciben a título de un complemento "ad personam", el cual pasará a denominarse "complemento personal de antigüedad" cuando formalicen una relación indefinida con la Sociedad Estatal recurrente.