



# 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 2773

Madrid, martes 22 de diciembre de 2009

## TS PENAL

2009/217431

TS Sala 2ª, Sentencia 20 julio 2009. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

La calificación del juez civil no es vinulante

### Delito de insolvencia punible

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de insolvencia punible. Para el TS es evidente que el acusado realizó de forma intencionada operaciones que, por su contenido, indican claramente que se estaba deliberadamente buscando una situación de crisis y que incluso se pretendía evadir algunos bienes a través de operaciones que pudieran llevar a un alzamiento, que no es objeto de acusación y condena en la presente causa. Sin necesidad de remitirnos a la declaración judicial de quiebra fraudulenta, los hechos descritos tiene entidad suficiente para integrar, a través de las sucesivas operaciones, una voluntad decidida de situarse en situación de insolvencia.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente interpone un primer motivo por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por incongruencia omisiva.

1.- Denuncia que no se hace pronunciamiento alguno sobre unas compras realizadas por la empresa en curso de acreedores y concretamente sobre si las actividades que se relatan en los párrafos quinto a noveno de hecho probado han causado o agravado la situación de insolvencia de la sociedad. Añade que la sentencia se limita a darlos por probados sin analizar sus posibles consecuencias civiles o penales. Sostiene que se trata de cuestiones jurídicas, por lo que encaja en las previsiones del quebrantamiento de forma que ha invocado.

2.- El planteamiento teórico del motivo es correcto pero su proyección sobre el caso concreto carece de consistencia. La resolución impugnada relata, con claridad y precisión, las operaciones realizadas y no se puede exigir que en una operación

tan compleja que desemboca en una quiebra calificada como fraudulenta, plena de análisis y estudio de la contabilidad desmenuza, uno por uno todos los pasos dados hasta llegar al resultado jurídico final, se agoten todas las pretensiones de las partes. Es obvio que los párrafos en los que se describen compras contabilizadas, algunas de ellas de forma incorrecta y falsa, componen por sí mismas y sin necesidad de mayores argumentaciones un eslabón en la cadena delictiva que culmina con la quiebra fraudulenta.

3.- La sentencia, de forma absolutamente correcta, se refiere a los requisitos para la valoración jurídica de las situaciones de insolvencia y pone especial énfasis en el comportamiento del deudor. Se refiere a continuación a la actividad probatoria desplegada y contesta de forma contundente que está acreditado que la situación de crisis se vio agravada por la actuación dolosa del recurrente y establece esta conclusión no sobre un juicio intuitivo sino sobre la sustracción de determinados activos patrimoniales, la ficticia regularización de cuentas y las ventas de solares. Por ello estimamos que se han

abierto más que suficientemente la defensa de la tutela judicial efectiva y por añadidura la contestación a las cuestiones jurídicas planteadas por la parte recurrente. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Los motivos segundo y tercero, que tienen carácter complementario, según expresa el propio recurrente, se canalizan por la vía del error de hecho en la apreciación de la prueba.

1.- El motivo segundo cita con precisión y detalle algunos asientos contables que figuran en el anexo del informe pericial que acreditan la existencia de una compensación de deudas con su esposa con la que realizó operaciones que están en la cadena causal de la insolvencia. Estima que las acusaciones no han presentado prueba alguna tendente a desvirtuar la documentación presentada y que ahora se alega. Mantiene que el informe pericial y los asientos contables acreditan la existencia de una deuda con su esposa que debe ser compensada.

2.- La parte recurrente no puede pretender, en un caso de estas características, que su informe pericial sea el único que recoge la verdad absoluta y que debe imponerse a cualquier otro que exista en las actuaciones. Como se puede comprobar, existen dictámenes de los síndicos y del Comisario de la quiebra que contradicen las pretensiones del recurrente. Sus documentos no acreditan error alguno en la valoración probatoria realizada por la Sala sentenciadora y, por tanto, no evidencian la inocencia del condenado.

3.- El motivo tercero se centra en una cuestión concreta afirmando que no es cierto que la venta del solar M8 lo fuese por un importe inferior al del mercado. Invoca la tasación que figura en los folios que cita y, además, añade que la reventa por el comprador supuso unos beneficios superiores a los 6.000.000 de pesetas. Reconoce que la operación produjo pérdidas económicas pero no de su venta a bajo precio sino de pagar un precio excesivo.

4.- Esta realidad choca con la existencia de otros elementos probatorios que existen en las actuaciones y que acreditan, de forma inequívoca

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Calificación de préstamo como usurario 5

Competencia del orden social en responsabilidad del empresario por accidente de trabajo 6

Acción negatoria de servidumbre de luces y vistas 7

#### PENAL

Delito de insolvencia punible 1

Falsedad en documento mercantil y estafa 2

#### ADMINISTRATIVO

Nulidad del acuerdo que establece plazas de liberados sindicales a los promotores de un proceso de elección sindical 8

Inaplicación del silencio positivo a la denegación de licencia comercial de grandes superficies 9

#### SOCIAL

Complemento de antigüedad previsto en Convenio de Correos 11

Abono de complemento de productividad a sancionados con falta grave o muy grave 13

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

ca, la realidad de los términos de la operación inmobiliaria por lo que el documento apartado no acredita ni evidencia el error del juzgador. Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- Los motivos cuarto y quinto los abordaremos conjuntamente ya que se refieren a cuestiones relacionadas con errores en la calificación jurídica de los hechos.

1.- El motivo cuarto denuncia la vulneración del artículo 4 del Código Penal, relativo, según refiere, a la tipicidad de las leyes penales. En realidad, lo que viene a sostener es la indebida aplicación del artículo 260 del Código Penal, estimando que solamente debe ser aplicado en los casos en que la insolvencia provenga de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida. Es necesaria una relación de causalidad que lleve inequívocamente a una actuación delictiva y no una gestión incorrecta del patrimonio. Viene a sostener que todo procede de una mala gestión empresarial y vuelve a justificar las operaciones que ya han sido abordadas en motivos anteriores. En cuanto al elemento subjetivo, estima que no concurre ya que no concurre una actuación dolosa y que la aplicación de una pena nos lleva a la prisión por deudas.

2.- Evidentemente, la redacción del tipo del artículo 260 del Código Penal, que por aplicación retroactiva resulta más favorable que las disposiciones que sancionaban las quiebras fraudulentas, no es demasiado precisa e incurre en una indebida referencia al dolo al incluir en la descripción del tipo lo que es innecesario, pues ya el artículo 5 del Código Penal establece, con criterio general, que no hay pena sin dolo o imprudencia, lo cual no es sino el reflejo lógico de la existencia de la culpabilidad como un de los elementos del delito.

3.- Por ello, vamos a derivar el examen a la existencia o no de una conducta culpable y suficiente para desencadenar el resultado que pena el legislador. El artículo 260.1º del Código Penal castiga al declarado en concurso cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o la persona que actúe en su nombre. Este artículo que fue modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, refuerza la autonomía de la jurisdicción penal en relación con las actuaciones civiles en el juicio concursal y sus posibles

derivaciones respecto de la calificación de la conducta del concursado.

4.- La expresión del legislador ha de entenderse en el sentido de integrar en el tipo aquellos actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores. El núcleo del delito es una o varias acciones que de manera maliciosa e intencionada estén encaminadas a provocar una situación de crisis o insolvencia. Entramos en el debate de si es una conducta que se consuma en sí misma como un delito de peligro que estimamos que sería impune si no ocasiona perjuicios ya que uno de los elementos del tipo es la crisis económica o la insolvencia y la situación de crisis económica indefectiblemente lleva aparejados una serie de resultados que no necesariamente deben ser cuantificados en cifras contables sino que pueden ser de otra índole como regulaciones de empleo, despidos, demoras en los pagos y un sin fin de consecuencias derivadas de una situación de crisis económica o insolvencia.

5.- Es evidente que el acusado realizó de forma intencionada operaciones que por su contenido, tal como se describen en el inamovible hecho probado, indican claramente que se estaba deliberadamente buscando una situación de crisis y que incluso se pretendía evadir algunos bienes a través de operaciones que pudieran llevar a un alzamiento que no es objeto de acusación y condena en la presente causa. Sin necesidad de remitirnos a la declaración judicial de quiebra fraudulenta los hechos descritos tiene entidad suficiente para integrar, a través de las sucesivas operaciones, una voluntad decidida de situarse en situación de insolvencia.

6.- El motivo quinto suscita la infracción del artículo 115 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque no se expresa razonadamente cuáles son las bases en las que se fundamenta de los daños e indemnizaciones que se imponen. Esta cuestión que ya fue planteada por la vía del recurso de aclaración, fue desestimada por considerar que la petición excedía del ámbito concreto del recurso.

7.- Invoca como argumento el Nuevo Plan General de Contabilidad esgrimiendo los parámetros de la valoración inicial, la valoración posterior y la amortización, así como el deterioro del valor y la baja.

8.- Las normas del Plan General de Contabilidad pueden ser orientativas pero nunca vinculantes a la hora

de fijar la responsabilidad civil procedente del delito que se rige por las normas específicas del Código Penal. El objetivo del proceso penal es, en primer lugar, la restitución a la masa de los bienes en su integridad, siempre que esta posibilidad esté abierta al no haber pasado a manos de terceros que los hagan irreivindicables. Como alternativas están la reparación y la indemnización de su valor que es lo que correctamente ha realizado la sentencia. Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados.

QUINTO.- El motivo sexto alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la presunción de inocencia.

1.- Este motivo arranca de la sentencia del juzgado civil que declara fraudulenta la quiebra y que abre la iniciación del proceso penal. Sostiene que ahora, con la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de junio, la calificación del concurso como culpable no lleva aparejada la apertura o incoación de un proceso penal como consecuencia o efecto directo de la culpabilidad del concurso. Estima que, habiéndose incoado el procedimiento penal estando ya vigente la ley concursal, se ha infringido el sistema que instaura esta ley.

2.- Reconoce que la Disposición Transitoria Primera establece que los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentran en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior. Alega equivocadamente, que estamos ante un precepto sancionador que debe ser interpretado restrictivamente, por lo que la incoación del procedimiento es una reminiscencia del procedimiento inquisitivo opuesto al acusatorio así como el doble requisito de procedibilidad y punibilidad que inoperaba para el enjuiciamiento de este delito.

3.- La pretensión es absolutamente infundada. El requisito de procedibilidad no es absolutamente condicionante, ya que en ningún momento ni con la legislación anterior ni con la vigente era la única forma de proceder contra una insolvencia punible en sus múltiples manifestaciones. No solo un acreedor, sino con más razón el Síndico de la quiebra o el Ministerio Fiscal, pueden iniciar el procedimiento sin tener en cuenta la calificación de la quiebra que era un requisito de procedibilidad, que en el caso de la legislación vigente, en

ningún precepto condiciona la persecución de estas conductas.

4.- En cuanto a la presunción de inocencia, ya se ha dicho que se ha practicado prueba en el proceso penal, que la misma parte recurrente reconoce existir al impugnarla por la vía del error de hecho. Se podrá disentir de la valoración, pero, incuestionablemente ha existido prueba válida y de contenido inculpatario, por lo que no tiene espacio la presunción de inocencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de Teodosio, contra la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2008 por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 3ª en la causa seguida contra el mismo por delito de insolvencia punible. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- José Antonio Martín Pallín.- José Ramón Soriano Soriano.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

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

2009/217424

TS Sala 2ª, Sentencia 24 julio 2009. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

No existe prueba del cobro de un cheque falsificado  
**Falsedad en documento mercantil y estafa**

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de falsedad en*

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94  
ISSN 1888-5020  
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

*documento mercantil y estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la condena por el primer hecho imputado, pues es evidente la falta de prueba de un elemento sustancial, cual es la percepción del dinero estafado, que no se concreta ni en cuantía, ni en "modus operandi", ni si actuó como autor material o cooperador necesario. Por otra parte la AP, tras una cita general sobre los requisitos de la prueba, extrae tal mecanismo indiciario, no en unos indicadores externos, sino precisamente en la falta de consistencia de las declaraciones exculpatorias del acusado, llegando a señalar que la "excusa que dio para esto es banal e increíble".*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, condenó a Benigno como autor criminalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil como medio para cometer una estafa, también continuada, a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpretado este recurso de casación la representación procesal del aludido acusado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

**SEGUNDO.-** Comenzaremos por dar respuesta casacional al motivo octavo de su recurso formalizado por vulneración de precepto constitucional, y concretamente invocando la infracción de la presunción de inocencia.

1. El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales:

1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española.

2º) Que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados.

3º) Que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales.

4º) Dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas).

5º) Que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la

infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente triple comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante para justificar la condena (prueba suficiente).

2. Para resolver adecuadamente este motivo, hemos de poner de manifiesto que los hechos probados de la sentencia recurrida narran dos hechos punibles, inter-relacionados, pero diferentes, cada uno de los cuales se han de analizar bajo esta perspectiva de vulneración constitucional.

Se expone en el "factum" que Benigno trabajaba en una asesoría de Valencia, captando clientes y encargándose de las gestiones que los clientes generaban. En esta función, un cliente, administrador de Promotora de Levante S.A. (Prolesa), que se encuentra en ignorado paradero, domicilió en tal asesoría su centro de negocios.

En el mes de diciembre de 2006, se personaron el acusado y el administrador huido en la sucursal que la entidad Caixa Cataluña de Valencia y procedieron a abrir una cuenta corriente permaneciendo en el banco el administrador el tiempo indispensable para firmar la ficha, marchándose rápidamente y quedándose el acusado en el banco hasta concluir la gestión, indicando al abrir la cuenta que se iban a recibir ingresos de empresas belgas, interesándose el acusado por diversos aspectos de la cuenta y acudiendo en ocasiones solo al banco a efectuar preguntas y gestiones.

Al mes, se personaron de nuevo el acusado y el huido en la sucursal y procedieron a ingresar un cheque del Banco Popular librado contra una cuenta de Supermercados Aldi de Montornès y a favor de Prolesa por importe de 38.000 euros; en fechas sucesivas, acudieron en varias ocasiones los dos, y procedieron a hacerlo efectivo en su totalidad, estando presentes ambos en el reintegro final, que fue el más importante.

En realidad el cheque dicho era una manipulación del auténtico, librado por Supermercados Aldi a favor de una empresa belga y por importe de 2.516,38 euros.

El día 26 de febrero de 2007, fueron detenidos en el interior de la sucursal bancaria cuando de nuevo habían ambos acudido a la misma para ingresar otros dos cheques, cosa que estaba haciendo el acusado utilizando el nombre de Inocencio.

Estos dos cheques eran manipulaciones de documentos auténticos emitidos por otro supermercado sevillano en favor de personas distintas y por importes de, respectivamente, 1.586,01 y 993,23 euros, "siquiera que debidamente retocados aparecieran librados a favor de Prolesa y por importes de 33.586, 01 y 48.993, 23 respectivamente".

Analizando estos hechos probados, convenimos que la prueba de ambos comportamientos es completamente distinta. En efecto, en la primera ocasión, referida al cheque de 38.000 euros manipulado, el recurrente se limita a acompañar al banco al administrador de Prolesa, que se encuentra huido y en paradero desconocido, y a abrir una cuenta este último en dicha entidad, de tal modo que es dicha persona quien firma la ficha, y nada se razona en la sentencia recurrida acerca de si tal cuenta es conjunta o personal (de la entidad mercantil citada), aspecto éste que tiene que ser interpretado a favor de esta última posibilidad, que queda avalada además porque la ficha de firma es suscrita solamente por el administrador huido.

Siendo ello así, lo único que se le imputa en este primer episodio al recurrente, es acompañar a esta última persona (huida) al banco, lo que por sí mismo es insuficiente para fundamentar un pronunciamiento condenatorio. Por otro lado, con respecto al cheque manipulado de 38.000 euros, tampoco consta la autoría de tal superchería, como por el contrario ocurre con los otros dos cheques, retocados que aparecían librados a favor de Prolesa y por importes de 33.586, 01 y 48.993, 23 euros respectivamente, en donde se practicó la oportuna prueba pericial, y cuya manipulación se atribuye directamente el ahora recurrente, como autor confeso.

Además, ni siquiera se aclara en los hechos probados la forma en que Benigno se pudo hacer con los 38.000 euros del primer cheque, pues recordemos que tal resultancia fáctica solamente expone lo que sigue: "acudiendo en ocasiones los dos (al banco), procedieron a hacerlo efectivo en su totalidad, estando presentes ambos en el reintegro final, que fue el más importante". Vemos que únicamente se predica del acusado recurrente que estuvo presente en la obtención del reintegro final, cuya cuantía ni siquiera se detalla, pero no

se acredita que percibiera cantidad alguna en su favor.

Ningún dato tampoco resulta de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. Exclusivamente se acude a unos aspectos muy equívocos, como que Benigno era algo más que "un simple empleado o machaca" (sic), en funciones de auxilio al otro cliente (el huido). De nuevo, queda en entredicho si cobró o no el dinero extraído de la sucursal bancaria. Se vuelve a repetir en la argumentación judicial que "estaba presente cuando, con el mayor de ellos, se vació la cuenta". No se expone, pues, con claridad si cobró algo, o no, y por eso los jueces "a quibus" tienen que añadir un párrafo al final de la recurrida (F.J. 4º in fine), en donde dicen que es "irrelevante" si fue autor material de la sustracción o cooperador necesario, pues terminan por reconocer que "no pued(e) acreditarse si lo hizo para obtener un beneficio para sí". Y lo refuerzan: "...por vehementes que sean las sospechas acerca de esto, no puede declararse probado, pero no cabe duda alguna que con su actuar contribuyó a la producción de los delitos por los que viene acusado, por lo que procede dictar contra él, Sentencia condenatoria".

Es evidente, pues, la falta de prueba de un elemento sustancial, cual es la percepción del dinero estafado, que no se concreta ni en cuantía, ni en "modus operandi", ni si actuó como autor material o cooperador necesario.

Y tras declarar que la prueba directa de la falsedad del cheque de 38.000 euros, se practicó por declaraciones testificales, tanto de Aldi, como del banco emisor, a falta de un dictamen pericial, la imputación del recurrente se sustenta en prueba indirecta o de indicios, como reconocen los jueces "a quibus".

Después de una cita general sobre los requisitos de tal prueba, la Audiencia extrae tal mecanismo indiciario, no en unos indicadores externos, sino precisamente en la falta de consistencia de las declaraciones exculpatorias de Benigno, llegando a señalar que la "excusa que dio para esto es banal e increíble".

No puede, pues, descansar la condena de un acusado en el grado de colaboración del mismo con el objeto de imputación. Esta alegación no tiene encaje en un proceso penal como el español que, como es bien sabido, se rige por el principio acusatorio -y no por el principio inquisitivo-, en el que "el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo", y, por tanto, su declaración -o colaboración- "a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa", razón por la cual "ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declara-

raciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones” (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 5).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de todo acusado en materia penal a guardar silencio y a no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación como una garantía integrada en el “derecho a un proceso equitativo” a que hace referencia el artículo 6.1 CEDH (así, por ejemplo, STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia).

Admitir lo contrario supondría, en consecuencia, vulnerar el derecho de todo acusado a no autoincriminarse (así, por ejemplo, SSTEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia; de 4 de octubre de 2005, asunto Shannon c. Reino Unido; de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh c. Alemania; de 19 de junio de 2007, asunto Macko y Kozuval c. Eslovaquia, y de 29 de junio de 2007, asunto O'Halloran y Francis c. Reino Unido), derecho éste que se encuentra estrechamente conectado con los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa (entre otras, SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8) y que impiden que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8, entre otras).

En suma, la colaboración del culpable podrá utilizarse como una circunstancia favorable a la modificación de la responsabilidad criminal (por ejemplo, art. 21 CP), pero es constitucionalmente inadmisibles que su falta de colaboración pueda tomarse, desde un punto de vista punitivo, como una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal.

En función de estas circunstancias, declararemos que se ha vulnerado su presunción de inocencia, en este primer apartado de los hechos probados. Pero no en el segundo episodio.

En efecto, aquí debemos distinguir dos acciones:

a) La primera, la autoría de la falsedad de los dos cheques intervenidos al acusado.

b) La segunda, el intento del cobro de ambos cheques en una entidad bancaria.

Respecto del primero, no solamente existe un dictamen pericial que así lo asevera, sino que está admitido por el recurrente. Éste señala que “dichos cheques habían sido manipulados por mi patrocinado, como así consta acreditado por la pericial caligráfica practicada al efecto”; y repite “de dicha falsedad documental es autor mi patrocinado”. De manera que dictamen y asunción de autoría, son dos elementos probatorios suficientes para dar por acreditada la misma.

Con respecto al intento de cobro, dice el recurrente que no existen elementos probatorios suficientes. No es cierto. El recurrente fue detenido en el interior de la sucursal bancaria, cuando había acudido para ingresar esos dos cheques, lo que estaba haciendo en ese momento utilizando el nombre (supuesto) de Inocencio. De manera, que ubicación (en el interior del banco), posesión (con dos cheques manipulados en su poder), y utilización de nombre supuesto, son elementos probatorios suficientes de donde deducir la autoría de su acción, y el grado imperfecto de ésta, mediante tentativa, ya que la deducción de su cooperación a un delito de estafa, es manifiesta.

En consecuencia, el motivo será estimado respecto al primer episodio, pero desestimado en cuanto al segundo.

**TERCERO.-** No procede ya análisis de los restantes reproches casaciones. El primero, que se refiere a la circunstancia agravada por la cuantía de la estafa, al desaparecer el primer delito, y proceder la condena por un delito intentado, igualmente agravado, por sobrepasar los 36.000 euros que la jurisprudencia de esta Sala ha tomado en consideración para su apreciación. El cuarto, porque la falsedad documental ha sido admitida y reconocida, y lo es del número 1 del art. 390 del Código penal, al alterar requisitos de carácter tan esencial en el cheque, como lo es la cuantía de su libramiento. El quinto, porque no se apreciará continuidad delictiva en la estafa, al desaparecer el primer hecho. Y el noveno, porque se había planteado por defectos de motivación en la propia continuidad delictiva, que ahora queda sin objeto. Y los motivos 2º, 3º, 6º, 7º y 10º, fueron renunciados en su formalización por el recurrente.

**CUARTO.-** Se declaran de oficio las costas procesales.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, por estimación parcial al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Benigno, contra Sentencia núm. 322/08, de 17 de septiembre de 2008 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia. Declaramos de oficio las costas procesales

ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.- Joaquín Delgado García.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil nueve

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Valencia incoó P.A. núm. 42/2007 por delitos de falsedad en documento mercantil y estafa contra Benigno, con DNI núm. 000, hijo de Manuel y de Rosario, nacido en Valencia el día 23 de abril de 1965, y vecino de Valencia con domicilio, en la calle 000 núm. 001 núm. 002 con instrucción, con antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa; y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 17 de septiembre de 2008 dictó Sentencia núm. 322/08, la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal del acusado, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Antecedentes de Hecho.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

**SEGUNDO.-** Hechos Probados.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, declarándose, sin embargo, como no probados los párrafos 3º, 4º y 5º, desde “así las cosas...” hasta “... 2.516,38 Euros.”

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** A la vista de la acusación del Ministerio Fiscal, los he-

chos declarados probados son constitutivos de un delito consumado de falsedad documental mercantil, prevista y penada en los arts. 390.1 en relación con el art. 392 del Código penal, en grado de continuidad delictiva al tratarse de dos cheques falsificados, en concurso medial con otro de estafa agravada, en grado de tentativa.

Para determinar su penalidad, hemos de tener en consideración lo dispuesto en el art. 77 del Código penal: en caso de concurso medial, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

Veamos que por separado, procederían las penas siguientes: por lo que hace al delito de falsedad documental, de conformidad con lo dispuesto en el art. 74 del Código penal, se impondría la pena (mínima) de 1 año y 9 meses de prisión, más multa de 9 meses, a razón de una cuota de cinco euros diarios. Y en cuanto los hechos son también constitutivos de un delito intentado de estafa agravada, al superar uno de los cheques intentados cobrar, la cuantía de 36.000 euros, pero dado el grado imperfecto de su acción, no tratándose de una tentativa acabada (art. 62), pero sí punible, se impondría la pena de tres meses de prisión, bajando dos grados, a la determinada en el art. 250 del Código penal, y dos meses de multa, en iguales condiciones que la anterior.

Esta pena por separado es más beneficiosa que la aplicación de una sola pena correspondiente al delito de más gravedad, que en este caso sería el de falsedad documental, que al tener que imponerla en la mitad superior de la mitad superior, por efecto del art. 77, se movería en un arco punitivo que arrancararía en 2 años, 4 meses y medio de prisión a 3 años, más multa (art. 392 del Código penal).

En consecuencia, penaremos por separado ambas infracciones.

No procede declarar responsabilidad civil alguna.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar a Benigno como autor criminalmente responsable de un delito de falsedad documental continuada, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de de 1 año y 9 meses de prisión, más multa de 9 meses, a razón de una cuota de cinco euros diarios, con las consecuencias legales inherentes a su incumplimiento, y como autor de un delito intentado de estafa, ya definido, igual-

mente sin circunstancias, a la pena de tres meses de prisión, y dos meses de multa, en iguales condiciones que la anterior. Y pago de la mitad de las costas procesales de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ra-

món Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.- Joaquín Delgado García.

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

la cantidad de 270.455,45 euros -equivalente a 45.000.000 pesetas- más los intereses consistentes en aplicar al principal el interés resultante del promedio de los aplicados a las situaciones de descubierto por los Bancos Central, Bilbao-Vizcaya y Santander y, subsidiariamente, el interés legal del dinero de conformidad con lo establecido en el artículo 1108 del Código Civil, con imposición de costas a los demandados.

D. Maximino y Dª Carina se opusieron a la demanda, quedando en situación de rebeldía la mercantil Inversiones Turísticas Europeas S.A. y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Palma de Mallorca dictó sentencia de fecha 14 de junio de 2004 por la que estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados solidariamente a pagar al actor la cantidad reclamada por principal -270.455,45 euros- más los intereses legales, incrementados en dos puntos, desde la fecha de dicha sentencia, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó nueva sentencia, de fecha 25 de noviembre de 2004, por la que desestimó ambos recursos y confirmó la sentencia dictada en primera instancia, con imposición a los recurrentes de las costas causadas por sus respectivos recursos.

SEGUNDO.- En el caso presente tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial han calificado de usurario el préstamo en su día concedido por el demandante; calificación que se desprende de los propios términos en que venía formulada la demanda del prestamista D. Gonzalo, en la cual se afirmaba la entrega efectiva a la entidad prestataria de la cantidad de sesenta millones de pesetas -que no se discute- mientras que en el documento de formalización del préstamo, de fecha 16 de noviembre de 1989, se hacía constar que la cantidad entregada era de ciento diez millones de pesetas, venciendo el préstamo el día 27 de febrero del año siguiente; cantidad que fue incrementándose ficticiamente en los posteriores documentos de "renovación", de fechas 26 de febrero y 22 de junio de 1990, haciéndose constar como cantidades entregadas las de ciento cincuenta millones y ciento sesenta y ocho millones, respectivamente. Tales convenciones integraban efectivamente un préstamo usurario según el concepto que del mismo se contiene en el artículo 1 de la Ley sobre Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, según el cual merece tal calificación "el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias".

En relación con el recurso de apelación formulado por el actor -hoy

recurrente en casación- la Audiencia razona, en el fundamento de derecho tercero de su sentencia, en el sentido siguiente: «Sentado que el préstamo era usurario se aplica la sanción civil prevista en el artículo 3 de la Ley Azcárate, esto es, la pérdida de todo tipo de interés, de manera que el prestatario no tiene más obligación que restituir la suma realmente entregada. Los argumentos del recurso sobre la necesidad de mantener el devengo de algunos intereses para salvar un cierto equilibrio entre las prestaciones o para evitar un enriquecimiento injusto carecen de aplicación cuando de lo que se trata es de una pérdida que es consecuencia directa de la aplicación de una norma dirigida a reprimir una conducta mediante la aplicación de una sanción civil que, por su propia naturaleza, causa un perjuicio económico al prestamista que pierde su derecho a recaudar intereses remuneratorios por una conducta que el ordenamiento jurídico considera reprochable y que, por ende, no es susceptible de remuneración alguna».

TERCERO.- El artículo 3 de la Ley sobre Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 establece que «declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado», precepto que se ha de poner en relación con el artículo 6.3 del Código Civil en cuanto establece que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», como es en este caso la fijación legal de la obligación del prestatario de devolver la suma realmente recibida. En consecuencia, la declaración de nulidad del contrato de préstamo usurario produce como efecto fundamental el de que el prestatario está obligado a entregar tan solo lo recibido de tal modo que queda dispensado de pagar cualquier clase de intereses, usurarios o legítimos.

CUARTO.- Lo anterior conduce necesariamente a la desestimación de los dos motivos del recurso que han sido admitidos.

El primero se refiere precisamente a la infracción del artículo 3 de la Ley sobre Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 y de los artículos 1090, 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, así como de la jurisprudencia, sin citar concretamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala que se considera infringida en relación con el caso ni, por tanto, las sentencias que la contienen.

La nulidad del préstamo usurario, claramente establecida por el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908,



2009/158034

TS Sala 1ª, Sentencia 14 julio 2009. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

No genera obligación de pago de intereses

## Calificación de préstamo como usurario

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando las sentencias recaídas tanto en la instancia como en la resolución del recurso de apelación que, al calificar de usurario el préstamo en su día concedido por el demandante, lo que deriva de que en el documento de formalización del préstamo se hizo constar como entregada una cantidad muy superior a la efectivamente prestada e incluso dicha cantidad fue incrementándose ficticiamente en los posteriores documentos de renovación del préstamo, aplicaron la sanción civil prevista en el art. 3 de la Ley Azcárate, esto es, la pérdida de todo tipo de interés; de manera que la Sala confirma la condena impuesta a los fiadores del préstamo de restituir únicamente la suma realmente entregada sin obligación de pagar intereses.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que han dado lugar al presente litigio y que no resultan discutidos son, en síntesis, los siguientes: a) En fecha 16 de noviembre de 1989, D. Gonzalo concedió a la mercantil Club Europa de Mallorca S.A. un préstamo, formalizado por escrito, mediante el cual entregó a dicha entidad la cantidad de sesenta millones de pesetas, si bien en el documento se hizo constar que la cantidad entregada era de ciento diez millones de pesetas, fijándose su vencimiento para el día 27 de febrero de 1990; b) Para la devolución dicha cantidad se libraron y aceptaron una serie de letras de cambio, fijándose el devengo de determinado interés para el caso de que el importe del préstamo no fuera devuelto al prestamista a su vencimiento; 3) El contrato lo suscribieron, junto con la prestataria, en condición de fiadores la entidad Inversiones Turísticas Europeas S.A., D. Alvaro, D. Maximino, Dª Carina y Dª Mari José; 4) Como consecuencia de la falta de cumplimiento por la prestataria y fiadores, se suscribieron nuevos documentos similares de fecha 26 de febrero de 1990 -en el cual se

fijó como cantidad entregada la de ciento cincuenta millones de pesetas y vencimiento para el día 30 de junio siguiente- y de fecha 22 de junio de 1990 -en el cual se fijó como cantidad entregada la de ciento sesenta y ocho millones de pesetas y vencimiento para el día 30 de noviembre siguiente- sin que se hicieran nuevas entregas de dinero, permaneciendo como entrega única a la prestataria la inicial de sesenta millones de pesetas; 5) La prestataria Club Europa de Mallorca S.A. fue declarada en quiebra a instancia del prestamista D. Gonzalo, figurando éste en el pasivo como acreedor por la cantidad de ciento sesenta y ocho millones de pesetas; y 6) En fecha 29 de noviembre de 2001, D. Gonzalo obtuvo de los fiadores D. Alvaro y Dª Mari José la entrega de la cantidad de quince millones de pesetas en concepto de reintegro parcial del importe total del préstamo.

D. Gonzalo interpuso demanda de juicio ordinario con fecha 8 de julio de 2002 contra el resto de los fiadores D. Maximino, Dª Carina e Inversiones Turísticas Europeas S.A., en reclamación del resto del capital efectivamente entregado cifrado en



comporta una ineficacia del negocio que es radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insanable, ni es susceptible de prescripción extintiva. Dicha nulidad afecta a la totalidad del convenio con la única consecuencia, establecida en el artículo 3, de que ha de retrotraerse la situación al momento inmediatamente anterior al préstamo, lo que determina que el prestatario haya de devolver la cantidad efectivamente recibida sin que para ello haya de tenerse en cuenta plazo alguno establecido para tal devolución, ya que su fijación queda comprendida en la ineficacia absoluta y total de lo convenido, lo que lleva aparejada la consecuencia de que, aun en el caso hipotético planteado por la parte recurrente de que se inste la nulidad del préstamo antes del cumplimiento del plazo fijado, la devolución por el prestatario de la cantidad recibida ha de ser inmediata.

Por tanto carece de sentido alegar la vulneración de lo establecido en el artículo 3 de la citada ley, cuando precisamente la solución adoptada en la instancia se acomoda al texto, así como al espíritu y finalidad, de dicha norma que expresamente, para el caso de que se hayan abonado algunos intereses por razón del préstamo, los imputa directamente al capital sin prever su reducción a un tipo distinto y adecuado a la naturaleza del negocio. Por ello carece igualmente de fundamento alguno aludir a las normas generales sobre las obligaciones y la demora en su cumplimiento (artículos 1090, 1100, 1101 y 1108 del Código Civil) en tanto no puede existir demora en el cumplimiento de una obligación cuya nulidad es de carácter radical y absoluto. El régimen legal del préstamo usurario determina que queda a voluntad del propio prestamista el momento en que, reclamado su cumplimiento y declarada tal nulidad, habrá de recibir la cantidad efectivamente entregada.

En cuanto al motivo segundo, resulta inadecuada la invocación como infringidos de los artículos 1300 y 1303 del Código Civil sobre la nulidad de los contratos y sus efectos, pues en primer lugar el propio artículo 1303 señala tales efectos con carácter general "salvo lo que se dispone en los artículos siguientes" y es el artículo 1305 el que señala los efectos propios y distintos de la nulidad derivada del hecho de ser ilícita la causa u objeto del contrato, además de que, en el caso de la nulidad que afecta a los préstamos usurarios, tales efectos no son los derivados de dichas normas sino los previstos con carácter especial por el artículo 3 de la Ley sobre Represión de la Usura de 23 de julio de 1908.

Es cierto que, entre las sentencias que cita la parte recurrente en apoyo del motivo, la de esta Sala de 14 de junio de 1984 señala que la declaración de nulidad por virtud de lo dis-

puesto en dicha norma «alcanza al negocio usurario en la medida que lo afecta la máxima que lo determina» y «asiste al prestamista un crédito para obtener la devolución de la suma recibida, y por consiguiente no se desnaturaliza el carácter accesorio de la hipoteca», que se declara subsistente en garantía de la devolución de la cantidad efectivamente entregada, pero no reconoce a favor de dicho prestamista derecho alguno al cobro de intereses.

La sentencia de 8 de noviembre de 1991 se refiere a un supuesto bien distinto del presente, pues allí se trataba de una venta de joyas mediante una operación que se consideró usuraria en la cual el reclamante había abonado directamente a una Caja de Ahorros la cantidad de nueve millones de pesetas por cuyo importe habían sido pignoradas las referidas joyas, liberándose así el deudor prendario del pago de ciertos intereses a cuyo satisfacción se condenaba ahora a éste en evitación de un posible enriquecimiento injusto que aparecía como efecto indirecto del negocio nulo.

Ninguna razón de ser tiene la invocación en el recurso de la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1998, pues precisamente en la misma se declaró -lo que omite la parte recurrente evidenciando su mala fe procesal- que no existía préstamo y, por tanto, no cabía hablar de usura, ya que se trataba de un arrendamiento financiero, procediendo no obstante a la moderación de lo que calificó como "cláusula penal". Tampoco resulta de aplicación al caso la doctrina sentada por la sentencia de 2 octubre 2001 en el sentido de que « los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908 » pues lo que se viene a señalar en tal caso es que la fijación en un contrato de unos determinados intereses de demora tiene naturaleza de cláusula penal y no puede determinar su calificación como usurario, pero como se ha dicho en el caso presente la calificación del préstamo como usurario no deriva de la fijación de los intereses moratorios sino del hecho de hacer constar la entrega como préstamo de una cantidad notablemente superior a la efectivamente entregada.

Evidenciando nuevamente su mala fe procesal afirma la parte recurrente que la sentencia de esta Sala de 16 mayo 2000 se dictó para una caso muy similar al presente, cuando lo allí tratado fue la nulidad de un pacto comisorio sin que en momento alguno la sentencia se refiriera a la exis-

tencia de un préstamo usurario, como ocurre igualmente con las demás sentencias citadas en el motivo de 24 febrero 1992, 26 octubre 1998 y 22 septiembre 1989 que contemplan supuestos generales de nulidad contractual.

Por último, también resulta improcedente la referencia a la doctrina sobre el enriquecimiento injusto en su aplicación a los demandados porque la doctrina de esta Sala (sentencias de 7 y 15 junio 2004 y 21 marzo 2006) exige, para aplicar tal doctrina que exista un aumento del patrimonio, o una ausencia de disminución del mismo, en relación al demandado, un empobrecimiento del actor representado por un daño positivo o por un lucro frustrado, así como la inexistencia de una justa causa, entendiéndose como tal, aquella situación jurídica que autorice al beneficiario de un bien a recibirlo, sea porque exista una expresa disposición legal en ese sentido, o sea porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz. En el caso presente puede hablarse de "enriquecimiento" en el sentido de no darse una disminución patrimonial que derivaría del pago de intereses por la cantidad efectivamente recibida por el prestatario, pero el mismo no puede calificarse de "injusto" en cuanto viene no sólo amparado, sino impuesto, por una norma jurídica (artículo 3 de la Ley de 23 de julio de 1908) sancionadora de una actuación tan reprochable moral y jurídicamente como es la que integra un préstamo usurario.

QUINTO.- Procede por ello la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

#### FALLO

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gonzalo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª) de fecha 25 de noviembre de 2004 en Rollo de Apelación núm. 533/04, dimanante de autos de juicio ordinario número 460/02, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de dicha ciudad a instancia del hoy recurrente contra D. Maximino, Dª Carina e Inversiones Turísticas Europeas S.A., la que confirmamos con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por su 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.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-

Firmado y Rubricado. 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.

2009/225065

TS Sala 1ª, Sentencia 22 septiembre 2009. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

### No hay infracción del art. 1902 CC Competencia del orden social en responsabilidad del empresario por accidente de trabajo

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, contra la sentencia dictada por la AP, confirma la sentencia. Considera el Tribunal que no puede ser acogida la pretendida infracción del art. 1902 CC alegada por el recurrente, al haber quedado acreditado que las causas de la imputación del resultado lesivo a la recurrente fueron la contratación de un peón agrícola sin formación profesional alguna para ejecutar una actividad calificada como extremadamente peligrosa y haberle dotado de una maquinaria desprovista de medios de protección esenciales, como era la cabina de seguridad, hechos en que se basa el reproche en la sentencia de apelación, y si bien admite la jurisprudencia la posibilidad de un control casacional del llamado juicio de causalidad y subsiguiente imputación objetiva, no admite la revisión de la prueba practicada sobre lo que constituye la base fáctica de una y otra.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antes de decidir sobre el único motivo del recurso de casación interpuesto por la demandada, condenada en las dos instancias a indemnizar al demandante por las graves lesiones que sufrió como consecuencia de volcar el tractor que conducía por cuenta de la ahora recurrente, se hace necesario, por un lado, calificar la relación jurídica que, cuando ocurrieron los hechos, vinculaba a ambos litigantes y, por otro, poner en relación el resultado con el funcionamiento de esa relación.

El actor prestaba voluntariamente servicios retribuidos por cuenta de la demandada y dentro del ámbito de organización y dirección ejercidas por ella, de conformidad con el artí-

culo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo - por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -.

Las lesiones que el demandante sufrió, identificadas en la demanda como causa de su pretensión de condena, fueron resultado de un accidente de trabajo, en el sentido fijado en el artículo 115.1 del Real Decreto Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social - a cuyo tenor, " se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena " -. Concurría con la relación laboral un nexo de causalidad directo entre la prestación del trabajo y el referido resultado.

Ello sentado, la sentencia de 15 de enero de 2.008 - recurso número 2.374/00 - declaró que, como " la obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual " - de conformidad con los artículos 19 del Estatuto de los Trabajadores, antes citado, y 14.1 de la Ley 31/1.995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales -, " debe considerarse que la responsabilidad por accidentes de trabajo nace del incumplimiento de una obligación legal", porque la ley la integra en el contrato, determinando su contenido. Y que " en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 Ley 6/1.985, de 1 de julio, orgánica del Poder Judicial, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social ".

Esa doctrina, seguida en otras sentencias - las de 4 de junio, 17 de noviembre y 15 de diciembre de 2.008 - determinaría la declaración de oficio de la falta de jurisdicción, pese a que en la demanda y en las dos instancias se hubiera invocado y aplicado, respectivamente, como fundamento normativo de la condena el artículo 1.902 del Código Civil.

Sin embargo, no podemos silenciar que la referida jurisprudencia significó, en todo caso, un cambio respecto de la que se mantenía vigente en la fecha de interposición de la demanda, que fue, además, la tomada en consideración por ambas partes y por los Tribunales de las dos instancias.

Ello impone, para respetar la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, sancionado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, que, tal como señalamos en la sentencia de 11 de septiembre de 2.009, nos pronunciemos sobre la cuestión planteada en el único motivo del recurso de casación interpuesto por la demandada.

SEGUNDO. En el único motivo de su recurso de casación, D<sup>a</sup> Marisa denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, que, como se dijo, fue aplicado en las dos instancias.

Alega la recurrente, al argumentar en apoyo de su petición, que el siniestro fue debido exclusivamente a la imprudencia del demandante, ya que pudo haber utilizado un tractor adecuado para las labores a realizar y el terreno por el que debía circular y se sirvió de otro que no lo era. También afirma que ella, ausente de la finca, no había ordenado a su trabajador la realización de la operación sirviéndose del medio finalmente por él utilizado.

Sucede que la conclusión a que llega la recurrente tiene un soporte fáctico que no coincide con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. En efecto, en ésta se relata como causas de la imputación del resultado lesivo a la recurrente la contratación por ella de un peón agrícola sin formación profesional alguna para ejecutar una actividad calificada como extremadamente peligrosa y haberle dotado de una maquinaria desprovista de medios de protección esenciales, como era la cabina de seguridad.

Siendo esos los hechos en que se basa el reproche en la sentencia de apelación, debemos recordar que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de un control casacional del llamado juicio de causalidad y subsiguiente imputación objetiva, pero no la revisión de la prueba practicada sobre lo que constituye la base fáctica de una y otra, claro está, salvo que se utilice para ello la vía procesal adecuada - sentencias de 7 de junio, 14 de noviembre de 2.002 y 31 de octubre de 2.006, 23 de octubre de 2.007 y las que en ellas se citan -, que, desde luego, no es la elegida.

Procede desestimar el motivo y el recurso.

TERCERO. Las costas del recurso que desestimamos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

### FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Clemente, contra la Sentencia dictada, con fecha cuatro de febrero de dos mil, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con imposición de las costas al recurrente.

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

(...)

2009/225063

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 25 septiembre 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Colindancia entre fincas y aplicación del art. 582 CC

## Acción negatoria de servidumbre de luces y vistas

*Se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que, acogiendo la alzada de la actora, declaró libre de servidumbre su finca y ordenó el cierre de las dos ventanas abiertas por los demandados-recurrentes. No concurre en el supuesto enjuiciado interés casacional alguno, tal y como se pretende por la parte recurrente, al no apreciarse contradicción entre la jurisprudencia invocada. De similar modo, se afirma la existencia de colindancia entre las dos fincas y la aplicación al presente litigio del art. 582 CC en base a la pericial practicada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D<sup>a</sup> Miriam, actuando como representante de sus padres, D. Rosendo y D<sup>a</sup> Ángeles, en virtud de poder conferido al efecto, formuló demanda de juicio verbal ante los Juzgados de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera que dirigió contra D. Horacio y D<sup>a</sup> Delfina, afirmando que sus referidos padres son propietarios en pleno dominio, libre de cargas y gravámenes, de una vivienda sita en Medina Sidonia (Cádiz) en la CALLE001 núm. NUM001 -según identificación registral- y núm. NUM002 -según identificación municipal- que forma parte, en régimen de propiedad horizontal junto con otras veintitrés viviendas, de una finca matriz inscrita al tomo NUM003, libro NUM004 de Medina, folio NUM005 vto., finca núm. NUM006, así como que los demandados -titulares de otra vivienda lindante con aquella, sita en la misma urbanización- han realizado determinadas construcciones y modificaciones en la de su propiedad creando servidumbres inexistentes a cargo de la parte actora; por lo que interesó que se dictara sentencia en la cual se condenara a los demandados: 1.- Al cierre de las ventanas abiertas de las dos plantas de la edificación ejecutada así como a la eliminación de la terraza habilitada sobre la estructura metálica construida en el patio interior -incluida la parte que vuela sobre el espacio común de la comunidad- según se describe en la demanda, debiéndolo verificar en el plazo de veinte días, con apercibimiento de ordenar hacerlo a su costa si se negaren a hacerlo; y 2.- A que se abstengan en lo sucesivo de reali-

zar actos de ninguna clase, con los que impidan a la parte actora el normal goce, disfrute y posesión de su vivienda.

Los demandados se opusieron a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Chiclana de la Frontera, al que correspondió por reparto el conocimiento del asunto, dictó sentencia de fecha 3 de noviembre de 2003 por la cual, estimando parcialmente la demanda, condenó a los demandados a cerrar los dos huecos o ventanas existentes en la planta alta de su vivienda, absolviéndoles respecto del resto de las pretensiones contenidas en la demanda.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Cádiz dictó nueva sentencia de fecha 14 de septiembre de 2004 por la que estimó el recurso de la parte actora y rechazó el de los demandados y, con estimación parcial de la demanda, declaró libre de servidumbres conforme a la inscripción registral la casa a que se refieren las actuaciones, acordando el cierre de las dos ventanas de cada una de las dos plantas de la edificación ejecutada en la zona lindante con la escalera, y cerrando los huecos de cualquier clase que se han abierto en la construcción realizada en el patio inferior de la vivienda de los demandados (constituida por una construcción de dos alturas de estructura metálica abierta en su parte inferior o primera planta hacia la finca de la actora, y en la que hay una terraza abierta en la parte superior desde la cual se ve directamente también la finca de la actora), elevando con muros o tabiques opacos las balaustradas o cerramientos de la planta baja y de la terraza superior hasta una altura que no haga posible obtener esas vistas.

Contra dicha sentencia ha recurrido en casación la parte demandada.

SEGUNDO.- El recurso, amparado en lo dispuesto en el artículo 477.1 y 2.3<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional, aparece estructurado en dos motivos que son susceptibles de un estudio conjunto ya que en ambos se viene a discutir la procedencia del pronunciamiento impugnado en tanto que, según afirma la parte recurrente, las viviendas de ambas partes no se han de considerar contiguas y, en consecuencia, considera que se han infringido los artículos 581, 582 y 584 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial de esta Sala expresada en sentencias de 23 de febrero de 1974 y 11 de octubre de 1979, existiendo igualmente sentencias contradictorias dictadas por las Audiencias Provinciales.

En primer lugar se ha de descartar la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 581 del Código Civil, que se refiere a la apertura en pared propia de los llamados "huecos de ordenanza" para recibir luces a la altura

de las carreras, o inmediatos a los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre, pues no es ésta la situación fáctica en el caso presente. El artículo 582 del mismo código prohíbe abrir ventanas con vistas rectas, balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, salvo que haya dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad; distancia que se reduce a 60 centímetros en los casos de vistas de costado u oblicuas. Dicha norma es la que resulta de aplicación al caso presente, en que se trata de vistas rectas y no existen los dos metros de distancia entre propiedades que se exigen, tal como ha precisado la Audiencia.

La parte recurrente entiende que ha de excluirse la aplicación de dicha norma por razón de lo dispuesto en el artículo 584 - según el cual no rige cuando los edificios están separados por una vía pública- en relación con la doctrina de esta Sala contenida en sentencias de 23 de febrero de 1974 y 11 de octubre de 1979 en cuanto precisa que la prohibición de abrir vistas rectas sobre el fundo vecino a menos de dos metros de distancia sólo se da cuando los fondos son contiguos y no cuando están separados, aparte de por una vía pública o accidente natural, por la propiedad de un tercero.

Sin embargo, no es ésta la situación de autos y así lo hace constar la Audiencia recurrida (fundamento de derecho segundo) cuando afirma que «ese camino o pasillo que se abre entre las propiedades de los litigantes tiene precisamente el carácter de camino privado y no abierto al paso de cualquier persona (sino de sólo quienes acceden a la casa de la actora y a los vecinos de la colindante, ajenos a este pleito), según resulta de la prueba pericial así como de la contemplación de los planos aportados al proceso»; por lo que estima que concurren los supuestos para la aplicación del artículo 582 del Código Civil al existir la colindancia entre los predios sin elemento alguno que la excluya, como sí ocurría, por el contrario, en los casos contemplados por las sentencias de esta Sala traídas al recurso, cuya doctrina, en consecuencia, no ha sido vulnerada.

Por otro lado no cabe deducir el interés casacional de la existencia de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales pues la parte recurrente se limita a citar varias sentencias (SAP Almería de 7 julio 2000 y Segovia de 30 de diciembre de 1995) en un mismo sentido de inexistencia de colindancia por la presencia de una propiedad intermedia de tercero -que tampoco se da en el caso presente- sin citar otras que mantengan una doctrina opuesta sobre la interpretación de las normas en cuestión.

TERCERO.- Procede por ello la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente (artículos 394 y 398.1 de la LEC 2000).

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 D. Horacio y D<sup>a</sup> Delfina contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2<sup>a</sup>) de fecha

14 de septiembre de 2004 en Rollo de Apelación núm. 95/04, dimanante de autos de juicio verbal número 416/02 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Chiclana de la Frontera, en virtud de demanda interpuesta contra los mismos por D<sup>a</sup> Miriam, la que confirmamos y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas del presente recurso.

(...)



2009/240058

## TSJ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 7, Sentencia 21 octubre 2009. Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne

Al vulnerar la acción sindical

### Nulidad del acuerdo que establece plazas de liberados sindicales a los promotores de un proceso de elección sindical

*El TS estima el recurso de casación promovido por el sindicato independiente de la Comunidad Valenciana contra la STSJ de Valencia con relación a las elecciones sindicales a juntas de personal y comités de empresa. El acuerdo recurrido de la Consejería de Sanidad establecía unas plazas de liberados sindicales para actuar durante las elecciones en favor de los promotores de las elecciones, y la Sala, aplicando analógicamente la doctrina jurisprudencial sobre subvenciones, visto que el concepto de subvenciones es encuadrable en el más amplio de ayudas, en el que, a su vez, encajan los beneficios por concesión de liberados para actuar en unas concretas elecciones sindicales, beneficio que al dejar fuera al sindicato recurrente reconoce que perjudicaba sus derechos de acción sindical, ya que los liberados a quienes afecta el acuerdo obviamente pudieron realizar campaña electoral en beneficio de los sindicatos a que pertenecen.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana interpone este recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia del 14 de marzo de 2008, desestimatoria del recurso núm. 500/2007, seguido por el cauce del proceso especial de amparo judicial de los arts. 114 sgs. de la Ley de esta Jurisdicción, promovido por el citado Sindicato frente a la que dijo ser actividad material constitutiva de vía de hecho de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Valencia, derivada de la existencia de un acuerdo sobre proceso electoral en el ámbito del personal funcionario, estatutario y laboral de la Agencia de Valenciana de la Salud y de las Instituciones Sanitarias de la Consejería de Sanidad, suscrito el 28 de julio de 2006, entre dicha Consejería y los Sindicatos UGT, CSI-

CSIF, CEMSATSE y CC.OO, relativo a las elecciones para Juntas de Personal y Comités de Empresa, del nombrado personal que se celebraron el 20 de diciembre de 2006; acuerdo en el que la Consejería de Sanidad -punto 8- se compromete a facilitar a cada una de las organizaciones sindicales o coaliciones electorales presentes en las elecciones, un total de liberados electorales igual al número de unidades en las que aquellas había obtenido representación en las pasadas elecciones sindicales, y -punto 9- una dispensa para cada una de las candidaturas o coaliciones proclamadas. Desestimación que se fundó en que según la sentencia, no había existido la lesión del derecho fundamental a la libertad sindical, del art. 28.1 de la Constitución, que el Sindicato recurrente alegaba como vulnerado.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada desecha la excepción de inadmisibilidad del recurso opuesta por

la Generalidad, al entender el juzgador de la instancia que no se produjo la extemporaneidad alegada por el oponente de la excepción, pues el Sindicato demandante había interrumpido el plazo para recurrir, al haber concurrido a tiempo ante la Jurisdicción Social, quien declaró la incompetencia de jurisdicción. Cuestión que no es del caso, dada la posición procesal que la Generalidad Valenciana adoptó en esta casación.

Mas adelante la resolución judicial recurrida considera que en realidad no se estaba ante una vía de hecho, sino frente a una actividad jurídica derivada de un acuerdo suscrito por la Administración demandada, en aplicación de la normativa del caso, y porque ni la realización del acuerdo ni la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical por las razones electorales denunciadas por el Sindicato demandante, son meras actuaciones materiales, sino jurídicas.

Desde ese punto de vista, en el fundamento sexto de la sentencia se desestima el recurso de amparo judicial, por las siguientes razones, que pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) El acuerdo se sitúa dentro del marco jurídico que le da la Ley 9/1987, de Órganos de Representación. Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, singularmente en su art. 13 y concordantes.

b) El acuerdo recurrido establece unas plazas de liberados sindicales, para actuar durante las elecciones, en favor de los promotores de las elecciones, atendiendo a los resultados obtenidos en las últimas elecciones sindicales, en las que las organizaciones firmantes del acuerdo fueron las más representativas.

c) Según la sentencia tal acuerdo y esas cláusulas favorecedoras, no suponen injerencia alguna de la Administración en el periodo electoral en marcha, porque la asignación de liberados sindicales a que se ha hecho referencia, no da ventaja electoral a los Sindicatos a quienes se realiza la asignación, pues ello no ha impedido que todas las organizaciones sindicales han podido promover las elecciones legalmente y participar en las liberaciones a estos efectos electorales.

TERCERO.- Frente a la sentencia el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana interpone el recurso de casación, fundado en un único motivo que articula al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley JCA, y del art. 5.4 de la LOPJ, al entender que la sentencia impugnada vulnera el ordenamiento jurídico en relación a lo dispuesto en los arts. 14 y 28.1 de la Constitución, por interpretación errónea de los



mismos y de la jurisprudencia sobre su aplicación.

CUARTO.- A la vista de las actuaciones la casación debe prosperar. Y ello porque la fundamentación que en la sentencia se da para excluir la existencia de vulneración de la libertad sindical del art. 28.1.CE, en función de que la mayor representatividad obtenida por los sindicatos promoventes de las elecciones a que se refiere el caso, en las anteriores elecciones sindicales, no se considera que fuese razón bastante para justificar la desigualdad en la atribución de liberados, ya que, si bien según se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, el concepto de mayor representatividad obtenida en las elecciones sindicales, es un criterio constitucionalmente válido, para medir la legalidad de trato dado a los sindicatos, en los acuerdos y disposiciones que les afecten, en el plano de la representación institucional, posibilidad de promover elecciones, gozar de excedencia forzosa por trabajo que desempeñen cargos sindicales, contar con delegados sindicales (sents. TC, 53/1982, 73/1984, 164/1993, 263/1994, 188/1995, entre otras), sin embargo también ha declarado el TC que la mayor representatividad exige la proporcionalidad entre las ventajas ofrecidas en su consideración y los intereses colectivos en juego, de modo que no es constitucionalmente aceptable la utilización de ese criterio como regla para excluir de los beneficios cuestionados a sindicatos que, como ocurre en el ahora actor, sin ser los mas representativos, sin embargo está acreditado que tienen cierta representatividad, como lo demuestra el hecho de que el ahora recurrente, había participado en las anteriores elecciones sindicales, y lo hizo en las discutidas, obteniendo unos resultados que si no lo situaban entre los mas representativos en los límites que la legislación de aplicación exige para el otorgamiento del derecho a promoción de elecciones, sin embargo eran suficientemente expresivos para demostrar una cierta implantación en el ámbito concernido por el problema a considerar. Siendo de apreciar que este Alto Tribunal Supremo, partiendo de las premisas expuestas, ha sostenido -sentencia 19 de diciembre 2007- la consideración de que es rechazable, por vulneración de la libertad sindical, la concesión a los sindicatos mas representativos, con exclusión de los demás, de subvenciones para fines sindicales, que pueden ser propios de todos los sindicatos.

De ahí que esta Sala y Sección, estime que también en el caso que se enjuicia es de aplicación la doctrina citada, por cuanto que dada la variedad de formas que pueden adoptar los medios instrumentales de acción sindical, es lícito sostener que en situaciones como la discutida se debe realizar una aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial citada, visto que el concepto de subvencio-

nes es encuadrable en el mas amplio de ayudas, en el que, a su vez, encaban los beneficios por concesión de liberados para actuar en unas concretas elecciones sindicales a Juntas de Personal y Comités de Empresas, a que se refiere el caso enjuiciado. Beneficio que al dejar fuera a otros sindicatos partícipes en las elecciones, perjudicaba sus derechos de acción sindical, ya que aquellos obviamente pudieron realizar campaña electoral en beneficio de los sindicatos a que pertenecen.

QUINTO.- La estimación de la casación, conduce a la revocación de la sentencia impugnada. Y por las mismas razones antes expuestas a la estimación del inicial recurso contencioso-administrativo, con la consiguiente anulación de las elecciones para las Juntas de Personal y Comités de Empresa, a que se refiere el acuerdo citado en el primer fundamento de esta sentencia. Si bien la estimación debe ser parcial, pues no cabe hacer declaración sobre el derecho a indemnización que los demandantes reclaman, ya que en la anterior instancia no se desplegó actividad procesal suficiente para fijar las líneas mínimas o principios que pudieran determinar no ya el alcance cuantitativo de la cantidad a señalar, sino incluso la existencia de los hechos que concretaran la producción del perjuicio.

SEXTO.- Cada parte soportará las costas causadas a su instancia en esta casación.

No se hace una expresa declaración por las costas de esta casación.

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad que nos confiere la Constitución;

#### FALLO

1) Ha lugar al recurso de casación promovido por el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 14 de marzo de 2008, desestimatoria del recurso núm. 500/2007, promovido por el citado Sindicato con relación a las elecciones sindicales a Juntas de Personal y Comités de Empresa, según se detalla en el fundamento primero de esta sentencia.

Se revoca la indicada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

2) Se estima parcialmente el reseñado recurso contencioso-administrativo 500/2007, con el alcance que se especifica en el fundamento quinto de esta sentencia.

3) Cada parte soportará las costas causadas a su instancia.

No se hace una expresa condena por las costas de la anterior instancia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cancer Lallanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lallanne, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

2009/245700

TS Sala 3ª, Sección: 3, Sentencia 22 septiembre 2009. Ponente: Dª Mª Isabel Perelló Domenech

Ante la ampliación de plazo para resolver el expediente

## Inaplicación del silencio positivo a la denegación de licencia comercial de grandes superficies

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia dictada por el TSJ que concedió una licencia comercial por silencio positivo, y en su lugar ordena que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, a fin de que se proceda a emitir una nueva sentencia resolviendo la cuestión de fondo perteneciente al derecho autonómico, que queda imprejuzgada en la presente sentencia. La Sala considera que la Orden dictada por la Consejería para ampliar el plazo de resolución es correcta por estar debida y suficientemente razonada, lo que conlleva que la posterior denegación de la licencia, realizada al amparo del Decreto canario 158/1998, por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial para grandes establecimientos comerciales, fue dictada en plazo, lo que inhabilita la adquisición de la licencia por silencio positivo. La Sala no entra a resolver sobre el fondo de la cuestión, pues procede retrotraer las actuaciones al momento para que la Sala de instancia resuelva conforme al derecho autonómico.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Gobierno de Canarias impugna la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las

Palmas de Gran Canaria (Sección Primera) el 21 de abril de 2006, estimatoria del recurso interpuesto por la entidad mercantil "Pfo Coronado S.A.U.". La Sentencia impugnada anulaba la Orden del Consejero de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno de Canarias, que declaraba concedida por silencio positivo la licencia comercial específica que la referida sociedad había solicitado en escrito presentado el 28 de septiembre de 2000.

La Sentencia impugnada justifica la estimación del recurso en el siguiente fundamento de derecho:

"Tercero.- Pues bien, del relato secuencial que en los antecedentes hemos consignado no se desprende, como bien defiende el abogado de la actora, la existencia de impedimento alguno para que la resolución del procedimiento se produjera dentro del plazo de seis meses. Si se repasa la norma que regula el procedimiento aplicable se comprueba que es muy sencillo: la concesión de la licencia por la Consejería requiere un informe de impacto social y económico, que en este caso se presentó a su debido momento y sobre el que nada opuso la Dirección General de Comercio. Obtuvo también la actora en su momento los informes favorables del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Ayuntamiento de Tías.

El paso siguiente era, pues, el previsto en el apartado 6 del art. 5 del Decreto, y la demandada pudo darlo sin inconveniente alguno dentro del plazo de seis meses, cuya ampliación -adelantamos- no tiene aquí fundamento legal. Por tanto, si la solicitud de la licencia tuvo lugar mediante escrito registrado en la Dirección General de Comercio el 28 de septiembre de 2000, el día 11 de julio del 2001, fecha de notificación de la Orden impugnada, se había producido la estimación de dicha solicitud por silencio positivo; sin que a esta conclusión quepa oponer, como hace la demandada, que la ampliación del plazo, acordada el 30 de abril del 2001, venía justificada por el gran número de solicitudes de licencias comerciales, ya que esta circunstancia -por cierto, no probada- debió producir otra consecuencia, pues se olvida con frecuencia que el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece una regla general diferente y que la excepción es, sin embargo, la medida acordada aquí. Recordemos este texto:

"6. Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste,

podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.”

Y en el caso examinado se ha empleado la regla excepcional sin la más elemental justificación (es decir, sin decir porqué no se acudió a la regla general, que era lo lógico) y, además, no hay prueba alguna de que la media se adoptara “una vez agotados todos los medios a disposición posibles” en mano de la administración.

Se impone, pues, la estimación del recurso “

El recurso del Gobierno de Canarias se sustenta en un único motivo, amparado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, en el que se aduce la infracción del artículo 42.6 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

SEGUNDO.- Los hechos sobre los que se plantea el proceso son los siguientes: La sociedad actora en la instancia solicitó una licencia comercial específica para la apertura de una gran superficie comercial mediante escrito de 28 de septiembre de 2000. La Dirección General de Comercio de la Consejería de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno canario acordó, mediante Orden de 30 de abril de 2001, ampliar en seis meses el plazo para resolver, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992. Finalizada la tramitación del expediente, la Consejería mencionada deniega la licencia solicitada mediante Orden, notificada el 10 de julio de 2001.

El recurso en la instancia se dirigió contra esta Orden denegatoria de la licencia, así como contra la posterior desestimación del recurso de reposición.

La aducida Orden de ampliación del plazo para resolver de 30 de abril de 2001 justificaba la procedencia de la ampliación en los siguientes términos:

“(…) Considerando que de conformidad con lo establecido en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, “podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y solo una vez agotados todos los medios a

disposición posibles” para posibilitar la adopción de una resolución expresa en plazo.

Teniendo en cuenta que el número de solicitudes de licencia comercial específica en la provincia de Las Palmas presentadas durante este año es de 6, a las que habría que añadir las que se a lo largo del año 2001, han sido resueltos expedientes de años anteriores, que el Tribunal de Defensa de la Competencia agotó cerca de tres de los seis meses de que dispone esta Administración para resolver y que su informe se configura como determinante para la resolución del procedimiento, y que se consideran agotados todos los medios a disposición posibles para concluir el procedimiento en plazo.

Teniendo en cuenta que los trámites pendientes de realizar son:

- Comisión Insular
- Trámite de audiencia a los interesados, con recepción y contestación a las alegaciones correspondientes, en su caso.
- Propuesta de resolución.
- Resolución.
- Notificación.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 5.9 del Decreto 158/1998 citado, el plazo para resolver el expediente (seis meses) vence con fecha 7 de mayo de 2000 y ante la imposibilidad racional de concluir con todos los trámites del procedimiento antes de esa fecha, circunstancias que no pueden resultar imputables al órgano instructor del procedimiento.”

En el único motivo casacional planteado en el presente recurso de casación, la representación del Gobierno recurrente argumenta que la Orden dictada por la Dirección General de Comercio de la Consejería de Economía Hacienda y Comercio antes transcrita por la que se amplía seis meses el plazo máximo para resolver el expediente se encontraba debidamente justificada en atención al elevado número de solicitudes en trámite y contenía una motivación de las circunstancias concurrentes que hacía referencia al agotamiento de los medios a disposición existentes. En esencia, se sostiene que la interpretación realizada por la sala de instancia, que considera inválida la Orden de ampliación del plazo, infringe el artículo 46.2 de la Ley 30/1992 por cuanto la ampliación se acordó con arreglo a las exigencias contempladas en dicho precepto.

Planteada en los indicados términos, la cuestión debatida resulta similar a la analizada y resuelta en la reciente Sentencia de esta Sala de fecha 18 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación número 834/2007, a cuya fundamentación ju-

rídica debemos remitirnos. Dijimos en aquella ocasión:

“Antes de pronunciarnos sobre este motivo hemos de hacer una observación y es que resulta claro que la cuestión material de fondo atañe exclusivamente al derecho autonómico, lo que en principio podría suponer que el asunto no fuese susceptible de casación. En efecto, hemos indicado en numerosas ocasiones que las alegaciones procedimentales o la invocación de principios generales de aplicación horizontal a todo el ordenamiento no abren camino a la casación, reservada por la Ley de la Jurisdicción exclusivamente a la interpretación del derecho estatal o comunitario. Sin embargo, dicho criterio ha de entenderse con la flexibilidad y matices que hemos expresado con detalle en la Sentencia del Pleno de la Sala de 30 de noviembre de 2007 -RC 7.638/2002-. En el presente caso, si bien el derecho material aplicable es de origen autonómico, la Sentencia de instancia ha centrado y resuelto el litigio a partir exclusivamente de la interpretación de una Ley estatal, en concreto del artículo 46.2 de la Ley 30/1992, y consiguientemente el debate en la casación se ha basado exclusivamente en tal cuestión. En consecuencia procede examinar el motivo en que se funda el presente recurso, referido a una Ley estatal, con independencia de la cuestión de fondo sobre la que se origina la litis.

El motivo está justificado y debe ser estimado. El artículo invocado de la Ley 30/1992 tiene el siguiente tenor:

“6. Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.”

La Ley prevé, en consecuencia que ante la acumulación de un número excesivo de asuntos a resolver se habiliten los medios personales y materiales necesarios para resolver

en plazo dichos asuntos. Y que, excepcionalmente, “agotados todos los medios a disposición posibles”, puede acordarse la ampliación del plazo. Esta Sala ya se ha pronunciado en casos análogos y ha interpretado esta previsión legal en el sentido de que basta una justificación clara y real de la dificultad para resolver en el plazo ordinario para que sea admisible la ampliación del mismo. Esto es, que la solución de la ampliación del plazo no puede concebirse como una posibilidad extrema en supuestos absolutamente excepcionales, sino como una posibilidad admisible cuando la Administración no encuentre otra forma razonable para el cumplimiento del plazo y lo justifique adecuadamente (Sentencias de 10 de julio de 2008 -RC 7.144/2005- y 4 de marzo de 2009 -RC 3.943/2006-).

Así, hemos dicho: “Quinto.- En el segundo motivo de casación “Telefónica de España, S.A.U.” discrepa de las apreciaciones del tribunal de instancia en cuanto a los dos acuerdos relativos al plazo para resolver. A su juicio, coincidente con el que ya sostuvo en la demanda, a) el expediente no tenía la complejidad necesaria para que fuera necesario ampliar en tres meses su tramitación y, además, había otros medios alternativos para conseguir el mismo fin; y b) el acuerdo de solicitar determinados informes no podía tener efecto suspensivo.

A) En lo que se refiere al primer argumento, la tesis de la recurrente insiste en que el acuerdo de ampliación del plazo carecía de una motivación objetiva y razonable y que no concurrían en él los presupuestos objetivos para aplicar el artículo 42.6 de la Ley 30/1992. Norma que permite, excepcionalmente, acordar la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación con los únicos requisitos de que los acuerdos correlativos tengan una “motivación clara de las circunstancias concurrentes” y que hayan sido previamente “agotados todos los medios a disposición posibles”.

La alegación de “Telefónica de España, S.A.U.” no puede prosperar. Basta leer el contenido de aquella decisión para corroborar tanto su “claridad” como la razonabilidad de su justificación. Las circunstancias objetivas del voluminoso expediente tramitado (que culmina en un acuerdo final de 312 páginas) requerían el análisis y la verificación de datos relativos a numerosas empresas y terminales, tarea cuya duración en el tiempo razonablemente podía sobrepasar la “normal” de otros expedientes sancionadores, todo lo cual legitimaba la ampliación.

No cabe, por lo demás, afirmar que el organismo regulador dejara de habilitar otros medios alternativos. Siendo cierto que el órgano administrativo ha de agotar todos los medios a su alcance antes de decretar la am-

pliación del plazo máximo de duración del procedimiento, y aun cuando la Sala de instancia no se haya referido a este extremo de modo expreso en su sentencia, nada hay que demuestre lo contrario. La recurrente no llega a identificar qué otros medios preferentes hubiera debido emplear el organismo regulador, dentro de la medida de sus posibilidades y recursos humanos, antes de acudir al mecanismo ampliatorio del plazo. (...)” (fundamento de derecho quinto de la Sentencia de 4 de marzo de 2009 -RC 3.943/2006-)

En el caso de autos la razón para la aplicación de la ampliación del plazo esta claramente determinada, el número de expedientes -cuantificándose incluso los del año, a los que había que sumar los de años anteriores todavía en tramitación-, y la necesidad de recabar informes externos, cuya mayor o menor rapidez de tramitación no depende directamente del órgano que ha de resolver. Y, en cuanto a la utilización de otros medios, es verdad que, como la Sala de instancia señala, la Orden no especifica si se pudo arbitrar o no algún otro medio extraordinario -tan sólo se afirma que “se consideran agotados todos los medios a disposición posibles”, y solamente a posteriori se ha aducido la imposibilidad de trasladar personal a la unidad administrativa afectada. Sin embargo, tampoco la empresa solicitante de la licencia sugiere ninguna otra posibilidad de medios extraordinarios para el puntual cumplimiento del plazo ordinario para resolver. Por otra parte, debe también admitirse que si la Administración ha de hacer frente a una excesiva acumulación de expedientes de cualquier género tiene que enfocar el cumplimiento regular de los plazos de una manera global respecto a todos ellos, por encima de las incidencias de cada expediente en concreto, por lo que la ampliación del plazo se presenta como una respuesta extraordinaria razonable para el conjunto de tales expedientes.”

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto se deriva que al no haber apreciado que la ampliación del plazo para resolver era conforme con la previsión del artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por estar debida y suficientemente razonada, se ha producido una infracción del mismo que conlleva la estimación del motivo y del recurso de casación.”

TERCERO.- Casada y anulada la Sentencia recurrida, procede resolver el debate planteado en los términos que proceda, según lo determinado por el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción. Pues bien, lo que se impugnó en la instancia fue la denegación de la licencia comercial específica que se había solicitado mediante escrito presentado el 28 de septiembre de 2000, al amparo de la regulación establecida en el Decreto canario 158/1998, de 10 de septiembre, por el que se regula el procedimiento

de concesión de la licencia comercial para grandes establecimientos comerciales.

Se aducían en la demanda deducida en el recurso contencioso administrativo varios argumentos impugnatorios planteándose el primero de ellos con carácter principal y los restantes, de manera subsidiaria. En el primero de los motivos se denunciaba la irregular ampliación del plazo para resolver que habría determinado, según la Sentencia casada, que la licencia hubiese sido otorgada por silencio positivo. Los siguientes motivos de impugnación, articulados de manera subsidiaria, se refieren a la supuesta arbitrariedad del acto recurrido y del Informe desfavorable del Tribunal de Defensa de la competencia que se toma, se afirma, como único fundamento, aduciendo respecto a este último ciertas irregularidades formales, al que se imputa una motivación contraria a los antecedentes fácticos y a la normativa de aplicación, para concluir con la quebra de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del administrado.

Pues bien, casada la sentencia por la errónea aplicación del artículo 42.6 de la Ley 30/1992, y tratada la primera de las cuestiones en el anterior fundamento sobre la legalidad y corrección de la Orden ampliatoria del plazo para resolver, nos correspondería analizar exclusivamente los motivos que pudieran basarse en normativa procedimental estatal. Las únicas cuestiones planteadas por el recurrente referidas al acto administrativo impugnado se refieren, en realidad, a la supuesta arbitrariedad de la administración autonómica en la aplicación de la normativa sectorial canaria, a las eventuales irregularidades del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia y en la composición de la Comisión Insular en materia de comercio en Gran Canaria. Pues bien, lo cierto es que el conjunto de estas cuestiones, incluidas las alegaciones sobre el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, se encuentran vinculadas a la interpretación del derecho autonómico, puesto que se refieren exclusivamente a la aplicación del ya referido Decreto canario 158/1998, de 10 de septiembre, dictado en aplicación de la Ley autonómica 4/1994, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias. Tal decisión corresponde, según lo que se deriva del artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción, en la interpretación que del mismo ha efectuado esta Sala, a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia que proceda.

Por consiguiente, en aplicación del criterio sentado por el Pleno de esta Sala en la referida Sentencia de 30 de noviembre de 2007 (RC 7.638/2002), procede retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar Sentencia para que la Sala de instancia resuelva dicha cuestión de

fondo perteneciente al derecho autonómico.

CUARTO.- De acuerdo con las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho, procede estimar el recurso de casación formulado por el Gobierno de Canarias, casando y anulando la Sentencia recurrida. En cuanto al recurso contencioso administrativo, en congruencia con lo expuesto en el último fundamento de derecho, procede retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que la Sala de instancia resuelva las cuestiones de fondo relativas a la aplicación de derecho autonómico que quedan imprejudgadas en la presente Sentencia.

No concurren las circunstancias legales para la imposición de costas en la casación, según lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción. En cuanto a las costas del recurso contencioso-administrativo, procede pronunciarse sobre ellas a la Sala de instancia.

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

#### FALLO

1. Que ha lugar y por lo tanto estimamos el recurso de casación interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias

contra la sentencia de 21 de abril de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria (Sección Primera) en el recurso contencioso-administrativo 1.213/2001, sentencia que casamos y anulamos.

2. Que se retrotraen las actuaciones del mencionado recurso al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, a fin de que la Sala que ha tramitado el mismo proceda a emitir una nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de esta resolución.

3. No se hace imposición de las costas del recurso de casación.

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. 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 en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup> María Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.



TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 4 junio 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

## Complemento de antigüedad previsto en Convenio de Correos

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad demandada, Correos y Telégrafos, contra sentencia dictada en proceso sobre complemento de antigüedad.*

*Explica la Sala que el complemento de antigüedad establecido por el art. 60 b) I Convenio Colectivo de la demandada corresponde a los trabajadores llamados eventuales en razón del tiempo total por el que hayan prestado sus servicios a la empresa, sea cual fuere el tiempo de duración de cada una de las relaciones laborales de esta naturaleza que hubieren tenido, y sea cual fuere el tiempo que hubiere mediado entre una y otra de dichas relaciones laborales.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina

versa sobre el cómputo del tiempo de servicios, a efectos del complemento de antigüedad, para un trabajador que ha prestado trabajo durante un total de 2.441 días en virtud de

una serie de contratos temporales y sin solución de continuidad desde el inicio de la relación laboral de servicios.

2. El Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo dictó sentencia el 16 de julio de 2004, autos 453/04, estimando la demanda formulada por D. Jesús María contra la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A., en reclamación de cantidad por el concepto de antigüedad-trienios. Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor comenzó a prestar servicios el 1 de agosto de 1993, habiendo suscrito diversos contratos con la categoría de sustituto funcionario, nivel 11 y 112 y/o sustituto de personal laboral fijo, totalizando, como se dijo, 2.441 días sin solución de continuidad el 29 de febrero de 2004, y, como recoge con verdadero valor fáctico la fundamentación jurídica de la resolución impugnada, "constando en las actuaciones que el actor mantiene un último y único contrato de trabajo desde el 01/08/01, fecha a partir de la cual viene prestando ininterrumpidamente servicios para la demandada (folios 5 y 16 de las actuaciones)". La sentencia condenó al organismo demandado a abonar al demandante la cantidad de 443,80 euros en concepto de trienios por el período trabajado entre el 1 de febrero de 2003 y el 29 de febrero de 2004.

3. Recurrída en suplicación por la Sociedad Estatal, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 26 de octubre de 2007, recurso 5143/04, desestimándolo y confirmando la resolución de instancia. La sentencia entendió, en síntesis, reiterando su propio criterio (STSJ Galicia 26-6-2007, R. 3775/04) e interpretando el artículo 60.b) del Convenio Colectivo de Correos y Telégrafos publicado en el BOE del 13-2-2003 a la luz de la doctrina jurisprudencial que menciona (STS 28-2-2007, entre otras), que los trabajadores de aquella Sociedad Estatal, eventuales o temporales, tendrán derecho al reconocimiento de la antigüedad y al consecuente devengo de trienios, aunque no adquieran la condición de indefinidos, e incluso aunque pudieran existir -que no es el caso- entre sus contratos temporales interrupciones superiores a 20 días.

4. Contra dicha sentencia se interpuso por la citada demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción de los arts. 6 y 60.b) del precitado Convenio Colectivo, en relación con los arts. 37.1 de la Constitución y 1255 del Código Civil, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de Galicia el 23 de julio de 2007, recurso 4464/04, firme en el momento de publicación de la recurrida. La parte actora no ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que lo estima improcedente. Esta sentencia referencial estimó el

recurso de suplicación formulado por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos contra la dictada en instancia y, revocando su fallo, desestimó íntegramente la demanda, en la que se reclamaba por el actor la cantidad de 343,93 euros, en concepto de antigüedad, por el período comprendido entre el 1 de abril y el 31 de diciembre de 2003 y en razón a que, tal como constan los hechos probados, había trabajado un total de 4.209 días al amparo de diversos contratos temporales desde el 1 de julio 1990, el último de los cuales se suscribió el 1 de enero de 2004. La sentencia entendió, en esencia, que el artículo 60.b) del Convenio Colectivo, vigente desde el 1-3-2003, estableció un nuevo régimen remuneratorio de la antigüedad que, además de carecer de efectos retroactivos, condicionaba la percepción de tal complemento por parte de los trabajadores eventuales a que su antigüedad se produzca en el ámbito de un mismo contrato de trabajo. Entre la sentencia recurrida y la de contraste, como admite el Ministerio Fiscal, concurren pues las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral porque, ante situaciones de hecho prácticamente iguales, se otorgan soluciones y respuestas completamente distintas.

SEGUNDO.- 1. Como vimos, el recurrente denuncia la vulneración por la sentencia recurrida de los artículos 6 y 60.b) del Convenio Colectivo publicado en el BOE del 13-2-2003, en relación con los arts. 37.1 de la Constitución y 1255 del Código Civil, respecto a la única cuestión casacional que planteada, a saber: el cómputo de la antigüedad.

2. Para la mejor comprensión del tema debatido, conviene comenzar por transcribir el precepto convencional objeto de litigio, esto es, el art. 60.b) del I Convenio Colectivo de Correos con vigencia a partir del 1 de marzo de 2003, que reza así:

"A partir de la entrada en vigor del presente Convenio se reconoce a todos los trabajadores fijos, así como a los eventuales en el ámbito de un mismo contrato de trabajo, un complemento de antigüedad (trienios), en las cuantías reflejadas en las tablas salariales del anexo I. Dichos trienios se devengarán, a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años continuados de relación laboral, durante los cuales se deberán prestar servicios efectivos. El personal eventual, que a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio, viniese cobrando trienios en concepto de antigüedad, de acuerdo con el anterior Convenio Colectivo, pasará a percibir por esta cuantía un complemento "ad personam" de naturaleza salarial, de carácter no absorbible ni compensable, y revisable, denominado complemento personal de antigüedad, a partir del momento en que formalice un contrato de duración indefinida con la Sociedad Estatal. En el su-

puesto de encontrarse en curso de perfeccionamiento de un trienio, seguirá devengando antigüedad de conformidad al Convenio de la extinta Entidad Pública Empresarial hasta tanto lo perfeccionen, integrándose su cuantía en el complemento personal de antigüedad".

3. La interpretación de este precepto convencional, entre otros del propio Convenio, ha sido objeto del recurso de casación común número 3/2008, entablado contra una decisión de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictada en un proceso de conflicto colectivo de carácter interpretativo de preceptos convencionales. En el expresado recurso, ha recaído nuestra reciente Sentencia de 7 de abril de 2009. Y en el 4º fundamento de esta resolución nos hemos pronunciado en los siguientes términos:

El art. 60.b) -relativo a la antigüedad- reconoce el complemento por dicha antigüedad "a todos los trabajadores fijos, así como a los eventuales en el ámbito de un mismo contrato de trabajo", habiéndose pronunciado ya sobre este precepto convencional nuestra Sentencia de 14 de octubre de 2005 (rec. 138/04), recaída precisamente en un proceso de impugnación del Convenio del que estamos tratando. Pues bien: en el 11º fundamento jurídico de esta resolución se dice lo siguiente: Por lo que respecta al artículo 60.b) del Convenio Colectivo,... (y transcribe el precepto)...el Sindicato recurrente considera la norma un supuesto de doble escala carente de justificación objetiva y razonable.- En primer lugar, debe destacarse que de la lectura del precepto no se desprende la pérdida del complemento "ad personam" al suscribir un contrato indefinido sino que por el contrario la previsión del complemento con esas características se hace con vistas a los firmantes de dichos contratos.- Por otra parte, los complementos de antigüedad se reconocen a fijos y eventuales, si bien a estos últimos en el ámbito de un mismo contrato de trabajo, expresión con la que se alude sin duda a períodos ininterrumpidos, careciendo de sentido establecer un complemento ad personam para quienes van generando antigüedad y perciben por ella el correspondiente complemento bajo la fórmula de cómputo de trienios mientras permanecen en idéntica situación. Y llega a la conclusión acerca de que esta norma se ajusta a derecho.

En relación con este mismo precepto -seguimos razonando en dicho lugar- e incidiendo en este mismo argumento respecto del apartado b) del art. 61.1 (se refiere sin duda al 60.1), también la Sentencia recurrida ha partido de la base de que de su redacción no podía desprenderse el trato desigual injustificado que los recurrentes atribuyen al texto del convenio, y a la misma conclusión ha llegado el Ministerio Fiscal en cuanto que de lo que del texto con-

venido se desprende es que para los trabajadores que pasen a ser contratados como indefinidos se les respetan los trienios anteriormente ganados, sin que de ello se derive ningún perjuicio, y sin que pueda deducirse que los que no sean contratados no los percibirán, por cuanto seguirán teniendo derecho a ellos por la vía del apartado 1, siempre y cuando estuvieran prestando sus servicios bajo una misma "unidad de vínculo contractual", como esta Sala ya ha establecido en nuestras Sentencias de 21 de mayo de 2008 (rec. 3420/06) y 12 de junio de 2008 (rec. 2544/2007). Ello aparte de que en el nuevo II Convenio Colectivo, previsto para los años (2005-2006), ya consta claramente eliminada aquella posible diferencia de trato problemática, lo que demuestra que la intención de los negociadores del Convenio estuvo desde el primer momento presidida por el criterio de igualación, de forma que, si en el primero se manifestó con alguna imprecisión, en este último aparece claramente establecida sin ninguna dificultad de interpretación.

4. A partir de la doctrina interpretativa que acabamos de exponer, queda claro que el complemento de antigüedad establecido por el art. 60.b) del Convenio Colectivo de referencia corresponde a los trabajadores llamados por el Convenio "eventuales" en razón del tiempo total por el que hayan prestado sus servicios a la empresa. En el supuesto contemplado en el presente proceso así como en la sentencia de contraste nos encontramos con trabajadores que reclaman el reconocimiento del complemento de antigüedad por los períodos trabajados como eventuales con anterioridad, en base a lo previsto en el citado art. 60 b) del I Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal (2003) computando los períodos trabajados como eventuales antes de la entrada en vigor del mismo, sin que se haya planteado ningún problema relacionado con la unidad del vínculo contractual, con la cuantía de lo reclamado o con cualquier otra cuestión conexa con ellas, por lo que, en aplicación de la doctrina de la Sala, procederá estimar la pretensión del demandante.

De conformidad pues con el dictamen del Ministerio Fiscal, desestimamos el recurso de casación y decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, sin que haya lugar a la imposición de costas al no haberse personado siquiera la parte recurrida.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Señor Abogado del Estado en representación de la Sociedad Estatal de Correos y Telé-

grafos S.A. contra la sentencia dictada el 26 de octubre de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso número 5143/04, interpuesto también por la misma entidad contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo, en autos núm. 453/04, sobre reclamación de cantidad. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal. Sin costas.

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

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

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

2009/166031

TS Sala 4ª, Sentencia 16 junio 2009. Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

## Abono de complemento de productividad a sancionados con falta grave o muy grave

*Estima en parte el TS el recurso de casación formulado por el comité de empresa accionante contra sentencia que rechazó la demanda de impugnación de convenio colectivo formulada frente a la Empresa Pública del Suelo de Andalucía. Señala la Sala que si bien resulta adecuado que no tengan derecho a percibir el complemento de productividad los trabajadores que no hayan permanecido en la empresa, en el año evaluado, un tiempo superior a seis meses y los que no alcancen el mínimo que se establece en la evaluación correspondiente, debe rechazarse, por contrario a derecho, que no puedan cobrarlo los trabajadores que durante el período evaluado hayan sido sancionados por la comisión de una falta grave o muy grave, aunque superen los módulos de evaluación anual, pues esta prohibición constituye una sanción encubierta.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente procedimiento se inició por medio de de-

manda presentada por D. José Ramón y D. Luis Andrés, Vicepresidente y Presidente respectivamente del Comité de Empresa de los Servicios Centrales, Gerencia Provincial y demás Centros de Trabajo de la Provincia de Sevilla de la EMPRESA PÚBLICA DEL SUELO DE ANDALUCÍA (EPSA), en impugnación de convenio colectivo, solicitando se declarase nulo de pleno derecho el III Convenio Colectivo de Trabajo de dicha empresa, se anulase la totalidad del referido Convenio y se declarase expresamente la validez del II Convenio Colectivo de EPSA.

2.- El fallo de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de fecha 28 de mayo de 2007, que conoció en grado de instancia, del indicado procedimiento de impugnación, es del tenor literal siguiente: “Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por José Ramón, Luis Andrés contra la EMPRESA PÚBLICA DEL SUELO DE ANDALUCÍA (EPSA), Alejo, Baldomero, Cecilio, UGT-FSP-A y CC.OO-A COMITÉ INTERCENTROS, en Autos 2/2007, de impugnación de convenio colectivo. “

3.- Contra dicha sentencia se interpuso el presente recurso de Casación, basado en los ocho motivos que más adelante se relacionan, todos ellos correctamente amparados en el apartado e) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- 1.- Mediante el primero de los motivos de su escrito de recurso, la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 28.1 y 37.1 de nuestra Constitución de 1978, artículo 2.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical y artículo 87.5 de Estatuto de los Trabajadores y doctrina jurisprudencial aplicable, reiterando las alegaciones efectuadas ya en el escrito de demanda respecto a que la constitución de la Mesa Negociadora del III Convenio Colectivo de la empresa EPSA debe ser considerada nula, en base sustancialmente a los dos siguientes argumentos, aderezados con cita de documentos aportados y de distintas consideraciones: a) que se excluyó a candidaturas electas de la constitución del Comité Intercenros, refiriéndose a la encabezada por D. Luis Andrés (firmante de la demanda en calidad de Presidente del Comité de empresa de Sevilla); y, b) porque la Mesa Negociadora por la parte social no respeta la proporcionalidad en su composición, ya que la correcta constitución del Comité Intercenros en el año 1997, debía ser -según la parte recurrente-: 1 miembro de UGT, 1 de CC.OO., 1 Independiente de Sevilla 1, 1 Independiente de Sevilla 2, 1 Independiente de Sevilla 3; o alternativamente, si se entendiera que UGT debía de tener 2 representante, pero cada una de las candida-

turas de Sevilla debían tener un representante.

TERCERO.- 1.- El motivo, así formulado, debe ser rechazado, ya que además de lo extraño y extemporáneo que supone el que ahora se pretenda cuestionar la legitimidad de un Comité Intercenros constituido en el año 1997, y de una Mesa Negociadora constituida en el año 2004, no intentándose siquiera por la vía adecuada del apartado d) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación o ampliación del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, sus pretensiones carecen de sustrato fáctico, en cuanto según dicho relato -hechos probados segundo y quinto- que debe ser respetado, el Comité Intercenros desde el 3 de junio de 1997 estaba compuesto por cinco personas: dos representantes de las gerencias provinciales y tres representantes del Comité de Empresa de Sevilla; y cuando se constituyó la Comisión Negociadora el 30 de julio de 2004, se respetó esta constitución pues había tres representantes del Comité de Empresa de Sevilla (Sres. Alejo, Pablo y Cesar), un representante de Granada (Sr. Oscar) y otro de Jaén (Sr. Baldomero), sin que conste probada impugnación alguna por parte de quien pudiera considerarse excluido del Comité Intercenros, ni tampoco consta que los recurrentes cuestionaran en modo alguno el nombramiento de los tres representantes de Sevilla hasta después de firmado el Convenio.

2.- De ahí, que debe considerarse que tanto el repetido Comité Intercenros como la Mesa Negociadora del Convenio se constituyeron válidamente.

CUARTO.- 1.- Los otros siete motivos del recurso se centran en solicitar de esta Sala se declare la nulidad de los contenidos del III Convenio Colectivo de la empresa demandada que se dirán, reproduciendo fundamentalmente las alegaciones ya efectuadas en el escrito de demanda, enfatizando en algunos casos la infracción de distintos preceptos legales y en otros mediante diferentes consideraciones y valoraciones subjetivas, sin cita de precepto concreto que infrinja el precepto convencional, lo que pone de manifiesto su intención de sustituir la interpretación que de los preceptos convencionales impugnados ha llevado a cabo la sentencia de instancia -a través de una exégesis rigurosa de los mismos- por la suya propia.

A este respecto, conviene recordar, con carácter previo, y como parámetro para el análisis y resolución de los motivos del recurso, que como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de fecha 25 de septiembre de 2008 (recurso de casación 109/2007) con cita de la sentencia de 19 de septiembre de 2003 (recurso casación 6/2003), “es doctrina constante de esta Sala que “la interpreta-

ción de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual”. Así se han pronunciado las sentencias de 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de diciembre del 2002.

Debiéndose destacar así mismo que las sentencias de 20 de marzo de 1997 y 16 de diciembre del 2002 han precisado que “en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes”.

QUINTO.- 1.- En el primero de los citados motivos, segundo del recurso, la parte recurrente, denunciando la infracción del artículo 37.1 de nuestra Constitución de 1978, y artículos 3, 4.1.c) y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, impugna el artículo 1º y las Disposiciones Adicionales 2ª y 3ª del Convenio, aduciendo, que se deja fuera del ámbito de aplicación del convenio a los trabajadores de EPSA que pasen a ocupar un puesto directivo, los cuales se registrarán por el denominado “Estatuto de Directivos” el cual -aunque vinculado al Convenio- será aprobado por el Consejo de Administración de EPSA y puede efectuar modificaciones “mas favorables” para los mismos, lo que -se dice- infringiría el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, y además, al aplicárseles un estatuto no negociado, se infringiría, también, el derecho fundamental a la negociación colectiva del artículo 4.1.c) del propio Texto estatutario, y del artículo 37.1 de la Constitución.

2.- Es claro, que el motivo debe ser rechazado en cuanto que los preceptos convencionales señalados, al excluir del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo, al personal que pase a ocupar un puesto directivo, en modo alguno pueden infringir los citados preceptos legales que garantizan, de forma genérica, el derecho a la negociación colectiva.

Y por lo que se refiere al artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, éste, se limita a establecer que el convenio colectivo obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación. Por otra parte, el artículo 83.1 dispone que los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, y como señala el Ministerio Fiscal en su pre-



ceptivo informe, con cita de la sentencia 136/1987 del Tribunal Constitucional, y la resolución de instancia con mención a la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 1992, es posible excluir del ámbito de aplicación de un convenio a determinados trabajadores, siempre que los criterios de selección no sean discriminatorios; y en el presente caso ni se alega discriminación por los recurrentes, ni la misma se desprende del contenido de las disposiciones adicionales 2ª y 3ª del Convenio Colectivo cuya nulidad se postula.

SEXTO.- 1.- En el segundo de los mencionados motivos, tercero del recurso, la parte recurrente denuncia la infracción nuevamente del artículo 37.1 de nuestra Constitución de 1978, del artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y de los artículos 87, 88, 89 y 92.1 del Estatuto de los Trabajadores, aduciendo, que el Convenio atribuye a la Comisión de Interpretación y Vigilancia unas facultades desorbitadas, que exceden de la mera administración del Convenio, interesando la nulidad de los siguientes preceptos: artículo 4, apartado 3 d); artículo 6 apartado 2; artículo 9, artículo 11.6, artículo 60 y Disposición Adicional Primera.

1.- Pues bien, este motivo ha de ser rechazado como los anteriores, al no infringirse, como se verá, ni los preceptos legales que se denuncian ni la doctrina de esta Sala sobre las facultades de las Comisiones de Interpretación y Vigilancia de los Convenios Colectivos. Al respecto, esta Sala, en su sentencia de 30 octubre 2001 (Recurso de Casación núm. 2070/2000), hacía referencia a la "doctrina ya consolidada que existe en relación con las facultades que en un Convenio Colectivo le pueden ser atribuidas legalmente a una Comisión Paritaria.

Esta doctrina, contenida fundamentalmente en la STC 184/1991, de 30 de septiembre, y desarrollada por esta Sala en SSTs como las de 10-2-1992 (Recurso 576/1991), 15-12-1994 (Recurso 540/1994), 28-1-2000 (Recurso 1760/1999), 11-7-2000 (Recurso 3314/1999) o 5-4-2001 (Recurso 1326/2000), se concreta en aceptar que a la Comisión Paritaria de un Convenio Colectivo se le atribuyan «funciones que corresponden a la administración del Convenio», incluidas las de cooperación y colaboración en la ejecución del mismo, y negar por contrarias a derecho «aquellas cuyo ejercicio implica una acción normativa típica en la medida en que suponen una modificación de las condiciones de trabajo pactado o el establecimiento de nuevas normas»-STS 5-4-2001 citada-".

2.- Se trata, en consecuencia, de resolver si las funciones que en los mencionados preceptos del III Convenio Colectivo de la empresa de-

mandada, se atribuyen a la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia y Aplicación (CIV) del mismo, pueden considerarse meramente ejecutivas o administradoras de lo previsto en aquél, o si, por el contrario tienen un componente de «negociación» inaceptable.

Para lo cual nada mejor que examinarlas una por una, para llegar a las reflexiones acomodadas a cada una de sus previsiones.

3.-El primer precepto del Convenio en el que se manifiesta la discrepancia de los recurrentes es con el artículo 4. apartado 3 d) del mismo. Dicho precepto atribuye a la CIV la facultad de "negociar las revisiones que se acuerden durante el plazo de vigencia del Convenio y durante sus eventuales prórrogas".

Ahora bien, como se dice en el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, este precepto no otorga unas facultades negociadoras para modificar el convenio o para fijar una norma no contenida en el mismo, pues dicha facultad de "negociar las revisiones" queda limitada a las revisiones "que se acuerden durante el plazo de vigencia del convenio y durante sus eventuales prórrogas", sólo en sus aspectos económicos, ciñéndose la revisión, a tenor del artículo 5 del mismo convenio, a "los incrementos máximos que establezca la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para las empresas del sector público andaluz", correspondiendo por el contrario al Comité Intercentros, según el artículo 69.2 del propio convenio, "negociar cualquier acuerdo o pacto que afecte al conjunto de los trabajadores y que tenga naturaleza de materias afectas a negociación de convenio".

4.- El apartado 3.c) del mismo artículo 4 que igualmente se cuestiona, en cuanto atribuye a la CIV "constituir la instancia previa en la solución de los conflictos colectivos que se susciten en el ámbito de aplicación del convenio," no sustituye a la preceptiva reclamación previa, como aducen los recurrentes, sino en requisito previo a cualquier reclamación que pueda suscitarse por la vía del conflicto colectivo, con la finalidad de resolverla mediante un acuerdo entre trabajadores y empresa, que haga innecesaria la reclamación y solucione el conflicto.

5.- El artículo 6.2, también discutido, confiere a la CIV la facultad de interpretar cuando el Convenio vendría eficaz, debiendo reconsiderarse en su totalidad, en el supuesto de que la Autoridad Laboral no homologase algunas de sus cláusulas o artículos, pues bien con independencia de que no consta actuación alguna de la Autoridad Laboral con respecto al Convenio, es evidente, que dicha facultad integra las labores de interpretación del Convenio que corresponden a la CIV.

6.- Tampoco el contenido del párrafo penúltimo del artículo 9 del Convenio ni el apartado 6 del artículo 11 del mismo, atribuyen facultades negociadoras a la CIV, en cuanto el primero, a efectos de encuadrar al trabajador en el Grupo profesional correspondiente, establece como requisito el previo informe de la CIV, y el segundo, faculta a la CIV para establecer los criterios que en el desarrollo del precepto, regulan el acceso a los distintos niveles y permanencia dentro de los Grupos Profesionales.

7.- Se cuestiona también el artículo 60 del Convenio: "Revisión de los salarios e indemnizaciones", en cuanto dispone que: "Por la Comisión de Interpretación y Vigilancia se acordarán las revisiones anuales de los conceptos retributivos e indemnizaciones previstas en el presente Capítulo dentro de los límites autorizados por las respectivas leyes del Presupuesto para la Comunidad Autónoma de Andalucía", y siendo dicho texto idéntico al artículo 4 apartado d) en relación con el 5, ya examinados, nos remitimos a lo ya razonado al respecto.

8.- Finalmente, la Disposición Adicional 1ª del Convenio tampoco otorga facultad de negociación a la CIV. Únicamente, para el caso de que en un futuro las empresas públicas de Andalucía, se dotasen de un Convenio Colectivo Único, la CIV podría acordar bien su aplicación según lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, bien la revisión del III Convenio para su adaptación a las condiciones de trabajo que rijan con carácter general en las empresas de la Junta de Andalucía.

9.- Es evidente, a tenor de lo expuesto, que las facultades enumeradas no sobrepasan el ámbito de administración, gestión o aplicación del convenio, que junto al de la interpretación, constituye el quehacer propio de una Comisión como la CIV del III Convenio Colectivo de la empresa demandada, siendo de destacar, en cualquier caso, que en el supuesto de que la CIV se extralimitara en el ejercicio de sus facultades, sus decisiones siempre podrían ser impugnadas en vía judicial.

SÉPTIMO.- 1.- En el tercero de los motivos señalados, cuarto del recurso, se denuncia la infracción de los artículos 14 y 35.1 de nuestra Constitución de 1978, y de los artículos 4.2 b) y c), 17, 24 y 25 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 11 (Plan de Carrera Horizontal) del Convenio, alegando, que el establecimiento de un numerus clausus para la asignación de niveles atenta contra el principio de igualdad y el derecho a la promoción económica de todos los trabajadores, aunque sin embargo no argumenta en que medida el contenido del apartado 4 del artículo 11 del Convenio conculca el derecho a la promoción económica, limitándose a

hacer referencia al principio de igualdad, con el único fundamento de que puede dar lugar a la percepción de distintos salarios por igual prestación de trabajo.

2.- El motivo debe ser desestimado puesto que el artículo 11.2 dispone que "el Plan de Carrera Profesional estará vinculado a la evaluación de la formación, de la experiencia y del desempeño de las competencias relacionadas con el puesto de trabajo manifestado por el rendimiento del empleado y acreditado en la forma específicamente prevista para ello", regulando a continuación el procedimiento para asignación de niveles y los criterios objetivos que tendrán que valorarse.

En su consecuencia, todo ello implica que la asignación del nivel como complemento salarial (artículo 56.1 del Convenio) dependerá del rendimiento de cada trabajador de acuerdo con los criterios preestablecidos convencionalmente y dentro de los parámetros asimismo fijados, es decir, a tenor del apartado 4 del precepto, el 10-20% de la plantilla estará situado en el nivel 3, el 70-80 estará situado en el nivel 2, y el 10-20% lo estará en el nivel 1, no vulnerando estos parámetros el principio de igualdad, precisamente, por estar ligados a criterios objetivos en el desempeño del trabajo.

OCTAVO.- 1.-En el cuarto de los motivos expuestos, quinto del recurso, los recurrentes denuncian la infracción de los artículos 15.6, 17, 24, 25 y 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, alegando: a) que el artículo 12 del Convenio infringe los artículos 24 y 25 del ET al impedir la promoción de los trabajadores que se encuentren en el nivel 3; b) que el artículo 16 del Convenio infringe el artículo 15.6 del ET al discriminar a los trabajadores temporales en la provisión interna de vacantes; y, c) que el artículo 16 del Convenio infringe también el artículo 46.5 del ET al no respetar el derecho preferente al reingreso de los trabajadores en situación de excedencia voluntaria.

2.- No concurre ninguna de las infracciones que se denuncian. En efecto por lo que se refiere a que sólo pueden promocionar los trabajadores que se encuentren en los niveles 2 o 1 de su grupo profesional, la infracción no se produce, pues si conforme con el artículo 24 del Estatuto de los Trabajadores, "los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario", y precisamente estos parámetros son los que tiene en cuenta el artículo 11 del Convenio para la asignación de nivel, entra dentro de la lógica, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, que los trabajadores del nivel 3 (según la evaluación bienal que se realice,

conforme al artículo 11) no alcancen los méritos suficientes para la promoción.

3.- Ciertamente, que el artículo 16 del Convenio establece una preferencia de los trabajadores indefinidos sobre los temporales a la hora de participar en el proceso de selección interna de vacantes.

Sin embargo, si de acuerdo con el propio artículo 16, "se entiende por vacante la necesidad de la empresa de cubrir el desempeño efectivo de un puesto de trabajo, de acuerdo con las necesidades de producción de cada momento, es sin duda razonable, que la empresa pretenda cubrir en primer lugar esa vacante con trabajadores con contrato indefinido, para dar estabilidad a ese puesto de trabajo vacante, y también, porque los trabajadores indefinidos han debido pasar por un proceso de selección regido por los principios de mérito y capacidad, lo que según el artículo 17 del convenio no rige para los trabajadores temporales, por lo que en definitiva la preferencia en este supuesto de los indefinidos no implica discriminación alguna con respecto a los temporales.

4.- Finalmente, es claro que el artículo 16.2.3 del Convenio, en cuanto dispone que: "En caso de no existir candidatos que cumplan con los requisitos anteriores, podrán participar en el proceso de selección aquellos trabajadores que se encuentren en situación de excedencia", no conculca el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, como pretende la parte recurrente, en cuanto que el precepto convencional no sólo no niega el derecho de reingreso preferente en el supuesto de excedencia forzosa o por cuidado de hijo -al no diferenciar entre los distintos tipos de excedencia- sino que abre las puertas de la selección interna a trabajadores que en dicho momento no prestan servicios en la misma, mejorando con ello la previsión legal.

NOVENO.- 1.- En el motivo quinto de los señalados, sexto del recurso, la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 14 y 35.1 de nuestra Constitución de 1978, del artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 15.1 del Reglamento de Régimen Interior de la empresa EPSA, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en la provisión externa de plazas del artículo 17 del Convenio.

2.- Pues bien, como resalta el informe del Ministerio Fiscal, el motivo no puede admitirse al plantear una cuestión nueva no alegada en la instancia. En efecto, se alega que el artículo 17.3 del Convenio asigna entre un 30% y un 40% en la baremación a las "competencias" del aspirante, y éstas son manifiestamente imposibles de conocer sin haber trabajado antes en la empresa, lo que en la práctica supone un elemento de completa arbitrariedad a la hora

de contratar un aspirante, lo que conculca los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad.

Sin embargo, lo cierto es, que en la página 18 del escrito de demanda, únicamente se alude, y de forma tangencial, al punto 3 del artículo 17, reprochando que quien evalúa esas competencias sea la propia empresa.

DÉCIMO.- 1.- En el sexto de los motivos que sobre el contenido del Convenio venimos examinando, séptimo del escrito del recurso, se denuncia la infracción de los artículos 11.1.f, 11.2 j, 14.3, 15.6 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, y artículos 14 y 139 de nuestra Constitución de 1978, en relación con el artículo 20 del Convenio, alegando, que dicho precepto convencional establece tres discriminaciones que "luego podrán tener repercusión respecto al cobro del complemento de antigüedad contemplado en el artículo 7.1".

2.- Lo cierto es, no obstante, que como acertadamente se dice en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia de instancia, ninguna relación existe entre el artículo 20 del Convenio que se encuentra incluido en el Capítulo IV sobre "Provisión de vacantes, contratación e ingreso", y que se refiere exclusivamente al reconocimiento de servicios prestados para la provisión de vacantes, con el artículo 57.1 -incluido en el Capítulo XII sobre "Estructura Salarial e indemnizaciones"- regulador del complemento de antigüedad, el cual se cobrará por todos los trabajadores sin distinción alguna por cada tres años de servicios efectivo, por lo que el motivo resulta improcedente.

UNDÉCIMO.- 1.- Finalmente ya en el séptimo de los motivos señalados, octavo y último de los motivos de recurso, la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 58.3 del Estatuto de los Trabajadores y 115 de la Ley de Procedimiento Laboral, y 25.1 de nuestra Constitución de 1978, en relación con el artículo 57, punto 3.7, párrafo 2ª del Convenio, alegando, que dicho precepto convencional excluye del cobro del complemento de productividad a los trabajadores que durante el período evaluado hubieran sido sancionados por la comisión de una falta grave o muy grave, por lo que: a) se está castigando doblemente al no aparecer recogido en el artículo 45 como sanción; y, b) se infringen los artículos 58.3 del Estatuto de los Trabajadores y 115.2 de la Ley de Procedimiento Laboral ya citados, por falta de tipicidad en la sanción y ausencia de procedimiento, y por infracción de la prohibición de las multas de haber.

2.- De acuerdo con el criterio que sostiene el Ministerio Fiscal, procede la estimación de este motivo, con la consiguiente declaración de nulidad del párrafo interesado. En efecto, si

según el artículo 57 del Convenio, el complemento de productividad se concibe "como una forma de retribuir el nivel de consecución de los objetivos de la empresa, con el fin de motivar la mayor producción de los trabajadores, y como reconocimiento proporcional a su aportación en dicha consecución de objetivos", siendo la premisa para el reparto de la productividad la existencia de cuenta de resultados positiva en el año de referencia, resulta adecuado que, conforme al artículo 57.3.7 no tengan derecho a percibir el complemento los trabajadores que no hayan permanecido en la empresa en el año evaluado un tiempo superior a seis meses y los que no alcancen el míni-

ca una multa de haber, proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, por conllevar la privación del complemento de productividad una pérdida o perjuicio económico para el trabajador.

DUODÉCIMO.- Los razonamientos precedentes conllevan, tal y como solicita el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, la estimación en parte del recurso de casación planteado, únicamente en cuanto a declarar la nulidad del párrafo tercero del apartado 3.7 del artículo 57 del Convenio Colectivo de la EMPRESA PÚBLICA DEL SUELO DE ANDALUCÍA (EPSA), sin que haya lugar a realizar pronunciamiento alguno sobre las costas.

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

#### FALLO

Estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. José Ramón, Vicepresidente del Comité de Empresa de los Servicios Centrales, Gerencia Provincial y demás Centros de trabajo de la Provincia de Sevilla de la EMPRESA PÚBLICA DEL SUELO DE ANDALUCÍA (EPSA), contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2007, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el procedimiento núm. 2/2007 seguido a instancia de D. José Ramón y D. Luis Andrés, Vicepresidente y Presidente respectivamente del Comité de Empresa de los Servicios Centrales, Gerencia Provincial y demás Centros de Trabajo de la Provincia de Sevilla de la EMPRESA PÚBLICA DEL SUELO DE ANDALUCÍA (EPSA), frente a dicha empresa, D. Alejo, D. Baldomero, D. Cecilio, UGT- FSP-A y CC.OO-A COMITÉ INTERCENTROS, sobre impugnación de Convenio Colectivo. Casamos y anulamos en parte dicha sentencia, únicamente en cuanto a declarar la nulidad del párrafo tercero del apartado 3.7 del artículo 57 del Convenio Colectivo de la EMPRESA PÚBLICA DEL SUELO DE ANDALUCÍA (EPSA). Sin pronunciamiento sobre costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional del procedimiento, 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. Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

■  
*"...es doctrina  
 constante de esta Sala  
 que "la interpretación  
 de los contratos y demás  
 negocios jurídicos (y el  
 convenio colectivo  
 participa de tal  
 naturaleza) es facultad  
 privativa de los  
 Tribunales de instancia,  
 cuyo criterio, como más  
 objetivo, ha de  
 prevalecer sobre el del  
 recurrente, salvo que  
 aquella interpretación  
 no sea racional ni  
 lógica, o ponga de  
 manifiesto la notoria  
 infracción de alguna de  
 las normas que regulan  
 la exégesis  
 contractual". "*  
 ■

mo que se establece en la evaluación correspondiente.

Sin embargo, debe rechazarse, por contrario a derecho, que no puedan cobrarlo los trabajadores que durante el período evaluado hayan sido sancionados por la comisión de una falta grave o muy grave, aunque superen los módulos de evaluación anual, pues sin duda que esta prohibición constituye una sanción encubierta, vulnerándose los artículos 58.3 del Estatuto de los Trabajadores, 115.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, y 25.1 de nuestra Constitución, por falta de tipicidad de la sanción y ausencia de procedimiento para su imposición, constituyendo en la prácti-



## RESEÑA

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

### TS CIVIL

2009/217413

TS Sala 1ª, Sentencia 18 septiembre 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

#### Denegación de división de cosa común por falta de legitimación activa

Declara el TS que no ha lugar al recurso de recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la parte actora contra sentencia que confirmó la de instancia denegatoria de sus pretensiones de división de cosa común por falta de legitimación activa de las recurrentes. Trae causa el asunto en otro procedimiento sobre compraventa del inmueble de litis, en el que el allanamiento del demandado, hoy fallecido, permitió que de modo improcedente se declarase la legitimación de las actoras para ejercitar la acción ahora entablada, pese a no tener la condición de copropietarias del bien a dividir, no pudiendo hablarse tampoco de sustitución procesal.

2009/217418

TS Sala 1ª, Sentencia 25 junio 2009.  
Ponente: D. Vicente Luis Montes Penadés

#### Inaplicación de la doctrina del levantamiento del velo a la adquirente sucesora de quebrada

Declara el TS que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad arrendadora actora contra sentencia que confirmó el fallo desestimatorio de instancia pero dejó sin efectos la condena en costas. Trae causa el asunto en arrendamiento de obras impagadas por la arrendataria quebrada, siendo dirigida la demanda contra la entidad financiera que gestionó la hipoteca y la entidad adquirente de la finca a la que quedó incorporado el valor derivado de la construcción realizada por la recurrente. No aprecia el TS la existencia del levantamiento del velo y tampoco enriquecimiento injusto, pues tal adquisición se produce a través de la ejecución de hipoteca y la consideración de dicha adquirente como sucesora de la quebrada no re-

solvería la cuestión. Aclara que no estamos ante ningún supuesto reconocido jurisprudencialmente de restitución del valor de las expensas realizadas.

nes paralelas que no invalidaban el resto de la prueba obtenida de forma regular.

### TS PENAL

2009/178822

TS Sala 2ª, Sentencia 29 junio 2009.  
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

#### Inaplicación de agravante específica de ensañamiento

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de asesinato y de quebrantamiento de condena. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a excluir la aplicación de la agravante específica de ensañamiento que había sido aplicada, ya que los indicios base de que se valió el Tribunal del Jurado, según consta en la motivación del veredicto, para fundamentar su convicción, propician la obtención de una hipótesis fáctica sobre los hechos psíquicos integrantes del ensañamiento excesivamente abierta y débil, por lo que no cabe acoger como probado que el acusado actuó con el ánimo de causar sufrimiento y dolor a la víctima cuando la apuñaló.

2009/190312

TS Sala 2ª, Sentencia 29 julio 2009.  
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

#### Validez de la prueba en delito contra la salud pública

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito contra la salud pública. El TS afirma que la obtención de la droga no se produjo a consecuencia de las radiografías a las que se oponía el censurante, y si partimos de la hipótesis de que éstas se practicaron por razones de urgencia y necesidad consecuencia de una decisión médica para conocer la situación clínica o grado de peligro en la salud del recurrente provocado por la ingesta de tales sustancias, es patente que las radiografías fueron actuacio-

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/151008

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 7 julio 2009.  
Ponente: D. Antonio Martí García

#### Nombramiento de intérprete jurado para la lengua inglesa con exención de examen

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Madrid y en su lugar anula la resolución que denegó el derecho de la actora a obtener el nombramiento de intérprete jurado. La Sala estima el motivo invocado por la actora, cuando considera que se yerra en la instancia al invocar las facultades de valoración de discrecionalidad técnica de las que goza la Administración al resolver cuestiones como esta, pues la Orden de 21 marzo 1997, reduce al máximo dicha discrecionalidad, estableciendo claramente los requisitos exigidos a los licenciados en interpretación para alcanzar sin examen el título de intérprete jurado.

2009/229072

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 29 septiembre 2009. Ponente: D. Antonio Martí García

#### Obligación de la Ministra de convocar el pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la Comunidad Autónoma frente a la inactividad de la Ministra de Sanidad y Consumo, al no convocar una reunión del pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y, en

consecuencia, dispone el cese de dicha inactividad y que se proceda a la convocatoria del pleno de dicho Consejo, así como a incluir en el orden del día de dicha convocatoria los asuntos relacionados en el mencionado requerimiento.

### TS SOCIAL

2009/166007

TS Sala 4ª, Sentencia 26 mayo 2009.  
Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

#### Derecho a subsidio de desempleo para mayores de 52 años de emigrante retornada

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado SPEE contra sentencia que acogió la pretensión de la emigrante retornada accionante sobre subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Explica la Sala que constando las cotizaciones efectuadas por la parte actora en Alemania, aplicando el cómputo recíproco de cotizaciones, la carencia exigible de dos anualidades cotizadas se localiza en un periodo de doce años anteriores, suficiente para dar cobertura a la exigencia del art. 161 LGSS en materia de pensión de jubilación, por remisión implícita al mismo del art. 215,3 del citado texto.

2009/166009

TS Sala 4ª, Sentencia 21 mayo 2009.  
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

#### Irresponsabilidad del INSS en prestación por IT derivada de enfermedad común

Estima en parte el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que declaró la responsabilidad subsidiaria en la prestación económica de IT derivada de enfermedad común para el caso de insolvencia de la empresa responsable.

Explica la Sala que no puede aplicarse al recurrente la regla de subsidiaridad para el caso de la insolvencia patronal prevista para las contingencias profesionales, máxime cuando la mutua es, de una parte, una entidad colaboradora en la gestión de la seguridad social, con lo que la protección del beneficiario queda suficientemente asegurada, y de otra, percibe como contraprestación la fracción de cuota que se determine.