



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2848

Madrid, miércoles 23 de junio de 2010



## TS CIVIL

2010/53509

TS Sala 1ª, Sentencia 26 abril 2010. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Imposibilidad de desahucio

### Ejercicio del derecho de opción por arrendatario de naves industriales

*El TS estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia al apreciar incongruencia por cuanto únicamente corresponde al tribunal de apelación resolver sobre aquellas cuestiones que efectivamente le han sido planteadas por las partes mediante el recurso de apelación. En cuanto al recurso de casación planteado contra la sentencia que declaró haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento concertado entre las partes por falta de pago de la renta, ordenando el desahucio del demandado, señala la Sala que ejercido el derecho de opción por el arrendatario dentro del plazo señalado, se perfecciona la compraventa pudiendo desde ese momento el vendedor instar de la otra parte el otorgamiento de la escritura y el pago del precio convenido, por lo que no procedía declarar el desahucio del arrendatario por impago de rentas, así como la obligación de pago de las mismas en momento posterior al del ejercicio del derecho de opción.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos de los que nace la controversia que ha dado lugar al presente proceso, cuya realidad no se discute, vienen recogidos por la sentencia recurrida en su primer fundamento de derecho de la siguiente forma:

A) La mercantil Manufacturas Agrícolas Cordobesas S.A. formuló demanda de juicio ordinario contra D. Secundino. En Posadas, con fecha 11 de septiembre de 2000, ambas partes, la demandante arrendadora, y el demandado, como arrendatario, firmaron un contrato de arrendamiento de dos naves industriales y terreno, por término prorrogable de un año, a partir de la fecha del mismo; el precio convenido por el arrendamiento era de cuatro millones de pesetas equivalentes a 24.040,48 euros, siendo así que en el mismo contrato de arrendamiento se contenía una opción de compra de

las naves y terreno a favor del arrendatario, "que podrá ejercer antes de que finalice el plazo del mismo, por un importe de 61 millones de pesetas, cuyo importe será pagado al contado en el momento de firmarse la escritura notarial correspondiente".

B) Llegada la fecha de vencimiento del contrato y no existiendo denuncia de ninguna de las partes, el mismo quedó prorrogado tácitamente por otra anualidad y la misma renta, la cual fue impagada, según expone la parte actora en su demanda, que termina solicitando que se dicte sentencia por la que se declare haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta y ordene el desahucio del demandado, condenando asimismo a D. Secundino a que abone a la entidad que representa, la suma de 24.040,48 euros así como el importe de las rentas que vayan venciendo hasta la terminación del procedi-

miento, más los intereses sobre el principal reclamado, computado de acuerdo con los preceptos invocados en el fundamento sexto de la demanda y con expresa condena en costas.

C) La parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando:

1) Que se condene a la reconvenida a otorgar escritura de las fincas registrales núm. 000, núm. 001, núm. 002 y núm. 003 del Registro de la Propiedad de Posadas, debiendo constar en las mismas las naves objeto del contrato con la calificación de industriales, figurando en la escritura el precio, equivalente en euros a 64 millones de pesetas (384.674,75 euros), con entrega simultánea por el reconviniente del equivalente a 61 millones de pesetas (366.617,38 euros), al haber entregado ya a cuenta el equivalente a tres millones de pesetas (18.030,36 euros) con devolución, en concepto de daños y perjuicios, por parte de la actora-reconvenida de las rentas percibidas desde el 1 de septiembre de 2001.

2) Subsidiariamente, para el caso de que no se estimen daños y perjuicios, que se condene a la reconvenida a otorgar escritura de las fincas registrales ya señaladas en las condiciones establecidas sin la devolución de las rentas señaladas.

3) Subsidiariamente, para el caso de que no se considere ejercida en tiempo la opción de compra formulada por el reconviniente, que por la parte actora reconvenida se le devuelva el equivalente a tres millones de pesetas (18.030,36 euros) entregó en su día a cuenta de la futura escritura, más los intereses legales correspondientes, todo ello con imposición de costas a Manufacturas Agrícolas Cordobesas S. L.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Posadas, al que correspondió por reparto el conocimiento del asunto, dictó sentencia de fecha 9 de mayo de 2003, en cuya parte dispositiva estimó la demanda interpuesta por Manufacturas Agrícolas Cordobesas S. L. contra D. Secundino y declaró haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento concertado entre las partes por falta de pago de la renta, ordenando el de-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Ejercicio del derecho de opción por arrendatario de naves industriales 1

Prescripción de acción de responsabilidad civil en lesiones causadas por el consumo de tabaco 3

#### PENAL

Delito de estafa por ocultar gravámenes que pesan sobre el inmueble 4

Delitos de asesinato y malos tratos físicos y psíquicos 7

#### ADMINISTRATIVO

Asignación de especialidad concreta en el funcionariado 8

Mayor carga soportada para quien más capacidad económica revele 9

#### SOCIAL

Validez de calendario laboral y horario fijados sin consenso con los trabajadores 15

### RS

#### RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

sahucio del demandado al que condenó además a abonar a la actora la suma de 24.048 euros así como el importe de las rentas que vayan venciendo y las costas procesales de la demanda interpuesta. Del mismo modo estimó parcialmente la reconvencción deducida por el demandado y condenó a la actora- reconvenida a "otorgar escritura de las fincas registrales núm. 000, núm. 001, núm. 002 y núm. 003 del Registro de la Propiedad de Posadas al haberse perfeccionado la compraventa concertada entre ambos en su día, con entrega simultánea al demandado de 366.617,38 euros" y con devolución al mismo, en concepto de daños y perjuicios, de las rentas percibidas desde el 11 de septiembre de 2001, en total la cantidad de 24.048 euros así como el importe de las rentas que vayan venciendo, sin especial declaración sobre costas.

Con fecha 6 de julio la representación de la parte actora, Manufacturas Agrícolas Cordobesas S.L. solicitó del Juzgado la corrección de error material en el fallo de la sentencia, pues la cantidad a entregar había de ser la de 384.647,75. A ello accedió el Juzgado mediante auto de 4 de julio siguiente en cuya parte dispositiva acordó sustituir el fragmento del "fallo" anteriormente destacado por el siguiente: "Que debo condenar y condeno a la actora reconvenida a otorgar escritura de las fincas registrales núm. 000, núm. 001, núm. 002 y núm. 003 en el Registro de la Propiedad de Posadas al haberse perfeccionado la compraventa concertada entre ambos, con entrega simultánea al demandado de la cantidad de 384.647,75 euros", haciéndose constar expresamente que se mantenían íntegramente el resto de los pronunciamientos, lo que se reiteró por dos veces.

Recurrida en apelación la sentencia por el demandado D. Secundino, la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) dictó nueva sentencia de fecha 31 de enero de 2006, que estimó parcialmente el recurso y, en referencia a la sentencia dictada en primera instancia, estableció textualmente lo que sigue: "debemos reformar y reformamos meritada resolución, en el sentido de que su segundo apartado quede establecido de la siguiente forma: "Debo condenar y condeno a la actora reconvenida a otorgar escritura de las fincas registrales núm. 000, núm. 001, núm. 002 y núm. 003 en el Registro de la Propiedad de Posadas, al haberse perfeccionado la compraventa concertada entre ambos, con entrega

simultánea del demandado de 366.617,38 euros".

El recurrente interesó de la Audiencia la aclaración de la referida sentencia ante la eventualidad de que se entendiera suprimida en la misma la condena de Manufacturas Agrícolas Cordobesas S.L. a devolverle las rentas satisfechas desde el 11 de septiembre de 2001, en total la cantidad de 24.048 euros así como el importe de las rentas que vayan venciendo, según había establecido la sentencia de primera instancia. La Audiencia denegó dicha petición manteniendo que el "fallo" de su sentencia era claro y que no correspondía resolver ahora cuestiones diamantes de la primera instancia, por lo que declaró no haber lugar a aclaración alguna.

I. Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El único motivo del recurso se formula por infracción de lo dispuesto en los artículos 209, apartados 2 y 3, y 218.1 de la misma Ley, por incongruencia. La formulación del motivo resulta plenamente justificada en tanto que claramente la Audiencia Provincial, como confirma el auto denegatorio de la aclaración que se le solicitó que "transcribe" lo que entiende por "fallo" de la sentencia dictada por el Juzgado, ha cercenado del referido "fallo" de la sentencia de primera instancia una frase que se refiere a la condena a la actora inicial -posteriormente reconvenida- a la devolución de rentas percibidas, eliminándolo de hecho cuando sobre el pronunciamiento contenido en el mismo no se había recurrido, ya que el único recurso de apelación lo había formulado la parte demandada y era a ella a quien favorecía.

Se da por tanto un supuesto de incongruencia por cuanto únicamente corresponde al tribunal de apelación resolver sobre aquellas cuestiones que efectivamente le han sido planteadas por las partes mediante el recurso de apelación, lo que cabe considerar incluso en casos como el presente en que tal resultado de incongruencia resulta de una defectuosa integración de la sentencia de primera instancia efectuada por la Audiencia al complementarla con el posterior auto dictado por el Juzgado que se limitaba a corregir un supuesto error material acerca de la cantidad objeto de condena fijada en el "fallo".

La estimación del recurso por infracción procesal no ha de conducir, como interesa la parte recurrente, a

la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia en la segunda instancia; sino que, por aplicación de la Disposición Final Decimosexta, regla 7ª, afectando la infracción procesal a la propia sentencia dictada, procede dictar nueva sentencia anulando la recurrida en lo necesario y pasando a resolver el recurso de casación igualmente interpuesto.

II. Recurso de casación

TERCERO.- El único motivo del recurso de casación se dirige a la denuncia de infracciones legales a partir de las cuales, según la parte recurrente, la sentencia impugnada -como la dictada por el Juzgado- estimaron la demanda interpuesta por Manufacturas Agrícolas Cordobesas S.L. contra el hoy recurrente D. Secundino, declarando la procedencia del desahucio respecto de los inmuebles arrendados y su obligación de satisfacer determinadas rentas.

La argumentación del recurso viene a sostener que, ejercida la opción de compra sobre el bien arrendado por el Sr. Secundino en agosto de 2001, cuando aún no había terminado el período inicial del contrato de arrendamiento fijado para un año, se perfeccionó la compraventa y cesó por tanto la obligación de pagar la renta establecida pese a que la posesión de los inmuebles se mantuvo tras finalizar dicho período, para lo cual se citan como infringidos los artículos 1450, 1451, 1119, 1192.1, 1091 y 1095 del Código Civil.

El motivo ha de prosperar y, con él, el recurso de casación ya que, ejercido el derecho de opción por el arrendatario dentro del plazo señalado, se perfecciona la compraventa pudiendo desde ese momento el vendedor instar de la otra parte el otorgamiento de la escritura y el pago del precio convenido, por lo que no procedía en forma alguna declarar el desahucio del arrendatario por impago de rentas y la obligación de pago de las mismas en momento posterior al del ejercicio, en tiempo y forma, de la opción. En este sentido cabe citar la sentencia de esta Sala de 4 mayo 1994 (Recurso núm. 1547/1991) que, en un supuesto similar al ahora enjuiciado, señala que el importe de las rentas satisfechas a partir del ejercicio de la opción de compra por el anterior arrendatario había de imputarse al precio de la compraventa.

Ello responde a que, en esencia, la opción no es más que una modalidad

de precontrato o promesa unilateral de contrato, de modo que desde el momento en que el arrendatario- optante decide perfeccionar la compraventa -para cuya celebración el concedente u optatario ya adelantó su consentimiento- carece de sentido hablar de la existencia de arrendamiento y de pago de rentas, pues sobre una misma cosa no se concibe que el mismo sujeto sea a la vez comprador y arrendatario de modo que cualesquiera cantidades entregadas a partir del válido ejercicio.

Por ello ha de considerarse infringido lo dispuesto por el artículo 1451 del que se derivan los efectos obligacionales de carácter inmediato de la opción de compra, con la consecuencia de que ha de prosperar el recurso de casación.

CUARTO.- Estimados ambos recursos procede, conforme con lo ya razonado, resolver en el sentido de desestimar la demanda y estimar la reconvencción en la forma en que lo hizo el Juzgado, con imposición de costas de primera instancia a la parte demandante y sin especial pronunciamiento sobre las causadas en la apelación y por los presentes recursos (artículos 394.1 y 398.1 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 haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Secundino contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) de fecha 31 de enero de 2006 en Rollo de Apelación dimanante de autos de juicio ordinario número 68/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Posadas, en virtud de demanda interpuesta por Manufacturas Agrícolas Cordobesas S.A., contra el hoy recurrente, la cual casamos y anulamos y, en su lugar:

1º) Desestimamos la demanda interpuesta por Manufacturas Agrícolas Cordobesas S.A. contra D. Secundino, con imposición a la actora de las costas causadas por la misma.

2º) Estimamos parcialmente la reconvencción formulada por este último y, en consecuencia, condenamos a Manufacturas Agrícolas Cordobesas S.A. a otorgar a favor del recon-

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).

viniente escritura de venta de las fincas registrales núm. 000, núm. 001, núm. 002 y núm. 003 del Registro de la Propiedad de Posadas, con entrega simultánea por parte de aquél de 366.617,38 euros, así como a devolverle las rentas arrendaticias que, en su caso, hubiera percibido correspondientes al período posterior al 11 de septiembre de 2001, sin especial declaración sobre costas de la reconvencción.

3º) No procede hacer especial declaración sobre costas de la apelación ni sobre las causadas por los presentes recursos.

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

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

2010/61312

TS Sala 1ª, Sentencia 5 mayo 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Cómputo del plazo

## Precipción de acción de responsabilidad civil en lesiones causadas por el consumo de tabaco

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, desestimó la demanda contra la entidad tabacalera sobre responsabilidad civil por los daños padecidos por la adicción del demandante a fumar cigarrillos, a consecuencia de la cual había contraído la enfermedad conocida como síndrome de Buerger, si bien fundamenta la AP la desestimación, en que había prescrito la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada.*

*Señala la Sala que es reiterada la doctrina jurisprudencial en el sentido de que debe entenderse como fecha inicial del cómputo la correspondiente al momento de la determinación del alcance de las secuelas. En el caso de autos el daño debe entenderse producido en el momento en que finaliza la última de las operaciones de*

*amputación que sufrió el demandante, pues fue en este momento cuando se determinó el alcance de la secuelas por las que reclama. Por ello procede a desestimar el Tribunal el recurso de casación, al entender que no infringe el ordenamiento jurídico la conclusión a que llega la sentencia recurrida estimando prescrita la acción ejercitada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Una persona presentó demanda contra JT Internacional Iberia, S. L., sobre responsabilidad civil por los daños padecidos por la adicción del demandante a fumar cigarrillos de la marca Winston, distribuidos ahora por la demandada JT Internacional, S. L., como consecuencia de la cual había contraído la enfermedad conocida como síndrome de Buerger, consistente en una tromboangiitis obliterante, patología vascular que afecta a las arterias medias pequeñas y a las venas superficiales y produce daños en las extremidades. Solicitaba que se condenase a la demandada a sufragar un tratamiento de desintoxicación y a abonar 69 760 370 de pesetas, equivalentes a 419 268,27 euros, o bien la cantidad que se considere justa para la reparación del daño.

2. El Juzgado desestimó la excepción de prescripción por entender que, tratándose de un supuesto de responsabilidad contractual, era aplicable el plazo de prescripción de 15 años y el demandado todavía no había dejado de fumar. Finalmente desestimó la demanda por no haberse probado el origen de la enfermedad padecida por el demandante ni su relación con el tabaco.

3. La AP confirmó esta sentencia fundándose, en contra de lo argumentado por el Juzgado, en que había prescrito la acción ejercitada, pues:

a) La responsabilidad reclamada tenía carácter extracontractual, ya que la relación contractual de compraventa de tabaco se establece por el consumidor con el establecimiento en el que se produce la venta, y la demandada ni dispone de tiendas de tabaco ni vende tabaco al público, sino que se limita a fabricarlo y distribuirlo.

b) El plazo de prescripción de un año:

i) No se inicia cuando el actor deja de fumar, sino cuando se produce el daño.

ii) En el caso examinado esto ocurre cuando se diagnostica la enfermedad de Buerger en el año 1991 y se vincula al tabaquismo.

iii) Las consecuencias posteriores no empecen el ejercicio de la acción, pues el actor pudo solicitar indemnización por las secuelas previsibles que aparecieran en el futuro.

iv) En último término, el daño debe entenderse producido en el momento en que finaliza la última de las operaciones de amputación que sufrió el demandante.

v) La interpretación restrictiva de la prescripción no puede conducir a hacer imposible su aplicación.

4. Contra esta sentencia interpone recurso de casación el demandante, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2 LEC, por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos de casación.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula: "Infracción por errónea aplicación del artículo 1969 CC y la jurisprudencia aplicable".

El motivo se funda, en síntesis, en que, planteada la demanda y los recursos desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual (no obstante las dudas existentes en este punto), la sentencia recurrida estima indebidamente la excepción de prescripción, dado que:

a) El recurrente no ha podido dejar de fumar; la enfermedad diagnosticada tiene carácter evolutivo; y los pacientes difícilmente se libran de su adicción al tabaco y sus consecuencias.

b) La jurisprudencia declara que no se inicia el plazo de prescripción mientras el daño persiste por la posibilidad de complicaciones, aunque haya alta hospitalaria, mientras no se fije con toda exactitud y en toda su extensión el resultado dañoso o el alcance de la secuelas; (c) la prescripción debe interpretarse con carácter restrictivo, y la sentencia de apelación intenta salvar este obstáculo con un argumento que no puede aceptarse.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: "Al no entrar en el fondo del asunto, no se resolvió acerca de la infracción por inaplicación del artículo 1902 en relación con el artículo 3.1, ambos del CC así como la doctrina y jurisprudencia que desarrolla el primero de los preceptos".

El motivo se funda, en síntesis, en que la estimación de la prescripción ha impedido la resolución de los dos motivos de fondo esgrimidos en su escrito de apelación sobre la etiología de la enfermedad asociada al consumo de tabaco, la responsabilidad por riesgo y la carga de la prueba de la demandada de demostrar la no-presencia de aditivos autorizados en el tabaco suministrado.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula: "Al no entrar en el fondo del asunto, no se resolvió acerca de la infracción por inaplicación de la legislación sobre protección de los consumidores, en especial la Ley 26/1984 de defensa de los consumidores y usuarios".

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida ha infringido con carácter casi general la legislación de protección de los consumidores sobre prohibición de aditivos no autorizados.

El motivo primero debe ser desestimado.

Los motivos segundo y tercero no pueden ser examinados, pues tienen como presupuesto la estimación del motivo primero.

TERCERO.- Plazo de prescripción e inicio del cómputo.

En el caso examinado debe partirse del presupuesto de que la responsabilidad exigida es de carácter extracontractual (cuestión examinada en la STS 4 de marzo de 2009, RC núm. 489/2004) y, por lo tanto, de que la acción para exigirla está sujeta al plazo de un año establecido en el artículo 1968.2 CC. Aun afirmando que existen dudas doctrinales al respecto, la parte recurrente admite que tanto la demanda como los recursos de apelación y de casación se plantean desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual y parte de este presupuesto para combatir la apreciación de la sentencia de apelación sobre la prescripción de la acción.

Según reiterada jurisprudencia, de la que es reciente ejemplo la STS de 27 de mayo de 2009, RC. núm. 2933/2003, la determinación del dies a quo (día inicial) para el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones corresponde en principio a la Sala de instancia, por cuanto está estrechamente ligada a la apreciación de los hechos que entra dentro de sus facultades exclusivas. Este juicio fáctico solo es susceptible de ser revisado por el cauce procesal pertinente, que, como señala la STS de 15 de octubre de 2008, RC núm. 2127/2003, no es el propio de este recurso de casación, sino del extraordinario por infracción procesal cuando proceda.

Sin embargo, junto al aspecto fáctico, la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción presenta una dimensión jurídica, relacionada con la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. Un ejemplo lo encontramos en la determinación del criterio aplicable para el cómputo de la prescripción cuando se trata de responsabilidad extracontractual por lesiones sufridas por una persona de las que derivan secuelas, como ocurre en el caso examinado.

En relación con este supuesto es reiterada la doctrina jurisprudencial en el sentido de que debe entenderse como fecha inicial del cómputo la correspondiente al momento de la determinación del alcance de las secuelas, es decir al momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se conocen estas circunstancias no puede reclamarse con base en ellas, ya que es entonces cuando el perjudicado tiene un conocimiento preciso de la entidad de los perjuicios (SSTS de 20 de mayo de 2009, 14 de julio de 2008, 3 de octubre de 2006, 20 de septiembre de 2006, 22 de julio de 2003, 13 de febrero de 2003, 22 de enero de 2003 y 13 de julio de 2003).

Con carácter general, el momento del alta definitiva es el momento en que las secuelas han quedado determinadas y en el que comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (SSTS, Pleno, de 17 de abril de 2007), lo que no excluye que en atención a las circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse que el plazo de prescripción se inicia en un momento posterior por resultar necesarias ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de las secuelas (STS de 20 de mayo de 2009, RC núm. 328/2005). Este criterio es aplicable, tratándose de enfermedades crónicas, cuando el daño, aun siendo continuado en sus efectos, permite concretar definitivamente el alcance de la secuelas (STS de 15 de octubre de 2008, RC núm. 2721/2003). La dificultad de determinar en daños de carácter continuado cuándo se ha producido el definitivo resultado debe resolverse mediante la valoración de la prueba y admitiendo la posibilidad de fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados los daños sufridos (SSTS de 15 de junio de 1990 y 13 de marzo de 2007, RC núm. 1044/2000).

Esta doctrina obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento (SSTS 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 30 de noviembre de 1999, 3 de marzo de 1998 y 12 de junio de 2009, RC núm. 2287/2004).

Respetando este criterio jurídico, la determinación del momento en el cual queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados por la secuela por conocerse su alcance debe determinarlo el tribunal de instancia en el ejercicio de su función exclusiva de apreciación de la prueba.

CUARTO.- Aplicación de la doctrina al caso objeto de enjuiciamiento.

A) En el caso examinado la sentencia recurrida se plantea si ha prescrito una acción para exigir responsabilidad extracontractual por parte de aquella persona que sufre la enfermedad de Buerger asociada al tabaquismo, la cual ha sufrido amputaciones infracondileas en ambas piernas a consecuencia de la enfermedad y reclama una indemnización que se fija en una cantidad exacta mediante la aplicación orientativa del Sistema de valoración de daños corporales en accidentes de circulación (llamado usualmente "baremo") por los conceptos de indemnización básica por secuelas y factor de corrección por invalidez permanente total teniendo en cuenta la actualización de las indemnizaciones correspondiente al año 2001.

B) La sentencia recurrida comienza afirmando que el plazo de prescripción de un año se inicia cuando se produjo el daño, es decir, cuando se diagnosticó al paciente y se vinculó al tabaquismo la enfermedad de Buerger en el año 1991, pues entiende que las consecuencias posteriores no empecen el ejercicio de la acción, ya que el actor pudo solicitar indemnización por las secuelas previsibles que aparecieran en el futuro.

En aplicación de la doctrina recogida en el anterior FJ esta argumentación no puede ser aceptada, pues, como ha quedado dicho, cuando la enfermedad cursa con secuelas, como es el caso, el momento del inicio del plazo de prescripción no es el de su diagnóstico, sino el de la determinación del alcance de aquellas.

C) Sin embargo, la sentencia recurrida mantiene con carácter subsidiario la tesis de que, en último término, el daño debe entenderse producido en el momento en que finaliza la última de las operaciones de amputación que sufrió el demandante, pues fue en este momento cuando se determinó el alcance de la secuelas por las que reclama. Este criterio es conforme con la doctrina anteriormente resumida y es por sí suficiente para sustentar la conclusión que la sentencia mantiene sobre la prescripción de la acción y, por consiguiente, para la desestimación del motivo primero de casación.

Las razones por las cuales este criterio debe ser aceptados son las siguientes:

i) Por una parte, se sustenta en la valoración de la prueba por parte del tribunal de apelación, el cual considera que, reclamándose en virtud de las secuelas e incapacidad derivadas de las amputaciones padecidas como consecuencia de la enfermedad de Buerger, el momento en que se produjo la segunda amputación es aquel en que se pudo determinar con exactitud en alcance de estas secuelas.

ii) El planteamiento de la demanda no desmiente esta apreciación, puesto que la parte demandante fija con

toda exactitud la cantidad reclamada y los conceptos en que se funda partiendo de las amputaciones padecidas, lo que demuestra que el alcance de la secuelas a partir de la última amputación podía ser perfectamente determinado.

iii) La parte demandante no ha justificado que en el caso examinado concurren circunstancias que hagan necesario esperar a un acontecimiento posterior al de las amputaciones ya padecidas para precisar el alcance de las secuelas. No se advierte indicio alguno que permita presumir lo contrario, habida cuenta del considerable lapso de tiempo transcurrido entre la última amputación (diciembre de 1999) y la fecha de interposición de la demanda (mayo de 2002). Afirma que el paciente continúa con la adicción al tabaco que impide la interrupción del proceso patológico, pero esta afirmación es insuficiente para demostrar que las secuelas padecidas no están perfectamente determinadas. En el caso de que en el futuro pudiera producirse una agravación de la enfermedad o nuevas secuelas, nada impide que éstas puedan ser objeto de una reclamación independiente.

D) En conclusión, procede desestimar el recurso de casación por entender que no infringe el ordenamiento jurídico la conclusión a que llega la sentencia recurrida estimando prescrita la acción ejercitada. Esto implica que la Sala no puede entrar a examinar si existe o no responsabilidad extracontractual por los daños que se imputan a la parte demandada como consecuencia de la actividad de fabricación y distribución de tabaco. A esta cuestión se refieren los motivos segundo y tercero de casación los cuales, por esta razón, no han podido ser examinados.

CUARTO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente,

en virtud de lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

#### FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Víctor contra la sentencia de 26 de abril de 2006 dictada por la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación núm. 725/2005, cuyo fallo dice:

"Fallamos: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Víctor y estimando la impugnación formulada por JT Internacional Iberia S. L. contra la sentencia de fecha 11 de mayo de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de Madrid en el Juicio Ordinario núm. 988/02, debemos confirmar y confirmamos la misma, haciendo expresa imposición de las costas producidas en esta alzada a la parte apelante".

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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

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



2010/14211

TS Sala 2ª, Sentencia 24 febrero 2010. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

## Delito de estafa por ocultar gravámenes que pesan sobre el inmueble

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de estafa. Señala el TS que, en el ám-

*bito de la compraventa, el legislador ha querido constituir al vendedor en garante del no surgimiento de una falsa representación en el comprador, relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación, porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño en esta modalidad de estafa no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Burgos condenó al acusado, Cosme, como responsable en concepto de autor de un delito de estafa previsto y penado en el art. 251.2 C.P.

El acusado se alza en casación contra la sentencia de instancia articulando un primer motivo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 C.E. por entender que la sentencia condenatoria adolece de falta de motivación y de congruencia.

Del desarrollo del motivo -notablemente confuso, asistemático y enrevesado- parece concentrar la alegada incongruencia en la expresión con la que finaliza la declaración de hechos probados que dice "... sin percibir indemnización por dicho incumplimiento contractual", de donde parece inferirse una censura por el enjuiciamiento de unos hechos de naturaleza puramente civil por un órgano jurisdiccional del orden penal. La manifiesta ausencia de una explicación concreta y clara de dónde radica la incongruencia que se denuncia, dificulta extraordinariamente una respuesta también concreta y específica a un reproche tan indefinido, pero, en todo caso, la STC núm. 30/2007 que atinadamente invoca el Fiscal zanja la cuestión, cuando el Alto Tribunal establece que "La incongruencia procesal puede revestir tres modalidades. Existe, en primer lugar, la llamada incongruencia omisiva o ex silencio que tendrá lugar "cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación puede inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución" (SSTC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 5; 124/2000, de 16 de mayo, FL 3; y 85/2006, de 27 de marzo, FJ 5). La denominada incongruencia extra petitum se produce, en segundo lugar, cuando el pronunciamiento judicial recae "sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el pro-

ceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción" (SSTC 311/1994, de 21 de noviembre, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; y 116/2006, de 24 de abril, FJ 8). La incongruencia por error acontece, en tercer lugar, cuando se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia, tratándose, por tanto, de supuestos "en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta" (SSTC 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; y 152/2006, de 22 de mayo, FJ 5)".

Examinada la sentencia, ninguna incongruencia se aprecia a tenor de esta doctrina, ni el recurrente tampoco la señala, por lo que la censura debe ser desestimada.

SEGUNDO.- En lo que hace a la falta de motivación, destacamos algunas de las alegaciones que fundamentan la censura. Dice el recurrente que la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos carece de una total y absoluta falta de correcta y adecuada concreción sobre la actividad de Cosme y que han considerado digna de ilícito penal (sic). Añade que de la lectura de los Fundamentos de Derecho y en concreto del Séptimo que es básico y fundamental que es el que he puesto en relación con los demás y en su consecuencia con el fallo de la sentencia, realmente no se aprecia una razonada motivación y una congruencia en la sentencia dictada, en relación a la participación de Cosme en el delito que se le imputa.

Dice también que el Tribunal de la Audiencia Provincial tenía el deber, y en el supuesto que se contempla lo ha obviado, de abarcar en su relación de hechos, incluso los que fueron acreditados, razonando sobre los medios de prueba utilizados y sobre su resultado en relación con aquellos extremos que pudieran afectar al fallo y ello en cumplimiento de deber de motivación que impone el art. 120 de la C.E. y a fin de que la Resolución dictada no aparezca como una decisión arbitraria prohibida por el art. 9.3 de la C.E.

Confundiendo el camino procesal con el error de hecho en la apreciación de la prueba, afirma que la sentencia recurrida incurre en incongruencia por error en una falta de claridad real en los hechos probados, que no los razona de manera adecuada, ni los motiva conforme a derecho, que abocan por ello a una irreal narración de los hechos.

De todo este alegato se desprende que el motivo casacional reprocha la ausencia de motivación fáctica, es decir de la consignación, análisis y valoración de los elementos probatorios en los que el Tribunal sentenciador ha formado su convicción de que los hechos sucedieron como se relatan en el "factum".

Basta examinar el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia recurrida para comprobar lo injustificado de la queja del recurrente. Allí se reseñan las pruebas practicadas de confesión, testimoniales varias y documental que sustentan el relato histórico. Que estos elementos de prueba hayan sido o no lícitamente obtenidos, legalmente practicados y racionalmente valorados, es una cuestión que tiene su marco en el ámbito del derecho a la presunción de inocencia, pero, constatada su existencia expresada en la sentencia, la motivación fáctica ha quedado respetada y satisfecha.

El motivo, íntegramente, se desestima.

TERCERO.- El siguiente motivo alega la infracción, precisamente, del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E.

El núcleo de la impugnación se resume en la afirmación del recurrente de la existencia de "un vacío probatorio absoluto", de que "no existe prueba alguna que acredite que Cosme (el acusado) haya cometido un delito de estafa", que "todas las actuaciones... son consecuencia de las relaciones jurídicas existentes entre las partes dentro del ámbito civil".

Una ingente producción jurisprudencial de esta Sala ha consolidado la doctrina de que el derecho a la presunción de inocencia despliega sus efectos en el ámbito de los hechos y de la participación en los mismos del acusado, pero que son ajenos a ese derecho todas las cuestiones relativas a la calificación jurídica, a los juicios de valor sobre la culpabilidad del agente y sobre los elementos subjetivos del sujeto. Por ello, las alegaciones del recurrente sobre la tipificación de los hechos excede del marco propio del derecho constitucional invocado.

Por el contrario, el relato fáctico de la sentencia, que constituye la premisa primera del silogismo que toda sentencia supone, se encuentra cimentado en el cuadro probatorio que figura en la fundamentación fáctica de la sentencia a que antes nos referíamos: las manifestaciones del acusado en el Juicio Oral reconociendo los hechos aunque tratara de exculparlos indicando que su intención era la de levantar la hipoteca que gravaba el inmueble enajenado al momento de la escritura pública; el testimonio prestado por los adquirentes de la vivienda, de signo incriminatorio; el prestado por los representantes de la inmobiliaria "MAPI",

que actuaron como intermediarios entre el vendedor y los compradores, que declararon que el acusado no les advirtió de la hipoteca que pesaba sobre el piso y por ello en el contrato reflejaron que estaba libre de cargas, hecho también admitido por el acusado. Junto a ello, también el contrato "de compraventa" en documento privado y las actuaciones judiciales sobre el procedimiento ejecutivo a que se refiere la sentencia por parte del tenedor de la cambial cuyo pago se garantizaba por la hipoteca del inmueble vendido.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Por razones de método examinaremos ahora el motivo cuarto del recurso que se formaliza por error de hecho en la apreciación de la prueba del art. 849.2 L.E.Cr.

De la notable extensión del desarrollo de este reproche casacional, en el que se afirma que "ha existido equivocación evidente del Tribunal, que establece como supuesto lo realmente no acaecido", cabe excluir, de entrada, lo que no son sino pruebas de carácter personal documentadas en las actuaciones, como la declaración de Argimiro (tenedor y ejecutante de la letra de cambio), que, además de no tener la condición de "documento" requerido por el art. 849.2 L.E.Cr., carece de aptitud y eficacia para modificar el "factum".

Los únicos que ostentan carácter de documento a efectos casacionales son por un lado, el contrato de 10 de abril de 2004 celebrado entre la inmobiliaria MAPI, actuando en calidad de vendedora por cuenta del propietario acusado y los denunciados, que carece de literosuficiencia para demostrar de la manera indubitada que requiere esta clase de motivo casacional que se trataba de un contrato de "arras y señal" como sostiene el recurrente y no de compraventa, como lo califica la Sala de instancia.

En cuanto al testimonio del procedimiento ejecutivo núm. 90/04 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Villarcayo, del que no se citan los particulares que fundamenten la queja, es más que patente que carece de eficacia para acreditar lo que el recurrente sostiene: que el acusado no tuvo conocimiento del procedimiento ejecutivo sino con posterioridad al 16 de abril de 2004. Lo que, por lo demás, resulta un dato irrelevante dado que no puso en conocimiento de los compradores la existencia de la hipoteca que gravaba el inmueble (ni de la empresa inmobiliaria que le representaba en tal operación) ni antes, ni después de la firma del contrato antes mencionado, hasta que ejecutada la hipoteca y adjudicada la vivienda al ejecutante este tomó posesión de la misma el 10 de junio de 2005 y la denunciante abandonarla.

QUINTO.- El siguiente motivo se formula igualmente por error de he-



cho en la apreciación de la prueba al amparo del citado art. 849.2 L.E.Cr.

En este caso, al falta de fundamento de la queja es abrumadora, pues en el desarrollo de la censura no se postula la modificación del Hecho Probado de la sentencia impugnada, sino que lo que se alega es la incongruencia de la sentencia al enjuiciar y sancionar penalmente un simple incumplimiento de contrato que -se dice- corresponde al ámbito civil.

Ambos motivos deben ser desestimados.

**SIXTO.-** Los motivos Sexto, Séptimo y Octavo del recurso los agrupa el recurrente en un solo reproche casacional por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr., por indebida subsumición de los hechos declarados probados en el delito 251.2 C.P., en relación con el 248.1 y 249 del mismo Código. A estos motivos acumulamos nosotros el Cuarto del recurso que denuncia la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad del art. 25.1 C.E.

El Hecho Probado establece que el acusado en su condición de administrador único de la entidad A.M.V., S.A., a principios del año 2004 era propietario de un piso ubicado en la localidad de Villarcayo (Burgos) en la calle 000, urbanización 000 núm. 000, núm. 000, el cual había puesto a la venta (junto con otros de la misma urbanización), contratando los servicios de la Agencia Inmobiliaria MAPI, de dicha localidad, la cual tenía encomendado la realización de los trámites previos a la elevación a escritura pública de las posibles compraventas.

Que el referido inmueble se encontraba gravado con una hipoteca en garantía del pago de una letra de cambio por importe de 45.000 euros, hecho que no fue puesto en conocimiento de la Agencia Inmobiliaria, y a ésta tampoco se lo había advertido el acusado.

Que dicho piso constituyó el objeto del contrato de compraventa celebrado entre la inmobiliaria, actuando en calidad de vendedora y por orden del propietario y la Sra. María Luisa en fecha 10 de abril de 2004, en el cual se fijaba el precio (78.131,57 euros) y se establecía que el comprador entregaba la cantidad de 3.005,06 euros en concepto de arras, y el resto del precio en el momento de su escrituración, para la que se fijaba en un plazo de 15 días.

Que por la Agencia le fueron entregadas a la compradora las llaves de la vivienda, trastero y demás dependencias, manifestándola que podía realizar el acondicionamiento y reparaciones que estimase conveniente, incluso amueblarla, procediendo la compradora a dar de alta el suministro de electricidad. Que en el referido contrato no fue advertida la compradora de que el inmueble esta-

ba gravado con una hipoteca. Que el acusado percibió parte del precio entregado por la compradora, una vez descontada la comisión de la Agencia Inmobiliaria, y las reparaciones que debieron efectuarse.

Añade que el acusado además de conocer que el inmueble se encontraba gravado con una hipoteca en garantía de la citada letra de cambio, tuvo conocimiento que la misma había pasado de su inicial tenedor, José Antonio y su esposa, a Argimiro, puesto que éste le había requerido de pago, bajo apercibimiento de ejecución el 12 de enero de 2004; asimismo por no haberse efectuado el pago de la cambial dicho tenedor inició el procedimiento ejecutivo, mediante demanda de fecha 2 de marzo de 2004, la cual fue admitida a trámite mediante auto dictado en el juicio núm. 90/04, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Villarcayo, de fecha 12 de marzo del mismo año. Que por parte de la inmobiliaria MAPI, una vez firmado el contrato de compraventa con la Sra. María Luisa se puso en conocimiento del acusado dicha operación, sin que por éste se advirtiese a la parte compradora de posible ejecución de la hipoteca.

Que la compradora requirió en el mes de noviembre de 2004 a la inmobiliaria para el otorgamiento de escrituras públicas, sin obtener respuesta satisfactoria.

Y concluye señalando que el referido procedimiento hipotecario siguió su curso, sin que el acusado pagase la deuda, por lo cual se ejecutó y adjudicó a Argimiro la referida vivienda, el cual tomó posesión de la misma en fecha 10 de junio de 2005, procediendo al cambio de las cerraduras.

Que la parte denunciante abonó las siguientes cantidades en concepto de amueblado de cocina, resto de dependencias, y gastos de suministro eléctrico: 5.177 euros por amueblado de cocina, 530 euros por mesa y sillas para la misma, 180 euros por los portes, 2.410 euros por la instalación de sanitarios y demás elementos en los baños, colchones camas y somieres, 210 euros por un televisor en color, haciendo un total de 8.507 euros.

Asimismo abonó recibos de Iberdrola por suministro eléctrico desde junio a noviembre de 2004, por importe total de 61,93 euros. Por ello el total de lo invertido en el inmueble asciende a 8.568,93 euros. Que la parte compradora, Sra. María Luisa se vio privada de la posesión de la vivienda adquirida y del mobiliario, de la cantidad entregada en concepto de arras, y sin percibir indemnización por dicho incumplimiento contractual.

La jurisprudencia de esta Sala tiene señalado que en esta modalidad de estafa, como en la estafa tipo, la concurrencia del engaño es inexcusable,

y se materializa con el vocablo "ocultando" la existencia del gravamen, que, a su vez implica el carácter doloso de la acción al tratarse de silenciar consciente y voluntariamente la existencia de la carga que soporta el bien objeto del contrato. Porque en el ámbito de la compraventa, el legislador ha querido constituir al vendedor en garante del no surgimiento de una falsa representación en el comprador, relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación, porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño en esta modalidad de estafa no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real (STS de 25 de septiembre de 1992); porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que implican disposición de un bien, constituye una afirmación tácita de que sobre éste no pesan gravámenes (véanse, entre otras, STS de 29 de febrero de 1996 y 22 de septiembre de 1997).

El relato histórico de la sentencia contiene todos y cada uno de los componentes del delito sancionado, por más que el recurrente alegue que no existe dolo ni engaño bastante, ni ánimo de lucro.

La sentencia impugnada parte de la base de que el contrato de 10 de abril de 2004 que se cita en el "factum" no era, como se alega, de arras o reserva, sino de compraventa puesto que ello dependía de que el tenedor de las letras de cambio garantizadas por hipoteca no fuesen ejecutadas por su tenedor José Antonio y esposa, sin embargo, el acusado conocía que éste había transmitido la cambial por cuantía de 45.000 euros a un tercero, Argimiro, el cual le había requerido de pago, advirtiéndole de que en caso de no verificarlo iniciaría el procedimiento ejecutivo, lo cual realizó con anterioridad a la enajenación del inmueble.

Por ello entendemos que los argumentos dados por el acusado no son válidos para el presente supuesto, habiendo procedido dolosamente puesto que cuando la agencia inmobiliaria MAPI le comunicó que había realizado una reserva del inmueble de referencia, y percibido por ello la cantidad de 3.005,06 euros en concepto de parte del precio debió de proceder a comunicarles que dejasen sin efecto la venta puesto que estaba en trámites un procedimiento ejecutivo sobre el inmueble, ocultando la existencia del mismo y de la hipoteca a la inmobiliaria y a la parte compradora.

Rechaza el Tribunal a quo la explicación ofrecida por el acusado de

que su intención era levantar la hipoteca sobre el inmueble en el momento de elevar la compraventa a escritura pública, razonando la sentencia en perfecta lógica jurídica que de la lectura del mismo se observa que su contenido es el propio de cualquier contrato de compraventa, constando el objeto, el precio, la cantidad que se entrega inicialmente como parte del mismo, el plazo para la elevación a escritura pública, y se hace constar que está libre de cargas, lo cual es falso, tal y como se ha reconocido por el propio acusado y constaba en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo además por la inmobiliaria se entregan a la parte compradora todas las llaves del inmueble para que realice las reparaciones necesarias e incluso lo pueda amueblar, procediendo a dar de alta el suministro de energía eléctrica.

Así pues, existió un contrato de compraventa constituido sobre un determinado inmueble, donde se fijaba el precio del bien objeto del negocio jurídico, se estipulaba la forma de pago, se entregó una parte del precio y se convino en que el resto se haría efectivo al elevar el contrato a escritura pública a realizar en un plazo de 15 días.

El acusado no informó del gravamen que pesaba sobre el bien en cuestión, y lo hizo consciente e intencionadamente, pues conocía su existencia y el procedimiento ejecutivo hipotecario sobre el inmueble con anterioridad. Y, por último, su conducta produjo unos perjuicios al defraudado comprador que se detallan en la narración histórica y un consecuente beneficio para el acusado.

El motivo debe ser desestimado.

**SÉPTIMO.-** Como quebrantamiento de forma en que incurre la sentencia impugnada, se alega por el recurrente no expresarse clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, por resultar manifiesta contradicción entre ellos y por consignarse como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo, todos estos vicios de formas contemplados en el art. 851.1 L.E.Cr.

El escuetísimo desarrollo del motivo se limita a expresar que "no se individualizan las conductas que figuran en los hechos probados", que es una alegación absolutamente carente de fundamento fácilmente comprobable con la lectura del "factum".

Nada se dice de contradicción y, en cuanto a los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo "no fue puesto en conocimiento"; "no fue advertida la compradora"; "el acusado... tuvo conocimiento que la misma..."; "firmado contrato de compraventa"; "la parte denunciante abonó las siguientes cantidades..."; y "se

vio privada de la posesión”, se trata de expresiones propias del lenguaje común y que no dejan de ser una manera de describir los hechos acaecidos y que, por ello mismo, no sustituyen esos hechos por su significación jurídica.

El motivo se desestima.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado Cosme contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, de fecha 25 de mayo de 2009 en causa seguida contra el mismo por delito de estafa. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

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

2010/14233

TS Sala 2ª. Sentencia 16 febrero 2010. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

### Concurrencia de dolo eventual Delitos de asesinato y malos tratos físicos y psíquicos

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de asesinato y malos tratos físicos y psíquicos. Indica el TS que si el recurrente admite que el resultado de la acción agresiva del acusado sobre su madre “es perfectamente previsible y evitable”, es claro que la conducta puede no estar dominada o impulsada por una intencionalidad específica de acabar con la vida de la víctima, constitutiva de dolo directo, pero incuestionablemente existía en el sujeto activo la percepción de la previsibilidad más que racional*

*de que tal resultado se produjera, a pesar de lo cual no desistió, lo que integra claramente el dolo eventual que -como el directo- integra el elemento subjetivo del delito.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Málaga condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito de asesinato del art. 139.1, y otro de malos tratos físicos y psíquicos habituales del art. 173.2 y 3, ambos del Código Penal.

El acusado interpone recurso de casación contra la sentencia condenatoria formulando un primer motivo al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., alegando infracción de ley por inaplicación del art. 21.1 en relación con el 20.1 C.P., “por cuanto de los hechos probados, como de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, se infiere que Sixto (el acusado) en el momento en que ocurrieron los hechos tenía alteradas sus facultades psíquicas”, transcribiendo un pasaje del “factum” que señala la calamitosa situación que desbordaba continuamente la capacidad de aguante de Sixto, quien con excesiva frecuencia reaccionaba en forma violenta contra sus progenitores..., expresión claramente representativa del clima que reinaba en la vivienda, donde la suciedad y el desorden eran claramente perceptibles a primera vista.

Y en el fundamento de derecho 4º se indica “... Se trata de una persona a quien los conflictos cotidianos le producen ansiedad y que reaccionaba de forma violenta y desquiciada...”.

El motivo no puede ser acogido.

Es ya un clásico el aserto de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben estar tan acreditadas como los propios hechos para poder ser aplicadas. En el supuesto actual, la pretensión del recurrente debería estar sustentada en una base probatoria demostrativa de que el acusado ejecutó la acción bajo la influencia de una perturbación mental que disminuyera gravemente o, al menos, de manera significativa sus capacidades de entender lo que hacía y de querer hacerlo, o, en la terminología legal, de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión.

Las pruebas practicadas al respecto en el proceso no acreditan ese déficit más o menos relevante de las facultades cognoscitivas y/o volitivas del autor de los hechos, razón por la cual el “factum” omite toda mención a un hecho no probado.

La inferencia del recurrente de la perturbación mental del acusado es

personal y subjetiva, y no compartida por el Tribunal sentenciador, pronunciamiento que, se encuentra suficientemente razonado en la fundamentación jurídica de la sentencia donde se valora con rigor la prueba practicada y se argumenta de manera atinada, que, “ciertamente, detectada la anormalidad psíquica, bien duradera o transitoria, lo que sirve para apreciar su eficacia en cada caso no es la clase de anomalía o alteración existente, sino cómo quedó afectada esa capacidad de conocer o querer”.

En este sentido expone que “nada advirtieron en el acusado los médicos forenses que mermara sus capacidades volitivas o cognoscitivas, por lo que le consideraron imputable de sus actos, tal como puede leerse en el dictamen obrante al folio 262 y ratificaron en el plenario”.

SEGUNDO.- Por el mismo cauce del art. 849.1 L.E.Cr. se denuncia también infracción de ley por indebida inaplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 “por cuanto la sentencia de la Audiencia recoge, sin género de dudas, que Sixto no quería matar a su madre”, de manera -añade- que “estamos ante la preterintencionalidad contemplada en sí como atenuante en el anterior Código Penal, que al no serlo en éste, se solicita por esta vía”.

El motivo debe ser desestimado por las siguientes razones.

En primer lugar porque no cabe postular una circunstancia atenuante analógica respecto de otra inexistente en el catálogo de las atenuantes típicas.

Por otro lado, el propio recurrente reconoce que se trata de un “petitum” novedoso que no fue ejercitado en ningún momento del proceso, por lo que nos encontramos ante una cuestión nueva, “per saltum”, cuyo conocimiento, valoración y pronunciamiento se hurtó al Tribunal sentenciador.

Y aunque esta Sala ha advertido esta clase de reclamaciones en trámite de casación, de manera excepcional, lo ha restringido a supuestos de denuncias por vulneraciones constitucionales, que no es el caso, o cuando la atenuación o extinción de la responsabilidad criminal que extemporáneamente se impetra, aparezca claramente verificable a tenor del Hecho Probado, lo que tampoco es el caso.

Porque, efectivamente, si el recurrente admite que el resultado de la acción agresiva del acusado sobre su madre (que, según el “factum” tenía el día de autos 74 años, enferma e imposibilitada, y a la que causó lesiones consistentes en traumatismo craneoencefálico grave y traumatismo facial, con san-

grado frontal u occipital que produjeron coma, fractura distal de radio izquierdo, fractura subcapital de cadera izquierda y policontusiones) “es perfectamente previsible y evitable”, es claro que la conducta puede no estar dominada o impulsada por una intencionalidad específica de acabar con la vida de la víctima, constitutiva de dolo directo, pero incuestionablemente existía en el sujeto activo la percepción de la previsibilidad más que racional de que tal resultado se produjera, a pesar de lo cual no desistió, lo que integra claramente el dolo eventual que -como el directo- integra el elemento subjetivo del delito.

TERCERO.- También por infracción de ley del mismo precepto invocado en los anteriores, sostiene el recurrente que se ha inaplicado incorrectamente la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el 21.5 C.P.

La sentencia, en efecto, expone que “tal atenuación ha de apreciarse” y por ello impone la pena en su límite mínimo, por lo que la omisión en el fallo de la concurrencia de la circunstancia no deja de ser un simple error material que carece de relevancia a los efectos penológicos interesados por el recurrente.

El motivo se desestima.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado Sixto contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, de fecha 18 de noviembre de 2008 en causa seguida contra el mismo por delitos de asesinato y malos tratos físicos y psíquicos.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

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

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/19284

TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 9 febrero 2010. Ponente: D. José Díaz Delgado

Por concreción posterior de la Administración

### Asignación de especialidad concreta en el funcionariado

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Aragón, que anuló dos resoluciones del Consejero de Economía, Hacienda y Función Pública, desestimando recursos de alzada interpuesto frente a resolución de la Dirección General de la Función Pública, por la que se publicó la lista definitiva del personal laboral afectado por el proceso de funcionarización que ostentaba la categoría laboral del grupo B. La Sala considera que los actores habían sido incluidos entre las plazas susceptibles de funcionarización, y aun cuando ciertamente se decía que las plazas que no correspondían a las especialidades que se citaban en la resolución de 27 julio 1997, precisaban de una concreción posterior de la Administración, asignándoles una concreta especialidad en la que insertarse, lo cierto es que existía ya una obligación de la Administración de concretar dicha especialidad, y al no hacerlo así, en el acto que la administración reconoce era necesario para dar eficacia a la anterior resolución, vulnera la obligación que previamente se había marcado con determinado personal laboral entre los que se encuentran los actores en el previo recurso contencioso-administrativo.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primer motivo que alega la recurrente, sin citar el apartado del artículo 88.1 de la ley jurisdiccional en que se apoya es la supuesta vulneración por la sentencia recurrida del artículo 57 de la ley 30/1992.

Sostiene la sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo lo siguiente:

“**SEGUNDO.-** El 13 de enero de 1997 se publicó la Ley 12/1996, de 30 de diciembre de modificación de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón. En su D.T. 5ª se disponía que el personal con contrato laboral de carácter indefinido que, a 1 de enero de 1997, esté ocupando plazas que en las relaciones de puestos de trabajo se clasifiquen como propias de funcionarios, podrá aspirar a la condición funcional y a la integración en el Cuerpo o Escala que corresponda.

En aplicación de la citada D.T. Quinta, los artículos 30 y 39 del Acuerdo Sindicatos Administración aprobado el 24 de junio de 1996 al que hacen referencia tanto los recurrentes como la Comunidad Autónoma, establecieron los requisitos necesarios para participar en el proceso de funcionarización: a) tener un contrato laboral de carácter indefinido al

servicio de la Diputación General de Aragón; b) estar ocupando plazas que en las relaciones de puestos de trabajo se clasifiquen como propias de funcionarios y c) tener una de las categorías profesionales que posibiliten el acceso a la condición funcional.

Con posterioridad, el Decreto 163/1998, de 15 de septiembre del Gobierno de Aragón, se reguló el procedimiento para la adquisición de la condición de funcionario por personal laboral con contrato de carácter indefinido de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, señalando en su artículo 1 que podrá participar en las pruebas de acceso a Cuerpos y Escalas que correspondan a los respectivos puestos de acuerdo con la naturaleza de las tareas atendidas propias de su categoría profesional el personal laboral con contrato de carácter indefinido que a 1 de enero de 1997, se encontrara prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios en las Relaciones de Puestos de Trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El artículo 1º del Decreto de referencia, señalaba, respecto de su ámbito de aplicación, lo que sigue:

1. El personal laboral con contrato de carácter indefinido que, a 1 de enero de 1997, se encontrara prestando servicios en puestos de trabajo

reservados a funcionarios en las Relaciones de Puestos de Trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Organismos Autónomos, podrá participar en las pruebas de acceso a los Cuerpos y Escalas que correspondan a los respectivos puestos de acuerdo con la naturaleza de las tareas atendidas propias de su categoría profesional, siempre que posea la Titulación académica necesaria, reúna los restantes requisitos exigidos por la legislación vigente, y supere las pruebas que se convoquen, en un máximo de tres convocatorias.

2. Con los mismos requisitos y condiciones, también podrá participar en las pruebas que se convoquen; el personal laboral con contrato de carácter indefinido que habiendo ocupado algún puesto de tal carácter, con posterioridad al 28 de febrero de 1986 hubiera pasado a situación distinta de la de servicio activo.

Del examen de lo actuado y como reconoce la propia Administración demandada, se deduce que los ahora recurrentes cumplían los requisitos previstos en el artículo 1 del Decreto 163/1998, de 15 de septiembre: personal laboral con contrato de carácter indefinido, ocupando plaza reservada a funcionarios en la Relación de Puestos de Trabajo, con categoría profesional adecuada para el acceso a la condición funcional según el artículo 39 del Acuerdo Administración-Sindicatos de 21 de junio de 1996:

En la Resolución de 28 de julio de 1997 de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se determinaba la publicación de la lista definitiva del personal laboral de la Comunidad Autónoma que se podía aspirar a adquirir la condición funcional, se contenía un anexo en el que se hacía constar que D. Mauricio desempeñaba el puesto de trabajo 17.96.7142 (Profesor de Tecnología Agraria) con la categoría de Titulado de Grado Medio y que Dª Carolina desempeñaba el puesto 17.96.7130 (Profesor de Tecnología Agraria) con la misma categoría que el anterior, sin mención alguna a su Clase de Especialidad. En el artículo 2 de dicha Resolución se preveía que “El personal laboral integrante de la relación que se publica que, en la columna de Especialidad (se refiere a las Clases de Especialidad de las Escalas de los Cuerpos de Funcionarios aprobadas por Decreto 1267/1991, de 1 de agosto), tiene asignada esta última podrá presentarse a las correspondientes pruebas que, en su día, convoque el Instituto Aragonés de Administración Pública para dicha Especialidad, sin necesidad de solicitud previa. Respecto del personal que no tenga asignada Especialidad, ésta se determinará en su día mediante su publicación en el Boletín Oficial de Aragón”.

Por el contrario, en la Resolución de 8 de octubre de 1999 de la Direc-

ción General de la Función Pública por la que se hacía pública la lista definitiva del personal laboral afectado por proceso de funcionarización que ostenta la categoría, profesional correspondiente al Grupo B, los ahora recurrentes habían quedado excluidos.

La explicación que facilita la Administración demandada sobre esta cuestión y que se contiene en el escrito contestación a la demanda es la que sigue: “Del texto de la resolución es claro y patente que el derecho a presentarse a las correspondientes pruebas queda supeditado a la publicación de las listas posteriores asignando al personal laboral que no tuviera clase de especialidad concreta en la que encuadrarse y a la que aspirar a integrarse mediante la superación de las pruebas selectivas. Nos encontramos entonces ante un acto administrativo que respecto de los recurrentes requiere una posterior determinación para entender que existe un derecho adquirido a la funcionarización en determinada clase de especialidad, sin que el texto de la resolución de fecha 27 de julio de 1997, se pueda entresacar el derecho que se reclama a presentarse a las correspondientes pruebas selectivas. Es por la posterior lista de fecha 8 de octubre de 1999, mediante la que da cumplimiento a lo dispuesto, atribuyendo concreta clase de especialidad al personal que en su día se incluyó en la de 27 de julio de 1997, y es en esta lista en la que los recurrentes no aparecen por la circunstancia de no existir, dependiente de esta Administración, clase de especialidad en la que proceder a convocar el procedimiento selectivo de acuerdo con los dictados del Decreto 163/1998”.

Pues bien, se observa que el Decreto 163/1998 de 15 de septiembre tiene por objeto, exclusivamente, regular el procedimiento para la adquisición de la condición de funcionario por personal laboral con contrato de carácter indefinido de la Administración de la C.A. señalando en su artículo 3º que “Los puestos de trabajo objeto de funcionarización y el personal afectado por la misma serán los establecidos por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de acuerdo con lo que determinen las respectivas Relaciones de Puestos de Trabajo” Ello significa que el primer requisito para participar el proceso para la adquisición de la condición de funcionario no era otro que la inclusión en la lista correspondiente confeccionada por la Dirección General de Recursos Humanos que, en el caso que nos ocupa, es la contenida en la resolución de 27 de julio de 1997 en la que los puestos de trabajo ocupados por los recurrentes eran objeto de funcionarización y éstos personal afectado por dicho proceso. En dicha resolución se preveía, como ya se ha visto, que respecto del personal que no tuviera asignada Especialidad, como era el caso de los ahora actores, aquella se determinaría en su día me-



dante su publicación en el BOA. Es claro pues que los recurrentes habían sido ya incluidos en el proceso de funcionarización si bien, con carácter previo a la participación en las correspondientes pruebas de acceso, era preciso determinar a que Clase de Especialidad debían ser adscritos y este trámite no era sino una obligación que la propia Administración demandada había contraído tal y como se desprende de la simple lectura de la resolución de 27 de julio de 1997. No consta en autos, sin embargo, que la Administración de la Comunidad Autónoma haya cumplido dicho trámite definiendo la Especialidad en que deben encuadrarse los puestos de trabajo desempeñados por los actores siendo que dicha determinación es requisito ineludible para poder participar en su día, como prevé el Decreto de referencia, en las correspondientes pruebas de acceso.

De lo expuesto se desprende que la Resolución de 8 de octubre de 1999 obvia la falta de observancia por parte de la Administración demandada de la obligación asumida de publicar un listado de Especialidades en que encuadrar determinados puestos de trabajo, entre ellos los desempeñados por los recurrentes, impidiéndose así que puedan participar en las pruebas de acceso para la adquisición de la condición de funcionarios como prevé el Decreto de 15 de septiembre de 1998, siendo inadmisibles el procedimiento seguido al efecto y consistente en la publicación de dicha resolución que, pese a la omisión descrita, excluye del proceso de funcionarización los puestos de trabajo desempeñados por los actores y a ellos mismo cuando ha sido la propia Administración quien ha eludido dar cumplimiento a una fase del proceso de gran importancia como es la citada adscripción de algunos puestos de trabajo a una Clase de Especialidad concreta.

Si la Administración de la Comunidad Autónoma consideraba que dichos puestos debían haber sido excluidos del proceso de funcionarización, después de haber sido publicada la resolución de 27 de julio de 1997, por la razones esgrimidas en este recurso contencioso-administrativo o por cualesquiera otras distintas, y como quiera aquella resolución contenía una declaración favorable a los interesados, debía haber iniciado el trámite previsto en el artículo 103 LRJPAC sobre declaración de lesividad de actos anulables y ello a fin de proceder a su posterior impugnación en este orden jurisdiccional".

Pues bien, a la vista de los argumentos de la sentencia recurrida no puede estimarse que se vulnera por la misma el artículo 57 de la ley 30/1992, pues la sentencia no niega que publicada la resolución de 27 de julio de 1997, debía ser desarrollada por la Administración Autónoma para determinar la especializada en que podían integrarse los recurrentes,

pero si que afirma que las plazas de los recurrentes, aun cuando quizá no debieran de haberse incluido, se incluyeron en el proceso de funcionarización, luego la Administración recurrente no era libre o no para seguir con dicho proceso, sino que como razona la sentencia, si entiende que no debió haber calificado las plazas que desempeñaban los recurrentes, de carácter docente, por no tener competencias para proceder a su funcionarización, debió proceder a la anulación de la resolución que si calificaba sus puestos laborales como susceptibles de funcionarización.

Por dicha argumentación, ha de desestimarse igualmente el motivo segundo, la supuesta quiebra de la jurisprudencia acerca del concepto de derecho adquirido, manteniendo la recurrente que los actores estaban ante una mera expectativa. Es evidente que como sostiene la sentencia los actores habían sido incluidos entre las plazas susceptibles de funcionarización, y aun cuando ciertamente se decía que las plazas que no correspondían a las especialidades que se citaban en la resolución de 27 de julio de 1997, precisaban de una concreción posterior de la Administración, asignándoles una concreta especialidad en la que insertarse, lo cierto es que existía ya una obligación de la Administración de concretar dicha especialidad, y al no hacerlo así, en el acto que la administración reconoce era necesario para dar eficacia a la resolución de 27 de julio de 1997, vulnera la obligación que previamente se había marcado con determinado personal laboral entre los que se encuentran los actores en el previo recurso contencioso-administrativo. Todo ello naturalmente, sin perjuicio de que como sostiene la sentencia, si la Administración entiende que la resolución de 27 de julio de 1997 era en cuanto a la previsión de los actores contraria a derecho, proceda a declarar su lesividad.

SEGUNDO.- En consecuencia, procede rechazar el presente recurso de casación, sin imposición de costas a la parte recurrente, al no haber comparecido la parte recurrida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

#### FALLO

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D. Juan Alberto, contra la sentencia de 16 de diciembre de 2003, dictada en el recurso 1884/2006 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el que se impugnan dos resoluciones del Consejero de Economía, Hacienda y Función Pública de 5 de abril de 2000 desestimando recursos de alzada interpuestos frente a resolución de 8 de octubre de 1999 de la

Dirección General de la Función Pública por la que se publicó la lista definitiva del personal laboral afectado por el proceso de funcionarización que ostentaba la categoría laboral del Grupo B (publicada en el BOA de 20 de octubre de 1999).

2.- No hacer expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

2010/21742

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 4 febrero 2010. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Tasa Suplementaria en el Sector de la Leche y Productos Lácteos

### Mayor carga soportada para quien más capacidad económica revele

*No ha lugar a la casación planteada contra la sentencia que estimó en parte el recurso interpuesto frente a la resolución del TEAC, que estimó parcialmente la liquidación practicada por el concepto de Tasa Suplementaria en el Sector de la Leche y Productos Lácteos, pues el criterio de la proporcionalidad se ha impuesto exclusivamente en la operación de compensar las entregas de leche, por lo que nada obsta al sistema de reparto de la tasa total adeudada de conformidad con los tramos señalados y que atienden al volumen de las cuotas asignadas para que, soporte mayor carga quien más capacidad económica revele, sin que en el señalamiento de los tramos se aprecie arbitrariedad o soluciones contrarias al buen sentido o a la equidad que pongan de manifiesto una actividad con resultado inicuo que debe ser corregido.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. A los efectos del recurso de casación que nos ocupa, la sentencia recurrida dice que "el Real Decreto 324/1994 así como la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de fecha 30 de marzo de 1994, constituyen normas del Derecho interno español relativas al desarrollo y ejecución de los preceptos del Derecho Comunitario Europeo en materia de Política Agraria Común contenidos en el Reglamento (CEE) 3.950/92, del Consejo, de 28

de diciembre, por el que se establece una Tasa Suplementaria en el Sector de la Leche y de los Productos Lácteos que entró en vigor el tercer día siguiente al de su publicación en el DOCE (31 de diciembre de 1992), y cuya aplicación se dispuso a partir del día 1 de abril de 1993 y en el Reglamento (CEE) 536/93, de la Comisión, de 9 de marzo, por el que se establecen las disposiciones de aplicación de la referida Tasa, que entró en vigor el séptimo día siguiente al de su publicación en el DOCE (10 de marzo de 1993), y cuya aplicación se dispuso a partir del período de doce meses que se inició el día 1 de abril de 1993. Después de transcribir el art. 2 del RD 324/94, de 28 de febrero, por el que se establecen normas reguladoras del Sector de la Leche y de los productos Lácteos y del régimen de la Tasa Suplementaria, la sentencia recurrida dice que, a tenor de la anterior disposición, resulta evidente que el FEGA (anteriormente el SENPA) es el organismo competente para determinar, a nivel nacional, la participación definitiva de los productores en el pago de la tasa adeudada, en función del rebasamiento de la cantidad de referencia de que dispone cada uno de ellos, después de haber compensado las cantidades de referencia, no utilizadas en el período, que no hubieran sido objeto de compensación por los compradores.

Y lo que no puede es establecer la cuantificación de la tasa hasta que haya finalizado cada campaña, pues no puede conocer con carácter previo datos como el rebasamiento de la cantidad de referencia de que dispone cada uno de los ganaderos productores, ni las cantidades de referencia que proceda compensar, no utilizadas en el período correspondiente. Sin que de ello se derive indefensión alguna por cuanto los interesados, una vez les son comunicados los criterios empleados, pueden hacer uso de los recursos pertinentes, como pueden hacerlo, como así ha ocurrido en el caso que nos ocupa, contra las liquidaciones de la Tasa (F. de D. 4º). Dice quien recurre que el FEGA no ha hecho la compensación nacional de forma proporcional entre los ganaderos en función de las cuotas lecheras que tenían asignadas, sino que la Administración, sin existir ninguna habilitación legal para ello, distribuye las cantidades no utilizadas en función de cuatro tramos o niveles de producción.

De esa manera aquellos productores o ganaderos con una cantidad de referencia de 0 a 25.000 Kgs. les corresponde pagar una multa teórica por litro de exceso en la cantidad de referencia de un 0'9% de su multa teórica. Y a los ganaderos que se encuentran en el último tramo, que son los productores a quienes ha adquirido la parte recurrente, esto es, aquellos que tengan una cantidad de referencia superior a 150.000 Kgs., el porcentaje es de un 40'1%. Lo que a

su juicio es desproporcionado y carente de fundamentación legal.

Los criterios aplicados por el FEGA, en los que se tiene en cuenta las cantidades individuales de referencia y el rebasamiento de dichas cantidades, estableciendo unos coeficientes en función del porcentaje de exceso en relación a su cuota y variando éstos en función de la cantidad de referencia, cumplen los requisitos que señala el citado art. 2 del RD 324/94, lo que excluye la alegación de su supuesta infracción; sin que resulte justificada la alegación de la supuesta desproporción y de tratar de "premiar" a aquellos productores con cuotas lecheras inferiores efectuada por la recurrente, pues la Administración, de entre los posibles criterios aplicables, ha optado por uno que se justifica y no resulta arbitrario, siendo tan válido como cualquier otro que, respetando las líneas marcadas por el citado precepto, pudiera adoptarse.

El criterio de proporcionalidad aplicado por el FEGA se incardina dentro del concepto de un sistema tributario justo que se inspira, como exige la CE en su art. 31, en los principios de igualdad y de progresividad, constituyendo una distribución más equitativa entre los productores al ser acorde con la cuota lechera asignada a cada uno. Por lo tanto, el FEGA al establecer estos criterios se aproxima al principio del reparto justo de la carga tributaria que es fuente esencial a la hora de determinar la cuantía de la tasa con la que deben contribuir. La Tasa Suplementaria en el sector de la leche y los productos lácteos no es una sanción administrativa, sino que posee la naturaleza propia de las exacciones reguladoras de precios a que se refiere la Disposición Adicional Segunda de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, ya que su objeto dentro de la Política Agraria Común es el de actuar como medio regulador en el mercado de los productos lácteos con la finalidad económica y de organización supranacional de reducir los excedentes de producción, que influirían en definitiva en el precio de tales productos. En cuanto al criterio de compensación aplicado a la liquidación impugnada, se ha de tener en cuenta que los criterios pueden variar en cada campaña en razón a las circunstancias del contingente lácteo, cuyo control y gestión corresponde realizar al FEGA dentro de la discrecionalidad administrativa precisa para poder realizar tales funciones cuya casuística y complejidad impiden una regulación formal y rígida, que sí sería exigible si nos encontramos ante una tasa y no con una exacción parafiscal, cuya habilitación legal es mucho más flexible que una tasa (F. de D. 5°).

2. Con independencia de la parte de la sentencia dedicada a los criterios de aplicación que utiliza el FEGA en la compensación nacional y a determinar si son o no correctos,

la sentencia analiza los errores materiales que se denuncian en el cálculo de la Tasa Suplementaria en relación con determinados ganaderos, lo que produce un incremento incorrecto del montante global de la liquidación impugnada. La parte aquí recurrente alegaba en la instancia que la liquidación era incorrecta respecto de determinados productores al asignarse una cuota lechera que no les correspondía especialmente por haber sido transferida a otros ganaderos. Es esta parte de los errores en el cálculo de la tasa en la que la sentencia estima el recurso contencioso-administrativo y anula la resolución del TEAC de 21 de febrero de 2002 respecto de los ganaderos que cita, ordenando a la Administración que gire nueva liquidación a nombre de aquellos productores a quienes los ganaderos que menciona transfirieron las cuotas que les correspondían.

SEGUNDO.- Los motivos que, a juicio de la Cooperativa recurrente, fundamentan su recurso de casación, son los siguientes:

1°) Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del art. 2 del Reglamento (CEE) núm. 3950/1992, del Consejo, de 28 de diciembre de 1992, y del art. 2 del Real Decreto 324/1994, de 28 de febrero, en relación con el art. 3.1 del Código Civil. Dice la recurrente que la sentencia recurrida en casación entiende correcta la actuación de la Administración, considerando que "el criterio de proporcionalidad aplicado por el FEGA se incardina dentro de un sistema tributario justo que se inspira... en los principios de igualdad y progresividad" (Fundamento Jurídico Quinto), pese a que tanto el Reglamento CEE 3950/1992 como el art. 2 del Real Decreto 324/1994 disponen que se efectúen "proporcionalmente" a la cantidad individual de referencia de cada ganadero.

Según es de ver en el documento firmado por el Sr. Director General del FEGA, de fecha 10 de diciembre de 1997, los criterios aplicados por dicha Dirección General para la compensación nacional, para el período de tasa 1995/96 que nos ocupa, no fueron estrictamente proporcionales en relación con las cuotas lecheras que tenían asignadas los ganaderos, tal como ordenan tanto el art. 2 del Reglamento (CEE) núm. 3950/1992, del Consejo, de 28 de diciembre de 1992, como el art. 2 del Real Decreto 324/1994, de 28 de febrero, sino que la Administración -sin existir ninguna habilitación legal para ello- se inventó una manera "sui generis" de entender la proporcionalidad, distribuyendo las cantidades no utilizadas a nivel nacional, de forma distinta, estableciendo seis tramos diferentes, en función de las cuotas lecheras que tenían asignadas los ganaderos. Siguiendo este crite-

rio, el FEGA benefició a los ganaderos que tenían asignadas cuotas inferiores de producción, a los que se les "compensó" sus cuotas de formas "más que proporcional", perjudicando a los ganaderos que tenían asignadas mayores cuotas, lo que finalmente dio por resultado que a los ganaderos que tenían asignadas cuotas inferiores les correspondiese pagar, por kilogramo que rebasase su cantidad de referencia asignada, una liquidación más baja (menos que "proporcional") que la que correspondió pagar a los ganaderos que tenían unas cuotas lecheras más altas.

Y la diferencia no es trivial: a los ganaderos con una cantidad de referencia entre 0 y 25.000 kgs., les corresponde pagar una multa (tasa) teórica, por litro de exceso de la cantidad de referencia asignada, de un 3'5% de su "multa teórica" y, en cambio, dicho porcentaje pasa a ser del 44'9%, es decir, casi trece veces superior para los ganaderos con cantidad de referencia superior a 150.000 Kgs., entre los que se comprende muchos de los ganaderos que han vendido su leche a la cooperativa recurrente.

Así pues, los criterios seguidos por el FEGA -que la sentencia recurrida considera admisibles-, para la aplicación de la compensación nacional, no comportaron una distribución proporcional de las cantidades de referencia, no utilizadas globalmente, a la cantidad de referencia individual de cada ganadero, tal como establecen las normas de aplicación (art. 2 del Reglamento (CEE) núm. 3950/1992, del Consejo, de 28 de diciembre de 1992 y del art. 2 del Real Decreto 324/1994, de 28 de febrero), sino que dieron lugar a un sistema progresivo (sic), de forma que los ganaderos con mayor cantidad de referencia individual (cuota de kilogramos de leche o productos lácteos que están autorizados a vender, exenta de tasa suplementaria), les correspondió pagar un mayor porcentaje de la multa teórica de la que proporcionalmente les correspondería, una vez efectuada la compensación nacional, porque el FEGA, sin habilitación legal alguna, estableció cuatro tramos aleatorios, basándose en las cantidades de referencia asignadas.

El FEGA -y la sentencia recurrida que convalida su actuación- han establecido, en contra del Derecho, dos parámetros distintos no previstos, ni autorizados: Un tramo o escala en función del grupo en que debiera ubicarse cada ganadero, según los kilogramos de leche que estuviera autorizado a vender exenta de tasa suplementaria (menor de 25.000 Kgs.; entre 25.000 y 40.000 Kgs.; entre 40.000 y 70.000 Kgs.; entre 70.000 y 100.000 Kgs.; entre 100.000 y 150.000 Kgs.) y Otro tramo o escala en función del porcentaje en que cada ganadero incluido en los distintos apartados del tramo anterior, hubiese rebasado su cuota, que va, en

varios tramos, desde los ganaderos que han rebasado menos del 10% su cuota, hasta los que la han rebasado en más de un 400%.

Dentro de esta escalas, el porcentaje de multa teórica que debe pagar, según el FEGA, cada uno de los ganaderos que, en algún porcentaje, han excedido su cuota de leche, es progresivo.

La aplicación de este criterio nada tiene que ver con el único parámetro establecido por el Real Decreto citado y por el Reglamento Comunitario, que atienden -para hacer la compensación a nivel nacional- única y exclusivamente a un criterio estrictamente proporcional en función "a la cantidad individual de referencia disponible de los productores afectados", como dice el art. 2.2 del Real Decreto 324/1999 y el propio art. 2.1, al referirse a la primera compensación a nivel de comprador.

2°) Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, por infracción de doctrina legal dimanante, entre otras, de las sentencias de esta Sala de 3 de enero de 1979 y de 2 de junio de 1982. El FEGA no puede determinar, por sí mismo, los seis tramos en que se han dividido los ganaderos-productores, a los efectos de distribuir, de forma desigual, entre ellos, la compensación de las cantidades no utilizadas a nivel nacional.

Y no puede porque la Administración no puede fijar a su libre arbitrio los tramos ni puede variarlos sino que, conforme al principio de legalidad, la Administración, para actuar, necesita siempre una norma que la habilite y le indique "cómo" ha de actuar y si la norma establece únicamente unos criterios básicos, necesita otra norma que establezca el marco específico de su actuación como dice la sentencia de esta Sala de 3 de enero de 1979. El FEGA, en sus "criterios" para efectuar la compensación de las cantidades de referencia, no utilizadas a nivel nacional, no podía dividir, como ha hecho, a los ganaderos en seis tramos, según la cuota asignada, a los efectos de distribuir, de forma desigual, entre ellos, la compensación de las cantidades no utilizadas a nivel nacional, para el ejercicio 1995-1996.

Y no podía hacerlo porque, para ello, precisaba de una habilitación legal que no tenía y aunque la hubiese tenido, no podría haberla ejercitado en contra de los criterios uniformes que, a este respecto, establece la normativa de la CEE. En su consecuencia, los "criterios" establecidos por el FEGA, son nulos de pleno derecho por haber sido producidos por un órgano manifiestamente incompetente, prescindiendo, además, total y absolutamente, del procedimiento legal establecido (apartados b) y e) del art. 62.1 de la LRJAP-PAC).

3°) Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción,

por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del art. 249 (antes art. 189) del Tratado de la Unión europea en relación con los arts. 1 y 2 del Reglamento CEE 3950/1992. El Real Decreto 324/1994 se dictó -según su exposición de motivos- "... para el desarrollo y aplicación del Reglamento CEE 3950/92", pero únicamente para facilitar su aplicación en España y en aquello que este último Reglamento expresamente autoriza a los Estados miembros de la Unión a ejercer una cierta facultad de opción. En el caso de autos la opción puede recaer (art. 2, segundo párrafo) sobre los dos modos de distribución de los rebasamientos de las cantidades de referencia individuales, es decir, por parte del "comprador" (art. 2.1 del Real Decreto 324/1994) o a nivel "nacional" -por el antiguo SENPA, hoy el FEGA- (art. 2.2). Todos los demás elementos del tributo, es decir, de la "exacción parafiscal" en que consiste la "tasa de que hablamos, art. 26.2, Ley General Tributaria y 22. a) de la Ley General Presupuestaria, lo regula la legislación comunitaria, a saber:

- El hecho imponible, o sea, las cantidades de leche que rebasen las cantidades de referencia o cuotas autorizadas.

- El sujeto pasivo, o sea, los ganaderos que hayan contribuido al rebasamiento, y el comprador, responsable del pago de la tasa, y, - El tipo único para las entregas y ventas directas, del 115% del precio indicativo de la leche, para las cantidades que excedan de la cuota asignada.

Nada pueden introducir los Estados miembros de la Unión en sus normas de desarrollo y aplicación de los Reglamentos Comunitarios, que puedan desvirtuarlos.

Pues bien, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acepta que el carácter "self executing" o directamente aplicable de los Reglamentos no impide que sus disposiciones puedan habilitar a una institución comunitaria, o a un Estado miembro, para adoptar medidas de ejecución (St. Eridiana, de 27 de septiembre de 1979).

La finalidad del Reglamento CEE 3950/1992, según claramente dice su Exposición de Motivos, "... tiene por objetivo reducir el desequilibrio entre la oferta y la demanda de leche y productos lácteos, así como los consiguientes excedentes estructurales" y "que este régimen -estamos en el año 1992- sigue siendo necesario para lograr un mayor equilibrio del mercado...". El art. 2 del Real Decreto 324/1994 cumple todas las exigencias establecidas por la doctrina del TJCE. Esta doctrina y legislación la incumple la sentencia recurrida en casación, que convalida los métodos aplicados por el FEGA para efectuar

la compensación a nivel nacional, basada en el criterio de "primar" o dar un tratamiento más benévolo a los productores de leche que tenían asignadas cuotas menores en perjuicio de los medianos o grandes productores), sino incidir en el mercado de la leche, evitando un exceso de producción (que afecta negativamente en los precios) y este exceso de producción lo pueden originar en la misma medida tanto un grupo más o menos reducido de productores digamos "grandes", como la suma de muchos pequeños ganaderos, cuya agregación de cuotas lecheras puede ser tan perjudicial para la estructura del mercado (y crear una sobreproducción de leche tan importante y grave) como la actuación de los primeros. Por esto, el tipo 115% es proporcional y único para todos los excesos de producción (previas las pertinentes compensaciones, que han de ser proporcionales a las cuotas individuales de cada productor de leche). Tanto es así, que la propia Exposición de Motivos del Reglamento CEE 3950/1992, de 28 de diciembre, al referirse a este punto indica: "... la tasa debe fijarse para las entregas y para las ventas en el 115% del precio; que efectivamente, deja de estar justificada una diferencia de tipos una vez que se ha puesto a los productores en una situación comparable en cuanto al cálculo de la tasa". Este es el porcentaje o tipo que establecen los arts. 1 del Reglamento Comunitario y del Real Decreto 324/1994, tantas veces citados. Pues bien, la sentencia recurrida contraviene tanto la finalidad económica de la tasa -evitar un exceso de producción, del que pueden ser causantes, tanto unos pocos grandes productores, como muchos pequeños productores- como, de hecho, el tipo único que establece (115%).

Dicha contravención consiste en dar por bueno el mecanismo arbitrado por el FEGA -que la sentencia recurrida estima ajustado a derecho- y que establece coeficientes distintos de liquidación de la multa teórica, incluso para productores que han rebasado, en idéntico porcentaje, la cuota que tienen asignada. Igualmente la sentencia recurrida contraviene el art. 249 (antes art. 189) del Tratado de la Unión, en la medida en que valida la actuación de un órgano de la Administración, contraria al efecto uniforme que conlleva la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea.

4º) Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del art. 2 del Reglamento (CEE) núm. 3950/1992, del Consejo, de 28 de diciembre de 1992, y del art. 2 del Real Decreto

324/1994, de 28 de febrero, en relación con el art. 3.1 del Código Civil, al no haberse tomado en consideración la compensación a nivel de comprador. El FEGA, en sus "criterios" para efectuar la compensación de las cantidades de referencia no utilizadas, a nivel nacional, debía, porque así lo establece el art. 2 del Real Decreto 324/1994, de 28 de febrero, tomar "en consideración los (ganaderos) que no se hubieran beneficiado de la compensación prevista en el apartado 1 y, en su caso, el nivel de la misma", es decir, la primera compensación que se efectúa, a nivel de comprador, "entre los ganaderos afectados, (compensando) proporcionalmente a las cantidades de referencia de que dispone cada uno de ellos, las no utilizadas por los demás productores que le hayan entregado lecho o productos lácteos, durante el periodo". La sentencia recurrida infringe el citado precepto por omisión: da por buena la liquidación y el método utilizado por la Administración sin examinar siquiera el cumplimiento, o no, de los preceptos citados relativos a la primera compensación. El Real Decreto exige que se tome en consideración el hecho de si el ganadero se ha beneficiado, o no, de la primera compensación -a nivel de comprador- y el nivel de la misma.

Evidentemente, tal toma en consideración solo puede interpretarse en el sentido de que quien no se haya beneficiado de la primera compensación, o se haya beneficiado a un nivel inferior al de los demás ganaderos, pueda compensarlos beneficiándose, en mayor grado, de la compensación a nivel nacional.

Pues bien, el FEGA tampoco tomó en consideración, al efectuar la compensación nacional, el hecho de si el productor se había beneficiado previamente de la compensación a nivel de comprador, cual exige el art. 2.2 del citado Real Decreto 324/1994, de 28 de febrero, dado que se ha aplicado la compensación nacional sobre los excesos de entregas resultantes de la compensación a nivel de comprador, lo que en nada beneficia a los productores que no han recibido compensación alguna a nivel de comprador, o que la han recibido en muy escasa cuantía, siendo los únicos beneficiarios de todo ello quienes han recibido dos compensaciones, una a nivel de comprador (porque, por suerte para ellos, habían otros productores que vendían al mismo comprador y que no vendieron toda la cuota que tenían asignada) y otra como consecuencia de aplicación de la compensación nacional, que se les ha aplicado sobre el exceso de entregas que no se habían ya beneficiado de la compensación a nivel de comprador, cuando lo que quería el legislador era, precisamente, lo contrario, eso es, que los ganaderos que no se hubiesen beneficiado de la primera compensación a nivel de comprador, recibiesen un mejor trato al aplicarse la compensa-

ción nacional, que igualase, al final, la compensación definitiva para todos los productores. Es evidente pues, que el criterio del FEGA, y la sentencia recurrida que lo valida, no se ajusta a lo previsto en el citado art. 2.2 del Real Decreto 324/1994.

5º) Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, por infracción de las normas jurídicas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del art. 14 de la Constitución Española. La parte recurrente invocó, tanto ante el TEAC, como ante la Audiencia Nacional, la aplicación del art. 14 de la CE, al entender que su mandante había sido discriminada (recuérdese, en el caso antes indicado, que los productores con una cuota de leche superior a 150.000 Kgs. año, pagan un porcentaje de la multa teórica -44'9%-, trece veces superior a la de los productores que no alcanzan los 25.000 Kgs. -3'5%-). Esta argumentación no ha sido rebatida por la sentencia recurrida, cuando es evidente que existe una discriminación contraria al art. 14 de la CE, tal como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. No es cierto que la situación de unos ganaderos que sobrepasen la cuota lechera que tenían asignada sea distinta de la de los otros ganaderos que también han sobrepasado la suya: todos se han excedido, en mayor o menor medida, de la cantidad que tenían asignada y todos, en proporción a sus "cuotas", debe contribuir a costear el importe global que debe abonarse en forma de "tasa suplementaria". Obviamente, aquellos que más han rebasado su cuota, más contribuirán al pago de la tasa, pero todos han de contribuir proporcionalmente, en función de su rebasamiento, una vez hechas las dos compensaciones antes indicadas. En el caso de autos, los criterios fijados para efectuar la "compensación" a nivel nacional, por un lado, responden a un mero voluntarismo político, que favorece a los pequeños productores (que son los más), castigando a aquéllos que tienen más producción, casi siempre por haber arriesgado más con importantes inversiones y, por otro, arbitra criterios que, al ser aplicados, conllevan una desproporcionalidad insoportable.

TERCERO.- 1. Para dar la respuesta requerida a los motivos anteriores, en los que, en definitiva, se trata de combatir, de una u otra forma, el criterio de proporcionalidad aplicado por el FEGA, debemos partir, como hicimos en nuestra sentencia de 11 de junio de 2008 (rec. 7257/2002) a propósito del recurso interpuesto por la misma S.C.C.L. Vaquers D'osona, con motivos de casación análogos a los que aquí plantea, de la naturaleza jurídica de la Tasa suplementaria. La tasa suplementaria de la leche es un mecanismo de control de la producción lechera, establecido por la Unión Europea para todos los Estados Miembros desde el año 1984, con el

objeto de reducir el desequilibrio entre la oferta y la demanda de leche y de productos lácteos, así como los consiguientes excedentes estructurales. Por ello, el Reglamento de la CEE 856/1984 modificó la organización común de los mercados de este sector, mediante la creación de la tasa suplementaria. Esta tasa o mecanismo de control de la producción lechera supone la determinación de una cantidad global para toda la Comunidad, que constituye el umbral de garantía para la producción lechera. Dicha cantidad se distribuye entre los Estados miembros, en función de las cantidades de leche entregadas en su territorio durante años anteriores y, a su vez, cada Estado miembro distribuye la cantidad garantizada entre sus productores, asignándoles una cantidad de referencia individual, denominada "cuota lechera". La superación de la cantidad de referencia o cuota lechera, genera la obligación por parte de los productores, de pagar la tasa suplementaria, destinada a financiar el gasto generado por la comercialización de los excedentes y dicho pago se efectúa por el productor al comprador de la leche, con derecho de repercusión sobre el productor, dependiendo de la elección hecha por cada Estado miembro.

Así las cosas, esta Sala -Sentencias entre otras de 28 de abril y 30 de junio de 2004 y 27 de septiembre de 2005, esta última dictada en el recurso de casación 4686/2000- viene configurando la tasa suplementaria como una "exacción parafiscal" en cuanto supone percepción coactiva cuyo producto se afecta a un fin determinado, sin tener reflejo en el Presupuesto del Estado. Y respecto de ella, el Derecho Comunitario impone una especial configuración del principio de legalidad, pues tal como se ha indicado en las Sentencias antes referidas, las exigencias del principio de reserva de la ley se cumplen con la cobertura del Reglamento Comunitario. A tal efecto, se ha afirmado:

"1º) Que el artículo primero del Reglamento 3950/92 del Consejo de las Comunidades Europeas de 28 de diciembre de 1992, establece: "A partir del 1 de abril de 1993 y durante siete nuevos períodos consecutivos de doce meses, se establece una tasa suplementaria con cargo a los productores de leche de vaca por las cantidades de leche o de equivalentes de leche que se entreguen a un comprador o se vendan directamente para su consumo durante el período de doce meses en cuestión y que sobrepasen la cantidad que se determine. La tasa se fija en el 115% del precio indicativo de la leche". Precepto que, por tanto, contiene el establecimiento de la exacción, su cuantía y el sujeto pasivo. La doctrina del efecto directo del derecho comunitario en nuestro derecho interno impide que pueda hablarse de ausencia de norma interna que regule la exacción. La norma comunitaria, que es un reglamento, excluye que pueda

argumentarse con la inexistencia de norma que da cobertura a la exacción, y más cuando esa norma comunitaria regula los elementos esenciales de ésta.

No se alcanza a comprender cuáles son los elementos esenciales de la exacción que no se encuentran contenidos en la norma comunitaria.

2º) El alcance del principio de legalidad en materia tributaria no puede ser entendido como lo hace el recurrente en el sentido de que hay en esta materia una reserva de ley absoluta, lo que viene avalado por las sentencias del Tribunal Constitucional, en las que se afirma: Sentencia 19/1987, de 17 de febrero "... el art. 31.1 establece una reserva general de Ley en el orden tributario, sobre la cual este Tribunal ha tenido ocasión de hacer antes de ahora importantes puntualizaciones. Hemos dicho, en efecto, que, cuando el art. 31.3 CE proclama, en lo que aquí interesa, que sólo podrán establecerse prestaciones patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley, está dando entrada la Norma fundamental no a una legalidad tributaria de carácter absoluto -pues no se impone allí que el establecimiento haya de hacerse necesariamente por medio de Ley- sino, con mayor flexibilidad, a la exigencia de que ordene la Ley los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria y, concretamente, la creación "ex novo" del tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo (SS 6/1983 de 4 febrero, 37/1981 de 16 noviembre y 179/1985 de 19 diciembre).", y en la Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre "Este Tribunal ha dicho ya que la reserva de ley en materia tributaria exige que "la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo" debe llevarse a cabo mediante una ley (SSTC 37/81, 6/83, 179/85, 19/87). También hemos advertido que se trata de una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que "sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley" y siempre que la colaboración se produzca "en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad" (entre otras, SSTC 37/81, 6/83, 79/85, 60/86, 19/87, 99/87).

El alcance de la colaboración estará en función de la diversa naturaleza de las figuras jurídico-tributarias y de los distintos elementos de las mismas (SSTC 37/81 y 19/87). Interesa subrayar para hacer frente a las alegaciones que para justificar la infracción del principio de Reserva de Ley se formulan en el motivo, que el hecho imponible de la tasa, la base y el tipo, fueron fijados en el Regla-

mento Comunitario. La "reasignación" es elemento que incide sobre la cuota a pagar, pero no integra elemento esencial alguno de la tasa. Es un mecanismo de reducción de la tasa, lo que explica la intervención reglamentaria, siempre por habilitación comunitaria, pero que no incide en los elementos esenciales que configuran aquélla. Por tanto, la intervención reglamentaria tiene una doble justificación: Primero, la autorización del Reglamento Comunitario, después, la concepción del principio de Reserva de Ley en materia tributaria expuesta, que no sólo no prohíbe la intervención reglamentaria, sino que la posibilita y reclama, como es el caso".

La cobertura legal que ofrece el Reglamento Comunitario se ha reafirmado en la Sentencia de 24 de abril de 2007. Expuesto lo anterior, conviene señalar que la reforma de la Política Agraria Común en el sector de la leche y de los productos lácteos, contempló en su momento, entre otras medidas, la prórroga del régimen de la Tasa suplementaria establecida en el artículo 5 quater del Reglamento (CEE) 804/68, modificado por el Reglamento (CEE) 2071/92, durante siete nuevos períodos consecutivos de doce meses, a partir del 1 de abril de 1993.

En su virtud, fueron promulgados los Reglamentos (CEE) 3950/92, del Consejo, de 28 de diciembre, por el que se establecía una Tasa suplementaria en el Sector de la Leche y de los Productos Lácteos, que entró en vigor el tercer día siguiente al de su publicación en el "DOCE" (día 31 de diciembre de 1992) y dispuso su aplicación a partir del día 1 de abril de 1993, y 536/93, de la Comisión, de 9 de marzo, por el que se establecieron las disposiciones de aplicación de la referida tasa, que entró en vigor el séptimo día siguiente al de su publicación en el "DOCE" (día 10 de marzo de 1993) y dispuso su aplicación a partir del período de doce meses, que se inició el 1 de abril de 1993. El citado Reglamento (CEE) 3950/92 (modificado por el Reglamento (CEE) 1560/93 del Consejo, de 14 de junio), fijó en el 115 por 100 del precio indicativo de la leche, la Tasa suplementaria, con cargo a los ganaderos productores, por las cantidades de leche o de equivalente de leche, entregadas a un comprador o vendidas directamente para el consumo, que sobrepasaran en sus cantidades de referencia individuales. Asimismo, estableció las cantidades globales de referencia que correspondían a cada Estado miembro para el período 1993/1994 y la normativa aplicable para efectuar reasignaciones de las cantidades de referencia no utilizadas, cesiones temporales, así como las disposiciones de aplicación en los casos de transferencia de la explotación por venta, arrendamiento, transmisión hereditaria u otras causas, fijando la vinculación de la cantidad de referencia correspondiente a la explotación, así como

las excepciones. En todo caso, el art. 2 del referido Reglamento estableció:

"1. Se adeudará la tasa por todas las cantidades de leche o de equivalentes de leche comercializadas durante el período de doce meses en cuestión que rebasen una u otra de las cantidades contempladas en el art. 3. Dicha tasa se distribuirá entre los productores que hayan contribuido al rebasamiento." Con arreglo a la decisión del Estado miembro, la contribución de los productores al pago de la tasa adeudada se determinará, se hayan reasignado o no las cantidades de referencia inutilizadas, ya sea por parte del comprador en función del rebasamiento que subsista después de haber repartido, proporcionalmente a las cantidades de referencia de las que dispone cada uno de dichos productores, las cantidades de referencia inutilizadas, ya sea a nivel nacional en función del rebasamiento de la cantidad de referencia de la que dispone cada uno de dichos productores".

Las modificaciones comunitarias hicieron precisa, a su vez, la del régimen hasta entonces vigente (Reales Decretos 1888/1991, de 30 de diciembre, por el que se estableció un plan de reordenación del sector de la leche y de los productos lácteos y 1319/1992, de 30 de octubre, por el que se establecieron normas específicas para la aplicación del régimen de la Tasa suplementaria en el Sector de la Leche y de los Productos Lácteos). De esta forma, se alumbró el Real Decreto 324/1994, de 28 de febrero, por el que se aprobaron las Normas reguladoras del Sector de la Leche y de los Productos Lácteos y del régimen de la Tasa Suplementaria, cuyo valor es de "reasignación", a cuyos efectos, el art. 1 dispone que "La tasa suplementaria del 115 por 100 del precio indicativo de la leche establecida en el artículo 1 del Reglamento (CEE) 3950/92 se adeudará por todas las cantidades de leche o de equivalente de leche, comercializadas durante el período de doce meses de tasa suplementaria, que va del 1 de abril al 31 de marzo, de que se trate, que rebasen una u otra de las cantidades de referencia, fijadas para España en el artículo 3 del Reglamento antes citado, modificado por el Reglamento (CEE) 1560/93, por un total de 5.200.000 toneladas para entregas a compradores y 366.950 toneladas para ventas directas". A su vez, el art. 2 dispone que:

"1. La tasa suplementaria contemplada en el artículo anterior, se distribuirá entre los ganaderos productores que hayan contribuido al rebasamiento y la participación de éstos en el pago de la tasa adeudada, se determinará, por parte del comprador, en función del rebasamiento que subsista después de haber compensado entre los ganaderos afectados, proporcionalmente a las cantidades de referencia de que dispone cada uno de ellos, las no utilizadas

por los demás productores que le hayan entregado leche o productos lácteos, durante el período.

2. El SENPA determinará a nivel nacional, la participación definitiva de los productores en el pago de la tasa adeudada, en función del rebasamiento de la cantidad de referencia de que dispone cada uno de ellos, después de haber compensado las cantidades de referencia, no utilizadas en el período, que no hubieran sido objeto de compensación por los compradores.

La compensación por el SENPA de las cantidades de referencia no utilizadas se efectuará proporcionalmente a la cantidad individual de referencia disponible de los productores afectados, tomando en consideración los que no se hubieran beneficiado de la compensación prevista en el apartado 1 y, en su caso, el nivel de la misma.

3. Los productores que durante el período considerado hubieran cedido temporalmente cantidades de referencia, serán excluidos de las posibles compensaciones que les pudieran corresponder”.

2. El presente recurso se interpone, esencialmente, por la disconformidad de la parte recurrente con el método empleado por el Fondo Español de Garantía Agraria, en la liquidación efectuada por el mismo a cargo de la Cooperativa Vaquers D’osona, por el concepto de Tasa Suplementaria del sector de al leche y de los productos lácteos, al haber convertido en “progresiva” una “carga” que el ordenamiento jurídico ha configurado como “proporcional”. Del art. 2 del Real Decreto 324/1994 se deduce que se efectúan dos compensaciones, proporcionales a las cantidades de referencia -cuota- de que dispone el productor. Una primera compensación se efectúa a nivel de comprador, distribuyéndose la tasa entre los ganaderos productores que hayan contribuido al rebasamiento, en función del rebasamiento que subsista después de haber compensado entre los ganaderos afectados “proporcionalmente” a las cantidades de referencia de que dispone cada uno de ellos, las cantidades de leche no utilizadas de las cuotas de los demás productores que le hayan entregado leche o productos lácteos, durante el período de la tasa.

Una segunda compensación la efectúa posteriormente la Administración, en base a las cantidades de referencia no utilizadas globalmente, “proporcionalmente” a la cuota disponible de los productores que han contribuido al rebasamiento y tomando en consideración el hecho de si se han beneficiado, o no, de la primera compensación a nivel de comprador.

La sentencia recurrida convalida, por estimarlo ajustado a Derecho, el criterio seguido por el Fondo Espa-

ñol de Garantía Agraria para la distribución de la “Tasa Suplementaria del sector de la leche y productos lácteos” entre los ganaderos-productores que han rebasado las cuotas que tenían asignadas.

A juicio de la parte recurrente, el FEGA, para el cálculo de la denominada “compensación nacional”, ha vulnerado la norma de aplicación, siguiendo un criterio no previsto en la misma, atribuyéndose facultades que la norma no le confiere, a pesar de lo cual su actuación no ha sido censurada por la sentencia recurrida.

CUARTO.- 1. En el primer motivo de casación se alega infracción del art. 2 del Reglamento CEE 3950/92 y del art. 2 del Real Decreto 324/1994. El núcleo argumental de la articulación del motivo se concreta en estimar que el FEGA, al distribuir el importe total de la tasa suplementaria entre los productores de leche, no se ajustó al imperativo de proporcionalidad que imponen los preceptos invocados, ya que lejos de distribuirla en exacta proporción al rebasamiento de cada productor, estableció una escala integrada por seis tramos, en función de las cantidades de referencia de la productores obligados al pago de la tasa.

Tal modo de proceder, según la recurrente, contraviene abiertamente el principio de proporcionalidad exigido por la norma, estableciendo, en su lugar, un criterio de progresividad, en el que, a mayor cantidad de referencia mayor será la participación en el pago de la tasa suplementaria, de forma tal que los mayores productores resultan más gravados por el hecho de producir más y no por su proporcional participación en el rebasamiento.

2. Es verdad que el criterio de la proporcionalidad aparece en dos ocasiones en el art. 2 del Real Decreto 324/94: una en el apartado 1, relativo a la compensación a nivel de comprador, y otra en el apartado 2, párrafo 2º, en la compensación a nivel nacional. En todo caso, la exigencia de aplicar el criterio de la proporcionalidad no esta tanto referida al reparto de la tasa definitiva adeudada cuanto a la compensación de las cantidades de referencia no utilizadas en el periodo con las cantidades de referencia de que dispone cada ganadero productor.

En efecto, como dice la Abogacía del Estado, la tasa suplementaria se aplica en función del rebasamiento de la cantidad de referencia de que dispone cada uno de los productores, bien que para el cálculo del rebasamiento definitivo se permite compensar los excesos de producción (los rebasamientos) con las cantidades de referencia no dispuestas, dándose así lugar al rebasamiento total sujeto a la tasa suplementaria.

Pues bien, cuando el art. 2 de Real Decreto 324/94 se refiere a aquellas

operaciones de compensación, es cuando demanda -lógicamente- que aquellas operaciones se realicen proporcionalmente a las cantidades de referencia individuales, articulándose a base de una doble operación, compensación por el comprador y compensación por FEGA ya a nivel nacional. No es admisible, pues, la tesis recurrente del reparto proporcional de la tasa total adeudada, pues del análisis del art. 2 citado resulta, sin lugar a dudas, que:

a) La tasa suplementaria se distribuirá entre los ganaderos productores que hayan contribuido al rebasamiento.

b) La participación de los ganaderos productores en el pago de la tasa adeudada se determinará en función del rebasamiento que subsista des-

■

*“...la exacción  
precedente es fijada  
conforme a criterios  
objetivos. Lo que sucede  
es que se arbitran  
mecanismos para  
hacerla más benigna en  
virtud de circunstancias  
diversas. El que esta  
benignidad alcance a  
unos productores en  
mayor medida que a  
otros no autoriza a  
poner en cuestión el  
punto de partida que es  
lo que es objeto de  
impugnación,...”*

■

pués de haber compensado proporcionalmente las cantidades de referencia de que dispone cada uno de los ganaderos afectados con las no utilizadas en el período.

Es decir, el precepto señala exclusivamente quienes han de participar en el pago de la tasa y que su participación lo será en función del efectivo rebasamiento, resultante de las compensaciones. Pero en modo alguno señala el precepto que la participación en el pago de la tasa debe ser proporcional al rebasamiento en cada producto.

Así pues, la proporcionalidad se refiere exclusivamente a las operaciones de compensación, de las que resultaría la cantidad de rebasamiento imputable a cada producto, pero de ningún modo que la tasa sea exigible de manera proporcional al re-

basamiento. Al menos no lo exige así el precepto.

En la sentencia de esta Sala de 11 de junio de 2008 dijimos, a propósito de un motivo de casación concebido en idénticos términos al que aquí hemos dado respuesta, que el art. 2 del Real Decreto 324/1994, de forma específica para la regulación de la tasa, dispone que la participación definitiva de los productores en el pago de la misma, se realice en función del rebasamiento de la cantidad de referencia de cada uno, después de haber compensado las cantidades no utilizadas en el período, que no hubieran sido objeto de compensación por los compradores, efectuándose esta compensación proporcionalmente a la cuota láctea disponible de los productores afectados, teniendo en cuenta los no beneficiados de la compensación a nivel de comprador y, en su caso, el nivel de la misma. Se sigue de esta forma el criterio de proporcionalidad establecido también en el art. 2 del Reglamento (CEE) 3950/1992, de 28 de diciembre.

Ahora bien, el Reglamento Comunitario, que es la disposición de cobertura a la que hay que estar, no establece un criterio específico de proporcionalidad. Tampoco lo hace el Real Decreto 324/1994, de 28 de febrero. Por ello, no existe infracción en la actuación administrativa seguida, tal como ya se vino a reconocer en la Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2005 (recurso de casación 4686/2000).

QUINTO.- En el segundo motivo de casación argumenta la Cooperativa recurrente que aún en el caso de que se admitiese lo que denomina “proporcionalidad progresiva”, no estaría el FEGA habilitado para aplicar aquella regla mediante la división de los ganaderos en seis tramos, según la cuota asignada, ya que ello implica ir contra criterios uniformes que al respecto establece la normativa CEE.

Pero lo cierto es que ni la normativa comunitaria ni la española establecen el criterio de la proporcionalidad en la exigencia de la tasa láctea. El criterio de la proporcionalidad solo es referible a las operaciones de compensación.

Como bien ponía de manifiesto la resolución del TEAC de 21 de febrero de 2002, el párrafo primero del mismo art. 2.2 del citado Real Decreto no menciona ese criterio estricto de proporcionalidad, sino que habilita al entonces SENPA a “determinar la participación definitiva de los productores” en función del rebasamiento de la cantidad de referencia de que dispone cada uno de ellos”, y en uso de esa facultad (incardinable además en las competencias genéricas de desarrollo del mismo Real Decreto que se establece en su Disposición Final primera), se elaboraron por la Administración



gestora unos "Criterios de aplicación de la compensación nacional" que, si bien siguen una pauta de proporcionalidad, según lo establecido en la norma mencionada, no lo hacen de modo uniforme para todos los casos, sino en función de los tramos de cuotas reconocidas a cada productor y del porcentaje en que dicha cuota fue rebasada en cada caso, criterio que, aunque a la recurrente pueda parecerle "político" y contrario al principio de igualdad, en definitiva no es sino la aplicación a esta Tasa del principio de proporcionalidad fiscal, gravando más a quienes tienen cuotas superiores y menos a los ganaderos con cuota inferior, en sus tramos (mínimo de 25.000 Kgs. y máximo de más de 150.000 Kgs. de cuota) y dentro de esos tramos, con una proporción en función del porcentaje en que cada productor haya rebasado su cuota, todo lo cual lejos de poderse considerar contrario al principio de igualdad supone un loable esfuerzo de adecuar la exigencia de la Tasa a la realidad económica del sujeto pasivo, tal y como postula la Constitución para el reparto de las cargas económicas.

**SEXO.-** 1. En el tercer motivo de casación se alega infracción del art. 249 del Tratado de la Unión Europea, en relación con los arts. 1 y 2 del Reglamento CEE 3950/92. La recurrente se queja no de que el art. 2 del Real Decreto 324/1994 incumpla las exigencias establecidas por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sino de que sea la sentencia recurrida la que incumpla la legislación comunitaria al convalidar el proceder del FEGA de otorgar un tratamiento más benévolo a los productores que tenían asignado cuotas menores, frente a los que los tenían más elevadas, y no actuar conforme a la proporcionalidad derivada del propio tipo de la exacción del 115%.

2. El criterio de la proporcionalidad se ha impuesto por el art. 2 del Real Decreto 324/1994 exclusivamente en la operación de compensar las entregas de leche, por lo que nada obsta al sistema de reparto de la tasa total adeudada de conformidad con los tramos señalados y que atiende al volumen de las cuotas asignadas para que, mediante un justo criterio de progresividad, acorde con el art. 31 de la CE, soporte mayor carga quien más capacidad económica revela, sin que en el señalamiento de los tramos se aprecie arbitrariedad o soluciones contrarias al buen sentido o a la equidad que pongan de manifiesto una actividad con resultado inicuo que debe ser corregido.

En tal sentido si la recurrente se encuentra incluida en un tramo alto, es claro que, al igual que los incluidos en los tramos más bajos, se están beneficiando de no tener que soportar el total de la tasa que le correspondería de aplicarse el sistema rigurosamente proporcional.

**SÉPTIMO.-** En el cuarto motivo de casación se alega infracción del art. 2 del Reglamento CEE 3950/92 y del art. 2 del Real Decreto 324/94. Indica la recurrente que no se tuvo en cuenta, al verificar la compensación nacional, la previa compensación a nivel de comprador.

Pero es lo cierto que no acredita en qué concepto y respecto de qué productores no se hubiera tenido en cuenta, ni en qué medida se hubiera producido, sin que se haya probado que el legislador pretendiese otorgar un tratamiento favorable a uno respecto de otros, sino alcanzar una compensación igualitaria entre todos los productores.

Con independencia de lo que antecede, dijimos en nuestra sentencia de 11 de junio de 2008, a propósito de un motivo de casación formulado en idénticos términos por la misma Cooperativa recurrente que rectamente interpretado el párrafo segundo del apartado 2 del Real Decreto 324/94, debe ser entendido en el sentido de que la compensación a nivel nacional ha de aplicarse -por supuesto- a todos los productores que no se hubiesen beneficiado de la compensación a nivel de comprador, pero también a los que se hubieran beneficiado, teniendo en cuenta "el nivel de la misma". Y esto es lo que se ha hecho en el caso presente, en que la liquidación se practica sobre los excesos de entregas resultantes una vez aplicada la compensación a nivel de comprador y no directamente sobre los excesos de entregas sobre las respectivas cuotas al margen de aquellas".

**OCTAVO.-** En el quinto motivo de casación se aduce infracción del art. 14 de la Constitución para volver a denunciar los criterios de compensación establecidos por el FEGA. El Tribunal Constitucional (en sentencia, entre otras, de 2 de julio de 1981 y 21 de noviembre de 1994) ha señalado que para que las diferentes normativas puedan considerarse no discriminatorias resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor general aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que no es procedente diferenciar y tratar desigualmente.

El Tribunal Constitucional, al analizar el reproche que se ha formulado contra el art. 2 del Reglamento CEE num. 3952/1992 y el art. 2 del Real Decreto 324/1994, en el sentido de que contienen elementos discriminatorios a la hora de fijar la cuantía de la exacción, los ha rechazado en base a distintas consideraciones formuladas ya en las sentencias de esta Sala

de 30 de junio de 2004 y 27 de septiembre de 2003.

En primer término, porque el apartado segundo del párrafo primero del art. 2 del Reglamento contempla la previsión de cuál ha de ser la contribución de los productores al pago de la tasa, a escala de comprador y a escala nacional, decisión cuya concreción deja en manos del Estado miembro. En segundo lugar, porque las previsiones sobre distribución de la tasa y los criterios están contempladas en el art. 2, apartados 2 y 3, del Decreto estatal 324/94, de 28 de febrero.

En cuanto a la autorización que el apartado segundo del citado art. 2 contiene a favor del SENPA se explica por la naturaleza de la exacción y por las especiales condiciones de volatilidad de todos los elementos de la exacción para fiscal, en los que previsiones previas son imposibles. (Es imposible conocer "a priori", entre otros extremos, la cuantía de la tasa, el número de infractores, responsabilidad objetiva y subjetiva de cada uno de los transgresores en el exceso sobre la cantidad asignada).

El hecho de que unos productores resulten "finalmente" más favorecidos que otros no permite considerar el criterio elegido como arbitrario si objetivamente es igualitario y aplicado de modo imparcial. Lo que se está discutiendo y reprochando no es tanto la desigualdad de los criterios elegidos sino sus efectos.

Por último, no hay que olvidar que la exacción precedente es fijada conforme a criterios objetivos. Lo que sucede es que se arbitran mecanismos para hacerla más benigna en virtud de circunstancias diversas. El que esta benignidad alcance a unos productores en mayor medida que a otros no autoriza a poner en cuestión el punto de partida que es lo que es objeto de impugnación, pues lo que se está discutiendo no es la fijación de la tasa sino los medios para hacerla más benigna que es cosa bien distinta.

Por todo ello, hay que rechazar que no exista norma con rango formal suficiente para el establecimiento de la exacción, pues ha sido creada por un Reglamento Comunitario, que, además, contiene los elementos esenciales para determinar la exacción. A mayor abundamiento, los extremos de la exacción no regulados por el Reglamento Comunitario, lo son por un Reglamento estatal, cuya legitimidad y alcance es indudable si el principio de reserva de Ley en materia tributaria se interpreta de conformidad con las normas constitucionales.

Finalmente, la atenuación de la cuantía de la tasa en virtud de un criterio de corrección, que tratan de paliar sus efectos a los sujetos afectados, obedece a criterios objetivos y

razonables que inciden no sobre la tasa, sino sobre su atenuación, lo que es cosa bien distinta".

En definitiva, que ya la jurisprudencia de esta Sala ha valorado positivamente la distribución de la tasa por responder a criterios objetivos, igualitarios y razonables que no pugnan con el principio de igualdad.

Decíamos, a propósito del mismo motivo, en la sentencia de 11 de junio de 2008 que la existencia de diferencias de cuotas y rebasamiento hace que deba considerarse que existen situaciones diversas y que, por tanto, la proporcionalidad variable no infringe el principio de igualdad.

**NOVENO.-** Al rechazarse todos los motivos alegados, se desestima el recurso de casación de la representación procesal de Vaquers D'osona S.C.C.L. Esta desestimación lleva aparejada la preceptiva condena en costas, si bien la Sala, apreciando las circunstancias concurrentes y de conformidad con el artículo 139.3, de la Ley de la Jurisdicción fija como cifra máxima de honorarios del Abogado del Estado la de 3.000 euros.

Por lo expuesto, EN nombre de su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

#### FALLO

**PRIMERO.-** Que debemos desestimar, y desestimamos, el presente recurso de casación, interpuesto por D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, Procurador de los Tribunales en representación de la entidad "Vaquers D'osona S.C.C.L.", contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de marzo de 2004, que se confirma, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1007/2002, seguido por la entidad hoy recurrente contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de febrero de 2002.

**SEGUNDO.-** Que debemos imponer e imponemos las costas a la parte recurrente, si bien con la limitación de honorarios establecida en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frías Ponce.- Ángel Aguillo Avilés.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Juan Gonzalo Martínez Mico, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.



2010/31756

TS Sala 4ª, Sentencia 5 marzo 2010. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

## Validez de calendario laboral y horario fijados sin consenso con los trabajadores

*Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que confirmó el nuevo horario de trabajo de la empresa de extinción y prevención de incendios demandada.*

*Considera la Sala que la sentencia recurrida no infringió la normativa convencional aplicable, puesto que la estructuración o distribución del tiempo de trabajo no cabe dentro de las previsiones que exigirían el consenso con los trabajadores, no habiendo procedido la empresa a incrementar el tiempo efectivo de trabajo, sino que ha llevado a cabo una nueva distribución del tiempo de presencia en las bases.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación consiste en determinar si la empresa demandada se atuvo a las previsiones del artículo 14 del Acuerdo Laboral que regula las condiciones de trabajo entre aquélla y sus trabajadores cuando procedió a fijar el calendario laboral y horario fijados por la demandada en febrero de 2.009. El suplico del conflicto colectivo que inició la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano contenía la pretensión de que se declarase “la nulidad o injustificado el nuevo horario de trabajo remitido por fax de 27/2/09 y que el mismo se elabore de la forma prevista en el convenio”. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Valenciano desestimó la demanda en la sentencia que ahora se recurre en casación, por entender que no se había producido por la empresa incremento alguno de la jornada efectiva de trabajo ni vulneración del precepto del referido Acuerdo.

Para llegar a tal conclusión la Sala partió de la realidad de que la jornada anual prevista en el convenio o acuerdo que regula las relaciones de trabajo, que es de 1.752 horas anuales, no había sido rebasada, por lo que no resultaba de aplicación el artículo 14, que se decía vulnerado. Como elementos de hecho relevantes que se tuvieron en cuenta en la sentencia recurrida para llegar a tal conclusión, conviene destacar los siguientes:

a) La empresa se dedica a las tareas de vigilancia y control de incen-

dios forestales en la Comunidad Valenciana, para lo que obtuvo la adjudicación del servicio por la Generalitat en el oportuno concurso para el bienio 2.005-2.006, prorrogado hasta fin del año 2.008.

b) El servicio se presta por medio de brigadas de trabajadores helitransportadas establecidas en dos bases en cada una de las tres provincias de la Comunidad, una base de larga duración, en cuanto se mantiene operativa durante todo el año, mientras que la otra es de corta duración, que sólo está en funcionamiento en las épocas de mayor riesgo de incendio forestal, en concreto, de marzo a noviembre. En el pliego de condiciones de aquella adjudicación se exigía la realización de 15 guardias al día, con igual número de brigadistas adscritos a las referidas bases.

c) Para el siguiente periodo, actualmente vigente y desde el 1 de marzo de 2.009, la misma empresa obtuvo la adjudicación del mismo servicio, con un nuevo pliego de condiciones en el que, por un lado, se reducía el número de brigadistas que habían de permanecer de guardia o de servicio cada día, pasando de 15 a 13, y por otro se incrementaba el número de horas en las que las bases debían permanecer operativas, desde las nueve hasta el ocaso, salvo emergencias. La empresa mantuvo el mismo número de operarios que tenía en esa actividad antes de la nueva adjudicación, 21 trabajadores, con lo que si bien se incrementó el número de horas que los trabajadores pasan en las bases, por el contrario se produjo una disminución del número de días en que tienen que acudir a ellas.

d) El número de horas diarias que los brigadistas pasan en la base en los meses de junio a septiembre y del 9 al 20 de abril ambos inclusive es de 11 horas, si bien las horas de trabajo efectivo no superan las 8, en cómputo semanal, salvo cuando se producen situaciones de urgencia, en cuyo caso las que exceden de las 8 horas se compensan por la empresa.

e) Tal y como se describe en el sexto de los hechos probados de la sentencia de instancia, las horas de presencia en el año 2008 fueron, en término medio, de 456,30 en las brigadas de larga duración y de 258,47 en las de corta duración. En el año 2009, según el cuadrante elaborado por la empresa, serán de 263,40 para las brigadas de larga duración y de 202,38 para las de corta duración. En ambas anualidades el total de horas de trabajo efectivo de las brigadas de larga duración es de 1.752.

SEGUNDO.- El recurso de casación que ahora ha planteado el Sindicato demandante contra la sentencia de instancia se articula en dos motivos. El primero de ellos se construye al amparo del artículo 205 d) de la Ley de Procedimiento Laboral, error en la apreciación de la prueba sobre la base de la prueba documental obrante en autos, pretendiendo la adición de un nuevo hecho probado en el que se diga, en síntesis, que comparando las jornadas que se describen en el documento número 7 de la prueba de la empresa para los años 2.008 y 2.009 “se desprende... que para el año 2.009, y con relación a una brigada larga de 10 brigadistas, habrán de realizar 17.520 horas que se conceptúan como jornada ordinaria del convenio, y después de prevé la realización de 455,10 horas más, hasta completar las 22.071 horas, que para 10 brigadistas de larga duración, se establecen en el calendario laboral”. El motivo de revisión de hechos, tal y como propone el Ministerio Fiscal, ha de ser rechazado, pues al margen de que no se contiene la más mínima motivación del alcance o influencia que ese hecho pudiera tener en el objeto del pleito, la realidad es que esa redacción no cabe admitirla, pues el relato de hechos probados de la sentencia está suficientemente completo en relación con el número de horas que cada trabajador ha de llevar a cabo, tanto de presencia como de trabajo efectivo, tal y como se describe al efecto en el hecho probado sexto de la sentencia de instancia que antes se ha transcrito, para el que se tuvo en cuenta expresamente el documento en que la parte recurrente quiere apoyarse para llevar a cabo la introducción del nuevo hecho (fundamento de derecho primero, letra f). Lo que pretende entonces la parte recurrente es sustituir una redacción por otra, sin que del documento que cita para ello se extraiga la conclusión que finalmente se pretende, como pone de relieve la propia sentencia recurrida y la empresa recurrida en su escrito de impugnación del recurso, cuando, ade-

más, las pretendidas 455,10 horas por brigadista “largo” no son tales, pues habría que descontar en ellas los 36 días de vacaciones, con lo que al final resultan las 263,40 horas a que se refiere expresamente el citada hecho probado sexto.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se plantea al amparo del artículo 205 e) LPL, denunciando el recurrente la infracción del artículo 14 de Acuerdo que rige las condiciones de trabajo del personal de la empresa demandada, publicado en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana de 14 de octubre de 2005. Ya se dijo antes que éste era el único punto a discutir en el presente recurso, esto es, si la empresa cumplió a la hora de elaborar el calendario-horario para 2.009 con las previsiones de aquél precepto. Por ello conviene transcribir aquí el mencionado artículo, para mejor comprensión de la decisión final del recurso. Su literalidad dice así: “Jornada laboral. La jornada laboral será de 1.752 horas anuales de trabajo efectivo, distribuidas de lunes a domingo y con un descanso semanal de 48 horas continuadas. Todos los efectos derivados de esta nueva jornada comienzan el 1 de enero de 2005. La jornada normal de 8 horas podrá reducirse en 1 hora en los periodos de bajo riesgo, para ampliarse en 1 hora en los periodos de alto riesgo, compensando los días de reducción con el mismo número de días de ampliación, con un mínimo de 20 días laborables al mes de trabajo. En las épocas de máximo riesgo (Pascua, verano, etc.) y cuando lo demande el organismo oficial competente, se podrá incrementar la jornada, debiendo consensuarse con la parte social la forma de realizar dicho incremento. Si a la finalización de la campaña quedasen horas pendientes de ultimación, el trabajador no sufrirá ninguna merma salarial en su liquidación”. Tal y como acertadamente razona la Sala de instancia, el precepto transcrito parte de un elemento central, como es el de la determinación de la jornada ordinaria, que será de 1.752 horas anuales de trabajo efectivo, distribuida en jornadas diarias ordinarias de 8 horas, que podrá ser levemente alterada por la empresa en una hora menos en los periodos de bajo riesgo o incrementada en una hora más en los de alto, sin necesidad de pactarlo o consensuarlo con los trabajadores. La exigencia de que se lleve a cabo ese acuerdo, ese consenso entre ambas partes sobre la forma de hacerlo, se proyecta únicamente sobre el supuesto en que exista una necesidad de incrementar la jornada más de una hora, en las épocas de máximo riesgo a que se refiere el precepto (pascua, verano, etc.). Pero de los hechos probados no controvertidos se deduce que realmente la empresa en este caso en modo alguno ha procedido a incrementar la jornada, el tiempo efectivo de trabajo, sino que ha llevado a cabo una nueva distribución del tiempo de presencia en las bases que, no solo no ha supuesto



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2848

Madrid, 23 de junio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

incremento de la jornada, como ya se ha dicho, pues ni se superan las 1.752 horas anuales ni las 8 diarias (hecho probado quinto in fine y fundamento de derecho segundo.

2ª) Sino que realmente al haberse reducido a 13 el número diario de personas de guardia, de brigadistas, la realidad es que en el año 2.009 se ha producido una disminución del número de horas de presencia de los trabajadores en las bases, en relación con 2.008, que ha supuesto un total de 192,90 horas menos en las brigadas de larga duración y de 56,09 en las de corta duración, aunque sea cierto que, tal y como se argumenta con acierto y detalle en el párrafo final de la sentencia de instancia, se

ha incrementado el número de horas de presencia de los trabajadores en el año 2.009 por jornada o guardia, pues la disminución se produce por el hecho de realizar un menor número de ellas.

CUARTO.- En conclusión, de lo razonado se desprende, tal y como informa el Ministerio Fiscal, que la sentencia recurrida no infringió el artículo 14 del Convenio, puesto que la estructuración o distribución del tiempo de trabajo para el año 2.009 no cabe dentro de las previsiones del referido artículo que exigirían el consenso con los trabajadores, de forma que por tales razones el segundo motivo del recurso también ha de desestimarse, y con él la totali-

dad del mismo, confirmándose íntegramente la sentencia recurrida, sin que haya lugar a la imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 233.2 de la LPL.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano, contra la sentencia de 15 de junio de 2.009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el proce-

dimiento núm. 2/2009 seguido a instancia del aquí recurrente contra Forresma, S.A. sobre Conflicto Colectivo. Sin que haya lugar a la imposición de costas Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero Jesús Gullon Rodríguez Luis Fernando De Castro Fernández María Lourdes Arastey Sahun Mariano Sampedro Corral.

(...)

## RESEÑA

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



2010/31643

TS Sala 1ª, Sentencia 18 marzo 2010.  
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

### Validez de partición y donación de bienes muebles

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que consideró que la voluntad de la testadora, madre y abuela de la partes litigantes, fue la de asignar a cada grupo familiar la mitad de los inmuebles que se habían adjudicado con motivo de la partición de la herencia de su esposo, y que por tanto consideró válida la partición efectuada de acuerdo con dicha voluntad sobre la herencia de sus hijas y sobre los legados de sus nietos respectivos, sin que además incurra dicha asignación en inoficiosidad ya que no lesiona las legítimas de las hijas. La Sala confirma también la validez de la donación de los muebles, como donación "inter vivos", la cual produce efectos en vida aunque difiriendo la entrega material de la posesión de los bienes al momento del fallecimiento de la donante, y considera que la falta de entrega de la posesión no es imputable a los donatarios porque el acceso a dichos bienes les fue impedido, resultando clara su voluntad de retirarlos de la casa ocupada por la parte demandada.



2010/11527

TS Sala 2ª, Sentencia 21 enero 2010. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurcaro

### Absolución del delito de malversación de caudales públicos

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de falsedad documental, estafa y malversación de caudales públicos. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de malversación de caudales públicos, por cuanto la sala de instancia no declara terminantemente probado que no existiera una resolución judicial previa en la que se pudiera basar el mandamiento de devolución, y dados los términos empleados y los demás elementos probatorios que ya se han mencionado, no puede tenerse por acreditada, más allá de toda duda, su inexistencia.

2010/16395

TS Sala 2ª, Sentencia 15 febrero 2010.  
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

### Absolución de delito relativo a la prostitución

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia

que le condenó por un delito relativo a la prostitución y otro de tenencia ilícita de armas. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del primero de los delitos, pues la inferencia que hace la sala de instancia se basó únicamente en el dato de que se trataba de mujeres inmigrantes, equiparando el hecho de ser inmigrantes, sin ningún otro dato, a una situación de abuso de vulnerabilidad y de necesidad, sin traer a colación ningún otro hecho tangible que concretase esa situación abusiva en la conducta del acusado, que era el encargado del local. Y es claro, continúa la Sala, que esa inferencia carece de una base empírica mínima que permita sostenerla sin riesgo de error, de modo que puede estimarse que nos hallamos ante una inferencia abierta y con un grado de debilidad y fragilidad patente y ostensible.



2010/16409

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 8 febrero 2010.  
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

### Método de valoración seguido de los préstamos entre entidades vinculadas

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado

y por la entidad mercantil contra la sentencia dictada por la AN, por la que se confirmó la resolución del TEAC en cuanto a la liquidación del impuesto sobre sociedades y anuló dicha resolución en cuanto a la sanción impuesta, al considerarla prescrita. La Sala desestima el primer motivo al considerar que no basta para quedar sometida al régimen de transparencia, que la sociedad sea de cartera, sino que también es preciso que el capital esté muy concentrado, cuestión ésta sobre la que no existe ninguna alegación en la demanda, asimismo desestima el segundo motivo, en el que se impugnaba el método de valoración seguido para valorar los préstamos entre entidades vinculadas, que es el interés legal del dinero. Igual suerte desestimatoria corren los demás motivos sobre la denegación de deducción de la dotación para la previsión por insolvencias de créditos a largo plazo



2010/31747

TS Sala 4ª, Sentencia 19 enero 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

### Inexistente reintegro de cuotas a ATS por falta de colegiación

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado IMSERSO contra sentencia que acogió la pretensión de los ATS accionantes sobre reintegro de cuotas colegiales.

Señala la Sala que para el cobro del gasto reclamado es requisito necesario que la colegiación sea obligatoria, y en el caso enjuiciado tal obligatoriedad no existe, pues conforme al art. 8 Ley 10/1999 de 26 mayo, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, los ATS no están obligados a colegiarse cuando el destinatario del servicio es la administración empleadora.