



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 2834

Madrid, lunes 24 de mayo de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/14269

TS Sala 3ª, Sección 3, Sentencia 23 febrero 2010. Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza

Normación reglamentaria enjuiciada que no constituye manifestación de desviación de poder

El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra el RD 223/2008, por el que se aprueban el reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC-LAT 01 a 09. La Sala considera que el ejercicio de la potestad normativa que se proyecta en la normación reglamentaria enjuiciada en este recurso contencioso-administrativo, no constituye manifestación de desviación de poder, en cuanto que la ordenación clasificadora de las líneas de alta tensión y la imputación de las funciones de inspección que corresponden a los Organismos de Control, derivadas de la categorización de las líneas, viene determinada por el interés público, salvaguardado por el principio de legalidad, y amparada en el principio de precaución o de cautela, debido al riesgo potencial para las personas y bienes que incide en el desarrollo de la actividad, de control de las condiciones técnicas de las líneas eléctricas. Asimismo, no se comparte la tesis que suscita la actora de que la reforma reglamentaria atenta contra los derechos adquiridos por un colectivo profesional, respecto de la inspección individualizada de este sector de líneas eléctricas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo.

El presente recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales, tiene por objeto la pretensión de nulidad de los artículos 20.1 d) y 21.2, párrafo primero, del Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC-LAT 01 a 09, así como del artículo 3 de la Instrucción Técnica

Complementaria ITC-LAT 03, del párrafo 5 y del apartado b) del párrafo 6 del artículo 4 de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-LAT 04, y de los párrafos tercero y cuarto del artículo 3 de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-LAT 05.

Para una adecuada comprensión del objeto del recurso contencioso-administrativo procede transcribir las prescripciones normativas contenidas en los preceptos y disposiciones impugnadas por la parte recurrente:

El artículo 20 del Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, bajo la rúbrica "Documentación, puesta en servicio y mantenimiento de las líneas", en su apartado 1 d), establece:

"d) Asimismo, si la tensión nominal fuera superior a 30 kV, la instalación deberá ser objeto de una inspección inicial por un organismo de control".

El artículo 21, bajo la rúbrica "Inspecciones periódicas de las líneas", en su apartado 2, párrafo primero, dice:

"2. Las inspecciones periódicas se realizarán por los organismos de control autorizados en este campo reglamentario. Para líneas de tensión nominal no superior a 30 kV estas inspecciones se podrán sustituir por revisiones o verificaciones que realicen técnicos titulados competentes que cumplan los requisitos indicados en la ITC-LAT 05".

El artículo 3 de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-LAT 03, refiere:

"3. Clasificación de los instaladores autorizados y de las empresas instaladoras autorizadas para líneas de alta tensión

Los instaladores autorizados y empresas instaladoras autorizadas se clasifican en las siguientes categorías:

-LAT1: Para líneas aéreas o subterráneas de alta tensión de hasta 30 kV.

-LAT2: Para líneas aéreas o subterráneas de alta tensión superior a 30 kV.

En los certificados de cualificación individual y de empresa instaladora autorizada deberán constar expresamente la categoría o categorías para las que haya sido autorizado".

El párrafo 5º del artículo 4 de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-LAT 04, dispone: "Las líneas de tensión nominal superior a 30 kV deberán ser objeto de la correspondiente inspección inicial por organismo de control, según lo establecido en la ITC-LAT 05".

El apartado b) del párrafo 6 del artículo 4 de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-LAT 04, establece:

"b) Informe técnico con resultado favorable, de las verificaciones pre-

SUMARIO

TC	
CONSTITUCIONAL	
Aplicación del artículo 636 del CP 95	4
TS	
CIVIL	
Indemnización fijada en concepto de clientela en contrato de distribución	5
Resolución de contratos de financiación derivados de los de enseñanza	7
PENAL	
Improcedencia de alejamiento de hijos a pesar de haber asesinado a su esposa y madre de aquellos	9
ADMINISTRATIVO	
Normación reglamentaria enjuiciada que no constituye manifestación de desviación de poder	1
SOCIAL	
Cálculo de base reguladora de prestación por IPT derivada de accidente no laboral	13
RS RESEÑA DE SENTENCIAS	16

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

vias a la puesta en servicio, realizado según se especifica en la ITC-LAT 05. Para líneas de tensión nominal superior a 30 kV, la referencia del certificado del organismo de control que hubiera realizado, con calificación de resultado favorable, la inspección inicial”.

Y los párrafos tercero y cuarto del artículo 3 de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-LAT 05, dicen: “Sin perjuicio de las atribuciones que, en cualquier caso, ostenta la Administración pública, los agentes que lleven a cabo las inspecciones de las líneas eléctricas de alta tensión de tensión nominal mayor de 30 kV deberán tener la condición de organismos de control, según lo establecido en el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre (, 836), acreditada para este campo reglamentario.

Las verificaciones periódicas de líneas eléctricas de tensión nominal no superior a 30 kV podrán ser realizadas por técnicos titulados con competencias en este ámbito que dispongan de un certificado de cualificación individual, expedido por una entidad de certificación de personas acreditada, de acuerdo con el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, y según la Norma UNE-EN-ISO/IEC 17024. El certificado de cualificación individual se renovará, al menos, cada tres años. Asimismo, el técnico titulado encargado de la verificación no podrá haber participado ni en la redacción del proyecto, ni en la dirección de obra, ni estar vinculado con el mantenimiento de la línea”.

SEGUNDO.- Sobre los motivos de impugnación de los artículos 20.1 d) y 21.2, párrafo primero del Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, y de las disposiciones concordantes de las Instrucciones Técnicas Complementarias.

La pretensión anulatoria de los artículos 20.1 d) y 21.2, párrafo primero, del Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC-LAT 01 a 09, y de las disposiciones concordantes de las Instrucciones Técnicas Complementarias, que se fundamenta, concretamente, en que carece de justificación racional la atribución exclusiva a los Organismos de Control de la actividad de inspección inicial y periódica de las líneas de tensión superior a 30 kV, en cuanto que limita, indebidamente,

la competencia profesional individual de los Ingenieros Industriales, no puede ser acogida, por las siguientes razones:

1.- Consideramos que, analizadas las disposiciones impugnadas desde esta perspectiva, la decisión del Consejo de Ministros, titular de la potestad reglamentaria, tiene un contenido técnico, que concuerda con la clasificación de las líneas de alta tensión en distintas categorías -categoría especial, primera categoría (tensión nominal inferior a 220 kV y superior a 66 kV), segunda categoría (las de tensión nominal o inferior a 66 kV y superior a 30 kV), y tercera categoría (la de tensión nominal igual o inferior a 30 kV y superior a 1 kV)-, que se realiza en el artículo 3 de la disposición reglamentaria recurrida, que no infringe lo dispuesto en el invocado artículo 13 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que se limita a determinar los medios y procedimientos de acreditación del cumplimiento de las exigencias reglamentarias en materia de seguridad industrial, en cuanto que, amparada en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, obedece a la necesidad de promover un mejor control del cumplimiento de las calidades y requisitos exigidos a las líneas de tensión media con la finalidad de asegurar el debido estado de la instalación, conservación y funcionamiento e incrementar la fiabilidad de las instalaciones de transporte y distribución, en aras de garantizar la protección del servicio de suministro eléctrico a los usuarios en condiciones apropiadas de funcionalidad, regularidad y eficiencia, sin que por ello se impida o restrinja las competencias profesionales de los Ingenieros Industriales, pues resulta manifiesto que el Real Decreto impugnado no tiene por objeto la regulación de la competencia de ninguna profesión titulada.

En este sentido, cabe consignar que dos leyes convergen sobre la regulación reglamentaria enjuiciada, constituyendo el marco legal habilitador en que se incardina el Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero: la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que en su artículo 3 confiere a la Administración General del Estado la competencia de establecer los requisitos mínimos de calidad y seguridad que ha de regir el suministro eléctrico, y que, en su artículo 51 exige, específicamente, que las instalaciones eléctricas cumplan las normas técnicas y de seguridad; y la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que determina en

su artículo 12 los requisitos técnicos de seguridad exigibles a las instalaciones industriales, entre las que cabe incluir, a las instalaciones eléctricas, y que, en sus artículos 15 y 16, establece el régimen jurídico de los Organismos de Control como Entidades públicas o privadas que habrán de disponer de los medios materiales y humanos, así como la solvencia técnica y financiera e imparcialidad requeridas para realizar su cometido de verificación del cumplimiento de las condiciones de seguridad reglamentariamente exigidas, cuya actuación debe adecuarse a la naturaleza de la actividad que constituya su objeto.

2.- Las disposiciones enjuiciadas tienen soporte en la capacidad normativa propia de la regulación reglamentaria, derivada del principio de discrecionalidad técnica, que se extiende a poder precisar, concretar y detallar, aquellas exigencias en materia de seguridad industrial que sean adecuadas para asegurar la calidad y fiabilidad de las instalaciones eléctricas, según dijimos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2004 (RCA 162/2002): “(...) En efecto, la Ley contempla distintos medios de acreditación del cumplimiento de las medidas de seguridad, pero en modo alguno establece de manera indubitada, como sostiene la parte actora, que todos ellos deban ser admisibles en todo caso y para todo tipo de supuestos. Antes al contrario, la remisión al reglamento expresamente mencionada en el citado artículo 13 de la Ley de Industria al señalar los distintos procedimientos de acreditación del cumplimiento de las medidas de seguridad tiene precisamente por objeto permitir que la regulación reglamentaria, más detallada y con posibilidad de una más fácil adaptación a la evolución de las necesidades en materia de seguridad, pueda señalar en su caso cual o cuales de dichos procedimientos son los adecuados según el tipo de instalación eléctrica de que se trate.

No se hace con ello una remisión en blanco a la potestad reglamentaria más allá de las posibilidades del legislador, ni se desconocen con ello competencias de los titulados superiores en ingeniería. En cuanto a lo primero, hay que señalar en primer lugar que en la materia de que se trata no hay nada, excepto el respeto al principio de legalidad, que impida al titular de la potestad reglamentaria efectuar una regulación técnica sobre qué procedimientos de los legalmen-

te posibles son los pertinentes para acreditar las exigencias de seguridad según que tipo de instalaciones. En segundo lugar, que mucho menos todavía tiene el legislador limitación alguna, para remitirse al reglamento con toda la amplitud que desee para la regulación de cuestiones técnicas como la materia objeto de discusión.

En cuanto a las competencias profesionales de los ingenieros, hay que señalar en primer lugar que la Ley las reconoce al incluir entre los medios de probar el cumplimiento de los requisitos de seguridad la certificación expedida por los titulados competentes en la materia. En segundo lugar, que el legislador tiene una amplia capacidad de configurar dicha materia, y ha optado por un reconocimiento amplio de posibles medios de prueba de dichos requisitos. Y, por último, que es la propia Ley de Industria la que ha preferido deferir al reglamento la determinación de qué medios han de utilizarse en los distintos supuestos, por lo que no es que una norma reglamentaria desconozca las competencias de los ingenieros industriales, sino que en virtud de expresa determinación legal -por lo que la incidencia que semejante regulación reglamentaria pueda tener sobre las mismas está avalada por la propia Ley de industria- el Reglamento impugnado especifica que cuando así proceda, habrá de obtenerse de un Organismo de Control (regulados por el artículo 15 de la Ley de Industria) un certificado de inspección inicial con calificación de resultado favorable. “.

3.- La prueba pericial practicada en autos por el Ingeniero Industrial D. Cornelio, que concluye que “no existen criterios técnicos que permitan efectuar una clasificación que distinga entre alta, media y baja tensión”, en relación con el diseño de las redes, puesto que no son diferentes las tensiones de 30 kV o 66 kV, y sólo estar justificada por razones funcionales o comerciales, no aboga, conforme a lo dispuesto en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a demostrar de forma incontrovertida que la tensión nominal de 66 kV constituye la única “frontera técnica”, que legitima la delimitación de la actividad de inspección de los Organismos de Control, ya que estimamos que el nivel de tensión de 30 kV, atendido el desarrollo tecnológico existente, es un escalón de referencia objetivo que se justifica por criterios de calidad y seguridad industrial, que resulta adecuado, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley de Industria, para de-

terminar las funciones de evaluación técnica de estas Entidades Colaboradoras de la Administración, en cuanto que, entre otros aspectos, es la tensión que permite la convivencia en los centros de transformación de redes de alta y de baja tensión, conforme a las Normas UNE 21.428 y UNE 21.538, y es determinante de la clasificación de las instalaciones eléctricas según sean o no superiores a dicha tensión nominal de 30 kV, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 3275/1982, de 12 de noviembre, sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en centrales eléctricas y centros de transformación.

4.- Procede rechazar que el Gobierno, en la determinación del contenido de los artículos 20.1 d) y 21.2, párrafo primero, del Real Decreto y de las Instrucciones Técnicas Complementarias controvertidas, haya incurrido en desviación de poder por la utilización, según se aduce, de las facultades previstas en el ordenamiento jurídico, concretamente, en la reglamentación técnica de las líneas de alta tensión, con fines ajenos, que supone la reserva de actividad en favor de los Organismos de Control, no justificada por razones de carácter técnico, en contravención de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, pues esta alegación, que se sustenta como obiter dictum, no puede eludir que, conforme al artículo 44.1 de la norma comunitaria, debe incorporarse al Derecho interno a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009, de modo que carece de fundamento la invocación de este criterio sustantivo de control de la potestad reglamentaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando no se cuestiona con argumentos concretos que los Organismos de Control, institucionalizados en el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, son incompatibles con el principio de libre prestación de servicios y la eliminación de barreras que obstaculicen el desarrollo de las actividades de servicios entre los Estados miembros, que informan el Derecho Comunitario, sino, exclusivamente, se discute, a efectos de delimitar subjetivamente la actuación inspectora, la distinción reglamentaria entre las líneas de alta y media tensión, de modo que queda fuera del debate procesal analizar si las referidas disposiciones reglamentarias contradicen, sobrevenidamente, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, o tienen cobertura en razones imperiosas de interés general para preservar la seguridad de los destinatarios de los servicios de suministro eléctrico, vinculada al objetivo de garantizar un nivel elevado de calidad en la prestación del servicio considerado.

Por ello, apreciamos que el ejercicio de la potestad normativa que se proyecta en la normación reglamentaria enjuiciada en este recurso contencioso-administrativo, no constituye manifestación de desviación de poder, en cuanto que la ordenación clasificadora de las líneas de alta tensión y la imputación de las funciones de inspección que corresponden a los Organismos de Control, derivadas de la categorización de las líneas, viene determinada por el interés público, salvaguardado por el principio de legalidad, y amparada en el principio de precaución o de cautela, debido al riesgo potencial para las personas y bienes que incide en el desarrollo de la actividad, de control de las condiciones técnicas de las líneas eléctricas, debiendo significar que no se han aducido argumentos convincentes para formar en el Tribunal la convicción de que el Gobierno ha actuado arbitrariamente, porque, aunque acomodó la reglamentación a la legalidad, lo hizo con finalidad distinta a la pretendida, obstaculizando indebida e ilegítimamente las facultades profesionales de un determinado colectivo de Ingenieros.

5.- Esta Sala no comparte la tesis que suscita el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales accionante, de que la reforma reglamentaria atenta contra los derechos adquiridos por un colectivo profesional, respecto de la inspección individualizada de este sector de líneas eléctricas, puesto que, según se infiere de la doctrina sustentada en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004 (RCA 36/2003): "el Gobierno no se encuentra vinculado a conservar la reglamentación precedente acordada en materia de consumos y tránsitos de energía eléctrica de forma indefinida, porque el criterio de perdurabilidad de las normas reglamentarias sería contrario al principio de sujeción del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria a la Constitución y a las leyes, que alcanza una dimensión evolutiva y dinámica que le impone el deber de adaptar las disposiciones generales a las nuevas prescripciones establecidas en la legislación sectorial de electricidad y le confiere un margen de apreciación que es sustancial al ejercicio de esta potestad de configuración normativa".

6.- En último término, cabe consignar que en la pretensión anulatoria de los artículos 20.1 d) y 21.2, párrafo primero, del Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, y de las disposiciones de las Instrucciones Técnicas Complementarias, subyace, en realidad, que esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo sustituya la decisión reglamentaria de categorización de las líneas eléctricas de alta tensión en el escalón correspondiente a 30 kV por 66 kV, relevante para determinar las funciones inspectoras de los Organismos de Control, lo que se revela improcedente,

al estar vetado a los órganos jurisdiccionales determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este sentido, en la referida sentencia de esta Sala jurisdiccional de 22 de junio de 2004, declaramos:

" (...) Debe añadirse que el recurso directo contra disposiciones generales, del que conoce en única instancia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, es un instrumento procesal que tiene como finalidad nuclear depurar del ordenamiento jurídico las normas emanadas del Consejo de Ministros, dictadas en el ejercicio de su función constitucional de titular de la potestad reglamentaria, que sean contrarias a derecho, y no tanto resolver acerca de las pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica entre el recurrente singular y la Administración, al no pretenderse la reparación de una lesión jurídica causada por la Administración al particular.

Esta Sala del Tribunal Supremo, que de conformidad con el artículo 106.1 de la Constitución y el artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tiene encomendada la función constitucional de controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación, realiza un juicio estricto de legalidad de la disposición general en base a fiscalizar la sujeción de la norma a la Constitución y a las Leyes, conforme establecen los artículos 51.1 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin extenderse al examen de las cuestiones referentes a la oportunidad o necesidad del proyecto, ni de las características técnicas de los instrumentos de medida ni a los costes económicos que irroguen su implementación a las compañías eléctricas, salvo que se aprecie lesión de los derechos fundamentales de los ciudadanos, o vulneración del principio de proporcionalidad que justifica la normación pública, o conculcación del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Es doctrina reiterada de este Tribunal Supremo expresada en la sentencia de 24 de noviembre de 2003 (RC 71/2002) que el Reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene un valor subordinado a la Ley a la que complementa. Por ser el Reglamento, - como dicen las sentencias de 14 de octubre de 1996 y 17 de junio de 1997-, una norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley, y aquellas

otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la Ley: los Reglamentos. Por medio de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración, (el Reglamento), queda integrada en aquél. Pero la potestad reglamentaria no es desde luego incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las Leyes, (artículo 97 CE). Por el sometimiento del Reglamento al bloque de la legalidad, es controlable por esta jurisdicción, (artículo 106.1 CE y artículo 1 de la L.J.C.A.), a la que corresponde, -cuando el Reglamento es objeto de impugnación-, determinar su validez o su ilegalidad, lo que ha de hacerse poniéndolo en relación con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico positivo, (y tratándose de reglamentos ejecutivos particularmente con la Ley que desarrollan que se convierte así en el límite más inmediato y el parámetro referencial más próximo para calibrar su ajuste al ordenamiento), con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico, (artículo 1.6 del Código Civil); así el reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la misma que sean imprecisos, de suerte que el Reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico en los términos explicados, lo que adquiere singular relevancia en cuanto en el mismo se estén regulando situaciones que comporten la configuración del marco de las relaciones entre los diversos sujetos del Sistema en relación con los consumidores, en el marco de un profundo cambio, como ya se ha dicho, del régimen jurídico del suministro de electricidad.

Esta doctrina legal sobre la naturaleza, la extensión y los límites del control jurisdiccional de la potestad reglamentaria no supone reconocer un espacio de inmunidad a la actuación normativa del Gobierno, que se soporte en el controvertido principio de deferencia del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, que no se reconoce en el artículo 106 de la Constitución, sino someter la disposición general a un escrutinio riguroso basado en la aplicación de cánones de estricta legalidad, para no cercenar arbitrariamente el margen de decisión que corresponde legítimamente al Gobierno.

La Sala se encuentra además vinculada a respetar los límites estructurales subyacentes en la institucionalización del recurso contencioso-administrativo, como proceso de control en abstracto de la disposición administrativa, desde parámetros de jurisdicción que se modulan en consideración a la com-

plejidad técnica de la materia, y la confluencia de intereses públicos y privados de marcado carácter económico y técnico que inciden en la determinación de los sistemas de medida y de verificación de los suministros eléctricos que pretenden garantizar la correcta facturación de energía eléctrica.”

En consecuencia con lo razonado, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra el Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC-LAT 01 a 09.

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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

FALLO

Primero.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra el Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC-LAT 01 a 09.

Segundo.- No procede efectuar expresa imposición de costas causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yague Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perello Domenech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.



TC Sala 3ª, Sentencia 14 abril 2010. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Cuestión de inconstitucionalidad

Aplicación del artículo 636 del CP 95

El TS inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la sección segunda de la AP de Tarragona sobre la disp. final 5ª de la LO 15/2003. Según el Magistrado que interpone la cuestión, el establecimiento de una “vacatio legis” de más de diez días para la entrada en vigor del precepto despenalizador de la indicada conducta, infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con el de proporcionalidad, así como el principio de legalidad penal material y el derecho a la tutela judicial efectiva. El Alto Tribunal señala que, el vencimiento del término fijado en su primer inciso -el 1 de octubre de 2004- no sólo no deroga o priva de eficacia a dicha disposición final, sino que es la condición temporal necesaria para que se desplieguen sus previsiones, abriendo paso a la aplicabilidad de la nueva norma penal sustantiva. Añade además que, la imposibilidad de que el órgano judicial pueda ya resolver el recurso de apelación que pende ante el mismo mediante la aplicación de dicho artículo en la redacción vigente al tiempo de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, implica una desaparición sobrevenida de los presupuestos de apertura del presente proceso constitucional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona -actuando como Tribunal unipersonal, conforme al art. 82.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)- promueve cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal, en la medida en que impide la inmediata entrada en vigor del apartado 185 de su artículo único, por el que, modificándose el art. 636 del Código penal (CP), se destipifica la conducción de vehículos a motor y ciclomotores sin cobertura de seguro obligatorio de responsabilidad civil.

A juicio del Magistrado proponente, el establecimiento de una vacatio legis de más de diez meses para la entrada en vigor del precepto despenalizador de la indicada conducta infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con el de proporcionalidad (art. 9.3 CE), así como el principio de legalidad penal material (art. 25.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En fórmula de síntesis, el órgano judicial considera que de los indicados preceptos constitucionales se deriva la imposición de que las normas penales más favorables entren inmediatamente en vigor.

Debemos precisar que aun cuando el Auto de planteamiento cuestiona

en su integridad la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, sin embargo la duda de constitucionalidad está centrada exclusivamente en el primer inciso de la disposición (“La presente ley orgánica entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004”), que es el único contenido normativo del precepto con incidencia en la resolución del proceso penal a quo y, en consecuencia, el único cuyo análisis de constitucionalidad cabría abordar en el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 LOTC, al limitarse el resto de la disposición cuestionada a fijar diferentes momentos de entrada en vigor de otras disposiciones finales y apartados del artículo único de la Ley, ajenos al contenido de la presente cuestión de inconstitucionalidad. A lo anterior se añade que no ha de entenderse cuestionada la constitucionalidad del referido inciso en sí mismo y aisladamente considerado, sino sólo en la medida en que se proyecta sobre el apartado 185 de su artículo único, esto es, en la medida en que difiere la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 636 CP.

Las anteriores consideraciones conducen a un pronunciamiento de inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad, sin que exista ningún óbice para realizarlo en este momento procesal, dado que su previsión en el art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo, pudiéndose apreciar en un momento posterior la ausencia de los requisitos, tanto pro-

cesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 179/2009, de 21 de julio, FJ 2; y 203/2009, de 27 de octubre, FJ 3).

SEGUNDO.- Perfilado así el objeto del presente proceso, debemos valorar la incidencia que en el mismo deba tener la circunstancia de que, durante su tramitación, el precepto despenalizador de la conducta enjuiciada en el proceso penal del que dimana la cuestión de inconstitucionalidad -la conducción de un ciclomotor sin cobertura de seguro obligatorio de responsabilidad civil-haya entrado en vigor, una vez transcurrido el periodo de vacatio legis que fijó la repetida disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Tal hecho nos obliga a comprobar la subsistencia del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, al haber señalado reiteradamente este Tribunal que aunque la desaparición sobrevenida de objeto no esté contemplada en el art. 86.1 LOTC como una de las causas de terminación extraordinaria de los distintos procesos constitucionales, es posible, no obstante, que tal supuesto pueda suceder, provocando la conclusión del proceso constitucional sin que sea necesario un pronunciamiento sobre el reproche de inconstitucionalidad que se haya planteado (por todos, AATC 311/2007, de 19 de junio, FJ único; y 29/2009, de 27 de enero, FJ 1).

En este sentido, ha de partirse de que la estrecha vinculación que se genera entre toda cuestión de inconstitucionalidad y el proceso judicial de que dimana, da lugar a que determinadas incidencias que acaezcan en éste puedan afectar a la subsistencia del proceso constitucional. Así lo hemos apreciado en supuestos de extinción del proceso judicial a quo por desistimiento (AATC 107/1986, de 30 de enero, FJ único; 41/1998, de 18 de febrero, FJ único; y 191/2002, de 15 de octubre, FJ único), satisfacción extraprocesal de la pretensión (ATC 945/1985, de 19 de diciembre, entre otros), o cuando el órgano judicial, aun indebidamente, pone fin al proceso antes de resolverse la cuestión de inconstitucionalidad (AATC 313/1996, de 29 de octubre; y 42/2004, de 10 de febrero) o, también, cuando el órgano judicial que planteó la cuestión pierde la competencia para el conocimiento del asunto (ATC 501/1989, de 17 de octubre, FJ único), supuestos todos ellos que comportan “una decadencia sobrevenida de los presupuestos de apertura del proceso constitucional” (ATC 723/1986, de 18 de septiembre, FJ único).

También puede resultar afectada la subsistencia de la cuestión de inconstitucionalidad, obviamente, por la derogación o modificación de la disposición legal sobre la que se

haya planteado la duda de constitucionalidad, en cuyo caso la supervivencia del proceso constitucional se supedita a que la norma cuestionada resulte todavía aplicable en el proceso a quo y que de su validez dependa la decisión a adoptar en éste (entre otras, SSTC 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 3; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 3; y 101/2009, de 27 de abril, FJ 2).

Por su parte, la circunstancia de que con posterioridad a la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad hubiera recaído, en otro proceso, Sentencia de este Tribunal declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del mismo precepto cuestionado, conlleva la desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, al haber quedado disipada la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial y no requerirse un nuevo pronunciamiento por parte de este Tribunal, como consecuencia del valor de cosa juzgada y plenos efectos frente a todos de nuestras Sentencias ex arts. 164.1 CE y 38.1 LOTC (SSTC 387/1993, de 23 de diciembre, FJ único; 72/1997, de 10 de abril, FJ único; 91/1997, de 8 de mayo, FJ único; y ATC 95/2009, de 23 de marzo, FJ único).

Igualmente, resulta notorio que las alteraciones sobrevenidas en la relevancia de la norma cuestionada para la resolución del proceso a quo han de incidir necesariamente en el proceso constitucional. Conforme establece el art. 163 CE, y recuerda el art. 35.1 LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por los Jueces y Tribunales exige que la norma cuestionada sea "aplicable al caso" ventilado en el proceso en el que la cuestión se suscita y, además, que de su validez dependa el fallo que el Juez o Tribunal haya de dictar. Si bien es cierto que ese denominado "juicio de relevancia" sobre la relación entre la norma cuya constitucionalidad se cuestiona y el fallo a dictar ha de establecerse en el momento en el que la cuestión se plantea, no lo es menos, también, que las modificaciones sobrevenidas en la relevancia han de influir necesariamente en la suerte del proceso constitucional abierto, pues sin perjuicio de la existencia de un notorio interés público y general en la depuración del Ordenamiento jurídico y en la conformidad con la Constitución de las normas que lo integran, el constituyente ha configurado la cuestión de inconstitucionalidad en estrecha relación con el proceso judicial en el que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria, hasta el punto de que de su validez dependa el fallo que ha de recaer (AATC 945/1985, de 19 de diciembre, FJ único; 57/1999, de 9 de marzo, FJ 2; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único).

TERCERO.- Ciertamente no se ha producido en el presente supuesto la extinción del proceso penal a quo, ni

tampoco se suscita una posible pérdida de vigencia del precepto legal cuestionado, pues la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, fija el momento de entrada en vigor de los preceptos de esta Ley; pero el vencimiento del término fijado en su primer inciso -el 1 de octubre de 2004- no sólo no deroga o priva de eficacia a dicha disposición final, sino que es la condición temporal necesaria para que se desplieguen sus previsiones, abriendo paso a la aplicabilidad de la nueva norma penal sustantiva.

En puridad, lo que acontece en el presente caso es la pérdida sobrevenida de la relevancia del precepto legal cuestionado para la resolución del proceso del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad. Indudablemente, la disposición final cuestionada era relevante inicialmente para la resolución del proceso a quo en la medida en que impedía al órgano judicial aplicar la nueva redacción del art. 636 CP antes del 1 de octubre de 2004. Sin embargo, a partir de tal fecha la disposición final cuestionada deja de erigirse en obstáculo para la aplicación de la nueva redacción del precepto penal, ello como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más favorable acogido en el art. 2.2 del Código penal con carácter general, y con carácter particular en la disposición transitoria primera de la propia Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, conforme a la cual se aplicará la nueva Ley "una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor" y en su disposición transitoria quinta, con arreglo a la cual "en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas:

a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo".

Por todo ello, la imposibilidad de que el órgano judicial pueda ya resolver el recurso de apelación que pende ante el mismo mediante la aplicación del art. 636 CP en la redacción vigente al tiempo de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, implica una desaparición sobrevenida de los presupuestos de apertura del presente proceso constitucional, que determina su extinción, pues, aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y ésta plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en

toda cuestión de inconstitucionalidad (en este sentido, AATC 340/2003, de 21 de octubre, FJ único; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único).

FALLO

PRIMERO.- Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3147-2004 planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona sobre la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en lo que excede de su primer inciso.

SEGUNDO.- Declarar la extinción de la indicada cuestión de inconstitucionalidad en lo que atañe al primer

inciso de la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por desaparición sobrevenida de su objeto.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a catorce de abril de dos mil diez. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Guillermo Jiménez Sánchez.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Javier Delgado Barrio.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.



TS Sala 1ª, Sentencia 16 febrero 2010. Ponente: D. Francisco Marín Castán

Plazo general de prescripción de la acción

Indemnización fijada en concepto de clientela en contrato de distribución

El TS declara no haber lugar al rec. de casación -cuyo objeto es la resolución de un contrato de distribución en exclusiva por tiempo indefinido y sus consecuencias indemnizatorias y liquidatorias-, confirmando la sentencia impugnada que condenó a las entidades demandadas reconviniendo a pagar a la actora la indemnización fijada en concepto de clientela derivado del contrato suscrito entre ambas partes por el que la actora distribuía desde hacía tiempo los productos fabricados por las demandadas, una vez reducida mínimamente la cantidad a la que habían sido condenadas en primera instancia en concepto de gastos de formación, por haber redundado dichos gastos también en beneficio de la actora durante la vida del contrato. Señala la Sala que el contrato de distribución es un contrato nominado pero atípico, no cabe aplicar a las acciones derivadas del mismo un plazo de prescripción establecido por una ley especial para el contrato típico que ésta regula, y en consecuencia el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas del contrato de distribución no podrá ser otro que el general de quince años.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante de este recurso de casación versa sobre la resolución de un contrato de distribución en exclusiva por tiempo indefinido y sus consecuencias indemnizatorias y liquidatorias.

Los productos objeto de distribución eran barnices y colorantes para el cuidado de la madera, la demandante inicial fue la sociedad anónima española distribuidora de los productos en exclusiva para las Islas Baleares y como demandadas comparecieron conjuntamente la sociedad por acciones italiana fabricante de los productos y su filial en España, una sociedad limitada, las cuales se opusieron a la demanda y, además, for-

mularon reconvención interesando la condena de la actora inicial a abonar una determinada cantidad por productos servidos y todavía no pagados.

En la demanda inicial se pedía la declaración de que entre las partes había existido un contrato de distribución en exclusiva convertido en indefinido por el transcurso del tiempo; la declaración de resolución del contrato por incumplimiento de la parte demandada al haberlo resuelto unilateralmente sin preaviso ni justa causa; la declaración de que esta resolución había causado a la actora daños y perjuicios por importe de 56.602.811 ptas.; y la condena de la parte demandada al pago de esta cantidad más intereses legales desde su emplazamiento.

En su escrito de contestación a la demanda la parte demandada alegó la prescripción de la acción indemnizatoria ejercitada por la demandante, se opuso a continuación en el fondo, interesó la desestimación total de la demanda y, además, formuló reconvencción pidiendo se condenara a la demandante inicial a pagarle la cantidad de 30.051 euros, equivalente a 40.533.283 liras italianas, por productos suministrados y todavía no pagados.

La sentencia de primera instancia estimó totalmente la demanda inicial y desestimó íntegramente la reconvencción razonando, en esencia, que la resolución unilateral del contrato por la parte demandada-reconviniente había carecido de justificación alguna, siendo inexistentes los incumplimientos imputados a la actora-reconvenida como causa de tal resolución; y que no procedía el pago interesado en la reconvencción porque según lo pactado en el contrato la fabricante se había obligado a retirar las existencias de género de los dos últimos años y sin embargo no lo había hecho.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada-reconviniente el tribunal de segunda instancia lo estimó en una mínima parte y, amén de subsanar un error del que adolecía la sentencia apelada al condenar a una compañía mercantil que no había sido parte en el litigio, redujo la indemnización de 55.602.811 ptas. a 52.407.900 ptas. por los beneficios que determinadas inversiones habían reportado o iban a reportar a la actora-reconvenida. Fundamentos de este fallo son, en esencia y en lo que aquí interesa, los siguientes: 1) El plazo de prescripción aplicable a las acciones indemnizatorias ejercitadas en la demanda no era el de un año del art. 31 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de régimen jurídico del Contrato de Agencia, sino el de quince años del art. 1964 CC, por no ser el contrato litigioso de agencia sino de distribución; 2) celebrado el contrato en 1996, la parte demandada lo dio por resuelto unilateralmente el 8 de septiembre de 2000, "en el marco de una reorganización del modo de distribución de los productos Sayerlack en España, de modo que la nueva distribuidora pasó a ser Gloss Balear S.L., quien en lugar de comprar directamente a la sede de Bolonia, lo hará en Valencia"; 3) la resolución fue "sorpresa e intempestiva", porque en el mes de agosto la fábrica de Bolonia cerraba por vacaciones y sin embargo desde Bolonia se había enviado una carta a la distribuidora aludiendo a dificultades para servir un pedido precisamente a causa del cierre vacacional, lo que "no es coherente con una inminente resolución del contrato"; 4) no cabía apreciar ninguno de los incumplimientos contractuales imputados a la parte actora-reconvenida como motivos para justificar la resolución unilateral del contrato; 5) lejos de ello, amén de no constar comunicación al-

guna a la distribuidora de descontento con su labor, lo cierto es que se había sustituido a ésta por una sociedad limitada cuyo administrador era precisamente el antiguo empleado de la actora-reconvenida dedicado a la promoción comercial de los productos de la demandada-reconviniente, el vendedor con más cartera de clientes, dándose la circunstancia de que había cesado en su relación laboral con la actora-reconvenida un mes antes de la resolución unilateral del contrato, "lo cual evidencia que responde a una decisión muy calculada"; 6) de ahí que el testimonio de ese antiguo empleado hubiera de tomarse con mucha cautela, ya que materialmente era el nuevo distribuidor de la demandada-reconviniente, y lo mismo sucediera con el testimonio del gerente de una de las empresas principales clientes, dados los lazos familiares que apuntaban relaciones entre esta empresa y la nueva distribuidora; 7) de modo más pormenorizado, la causa de resolución consistente en haber vendido la actora-reconvenida productos de la competencia no se había probado, porque los fabricados por ella misma tenían un mercado muy diferente; 8) la consistente en no haberse alcanzado el volumen mínimo de ventas tampoco se había probado, porque en junio se habían alcanzado las 30 toneladas y era imprevisible conocer lo que se habría vendido hasta final de año; 9) otro tanto sucedía con la consistente en adulteración de los productos, dada la falta de declaración de quien se alegaba ser su destinatario y la absoluta imprecisión al respecto de la contestación a la demanda; 10) lo mismo cabía concluir sobre la causa consistente en quejas de los principales clientes por la política de precios de la actora-reconvenida, pues ni se había impuesto a la distribuidora un precio máximo de venta ni constaba disminución alguna de las ventas que pudiera atribuirse a lo elevado de los precios de venta, dándose una absoluta imprecisión en lo relativo a la alegada pérdida de clientes; 11) tampoco podía apreciarse la causa consistente en el impago de productos servidos, porque los pagos se hacían a 30, 60 y 90 días desde la recepción con posibilidad de compensar con la suma de cuantía mayor por daños y perjuicios y rappels, sin que, además, constara requerimiento alguno por demora y sí, en cambio, el reconocimiento por la actora-reconvenida de un pago pendiente por importe de 1.050.010 ptas. ya descontado de su reclamación; 12) en cuanto a los daños y perjuicios, la actora-reconvenida había aportado con su demanda un informe pericial sometido en juicio a contradicción, fundado en la contabilidad de dicha litigante y no contrarrestado por la demandada-reconviniente mediante prueba alguna, por lo que habría de tomarse como punto de partida para cuantificar la correspondiente indemnización; 13) la partida indemnizatoria correspondiente a clientela era procedente con arreglo a la doctrina de esta Sala sobre el

contrato de distribución y en atención al efectivo disfrute por la demandada-reconviniente de los clientes de sus productos, todos logrados merced a la labor de la actora-reconvenida, como revela la captación del antiguo empleado de ésta para ponerlo al frente de la nueva distribuidora; 14) también procedía la partida correspondiente a existencias porque la parte demandada-reconviniente se había ofrecido por carta a hacerse cargo de las existencias de los años 1999 y 2000, los productos estaban casi exclusivamente destinados a profesionales del sector de lacados y similares, acompañándose la venta de un asesoramiento técnico carente ya de objeto para la actora-reconvenida, la dificultad de ésta para venderlos era notoria al haberse nombrado un nuevo distribuidor y, en fin, así se derivaba del uso en la materia, sin que la demandada-reconviniente hubiera probado nada sobre la caducidad de los productos almacenados por su antigua distribuidora; 15) la cuantificación de la partida por clientela en el informe pericial era correcta por ajustarse al art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia reconociendo "una sola anualidad pero teniendo en cuenta un posible incremento futuro de los ingresos"; 16) lo mismo sucedía con los gastos de formación de personal, si bien la cantidad señalada por el perito se reducía en 815.572 ptas. por haber redundado dichos gastos también en beneficio de la actora-reconvenida durante la vida del contrato; 17) y en cuanto a las inversiones por almacén, maquinaria y publicidad, también se reducía la cantidad interesada, por ser computables los beneficios que habían reportado a la actora-reconvenida y teniendo en cuenta una amortización de la inversión atendido un periodo total de diez años.

Contra la sentencia de apelación así motivada recurre en casación la parte demandada-reconviniente, integrada, como se ha indicado ya, por la fabricante italiana de los productos y su filial en España.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se funda en infracción del art. 31 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia, por no haber sido aplicado para declarar prescrita la acción indemnizatoria, tanto por clientela como por daños y perjuicios. Según su alegato, si la indemnización al distribuidor, sobre todo por clientela, responde a una aplicación analógica del art. 28 de dicha ley, ello impone que la analogía comprenda también el plazo de prescripción de la acción, que por demás es específico en la propia Ley del Contrato de Agencia para las acciones indemnizatorias por clientela y por daños y perjuicios, siendo distinto, por ejemplo, para la reclamación de comisiones. A todo ello se uniría, en opinión siempre de la parte recurrente, que el art. 1964 CC es una norma de cierre, aplicable sólo en defecto de normas propias de De-

recho mercantil, y también que el plazo de un año se corresponde con la propia naturaleza de la indemnización por clientela, en cuanto resulta más que suficiente para determinar la estabilidad, pérdida o aumento de la misma.

Así planteado, el motivo debe ser desestimado porque la jurisprudencia de esta Sala sobre el contrato de distribución no permite la solución propuesta en el motivo.

La sentencia de 22 de julio de 2008 (rec. 3868/01) consideró que la aplicación analógica del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia como fundamento de una indemnización por clientela al concesionario demandante no era inadecuada, y sin embargo rechazó que la acción para reclamar dicha indemnización estuviera sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el art. 31 de la misma ley, ya que el contrato de concesión era diferente del de agencia y no cabía por ello un "traslado mecánico" de la normativa de éste a aquél, pues otras muchas sentencias que allí se citan señalan que la indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia ya que, según las circunstancias, puede ser apreciada en determinados contratos atípicos.

Esta improcedencia de aplicar el referido art. 31 a las acciones indemnizatorias fundadas en un contrato de distribución resulta también de la sentencia del Pleno de los magistrados de esta Sala de 15 de enero de 2008 (rec. 4344/02), pues aunque no aborde el problema de la prescripción de las acciones indemnizatorias sí analiza toda la jurisprudencia anterior sobre la indemnización o compensación por clientela en el contrato de distribución para, además de insistir en la improcedencia de una aplicación mimética o automática de la Ley del Contrato de Agencia, acabar declarando que el fundamento de tal compensación o indemnización se encuentra en el art. 1258 CC, de suerte que la aplicación analógica no es tanto la del art. 28 de aquella ley cuanto la de su idea inspiradora, lo que permite atender a unos criterios plasmados normativamente sobre los presupuestos y la cuantificación de dicha indemnización o compensación.

En suma, si el contrato de distribución es un contrato nominado pero atípico, no cabe aplicar a las acciones derivadas del mismo un plazo de prescripción establecido por una ley especial para el contrato típico que ésta regula, y en consecuencia el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas del contrato de distribución no podrá ser otro que el general o residual de quince años establecido en el art. 1964 CC.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso, fundado en infracción del art. 28 de la Ley del Contrato de

Agencia, impugna la sentencia recurrida por haber seguido el criterio del informe pericial fijando la cuantía de la indemnización por clientela no en el importe medio de una anualidad sino en una anualidad multiplicada por cinco.

Semejante planteamiento carece de base alguna y sólo puede obedecer a una lectura de la sentencia recurrida excesivamente apresurada, pues el párrafo cuarto de su fundamento jurídico décimo explica con toda claridad que este mismo planteamiento de la hoy recurrente, hecho valer también en su recurso de apelación, debía ser desestimado "por cuanto el perito recoge una sola anualidad, pero teniendo en cuenta un posible incremento futuro de los ingresos", de suerte que no habiéndose interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal fundado en error notorio en la valoración de dicho informe, y más concretamente en la de los conceptos examinados en cada uno de sus apartados, no cabe más solución que la de desestimar este motivo.

CUARTO.- El tercer motivo, fundado en infracción del art. 1124 CC, impugna la sentencia recurrida por no haber apreciado ninguno de los incumplimientos contractuales de la actora-reconvenida en virtud de los cuales la parte hoy recurrente dio por resuelto unilateralmente el contrato de distribución.

También este motivo debe ser desestimado porque su muy extenso alegato consiste, realmente, en una pura y simple valoración probatoria de la parte recurrente que ésta propone en contraposición a la del tribunal sentenciador, invocándose en el motivo pruebas de todo tipo, documental, testifical, interrogatorio de los representantes legales de ambas partes y pericial, sin discriminación alguna sobre los criterios legales de valoración de cada una y, lo que es más importante, sin haber preparado e interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal en el que, ateniéndose a los requisitos exigidos por la doctrina de esta Sala, hubiera discutido los hechos que la sentencia recurrida declara probados, máxime si se tiene en cuenta que, como se desprende de los fundamentos de dicha sentencia sintéticamente expuestos en el fundamento jurídico primero de esta sentencia de casación, su motivación bien puede calificarse de modélica.

En realidad basta con señalar que en este motivo la parte recurrente prescinde total y absolutamente del principal hecho probado valorado por el tribunal sentenciador para apreciar incumplimiento contractual de dicha parte y no de la actora-reconvenida, hecho consistente en la creación de una nueva sociedad poniendo al frente de ésta a un antiguo empleado de la actora-reconvenida que además era el vendedor de los productos de la hoy recurrente con

mayor cartera de clientes y, por ende, había cesado voluntariamente en su relación laboral con la actora-reconvenida un mes antes de la resolución unilateral del contrato. Este silencio del motivo acerca de ese hecho relevante afecta a todo su desarrollo y le hace incurrir en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, porque el hecho de que se trata, amén de desvirtuar que la resolución unilateral se debiera a una causa distinta de la propia conveniencia de la hoy recurrente, desmiente las causas de resolución concretamente invocadas, porque difícilmente la fabricante iba a propiciar la creación de una nueva distribuidora de sus productos poniendo al frente de la misma a ese antiguo empleado de la actora-reconvenida si hubiera estado insatisfecha de la labor de la actora-reconvenida principalmente sustentada en la actividad de ese mismo empleado.

De ahí que no proceda entrar en el examen pormenorizado de los apartados dedicados a cada causa de resolución, ya que ello comportaría inevitablemente una nueva pero improcedente valoración conjunta de la prueba por este tribunal de casación. Además, las causas de resolución que se invocaron en la contestación a la demanda no fueron ni siquiera apuntadas en la carta por la que se dio por resuelto el contrato y, más en concreto, el impago de la mercancía difícilmente podía operar en este caso como causa de resolución por incumplimiento cuando resulta que no había mediado requerimiento previo alguno, los pagos eran aplazados y, en consecuencia, era precisa una liquidación de la relación contractual, hasta el punto de que ya en el propio informe pericial acompañado con la demanda se computaba una cantidad pendiente de pago para compensarla con lo debido a la actora-reconvenida.

QUINTO.- Por parecidas razones debe ser desestimado el motivo cuarto y último del recurso, fundado en infracción del art. 1101 CC para impugnar la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios fijada en la sentencia recurrida, porque amén de alegar otra vez que ésta determina la indemnización por clientela mediante una anualidad multiplicada por cinco, como en el motivo segundo, cuando claro está que lo hace explícitamente en función de una sola anualidad y no se ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal fundado en error notorio en la valoración de la prueba pericial, todo el motivo consiste, de un lado, en un continuo reproche al tribunal sentenciador por haberse fundado en dicha prueba pericial y, de otro, en unas contrapropuestas de la parte recurrente fundadas en su propia y parcial valoración de determinadas pruebas, no sin reconocer que prescindió voluntariamente "de aportar informe pericial contradictorio, por cuanto como hemos dejado suficientemente acreditado, estamos en pre-

sencia de un incumplimiento contractual directo y reiterado por la parte hoy demandante", lo que supone tanto como declarar que está haciendo, otra vez, supuesto de la cuestión.

En suma, ante una motivación fáctica y jurídica tan modélica como la de la sentencia recurrida no caben motivos de casación que, como el aquí examinado, contienen invocaciones al "conjunto de la prueba testifical" y pretenden revisar las cuantías indemnizatorias correspondientes a las diferentes partidas, materia siempre confiada por la doctrina de esta Sala a los órganos de instancia, mediante un motivo formalmente fundado en infracción del art. 1101 CC pero materialmente planteado como una nueva valoración de muchas y muy distintas pruebas por la propia parte recurrente, lo que comporta que el vicio casacional de la petición de principio se presente frecuentemente encadenado, como por ejemplo cuando se reprocha a la sentencia recurrida el haber computado costes de almacenaje de productos caducados y resulta que la misma sentencia razona más que sobradamente sobre la absoluta inactividad probatoria de la hoy recurrente acerca de sus alegaciones sobre la caducidad de productos que imputaba a la actora-reconvenida.

SEXTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente.

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

FALLO

1º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por las compañías mercantiles demandadas-reconvinientes ARCH COATINGS ITALIA SpA y ARCH COATINGS ESPAÑA S.L., representadas ante esta Sala por la Procuradora Dª Marina Quintero Sánchez, contra la sentencia dictada con fecha 20 de julio de 2005 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Baleares en el recurso de apelación núm. 306/05.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

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

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Rios.-Roman Garcia Varela.-Francisco Marin Castan.-José An-

tonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.-FIRMADO Y RUBRICADO. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/11510

TS Sala 1ª, Sentencia 19 febrero 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Aplicación de las normas de protección de consumidores y usuarios Resolución de contratos de financiación derivados de los de enseñanza

El TS declara no haber lugar al rec. de casación -pretendiendo los actores recurridos que por haber incumplido definitivamente sus prestaciones por la academia se declarasen resueltas las relaciones jurídicas nacidas de los contratos con ella celebrados- confirmando la sentencia impugnada que declaró, por un lado, resueltas las relaciones jurídicas contractuales entre los demandantes y la entidad de enseñanza demandada que dejó de prestarles las enseñanzas contratadas, y, por otro lado, las de algunas de las entidades financieras codemandadas para la financiación de la contraprestación pactada a favor de la demandada, por estar vinculadas dichas relaciones, que dan lugar a la repercusión de la ineficacia sobrevenida de los contratos de enseñanza en los de préstamo derivada de las normas generales de protección de los consumidores y usuarios -que son de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores-, por ello no son exigibles los créditos de dichas entidades financieras, tanto los que les había cedido la entidad de enseñanza incumplidora, como los nacidos originariamente a favor de dichas financieras derivados de los contratos de préstamo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El conflicto de intereses decidido en las dos instancias se localiza en el funcionamiento de las relaciones jurídicas nacidas de los múltiples contratos celebrados por los demandantes, por un lado, con Open English Master Spain, SA, al objeto de recibir de ella, a cambio de un precio y durante un tiempo determinado, prestaciones de enseñanza del idioma inglés y de nociones de informática, y, por otro lado, con al-

guna de las demás entidades financieras demandadas para la financiación de la contraprestación pactada a favor de la primera.

Pretendieron los actores en la demanda que, por haber incumplido definitivamente Open English Master Spain, SA sus prestaciones - a partir de determinada fecha -, se declarasen resueltas las relaciones jurídicas nacidas de los contratos con ella celebrados, así como que, por estar vinculados a éstos los de financiación perfeccionados, en sus respectivos casos, con Banco de Santander Central Hispano, SA, Finanzia Banco de Crédito, SA, Euro Crédito EFC, SA y Pastor Servicios Financieros EFC, SA, se extendiera o propagara a los mismos la ineficacia sobrevenida, con declaración de no ser exigibles los créditos de dichas demandadas, tanto los que les había cedido la incumplidora, como los nacidos originariamente a favor de las mismas de los correspondientes contratos de préstamo.

Fueron estimadas en las dos instancias las pretensiones deducidas en la demanda - con alguna diferencia, sin interés para decidir los recursos de casación -.

La propagación de la ineficacia sobrevenida de las relaciones jurídicas nacidas de los contratos de enseñanza a las que vinculan a los demandantes con las entidades financieras demandadas, se sostiene en la sentencia de apelación sobre los argumentos siguientes, que se exponen en síntesis:

1º) Las entidades financieras eran, en unos casos, cesionarias del crédito de Open English Master Spain, SA contra los alumnos y, en otras, prestamistas por contratos celebrados con éstos. Pero, advierte el Tribunal de segundo grado, "quien obtenía el crédito no era tanto el alumno consumidor (éste se limitaba a asumir el pago de cuotas periódicas al compás de la prestación de los servicios de enseñanza...), como el proveedor que veía financiada su actividad empresarial con el cobro inmediato por diversas entidades de crédito del precio de un servicio prolongado que, de otro modo, iría recibiendo a plazos del propio alumno".

2º) No resulta aplicable a las relaciones de crédito de que son titulares las entidades financieras demandadas la norma del apartado 2 del artículo 14 de la Ley 7/1.995, de 23 de marzo, de crédito al consumo - a cuyo tenor "la ineficacia del contrato cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinará también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación, cuando concurren las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c), apartado 1, del artículo 15, con los efectos previstos en el artículo 9" -, por faltar en la relación entre ellas y Open English Master Spain, SA la exclusividad exigida en

la letra b) del apartado 1 del artículo 15 de la citada Ley 7/1.995.

3º) En aquellos casos en que las entidades financieras demandadas fueron cesionarias de los créditos de Open English Master Spain, SA contra sus alumnos, éstos, como deudores cedidos, estaban facultados para oponer a las primeras la resolución de los contratos de enseñanza.

4º) La repercusión de la ineficacia sobrevenida de los contratos de enseñanza en los de préstamo - que, como se ha dicho, no consideró el Tribunal de apelación resultase de la aplicación del artículo 14, apartado 2, de la Ley 7/1.995 - es consecuencia de la existencia de un nexo de conexión entre unos y otros, así como de la aplicación de las normas generales sobre protección del consumidor.

Y 5º) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo por las que las prestamistas quedaban liberadas de responsabilidad ante cualquier tipo de incidencia surgida en el funcionamiento de la relación contractual financiada, tras las que las entidades financieras buscaron protección, merecen la calificación de abusivas.

SEGUNDO. En el primero de los motivos de su recurso de casación denuncia Pastor Servicios Financieros EFC, SA la infracción del artículo 10, bis, apartado 1, y de las reglas tercera y decimosegunda de la disposición adicional primera de la Ley 26/1.984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en la redacción dada por la Ley 7/1.998, de 13 de abril.

Refiere la recurrente esa violación a la declaración del Tribunal de apelación de ser abusiva, conforme a las mencionadas normas, la cláusula novena de los contratos de préstamo celebrados por ella con alguno de los demandantes. Conforme a tal previsión negocial "el titular reconoce expresamente que la entidad gestora - Pastor Serfin - se encuentra ajena a las relaciones comerciales que el titular mantenga con el establecimiento y, en consecuencia, exonera a aquella de cualquier posible reclamación que pueda tener contra el mismo, obligándose el titular en todo caso a cumplir todos los compromisos de pago que se deriven de este documento".

Considera Pastor Servicios Financieros EFC, SA que la cláusula transcrita es válida, en la medida en que no produce desequilibrio alguno al consumidor y respeta el régimen de relatividad en la eficacia de los contratos, sancionado en el artículo 1.257 del Código Civil.

Añade que, en consecuencia, es totalmente ajena a la frustración del resultado de los servicios cuya prestación se satisface con el importe de su préstamo.

El motivo se desestima, aunque sea con argumentos distintos de los que han servido de apoyo a la decisión recurrida.

De la lectura de la sentencia de apelación resulta la evidencia de que, para el Tribunal que la dictó, Pastor Servicios Financieros EFC, SA - al igual que las demás entidades financieras con ella demandadas - fue parte - prestamista - de los correspondientes contratos de crédito al consumo celebrados con los demandantes.

Es más, expresamente - en los fundamentos de derecho cuarto y quinto - aplicó dicho Tribunal el artículo 15, apartado 1, letra b), de la Ley 7/1.995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, aunque fuera para excluir la aplicación del artículo 14, apartado 2, de la misma.

Por otro lado, no impide considerar los contratos en que intervino la recurrente como de crédito al consumo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, de la mencionada Ley, el que no merezcan la misma calificación los contratos cuyo objeto era la prestación de servicios continuos y en los que el consumidor podía pagar el precio a plazos durante el periodo de duración del vínculo - a los que se refiere el apartado 3 del mismo artículo, en relación con el 1, apartado 2, letra c) de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo -, ya que la recurrente no ha sido demandada en la condición de parte de dicho tipo de contrato, sino - en lo que a la cláusula a que se refiere el motivo importa - como prestamista.

Finalmente, en la sentencia recurrida no se ha declarado concurrente ninguno de los supuestos de exclusión del ámbito de la Ley 7/1.995 que recoge el artículo 2 de la misma. De ellos mereció un tratamiento específico - en el fundamento de derecho tercero - el de la gratuidad. Pero dicha condición no fue admitida - ni podía serlo, conforme a la sentencia de 25 de noviembre de 2.009 -.

La conclusión es evidente: se ha considerado aplicable a las relaciones contractuales entre la recurrente y los demandantes la Ley 7/1.995 y, por lo tanto, lo es también el artículo 3 de la misma, que niega validez y manda considerar como no puestos "los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente ley, salvo que sean más beneficiosos para éste".

El tenor de dicha norma y las consecuencias de aplicarla hacen innecesario determinar si la cláusula a que se refiere el motivo es o no abusiva, pues, en todo caso, no supera aquel control de validez y ha de ser

considerada como no puesta, en cuanto no es beneficiosa para el consumidor acreditado, ya que tiene como fin inmediato privarle, cuanto menos, de la facultad de oponer al acreedor las excepciones previstas en el artículo 11 de la repetida Ley 7/1.995.

TERCERO. En el motivo segundo señala Pastor Servicios Financieros EFC, SA como infringido el artículo 10, bis, apartado 2, de la Ley 26/1.984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con el artículo 1.258 del Código Civil.

Alega que, con independencia de que se califique como abusiva o no la cláusula novena de los contratos de préstamo que había celebrado con alguno de los demandantes, éstos no estaban facultados para repercutir en las relaciones jurídicas nacidas de los contratos de préstamo la ineficacia sobrevenida de las relaciones jurídicas causadas por los contratos de enseñanza.

El motivo se desestima, dado que las normas que en él se dicen infringidas ninguna relación guardan con la cuestión planteada.

En efecto, la sentencia de segundo grado declaró inaplicable el artículo 14, apartado 2, de la Ley 7/1.995 - en relación con el artículo 15, éste sí aplicado -. Pero la propagación de la ineficacia de los contratos de consumo en los de préstamo no la derivó el Tribunal de apelación de dicho precepto, sino - como se expresa en el fundamento de derecho sexto - "de las normas generales de protección de los consumidores y usuarios... de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores". Argumentó, al respecto, la Audiencia Provincial que, "incorporada causalmente en los contratos de enseñanza de autos cual era la estricta motivación de la financiación crediticia concedida a cada alumno..., es evidente que las entidades concedentes del crédito lo hicieron asumiendo las consecuencias dimanantes de tal expresa vinculación, lo que permite configurar ese crédito como un negocio ejecutivo o instrumental del de consumo". Y concluyó que "el prestatario es un consumidor indisoluble de crédito y de consumo en una modalidad de tracto duradero y, en cuanto tal, no puede ser constreñido al cumplimiento de la contraprestación periódica desde el preciso instante en que el servicio deja de prestarse por el profesional...".

En definitiva, no ofrece base normativa para revisar en casación la decisión atacada la invocación del precepto que la recurrente señala en el motivo, que, como se expuso, es el artículo 10, bis, apartado 2, de la Ley 26/1.984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios - a cuyo tenor, "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas condiciones

y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato... “-, porque la cuestión básica ha sido decidida no con la aplicación de dicho precepto, sino con la del artículo 3 de la Ley 7/1.995, que se limita a disponer que las cláusulas a que se refiere no valen y se tienen por no puestas. Y, ello sentado, porque la recurrente no señala como infringidas las normas de la Ley 26/1.984 en que el Tribunal de apelación se basó para aplicar la propagación de la ineficacia sobrevenida entre los contratos de consumo y los de crédito por ella celebrados.

CUARTO. En el motivo cuarto denuncia Pastor Servicios Financieros EFC, SA la infracción del artículo 1.257 del Código Civil.

Vincula esa infracción a la declaración de la ineficacia de los contratos de préstamo como consecuencia de haber sido resueltas las relaciones nacidas de los contratos de enseñanza, por virtud del repetido fenómeno de propagación determinado por el nexo de conexión entre unos y otros.

El motivo se desestima.

Como se expuso, el Tribunal de apelación declaró dicha propagación de ineficacia con apoyo en “ las normas generales de protección de los consumidores y usuarios “. Es, por tanto, a ellas a las que debería haberse referido el motivo, que, sin embargo, las silencia con la invocación de una norma de ámbito general, como la del artículo 1.257 del Código Civil.

En todo caso, el artículo 1.257 del Código Civil no impide que, por virtud del nexo de conexión existente entre distintos contratos, la ineficacia de uno arrastre la del otro, dando lugar al fenómeno conocido como ineficacia en cadena o propagada.

Esa conexión se ha declarado en casos similares al litigioso, Así, en la sentencia de 25 de noviembre de 2.009, cuando, no obstante existir una pluralidad de contratos en los que interviene el consumidor, se advierte una conexión funcional por la interacción de fines entre las relaciones jurídicas de ellos nacidas, no se justifique razonablemente dar un tratamiento autónomo a cada una de las conexas, cual si se tratara de una realidad aislada del conjunto.

Es cierto que la recurrente puso de manifiesto que “ la sentencia recurrida no nos explica cómo llega a aplicar la normativa general de consumidores para extraer las conclusiones “, así como que “ efectúa un razonamiento lógico deductivo a nuestro modo de ver incompleto, ya que de la declaración como abusiva y, por lo tanto, nula de la estipulación no-

vena del préstamo... concluye la aplicación de las disposiciones generales sobre los consumidores y usuarios y, con ellas, la vinculación de ambos contratos “.

Sin embargo, de que la recurrente no haya denunciado un defecto de motivación en la sentencia recurrida, no se sigue que debamos investigar si las normas generales a que el Tribunal de apelación se refiere - y que no identifica el motivo - han sido indebidamente aplicadas para sancionar una propagación de la ineficacia contractual que la regla general del artículo 1.257 del Código Civil, en aquel señalada, no impide.

QUINTO. El escrito de interposición del recurso de casación de Banco de Santander Central Hispano, SA se compone de diversos apartados que, encabezados por el correspondiente epígrafe, contienen alegaciones a modo de fundamentos, que, con alguna excepción, no permiten conocer, con la seguridad que reclama este recurso, cual es la infracción legal que constituye el motivo. Ni siquiera acudiendo al escrito de preparación, se puede conocer ese dato en la mayoría de aquellos apartados.

En el primero niega la recurrente la legitimación activa y pasiva. Ambas habían sido expresamente afirmadas en la sentencia recurrida, al haber considerado el Tribunal de apelación que todos los demandantes eran consumidores y que la recurrente tenía la condición de parte de un contrato de crédito al consumo.

Debería, por ello, haberse identificado la norma que la recurrente entiende infringida con tales calificaciones. No lo hizo y por ello no puede esperar una respuesta adecuada a la esencia del recurso de casación.

En el segundo de los epígrafes se hace referencia a la “ forma de contratar “. Aquí señala la recurrente como infringido el artículo 1.124 del Código Civil, con el argumento de que ella no había incumplido obligación alguna que justificase la resolución del vínculo que le une a los demandantes.

Sin embargo, dicha norma no fue aplicada en la sentencia recurrida a las relaciones contractuales en que intervino como parte la recurrente, sino a aquellas que unían a la deudora de la prestación de enseñanza con los demandantes. Lo que hizo el Tribunal de apelación fue declarar la propagación de la ineficacia sobrevenida de éstas a los contratos de préstamo, como consecuencia de la conexión existente entre unos y otros negocios jurídicos y de la aplicación de las normas generales de protección de los consumidores, como se expuso, no señaladas en el escrito.

El tercer capítulo lleva por título “ de la vinculación “ y en él no se identifica norma alguna como supuestamente infringida, por lo que

no cabe darle el tratamiento de un verdadero motivo.

En el siguiente capítulo, con el epígrafe “ de la ley de crédito al consumo”, señala la recurrente como infringidos los artículos 2, apartado 1, letra d), 14 y 15 de la Ley 7/1.995 de 23 de marzo.

Sucedo que el artículo 15 fue aplicado por la Audiencia Provincial en el sentido que reclama la recurrente - rechazando la nota de exclusividad en la relación entre ella y Open English Master Spain, SA -. Lo que provocó, precisamente, que no aplicara el 14, apartado 2.

Por otro lado, la exclusión contenida en el artículo 2, apartado 1, letra d), de la Ley 7/1995 fue correctamente rechazada por el Tribunal de la segunda instancia. Con señala la sentencia de 25 de noviembre de 2.009, basta con que el prestamista convenga con el proveedor de servicios una retribución a cargo de éste - probada, según la sentencia de apelación - para que la gratuidad respecto del consumidor, por más que pactada con él, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación, dada la aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión de la contraprestación pactada en el otro.

Por fin, en los dos últimos capítulos del escrito de interposición, con los títulos “ de los contratos de cesión de crédito “ y de la “ nulidad de algunas cláusulas “ no identifica la recurrente la infracción legal o bien menciona como infringido un artículo de contenido general - el 1.112 del Código Civil -, pero sin indicar por qué fue violentado.

Ello impide también dar a estos apartados el tratamiento de motivos.

SEXTO. Las costas de los recursos que se desestiman quedan a cargo de las recurrentes, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto, por Banco Santander Central Hispano, SA y Pastor Servicios Financieros, E.F.C., contra la Sentencia dictada, con fecha once de octubre de dos mil cuatro, por la Sección Dieciséis de la Audiencia Provincial de Barcelona, con imposición de las costas a las recurrentes.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/271336

TS Sala 2ª, Sentencia 13 noviembre 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Finalidad protectora y no punitiva de la medida

Improcedencia de alejamiento de hijos a pesar de haber asesinado a su esposa y madre de aquellos

Interpone recurso de casación la acusación particular -madre y hermanos de víctima de asesinato- impugnando la sentencia de instancia, entre otras cuestiones, respecto al pago de las costas de la acusación particular de las que fue excluido el condenado. El TS acoge el recurso parcialmente e impone al condenado la mitad de las costas ocasionadas por dicha acusación. No acoge, en cambio, la Sala la pretensión de esta parte recurrente respecto a la aplicación del art. 57 CP 95, en lo que afecta a la imposición de la pena accesoria de alejamiento del condenado respecto de las personas de sus hijos menores. Entiende la Sala co-

rrrecta la decisión de la AP de considerar inadecuada tanto la adopción del alejamiento respecto de ambos menores como la privación del derecho a la patria potestad en cuanto a uno de ellos, hijo del condenado, ya que no se revelan de los hechos probados intención delictiva contra ellos, incluso se advierte explícitamente y a pesar de la autoría de su horrenda acción para con la madre de los niños, el afecto que a éstos personalmente aún les profesa, no sólo tomando la precaución de retirar al hijo varón de la estancia donde cometió su crimen antes de ejecutarlo sino, incluso, siendo la primera llamada telefónica que efectuó posteriormente, antes de ponerse en comunicación con la policía para confesar el hecho, dirigida a su hermana con el único fin de pedirle que viniera a recoger a los menores para evitar su presencia en un escenario tan dramático para ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Dulce, Evangelina, Inocencia, Herminio, Magdalena y Javier y Ofelia, ejerciendo la acusación particular:

PRIMERO.- Los recurrentes, personados como Acusación Particular en esta causa, en tanto que madre y hermanos de la víctima del delito enjuiciado, plantean su Recurso de Casación con base en ocho diferentes motivos, de los que el Primero y los cinco últimos se refieren a supuestos errores de hecho (art. 849.2 LECr) en los que habría incurrido la Audiencia en su tarea de valoración de la prueba disponible, mientras que el Segundo y el Tercero aluden a dos infracciones de Ley (art. 849.1 LECr) por indebida inaplicación a los hechos declarados probados de sendos preceptos sustantivos.

Comenzando, por consiguiente, por el primero de los grupos enunciados, hemos de recordar cómo el apartado 2º del artículo 849 de la Ley procesal penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde,

en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperidad (SsTS de 23 de junio y 3 de octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que ha de ser "litosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en aquellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción entre el contenido documental y los pronunciamientos de la Sentencia ha de referirse a un extremo realmente esencial, de verdadera trascendencia para el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, la conclusión inicialmente alcanzada quede carente, total o parcialmente, de sustento fáctico.

Así mismo el contenido del documento designado en sustento de la pretensión impugnativa no ha de hallarse, a su vez, enfrentado al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, de eficacia probatoria equivalente a aquel, que justificarían la decisión adoptada en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, los motivos en el presente supuesto clara-

mente aparecen como infundados en su mayor parte, al remitirse a una serie de pruebas que, por su carácter personal no ostentan, de acuerdo con lo ya expuesto, la cualidad de medios probatorios incontestables e inmutables a la crítica valorativa, sino que, antes al contrario, tan sólo aportan una información susceptible de ser sometida al criterio aplicado por el Tribunal de instancia, sobre la base de su confrontación con otros medios de prueba de valor en principio equivalente.

Tal ocurre, por tanto, con los motivos Primero, Sexto y Séptimo que pretenden apoyarse en meras declaraciones, testificales o del propio acusado, para afirmar extremos, a juicio de los recurrentes incontestables, como la inexistencia de base fáctica para la aplicación de la atenuante de confesión o la suficiencia de prueba para la condena por los delitos de amenazas y obstrucción a la Justicia, que la Acusación Particular también imputa al acusado.

Por su parte, los restantes motivos de este grupo, es decir, el Cuarto y el Quinto, además de incurrir en el mismo error de los anteriores, al designar en su fundamento la existencia de ciertas declaraciones testificales, incluyen también, para afirmar la existencia de los delitos de maltrato habitual sobre la esposa y el hijo del acusado, la referencia a pericias psicológicas obrantes en las actuaciones.

Así, respecto del valor de los informes periciales como documentos con eficacia casacional, esta Sala tiene reiteradamente dicho que tan sólo podrá otorgárseles esa eficacia en aquellos supuestos excepcionales en los que dichos informes no sean la expresión de una mera opinión del experto sino que constituyan afirmaciones de un rigor y solidez científicos incontestables, unívocas y únicas, o en caso de ser varias sus procedencias que todas ellas resulten plenamente coincidentes, frente a las que la conclusión contraria alcanzada por el Tribunal no se encuentre suficientemente argumentada, con base en elementos objetivamente capaces para neutralizarlas.

Evidentemente este no es el caso que nos ocupa, en el que el criterio de los psicólogos es perfectamente susceptible de valoración por la Sala de instancia, dentro del conjunto del material probatorio disponible.

Y, por último, el motivo Octavo, y último, de este Recurso, aunque con cita, al igual que los precedentes, del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en realidad plantea la infracción en la aplicación de la Ley (arts. 123 y 124 CP y 240 LECr) en que habría incurrido la Audiencia al excluir de las costas impuestas al condenado en la instancia las correspondientes a la propia Acusación Particular, atendido el hecho de que su intervención resultó "...superflua,

inútil y perturbadora, pues ha formulado acusaciones heterogéneas con las conclusiones de la sentencia, que además, carecen de un mínimo rigor técnico, como hemos analizado anteriormente respecto de los delitos de amenazas y contra la Administración de Justicia."

Por supuesto que no les falta razón en lo esencial a los Jueces "a quibus" respecto de tales afirmaciones, pero no deja de ser también cierto el que, estando presidido el criterio de esta Sala en materia de costas de la Acusación Particular por un principio genérico favorable a la inclusión de las mismas (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 3 de mayo de 1994 y SsTS de 20 de abril y 10 de diciembre de 2004, entre muchas otras) y aunque en el presente caso no fueran acogidas varias de las pretensiones de la referida Acusación, sí que lo fue, sin embargo, su principal imputación por delito de Asesinato y, además, su calificación de los hechos dio lugar a un debate del todo pertinente, aunque finalizase con un pronunciamiento absolutorio por otra parte acertado, en torno a la posible existencia del delito de malos tratos habituales, por lo que, a la vista de que la afirmada "heterogeneidad" en la que se basa la Audiencia no fue absoluta (SsTS de 12 de junio de 2003 y 27 de abril de 2004, por ej.), parece más ajustado y correcto apreciar parcialmente el motivo, imponiendo al condenado la mitad de las costas ocasionadas a dicha Acusación.

Razón por la que deberá dictarse, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, en la que tenga cabida este pronunciamiento.

SEGUNDO.- A su vez, los motivos Segundo y Tercero se refieren a otras tantas infracciones de Ley (art. 849.1 LECr), por indebida aplicación, en la recurrida, de los artículos 173.2 del Código Penal, que define el delito de malos tratos habituales, y 57, que prevé la posibilidad del alejamiento del condenado, en este caso respecto de sus hijos.

El cauce casacional aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsumición de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, desde la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

1) En este sentido, es clara la improcedencia del motivo Tercero,

puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia no permite el pronunciamiento condenatorio en relación con el artículo 173.2 del Código Penal, por la escasa entidad de las conductas atribuidas en esa narración al condenado, en relación tanto con su esposa como con su hijo que, si bien referidas a ciertos insultos dirigidos a aquella o a un riguroso control de los gastos económicos que efectuaba y a algún incidente de leve maltrato al menor, que la propia Audiencia tan sólo califica como “comportamiento severo” (cachetes en el culo, tirones de las patillas y encierros en el cuarto de baño y el garaje), no pueden, en ningún caso, considerarse como delito, de acuerdo con lo que la propia recurrida, tan correctamente, razona en su Fundamento Jurídico, sobre la base, incluso, de las propias declaraciones testimoniales de los familiares de la fallecida.

En realidad, el Recurso incorrectamente parte, en este punto, de los Hechos que considera que deberían haberse declarado probados tras las correcciones derivadas de la prosperidad de los motivos Cuarto y Quinto, respecto de los malos tratos, y del Sexto, en cuanto al delito de amenazas que tampoco encuentra asiento alguno en la narración de la Audiencia.

La previa desestimación de aquellos hace inviable la prosperidad de éste.

Es por ello por lo que hay que coincidir con el criterio de la Audiencia, en el sentido de que nos encontramos, en realidad, ante la comisión exclusivamente del delito de Asesinato objeto de condena, con exclusión de los restantes incluidos en la Acusación.

2) Por lo que se refiere, de otra parte, a la aplicación del artículo 57 del Código Penal, en lo que afecta a la imposición de la pena accesoria de alejamiento del condenado respecto de las personas de sus hijos menores, como ya decíamos en nuestra reciente Sentencia de 18 de septiembre de este mismo año, en un caso del todo similar al actual: “...es clara la improcedencia del motivo Segundo, que se refiere a la inadecuada inaplicación de los preceptos relativos a la previsión de alejamiento del condenado respecto de los menores, hijo y nieto de la víctima, así como a la privación de la patria potestad en cuanto al primero de ellos, hijo también de Manuel Jesús.

En efecto, aunque dicho alejamiento sería en principio también perfectamente aplicable no sólo en relación con la propia víctima sino, incluso, con sus familiares, pues así lo establece expresamente, como posibilidad abierta al Tribunal, el artículo 48.2 del Código Penal, lo cierto es que hay que tener en cuenta que semejante decisión no significa un

pronunciamiento de carácter estrictamente punitivo sino de finalidad exclusivamente protectora respecto de aquellos a quienes se establece, por lo que habrá de apreciarse la existencia de algún riesgo real para ellos, constatado como consecuencia de los hechos enjuiciados, que establezca y justifique la conveniencia de su adopción.

Y en el presente caso se advierte claramente cómo en ningún momento la acreditada conducta infractora del condenado, según el correspondiente relato de hechos probados de la recurrida, revela intención delictiva alguna contra los menores que ni fueron en este caso objeto de agresión directa ni tampoco en los hechos precedentes a los que se refieren las anteriores condenas que sirven para integrar el delito de maltrato habitual.

Por ello es del todo correcta la decisión de la Audiencia, razonada en el ya mencionado Fundamento Jurídico Cuarto de su Resolución, cuando considera inadecuada tanto la adopción del alejamiento respecto de ambos menores como la privación del derecho a la patria potestad en cuanto a uno de ellos, en concreto el hijo del condenado.”

Sentados tales criterios, tampoco procede en este caso, en el que incluso se advierte explícitamente, y a pesar de la autoría de su horrenda acción para con la madre de los niños, el afecto que a éstos personalmente aún les profesa, no sólo tomando la precaución de retirar al hijo varón de la estancia donde cometió su crimen antes de ejecutarlo sino, incluso, siendo la primera llamada telefónica que efectuó posteriormente, antes de ponerse en comunicación con la Policía para confesar el hecho, dirigida a su hermana con el único fin de pedirle que viniera a recoger a los menores para evitar su presencia en un escenario tan dramático para ellos, por lo que resulta evidente la ausencia de fundamento para acordar una pena accesoria que no persigue otra finalidad que la de la cautelosa protección de la víctima o de sus familiares frente a la animosidad que contra ellos pudiera aún mantener el autor del delito o, todo lo más, para evitar a aquellas el traumático encuentro con su agresor.

En definitiva, y por lo dicho hasta aquí, procede la desestimación de ambos motivos.

B) Recurso del condenado Domingo:

CUARTO.- En este caso el Recurso, formalizado por quien fue condenado por la Audiencia, como autor de un delito de asesinato, a las penas de veintitrés años de prisión y prohibición de residir en la localidad de residencia de los familiares de la víctima por otros diez años más, incluye quince diferentes motivos, agrupados por materias, de las que la inicial

versa, a lo largo de tres motivos (puesto que a un Cuarto se renunció), sobre otros tantos quebrantamientos formales, que pasamos analizar:

1) En el motivo Primero se alega, como defecto de forma, la inadmisión de pruebas (art. 850.1 LECr), pero sin detallar a qué pruebas no admitidas se atribuye el carácter de admisibles y, por ende, por qué se causó la indefensión necesaria para la prosperidad del motivo, limitándose el Recurso a afirmar que “...cualquiera de las pruebas propuestas en tiempo y forma por esta defensa deberían haber sido admitidas en aras a no provocar la indefensión del acusado...” (sic), añadiendo a continuación, tan sólo, que la demora en la tramitación del procedimiento para la práctica de las pruebas interesadas por las Acusaciones justificaría plenamente esa admisión íntegra de las propuestas por la Defensa.

Por ello el motivo es claramente insostenible, máxime cuando parece intuirse que pueda referirse a ciertas pruebas periciales tendentes a acreditar el estado psíquico del recurrente, materia que será objeto de ulteriores pretensiones que oportunamente se analizarán.

2) Por su parte, los motivos Segundo y Tercero de los de este grupo inicial abordan, a través del artículo 851.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de claridad y la de concreción en la que, a juicio del recurrente, incurre la narración de hechos probados incorporada a la Resolución de instancia, impidiéndole “...conocer qué es lo que la Audiencia Provincial ha considerado o no como probado”.

Tras cita jurisprudencial relativa al contenido de este cauce casacional, el Recurso atribuye la oscuridad e inconcreción denunciadas a aquellos extremos que el relato fáctico dedica al estado psíquico del recurrente, tanto con anterioridad a los hechos objeto de enjuiciamiento como al momento inmediatamente posterior a ellos.

El primero de los supuestos de Casación por quebrantamiento de forma contenidos en el artículo 851.1 de la Ley procesal alude a la falta de claridad en la narración de los Hechos probados consignados en la Sentencia recurrida. Gravísimo defecto formal que, obviamente, determina la anulación de la Resolución que de tal irregularidad adolece, a fin de que se proceda a su nueva y correcta redacción.

Pero por las radicales consecuencias que conlleva, semejante defecto “in iudicando” ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incompreensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado

(SsTS de 15 de junio y 23 de octubre de 2001, entre muchísimas otras).

La oscuridad de comprensión ha de provenir, por tanto, de los propios términos y de la construcción semántica, gramatical o lógica de lo descrito, es decir, supone una inteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones.

Obligado resulta, por último, para la prosperidad de un Recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

En el presente caso, el recurrente denuncia, bajo este motivo y fundamento, esa supuesta falta de claridad por no haberse concretado suficientemente, como ya dijimos, su estado mental con anterioridad y posteriormente a su acción homicida pero, al margen de que la Audiencia lo que describe en esos apartados no es sino el resultado de su convicción acerca de tales circunstancias, a partir del examen de la prueba de que dispuso, relatando el leve “...proceso ansioso depresivo...”, con síntoma principal de insomnio y medicación con “Lexatin” y “Fluoxetina”, que venía padeciendo Domingo, y el estado en el que se encontraba “...en la puerta de la casa, en pijama y bata, con el pantalón manchado de sangre y sosteniendo en la mano derecha una botella de whisky medio vacía y una bolsa con varias cajas de medicamentos...”, cuando se personó la policía en su domicilio, basta leer la narración para comprobar cómo resulta plenamente inteligible su contenido y que lo que en realidad se persigue en este caso no es sino corregir ese resultado histórico que el Tribunal “a quo” obtiene de su valoración imparcial de las pruebas practicadas y que narra con toda claridad, por otro más favorable para la Defensa.

Sin que estemos, así mismo, ante omisión o laguna alguna que provoquen incompreensión en los hechos, pues ese denunciado vacío fáctico en relación con lo que el recurrente considera suficientemente probado acerca del “...nivel de ingestión alcohólica, el estado físico y psicológico provocado en el mismo por la mezcla de alcohol y medicación con droga a que venía sujeto”, tampoco deriva en falta de claridad en la narración efectuada por la no inclusión de los extremos aludidos en el Recurso.

En consecuencia, los tres motivos han de desestimarse.

QUINTO.- Los siguientes cuatro motivos del Recurso, con cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, integran el grupo de denuncias de vulneraciones de derechos fundamentales del recurrente, en concreto de los siguientes:

1) Derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) al no haber sido admitida por el Tribunal de instancia una prueba pericial propuesta por la defensa ni atendido el contenido de otra objeto de práctica (motivos Primero y Segundo).

Aunque en esta ocasión el Recurso sí que al menos genéricamente afirma que es la inadmisión de ciertas pruebas periciales lo que provoca, a su juicio, una "desigualdad de armas" en el presente procedimiento, como no precisa cuáles fueron esas pruebas tan relevantes que resultaron inadmitidas, difícil resulta atender con más rigor a sus pretensiones.

No obstante, es lo cierto que, si se está refiriendo, como parece, a pericias referentes a las condiciones psíquicas del recurrente, se advierte que el tribunal de instancia ya dispuso de medios probatorios al respecto, que parecen suficientes para formar su criterio en este punto.

Más bien da la apariencia de que lo que el Recurso persigue, de nuevo, es discutir la tarea valorativa de esos elementos acreditativos que llevó a cabo, con toda corrección y acertada fundamentación, el Tribunal de instancia, por lo que no cabría hablar, en modo alguno, de infracción de derechos fundamentales.

2) Derecho a un Juicio sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) por los casi tres años de duración en la tramitación de la presente causa (motivo Tercero).

Es cierto que esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de junio de 1999, 28 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2001, 21 de marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo

prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas "paralizaciones" del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La "dilación indebida" es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (Ss. del TC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras).

Los Hechos ocurren en la madrugada del 4 de febrero de 2006 y la Sentencia que los enjuicia en la instancia es de fecha 15 de octubre de 2008, es decir, algo más de dos años y medio después.

Duración en el tiempo que, al margen de la posible existencia de algún retraso a causa de la actuación de la Acusación Particular a la que también la recurrida expresamente se refiere, en modo alguno puede considerarse de tanta gravedad como para significar una auténtica vulneración del derecho de referencia, desde el punto de vista de la celebración del Juicio en un "tiempo razonable", a que aluden los textos internacionales suscritos por nuestro país, ni, menos aún, a la existencia de las "dilaciones indebidas" mencionadas en nuestra Constitución, máxime cuando el recurrente no precisa los términos temporales de ninguno de los períodos de esas "dilaciones" en concreto.

Razonamientos, así mismo, utilizados por la Audiencia, en su Fundamento Jurídico Primero, apartado 3º, con un detallado seguimiento de cada fase de las actuaciones, en el que se advierte la inexistencia de las referidas dilaciones injustificadas.

3) Derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación con la concurrencia de las agravantes específicas de alevosía y ensañamiento que no resultaron suficientemente acreditadas (motivo Cuarto), según el recurrente.

Una vez más hemos de recordar cómo basta, para dar respuesta a tal alegación, recordar que la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber:

a) Que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración.

b) Que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos.

c) Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en el Fundamento Jurídico Tercero de la Resolución de instancia en lo referente a la concurrencia de las agravantes específicas de alevosía y ensañamiento cuya acreditación es aquí lo único que se cuestiona, en el que se enuncian y analizan una serie de pruebas, especialmente las propias declaraciones iniciales del recurrente, los informes periciales médicos y datos objetivos materiales tales como el número de puñaladas, las zonas a las que las mismas se dirigieron, la lesión ocasionada con la estatua de bronce también utilizada en la agresión, la ausencia de restos de sangre de la víctima fuera del lecho en el que fue agredida o la de lesiones derivadas de actos defensivos de la mujer en el cuerpo de su agresor, todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar los aspectos aquí controvertidos del Fallo condenatorio.

En concreto, el ensañamiento queda suficientemente probado, como ya se ha dicho, por las intenciones vengativas confesadas por el recurrente ante la Policía, junto con el número de puñaladas, más de cuarenta, todas ellas sufridas por la mujer estando aún con vida y muchas dirigidas a zonas no vitales pero tan significativas de la intención de causar sufrimiento consciente como las partes genitales de la mujer, a la que su agresor atribuía la autoría de una conducta de infidelidad, en tanto que, por lo que se refiere a la alevosía, la ausencia de lesiones en la persona del agresor, indicativas de algún acto defensivo de la víctima, la evidencia de que ésta no pudo ni tan siquiera abandonar el lecho en el que

padeció la agresión, ya que no había huellas de sangre fuera del mismo, o el que la pericial constata que el primer acometimiento fue el llevado a cabo con el fuerte golpe en la cabeza con una figura de bronce que llegó a romperse, a partir de lo cual la mujer ya tenía completamente mermadas sus posibilidades de defensa, son datos todos ellos que avalan el acierto de las conclusiones fácticas alcanzadas por la Audiencia.

Frente a ello, el Recurso se extiende en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, que, en definitiva, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

Por consiguiente, también estos motivos se desestiman.

SEXTO.- El motivo Primero de la tercera agrupación que contiene el Recurso, referente a las infracciones de Ley, plantea, a través del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la existencia de un error de hecho en el que habría incurrido la Audiencia a la hora de valorar la prueba de la que disponía, en concreto la pericial relativa al estado psíquico e imputabilidad del recurrente al tiempo de la comisión del delito.

Pero con el solo recordatorio de la doctrina acerca de las características, requisitos y alcance de este cauce casacional, que ha quedado ya extensamente expuesta en el Primero de los Fundamentos Jurídicos de la presente Resolución, se advierte con facilidad no sólo la ineficacia de unas opiniones expuestas en la pericia para avalar la existencia de un error indiscutible en la tarea valorativa desarrollada por el Tribunal "a quo" sino, incluso, hasta qué punto resulta inapropiado en este momento el que el Recurso proceda, sin más, a cuestionar esa valoración realizada en la Sentencia recurrida, en un intento de sustituir el razonable e imparcial criterio de la Audiencia, que merece ser aquí confirmado, por el suyo propio, lógicamente parcial.

Razones por las que el motivo debe desestimarse.

SÉPTIMO.- Los restantes motivos de este último grupo, en concreto siete, se refieren a otras tantas infracciones de Ley (art. 849.1 LECr), por incorrectas aplicaciones del Derecho sustantivo a los hechos declarados como probados por la recurrida.

A este respecto nuevamente hemos de recordar doctrina ya expuesta en los Fundamentos que preceden, en concreto en el Segundo, acerca de la intangibilidad del relato de hechos contenido en la Resolución de instancia, para la desestimación de todos y cada uno de los motivos, toda vez que:

1) Tanto la alevosía como el ensañamiento (art. 139.1 y 3 CP) han re-

sultado de plena aplicación, a la vista de la descripción contenida en la narración fáctica de la recurrida (motivos Segundo y Tercero) de la que ya se ha dado noticia en el anterior Fundamento jurídico.

2) En tanto que no se encuentra base alguna, en ese mismo relato, para la apreciación de la concurrencia de la eximente, completa o incompleta, de alteración psíquica (arts. 20.1 y 2 o 22.1 CP), que el recurrente pretende (motivo Sexto).

3) De modo semejante a lo que ocurre con la atenuante de reparación del daño causado con el delito (art. 21.5 CP), que se pretende además construir sobre el hecho insuficiente del ofrecimiento de donación de su patrimonio, por parte del recurrente, a sus hijos (motivo Quinto).

4) Mientras que por lo que se refiere a la concurrencia de una atenuante analógica de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP), tampoco resultan de recibo las alegaciones del recurrente en este sentido, a las que ya dieron cumplida respuesta los Jueces "a quibus" en el Fundamento Jurídico Undécimo de su Resolución y nosotros en el apartado 2) del Quinto de ésta, señalando cómo en modo alguno puede considerarse excesivamente dilatada una tramitación que, teniendo en cuenta la necesidad de práctica de numerosas testificales y pericias, se inicia el día 4 de febrero de 2006, fecha de los hechos enjuiciados, concluyendo la instrucción el 14 de noviembre de 2007 y dictándose la correspondiente Sentencia el 15 de octubre de 2008, tras la práctica de una prueba pericial psiquiátrica solicitada por la propia Defensa del recurrente, que provocó un retraso de varios meses, cuando podía haber sido interesada con anterioridad.

5) Y, por último, lo cierto es que no se alcanza fácilmente a comprender la vinculación que el Recurso trata de establecer entre la que señala como indebida aplicación de los artículos 109 a 113 del Código Penal, es decir, los referentes a la obligación indemnizatoria del autor del delito, con la calificación como asesinato de los hechos por él cometidos que pretende, sin asistirle la razón como ya se dijo que, fueran calificados como simple homicidio pues, en ambos casos, el resultado de la muerte de la agredida sería fundamento para la misma cuantificación resarcitoria.

Definitivamente, la desestimación de estos últimos motivos conlleva así mismo la del Recurso en su integridad.

C) Costas:

SÉPTIMO.- A la vista del contenido de la presente Resolución, procede la declaración de oficio de las costas ocasionadas por el Recurso que parcialmente se estima, imponiendo al otro recurrente las corres-

pondientes al suyo, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, vistos los preceptos legales mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos estimar y estimamos, parcialmente, el Recurso de Casación interpuesto por la Representación de la Acusación Particular, ejercida en estas actuaciones por Dulce, Evangelina, Inocencia, Herminio, Magdalena y Javier y Ofelia, contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, el 18 de octubre de 2008, por delito de Asesinato, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

A la vez que debemos desestimar y desestimamos, íntegramente, el Recurso de Casación interpuesto, contra la misma Resolución, por la Representación del condenado en ella, Domingo.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por el Recurso parcialmente estimado y se imponen al recurrente, cuyo Recurso se desestima en su integridad, las correspondientes al suyo.

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

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de noviembre de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Sevilla con el número 1/2007 y seguida ante la Audiencia Provincial de Sevilla por delito de asesinato, contra Domingo, con DNI núm. 001, nacido el día 17 de julio 1968, hijo de Rafael y de Esperanza, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 15 de octubre de 2008, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Primero de los de la Resolución antecedente, procede, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 14 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su interpretación acorde con la doctrina de esta Sala y a la vista de la parcial homogeneidad de las pretensiones de la Acusación Particular con los pronunciamientos de la Audiencia, la inclusión en las costas impuestas al condenado de la mitad de las ocasionadas en la instancia por dicha parte.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que acordamos la inclusión en las costas impuestas en la instancia al condenado de la mitad de las ocasionadas por la Acusación Particular en su actuación ante la Audiencia, manteniendo el resto de pronunciamientos de la Sentencia en su día recurrida.

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

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



TS Sala 4ª, Sentencia 1 febrero 2010. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Cálculo de base reguladora de prestación por IPT derivada de accidente no laboral

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión del beneficiario accionante sobre base reguladora de prestaciones de IT derivadas de accidente no laboral.

Explica la Sala que si el cálculo de la base reguladora se realiza con arreglo a las normas precedentes a la Ley 26/85, cuya regulación es recogida en el art. 140 LGSS, no puede aplicarse una norma aislada de dicho precepto, sino que la totalidad del cálculo ha de verificarse con arreglo a la normativa precedente, que tiene sus ventajas, un divisor del cálculo muy inferior, de 24 meses a 96, y sus inconvenientes, no integrar las lagunas en que no se haya cotizado y sí garantizar los mínimos del art. 17 O 19 abril 1969.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar las normas aplicables para el cálculo de la base reguladora (BR) de la prestación económica derivada de una incapacidad permanente total (IPT) derivada de accidente no laboral (ANL), — para cuyo acceso se exige necesariamente estar en situa-

ción de alta o de asimilada al alta (a diferencia de lo que acontece para las pensiones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivadas de accidente no laboral), aunque no se requiera periodo previo de cotización (arg. ex arts. 138.1 y 3 y 140.3 LGSS) —, y, en concreto, si, como se efectúa en la sentencia recurrida, la antigua normativa sobre la referida BR cabe entenderla derogada por el posterior y de superior ran-

go normativo art. 140.4 LGSS que posibilita la integración de las lagunas con bases mínimas en meses no hubiere existido obligación de cotizar, o sí, por el contrario, como se razona en la sentencia de contraste, tal integración no es posible por seguir vigente expresamente la normativa específica sobre el cálculo de la BR de la pensión de IPT derivada de ANL (en especial, art. 5.4 Real Decreto 1799/1985 de 2 -octubre en relación con art. 7 Decreto 1646/1972 de 23 -junio).

2.- La sentencia recurrida, - STSJ/País Vasco 15-diciembre-2008 (rollo 2850/2008), confirmatoria de la de instancia dictada por el JS/Donosita núm. 4 de fecha 29-julio-2008 (autos 767/2007) —, para llegar a la conclusión favorable a la integración de lagunas con bases mínimas en el periodo en que el beneficiario declarado IPT derivado de ANL había estado en situación de demandante de desempleo no teniendo obligación de cotizar (1-marzo-2004 a 31-diciembre-2004), incluido en parte en el periodo de cálculo de 24 meses ininterrumpidos elegidos dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se originó el derecho a la pensión (6-marzo-2004 a 5-marzo-2006), razona, en favor de la aplicabilidad del art. 140.4 LGSS para determinar la BR, lo que negaba la Entidad Gestora recurrente en suplicación, que “ Dos objeciones proceden a la tesis de la recurrente. En primer lugar, el art. 5.4 del RD 1799/85 no sólo se refiere a la IPT derivada de ANL sino también a la IPA y a la GI derivadas de igual contingencia, en tanto que el art. 140 de la LGSS sólo se refiere a la IPA y a la GI derivadas de ANL, en su apartado 3, con el fin de remitirse al art. 138.3 de la misma Ley para una materia que aquí no nos interesa, silenciando toda mención a la IPT derivada de ANL, lo que permite concluir que, para la materia que aquí nos ocupa, el art. 140 no contiene excepción alguna para el cálculo de la BR de la incapacidad que tiene reconocida el demandante. Por tanto, no se comprende que el art. 5.4 del RD 1799/85 se remita a la legislación anterior a la Ley 26/1985 cuando lo cierto es que una norma posterior y de mayor rango, la LGSS, contiene una regulación específica y propia sobre la materia. La segunda objeción sirve para explicar la contradicción que acaba de exponerse. El RD 1799/85 se promulgó para desarrollar la Ley 26/1985, que fue derogada por la LGSS “.

3.- La sentencia invocada como de contraste, - STS/IV 4-abril-2007 (rucd 5571/2005) —, por la Entidad Gestora recurrente en casación unificadora, como con más detalle se analiza posteriormente, reiterando doctrina unificada de esta Sala, niega la integración de lagunas con bases mínimas pretendida en el supuesto de IPT derivada de ANL, afirmando, en conclusión, que “ en el complejo ordenamiento de la Seguridad Social

existe una norma no derogada dedicada específicamente a la fijación de la base reguladora de la pensión de invalidez permanente total por accidente no laboral, que no es otra que el citado art. 7 del Decreto 1646/1972 “.

4.- Concorre, por consiguiente, entre ambas resoluciones comparadas el presupuesto de la contradicción al que se refiere el art. 217 Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que da acceso a la admisión del recurso. Y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 140.4 LGSS, 5.4 RD 1799/1985 de 2-octubre, 7 Decreto 1646/1972 de 23-junio, 15.2.a Orden 15-abril-1969) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

SEGUNDO.- 1.- Para determinar las normas jurídicas aplicables al cálculo de la BR de la prestación económica de IPT derivada de ANL, para cuyo acceso se exige necesariamente estar en situación de alta o de asimilada al alta, — a diferencia de lo que acontece expresamente para las pensiones de IPA o GI derivadas de ANL, a las que se puede acceder sin reunir la condición general ex art. 124.1 LGSS de estar en alta o en situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida (arg. ex arts. 140.3 en relación art. 138.3 y 1 y 124.1 LGSS) —, aunque no se requieran periodos previos de cotización para tener derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de ANL en cualquiera de sus grados (arg. ex arts. 138.1 y 3 y 140.3 LGSS), debe hacerse referencia, en primer lugar, a los preceptos objeto de interpretación cuestionados.

2.- El art. 140 LGSS, relativo con carácter general a la BR de las pensiones de invalidez permanente derivada de contingencias comunes, preceptúa en su apartado 1 que “ La BR de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se determinará de conformidad con las siguientes normas: a) Se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante... “; en su apartado 3, específicamente, dispone que “ Respecto a las pensiones de IPA o GI derivadas de ANL a que se refiere el apartado 3 del artículo 138, para el cómputo de su BR, se aplicarán las reglas previstas en la norma a) del apartado 1 del presente artículo “; y en su apartado 4, ahora debatido, señala que “ Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la BR aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años... “.

3.- Debe tenerse igualmente en cuenta el art. 138 LGSS (al que se remite el antes citado art. 140.3 LGSS) y el art. 124.1 LGSS (al que remite el art. 138.1 LGSS). Establecen, con respecto a los beneficiarios de las prestaciones contributivas de incapacidad permanente, los apartados 1 y 3 del art. 138 LGSS que “ 1. Tendrán derecho a las prestaciones por invalidez permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general exigida en el apartado 1 del artículo 124, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en el apartado 2 de este artículo, salvo que aquella sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización... “; en su número 3 se preceptúa que “ 3. No obstante lo establecido en el apartado 1 de este artículo, las pensiones de invalidez permanente en los grados de IPA o GI derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta “ y que “ En tales supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de 15 años, distribuidos en la forma prevista en el último inciso del apartado 2 b) de este artículo “. Por último, en el art. 124, regulador de las condiciones del derecho a las prestaciones, se dispone en su número 1 que “ 1. Las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario “.

4.- Por su parte el Real Decreto 1799/1985 de 2 -octubre (que desarrolla la Ley 31-julio-1985 en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente en el sistema de la Seguridad Social), dispone en su art. 5, sobre la BR de las pensiones de jubilación e invalidez permanente, que “ 1. En los Regímenes enumerados en el número 2 del artículo 6 de la Ley 26/1985, de 31 de julio, la BR de las pensiones de jubilación e invalidez permanente derivada de enfermedad común será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante “; y en su apartado 4, específicamente para las prestaciones de IP derivadas de ANL, — distinguiendo expresamente los supuestos en los que fuera posible que los beneficiarios en el momento del hecho causante no se encuentren en alta o situación asimilada (IPA o GI) de aquellos otros casos en los que es exigible que el beneficiario se en-

cuentre en alta o asimilada en dicho momento (IPT o incapacidad permanente parcial -IPP, aunque estas últimas con normas específicas para el cálculo de la BR), preceptúa que “ 4. Las pensiones de IPA o GI, derivadas de ANL, correspondientes a beneficiarios que no se encontrasen en alta o en situación asimilada a la de alta en el momento del hecho causante, serán calculadas conforme a la norma general establecida en los números 1 y 2 del presente artículo “ (en tal caso, cabe interpretar que en determinados Regímenes se produciría la integración con bases mínimas de las lagunas ex art. 5.5 RD 1799/1985), mientras que, continúa estableciendo el mismo apartado 4 del art. 5, que “ El cálculo de la BR de las pensiones de IPT, IPA y GI, derivadas de ANL, en que los beneficiarios se encontrasen en situación de alta o asimilada a la de alta, continuarán rigiéndose por las normas ya en vigor con anterioridad a la Ley 26/1985 “.

5.- Las normas ya en vigor con anterioridad a la Ley 26/1985, a las que se remite el citado art. 5.4 “ in fine “ del RD 1799/1985, están constituidas esencialmente por el art. 7.1 del Decreto 1646/1972 de 23 -junio (que desarrolla la Ley 24/1972 de 21 -junio en materia de prestaciones del RGSS), en el que se preceptúa respecto a las BR que “ La BR de las pensiones por jubilación y por invalidez permanente y por muerte y supervivencia, cualquiera que sea la contingencia de la que aquéllas se deriven, será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por los beneficiarios dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se origine el derecho a la pensión “. Completada dicha norma con el art. 15.2.III.a) de la Orden de 15-abril-1969 (sobre prestaciones por invalidez en el RGSS), en el que se dispone, sobre la determinación de la BR de la pensión vitalicia y excluyendo expresamente la integración de lagunas, que “ Cuando la invalidez proceda de enfermedad común o ANL, dicha base será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de 24 meses naturales, aun cuando dentro del mismo existan lapsos en los que no haya habido obligación de cotizar; dicho período será elegido por el interesado dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause el derecho a la pensión; no se computarán en el período elegido aquellas cantidades que aun habiendo sido ingresadas dentro del mismo, correspondan a meses distintos de los comprendidos en él; en su caso, las partes proporcionales de las gratificaciones de 18 de julio y Navidad, por las que se haya cotizado al cesar el trabajador en su Empresa, sólo se computarán si fueran necesarias para completar, hasta su cuantía íntegra, alguna o algunas de las ante-

rios gratificaciones comprendidas en el período elegido “.

TERCERO.- 1.- De la normativa expuesta cabe concluir que si la incapacidad permanente deriva de ANL, para la determinación de la BR de las prestaciones económicas periódicas (IPT, IPA y GI) continúa plenamente vigente la regla específica del art. 7.1 del Decreto 1646/1972 de 23-junio (que se sintetiza en el cociente 24:28), como expresamente establece el art. 5.4 “ in fine “ del Real Decreto 1799/1985 de 2 -octubre, las que además, en abstracto, resultan más favorables para el beneficiario, pero sin integración, en su caso, de lagunas con bases mínimas; con la excepción del supuesto en el que el beneficiario no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en el momento del hecho causante y en el que únicamente podría acceder a las prestaciones de IPA o GI, de reunir en estos últimos supuestos la carencia mínima exigible de 15 años, en cuyo caso para determinar la BR debe estarse a las reglas generales ex art. 140.1 y 4 LGSS (que se expresa en el cociente 96:112, con actualización de las bases de cotización más antiguas), con integración, en su caso, de lagunas con bases mínimas.

2.- Sin que proceda, por otra parte, como se efectúa en la sentencia recurrida, no cuestionar la cuantía de la BR de la IPT derivada de ANL calculada conforme al art. 7.1 del Decreto 1646/1972 de 23-junio (de acuerdo con el cociente 24:28), — pues se acepta la determinación del período de cálculo efectuada en vía administrativa partiendo de computar 24 meses ininterrumpidos elegidos dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se originó el derecho a la pensión (6-marzo-2004 a 5- marzo-2006) —, para luego, negando la vigencia del propio art. 7.1 RD 1646/1972, defender la aplicación del art. 140.4 LGSS, sustentando que durante el período elegido para el cálculo de la BR, al aparecer meses durante los cuales no había existido obligación de cotizar, — en el caso enjuiciado, los meses en que el beneficiario había estado en situación de demandante de desempleo (de 1-marzo-2004 a 31-diciembre-2004) —, dichas lagunas debían integrarse con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años. Pues, como ya se razonaba, en la STS/IV 15-octubre-2002 (rcud 832/2002), “ Es pues, claro, que si el cálculo de la BR se realiza con arreglo a las normas precedentes a la ley 26/85, cuya regulación es recogida en el art. 140 del vigente Texto refundido de la ley de Seguridad Social, no puede aplicarse una norma aislada de dicho precepto - el núm. 4 del art. 140 - sino que la totalidad del cálculo ha de verificarse con arreglo a la normativa precedente, que tiene sus ventajas, un divisor del cálculo muy inferior, de 24 meses a 96, y sus in-

convenientes, no integrar las lagunas en que no se haya cotizado y si garantizar los mínimos del art. 17 de la Orden de 19 de abril de 1969 “.

CUARTO.- 1.- Esta es la doctrina consolidada sustentada por esta Sala en casación unificadora, como se refleja en la sentencia invocada como de contraste (STS/IV 4-abril-2007 -rcud 5571/2005), y se contiene además, entre otras, en las SSTs/IV 10-abril-2001 (rcud 3999/2000), 15-octubre-2002 (rcud 832/2002), 4-octubre-2004 (rcud 3604/2003), 21-marzo-2005 (rcud 878/2004) y 27-febrero-2006 (rcud 88/2005).

2.- En las citadas sentencias se argumenta, en esencia, que “ la norma del art. 140 de la LGSS -94, de acuerdo con su tenor literal, limita el alcance de las reglas de cálculo de la BR a la invalidez permanente derivada de enfermedad común (art. 140.1 LGSS -94; art. 3.1 Ley 26/1985) y a determinadas pensiones de IPA y GI derivadas de ANL -las causadas por quienes no se encuentran en alta o situación asimilada- (art. 140.3 en relación con el art. 138.3 LGSS -94; art. 3.3 Ley 26/1985), sin decir nada de la incapacidad o IPT derivada de ANL”; que “Siendo ello así, y éste sería el segundo paso del razonamiento, las previsiones del art. 140 de la LGSS -94 sobre el cálculo de las BR de las pensiones de invalidez sólo podrían alcanzar a la invalidez permanente por ANL mediante el recurso a la interpretación analógica. Pero este medio de la extensión analógica (aun contando con el tenue apoyo de la referencia en la rúbrica del artículo 140.1 a las ‘contingencias comunes’, entre las que figura el accidente no laboral) no es adecuado en la resolución de la cuestión de interpretación que debemos resolver porque no se dan en ella los presupuestos que justifican su utilización, que son, según el art. 4.1 del Código Civil, la carencia de normas ‘que contemplen’ el ‘supuesto específico’ en litigio, y la ‘identidad de razón’ entre el mismo y el regulado en la norma que se pretende aplicar por analogía “.

3.- Continúa razonando que “ En efecto, en el complejo ordenamiento de la Seguridad Social existe una norma no derogada dedicada específicamente a la fijación de la BR de la pensión de IPT por ANL, que no es otra que el citado art. 7 del Decreto 1646/1972. A él remite con claridad el art. 5.4 del RD 1799/1985, de 2 de octubre, de aplicación y desarrollo de la Ley 26/1985. Dice el citado apartado del art. 5, en su párrafo segundo, en precepto que no ha sido alterado por disposiciones posteriores, que el cálculo de la BR de las pensiones de IPT... derivadas de ANL... continuará rigiéndose por las normas ya en vigor con anterioridad a la Ley 26/1985 “. Señala que “Por otra parte, no existe una total identidad de razón entre los supuestos previstos en el art. 140.1 y 3 de la LGSS -94 (invalidez permanente derivada de enfermedad común

en sus distintos grados; IPA y GI derivadas de ANL) y la IPT derivada de ANL. El dividendo de la base reguladora fijada en el citado artículo 140 de la LGSS (96 meses de cotización) tiene un sustento lógico mayor respecto de pensiones que significan normalmente el apartamiento de la población activa, como las que corresponden a la IPA y GI, o respecto de pensiones que se atribuyen al cabo de una carrera de seguro prolongada. Ni una ni otra circunstancia concurren en la IPT derivada de ANL. Tal situación se define en el derecho vigente en función de la profesión habitual del asegurado en una fase concreta de su vida de trabajo, sin cerrar el paso a su reincorporación a una actividad distinta. A su vez, la presuposición de un historial de seguro prolongado tampoco vale para el ANL de igual modo que para la enfermedad común, por la mayor imprevisibilidad de aquél en lo que concierne al momento de su acaecimiento”. Concluye que “En cambio, y aquí damos el tercero y último paso del razonamiento, la previsión del art. 7 del Decreto 1646/1972 de factores de la BR más cortos -24 meses de cotización divididos por 28- se ajusta a las características peculiares de la situación de IPT del ANL, la cual puede afectar obviamente a trabajadores que llevan escaso tiempo en la vida profesional, y no determina necesariamente su exclusión de la población activa. De ahí que la falta de previsión expresa de este supuesto en el art. 140 de la LGSS -94 deba ser entendida en este caso como mandato de exclusión (inclusio unius, exclusio alterius), y como aceptación de la vigencia de la referida norma reglamentaria anterior” y que “Por su parte, la sentencia también dictada por esta Sala en casación para la unificación de doctrina de 15 de octubre de 2002 (recurso número 832/03) señala que “es evidente que el art. 140 de la Ley de Seguridad Social forma un todo y que su núm. 4 solo es aplicable cuando la BR es calculada conforme al mismo,... Este precepto es aplicable al ANL solo cuando los interesados no se encuentren en alta o situación asimilada, según previene el núm. 3 del art. 140 en relación con el art. 138, núm. 3. Si a los ANL solo le es aplicable el art. 140, en este supuesto - que no es el de autos- surge la cuestión de como ha de ser calculada la BR del ANL en los demás casos, es decir, cuando el accidente esta de alta o situación asimilada... Esta cuestión aunque no esta resuelta positivamente en la Ley de Seguridad Social, si esta prevista en el núm. 4 del art. 5 del Real Decreto 1799/85, de 2 de octubre, que se dicta en aplicación y desarrollo de la ley 26/85 de 31 de julio, ley que en lo sustancial en su art. 3º dispone lo transcrito en el art. 140 del vigente Texto refundido. Con arreglo al precepto citado el cálculo de la BR de los accidentes laborales se realizará según previenen las normas precedentes a la ley 26/85. Es decir, el art. 7 del Decreto 1646/72 de 23 de junio, art. 15,2 a) y 17 de la Orden de 15 de abril de 1969, normas que fijan la BR

ateniéndose a la cotización de 24 meses consecutivos elegidos dentro de 7 años precedentes al hecho causante, y que expresamente excluyen que se computen los meses en que no hubo obligación de cotizar, garantizando en todo caso, en el caso de la invalidez absoluta, no la integración de las lagunas de falta de cotización, sino que se tomaran las bases mínimas de cotización o el salario mínimo interprofesional, art. 17 a) y b) de la Orden de 19 de abril de 1969. Es pues, claro, que si el cálculo de la BR se realiza con arreglo a las normas precedentes a la ley 26/85, cuya regulación es recogida en el art. 140 del vigente Texto refundido de la ley de Seguridad Social, no puede aplicarse una norma aislada de dicho precepto - el núm. 4 del art. 140 - sino que la totalidad del cálculo ha de verificarse con arreglo a la normativa precedente, que tiene sus ventajas, un divisor del cálculo muy inferior, de 24 meses a 96, y sus inconvenientes, no integrar las lagunas en que no se haya cotizado y si garantizar los mínimos del art. 17 de la Orden de 19 de abril de 1969 “.

QUINTO.- Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, es manifiesto que la sentencia de contraste contiene la buena doctrina, y no así la recurrida, que infringió los preceptos antes citados y desarrollados, de forma que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación estimar el que en su día interpuso la Entidad Gestora frente a la sentencia de instancia, que habrá de ser revocada, desestimando la demanda; sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 15- diciembre-2008 (rollo 2850/2008), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia de fecha 29-julio-2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia (autos 767/2007), en procedimiento seguido a instancia de D. Jesús Luis contra el INSS, la TGSS y el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (INEM). Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el que en su día interpuso la Entidad Gestora frente a la sentencia de instancia, que se revoca, desestimando la demanda; sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

(...)



RESEÑA

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



TS
CIVIL

2010/11498

TS Sala 1ª, Sentencia 11 febrero 2010.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Reclamación de fianza a primer requerimiento a entidad bancaria

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que consideró que era exigible la obligación garantizada por la entidad bancaria demandada -fianza a primer requerimiento-, al entender, a diferencia del juez "a quo", que aquella no era sólo la de garantizar el pago de las obras de cimentación para la construcción de un nuevo edificio que no se hizo por imperativo urbanístico, estimando que el tenor del contrato de fianza no permitía establecer la conexión entre la garantía y la obligación no exigible del pago del precio de la obra no iniciada. La sentencia recurrida destacó la escasa claridad de la declaración de la garante, así como la necesidad de una mayor concreción en la determinación de las causas por las que la misma hubiera podido denegar el pago.

2010/11502

TS Sala 1ª, Sentencia 12 febrero 2010.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Compensación en la liquidación económica del contrato de ejecución de obra

El TS declara no haber lugar al rec. por infracción procesal y al de casación -cuyo objeto versa sobre la liquidación económica del contrato de ejecución de obra-, confirmando la sentencia impugnada que estimó parcialmente la reconvención condenando a la entidad constructora demandante inicial a satisfacer a la inmobiliaria demandada la cantidad fijada, una vez compensadas las cantidades debidas relativas al precio de la obra y al retraso en la entrega de la misma derivado de la ejecución del contrato de obra suscrito entre ambas partes para la construcción de un conjunto de casas. Señala la Sala, entre otras consideraciones, que en la acción individual y

social son los presupuestos y requisitos distintos, por lo que no pueden confundirse ni intercambiarse aleatoriamente como pretende una de las partes recurrentes.



TS
PENAL

2009/299994

TS Sala 2ª, Sentencia 12 noviembre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

Delito de vulneración dolosa de trámites del voto por correo

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito de vulneración dolosa de trámites del voto por correo. El TS verifica que la valoración conjunta del material probatorio lleva a la conclusión de que los acusados fueron quienes procedieron a introducir las papeletas en el sobre correspondiente al voto, pues carece de sentido y lógica que los acusados ordenaran a los apoderados que, recibida la documentación de correos, se la entregaran a ellos en la sede del partido, en lugar de acudir con ella cada apoderado a la residencia para que cada poderdante procediera a efectuar su voto, introduciendo la papeleta que deseara en el sobre correspondiente.

2009/299995

TS Sala 2ª, Sentencia 1 diciembre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

Delitos de estafa y receptación: no hubo indefensión

Se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de estafa y receptación. El TS considera que no hubo indefensión alguna derivada de la alteración de las conclusiones provisionales realizada por la acusación pública, por cuanto la prueba practicada condujo al Fiscal a plantear de modo alternativo que podría no haber sido el acusado quien realizó la suplantación, pero siempre mantuvo que abrió la cuenta con la finalidad de recibir el importe de la transferencia, lo que im-

plicaba un acuerdo con quien la había ordenado. Por lo tanto, no se introdujo un hecho nuevo, sino que se suprimió, alternativamente, parte del hecho inicialmente imputado.



TS
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

2010/6431

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 27 enero 2010.
Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

Sanciones a deportistas por utilización de sustancias prohibidas

El TS declara no haber lugar al rec. de casación en interés de ley interpuesto contra la sentencia que anulaba las sanciones impuestas a unos deportistas a los que se les imputó haber cometido infracción grave tipificada en la ley de normas reguladoras del deporte, relativa a cualquier acción u omisión que impida el debido control de sustancias y métodos de consumo o de utilización prohibidos.

El TS fundamenta la desestimación en el exceso de generalidad en la formulación de la pretensión, incompatible con la precisión y concreción exigibles para la doctrina legal que se postula a través de esta modalidad casacional.

2010/4802

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 26 enero 2010.
Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

Pérdida patrimonial por extravío de actuaciones judiciales

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró ajustada a derecho la resolución denegatoria de una reclamación por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La Sala considera que, invocándose el perjuicio derivado del extravío de las actuaciones judiciales, la parte tuvo conocimiento de su realidad y alcance cuando se produjo el mismo, en cuanto afectaba a la ejecución judicial de la sentencia que había obtenido y por lo tanto al contenido de la misma, de manera que des-

de ese momento estaba en condiciones de ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial por tales perjuicios, que solo pueden identificarse con la pérdida patrimonial derivada de la incidencia del extravío de las actuaciones judiciales en la ejecución de citada sentencia, sin que puedan atribuirse al mismo las reclamaciones de cantidad que le fueran formuladas al interesado en otros procesos, de las que, en su caso, debía responder en virtud de las relaciones jurídicas y títulos invocados por los allí recurrentes, en la medida que fueran aceptadas y declaradas por los correspondientes órganos jurisdiccionales en sus resoluciones.



TS
SOCIAL

2009/315119

TS Sala 4ª, Sentencia 10 noviembre 2009.
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Compatibilidad de pensión de orfandad por incapacidad con rentas por trabajo

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el beneficiario accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre pensión de orfandad por incapacidad. Señala la Sala que la cuestión que se plantea consiste en determinar si puede impedir la calificación de un huérfano de edad igual o superior a dieciocho años como incapacitado para el trabajo la mera circunstancia de que, a pesar de su estado patológico incapacitante, haya prestado servicios por cuenta ajena, y al respecto manifiesta que el posterior trabajo por cuenta ajena del actor en ningún momento se ha cuestionado que no fuera compatible con su estado de inválido o que pudiera representar un cambio de su capacidad de trabajo.

22009/315138

TS Sala 4ª, Sentencia 9 diciembre 2009.
Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Disfrute de permiso de lactancia sin pérdida económica

Desestima el TS el rec. de casación formulado por la asociación de empresas de distribución demandada contra sentencia que declaró el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto, que disfruten del permiso de lactancia, a percibir el salario íntegro incluidos los conceptos salariales variables y vinculados a objetivos. Señala el Tribunal que cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el estatuto como en el convenio, que implique pérdida económica para el trabajador, es contraria al espíritu de la ley.