



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2763

Madrid, miércoles 25 de noviembre de 2009



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/229044

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 14 septiembre 2009. Ponente: D. Emilio Frias Ponce

Inexistencia de prescripción

### Devolución de ingresos indebidos realizados en el impuesto sobre sociedades

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria contra la SAN denegatoria de la devolución pretendida en el impuesto sobre sociedades, y en su lugar se estima el recurso contencioso administrativo deducido contra la resolución del TEAC, en cuanto no se pronuncia sobre el derecho a la devolución solicitada, debiendo reconocerse la devolución de esta cantidad, más intereses de demora desde la fecha del ingreso, al ser deducibles los importes satisfechos a los arrendatarios de locales como compensación por la renuncia de sus derechos de arrendamiento, para poder celebrar nuevos contratos con los propietarios a efectos de la instalación de oficinas bancarias. La Sala considera que al vincular al Jefe de la Oficina Técnica la resolución del tema de la devolución a la suerte de la cuestión principal, es obvio que la existencia o no de petición expresa ya no era relevante, ya que la inspección tenía obligación de reconocer de oficio el derecho a la devolución de lo ingresado indebidamente, si al final de las actuaciones así resultaba del expediente; en consecuencia, no cabe hablar de inexistencia de solicitud de devolución de ingresos indebidos, en los años 1988 y 1989, antes de la práctica de las liquidaciones, y menos apreciar una prescripción porque hasta la vía económico-administrativa no se formulase el derecho a la devolución.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes a tener en cuenta para la decisión de los motivos casacionales los siguientes:

1.- Con fecha 16 de julio de 1992 la Oficina Nacional de Inspección incoó a la ahora recurrente actas de disconformidad, correspondientes al Impuesto sobre Sociedades por los ejercicios 1988 a 1991.

La cuestión de fondo controvertida se reducía a determinar la deducibilidad o no de las cantidades pagadas por la entidad a los arrendatarios de locales como compensación por la renuncia de sus derechos de arren-

damiento para poder celebrar nuevos contratos con los propietarios a efectos de la instalación de oficinas bancarias.

La Inspección en los ejercicios 1988, 1989 y 1990 negó la procedencia de la deducción declarada por la amortización llevada a efecto por importe de 18.626.300 ptas., efectuada en los ejercicios 1988, 1989 y 1990, correspondiente a parte de las cantidades abonadas por dicho concepto en ejercicios anteriores, así como la de 416.200.000 ptas. abonadas por idéntico concepto en el ejercicio 1990 y que fueron computadas como gasto deducible en su totalidad, no compartiendo tampoco, en

relación a las actas de los ejercicios 1988 y 1989, la devolución correspondiente pretendida por la entidad, al considerar improcedente ésta el ajuste positivo practicado en las declaraciones, por importes de 195.098.400 ptas. y 291.138.997 ptas., respectivamente.

2.- La Jefe de la Oficina Técnica de la Oficina Nacional de Inspección dictó el 29 de mayo de 1995 acuerdos aprobando las propuestas aumento de la base imponible en 18.626.300 ptas. en los ejercicios 1988 y 1989; en 434.826.300 ptas. en el ejercicio 1990, (resultado de sumar la cantidad de 18.626.300 declarada como amortización y la de 416.200.000 ptas., importe pagado como compensación a arrendatarios en dicho ejercicio) y en 453.452.600 en el ejercicio 1991, (ante la regularización de los ejercicios 1989, 1990), lo que determinó que las bases imponibles comprobadas ascendieran a 1944.442.066 ptas. (1988); - 10.034.686.569 ptas. (1989); - 2.058.790.651 ptas. (1990) y 21.287.697.750 ptas. (1991), dando lugar a una deuda de 8.321.121 ptas. en 1988 (cuota de 6.256.482 ptas. e intereses 2.064.639 ptas.), cero pesetas en los ejercicios 1989 y 1990 y 155.613.596 ptas. en el ejercicio de 1991.

3.- Interpuesta reclamación económico-administrativa, la entidad alegó la prescripción del derecho de la Administración a exigir las deudas tributarias correspondientes a los ejercicios 1988 y 1989, la caducidad del procedimiento inspector en relación con los expedientes relativos a los ejercicios 1990 y 1991 y la nulidad de los actos de liquidación, pretendiendo además la devolución de 170.183.089 ptas. en concepto de ingresos indebidos al no haberse deducido, por el ajuste positivo realizado indebidamente en las declaraciones de los ejercicios 1988 y 1989, los importes de 195.098.400 ptas. y 291.138.997 ptas., respectivamente, satisfechos a arrendatarios de locales como compensación por la renuncia de sus derechos de arrendamiento, todo ello con los intereses de demora correspondientes.

4.- El 19 de noviembre de 2000 el TEAC dictó resolución estimando parcialmente la reclamación económico-administrativa, declarando

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Agresión al honor en la atribución de corrupción en unas declaraciones **8**

Falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de la ilegalidad de actos de las administraciones públicas **9**

#### PENAL

Insuficiente motivación del origen ilícito del dinero decomisado **10**

#### ADMINISTRATIVO

Devolución de ingresos indebidos realizados en el impuesto sobre sociedades **1**

Indemnización por los daños derivados del accidente de una avioneta militar **4**

#### SOCIAL

Necesidad de concurso de méritos para adquirir la condición de fija **13**

Aplicación de acuerdo sobre cómputo de antigüedad a la promoción por experiencia **14**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda liquidada en relación con el ejercicio de 1988, por considerar que, entre la finalización del periodo para la finalización de alegaciones al acta incoada, el día 16 de julio de 1992, y el 1 de junio de 1995, en que se notifican las liquidaciones, las actuaciones inspectoras estuvieron paralizadas injustificadamente durante más de seis meses, habiendo transcurrido más de cinco años desde que se presentó la declaración y la fecha de notificación de la liquidación. En cuanto al fondo acoge, en contra del criterio de la Inspección, las alegaciones deducidas, en el sentido de que las cantidades abonadas a los arrendatarios constituían una indemnización, no siendo asimilables legalmente a la adquisición de un derecho de traspaso, por lo que procedía la deducción fiscal, tanto vía amortización, como vía gasto en el ejercicio en que se abonaron (criterio seguido en 1990).

5.- Disconforme la entidad con dicha resolución, por no responder también a la solicitud de devolución de ingresos indebidos, a su juicio, formulada, en relación a los ejercicios 1988 y 1989, en las actas extendidas el 16 de julio de 1992, por haber efectuado erróneamente sendos ajustes positivos por el mismo concepto en la base imponible de las autodeclaraciones presentadas, promovió recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por la sentencia ahora recurrida, fundándose en las siguientes consideraciones:

A) La voluntad del Banco recogida en las actas del 16 de julio de 1992 fue que deseaba solicitar, en expediente separado, la devolución de ingresos indebidos, al consignarse en las mismas literalmente lo siguiente: "Además, el Banco desea solicitar, en expediente separado, la devolución que corresponda al considerar improcedente el ajuste positivo, practicado en su declaración, por importe de..."

B) En consecuencia, no puede entenderse que la actora solicitara la devolución de ingresos indebidos durante el procedimiento de inspección, por lo que no cabe hablar de denegación presunta de ninguna hipotética solicitud en el acto de liquidación, puesto que nada se había solicitado con anterioridad a la práctica de las liquidaciones controvertidas.

C) Cuando en mayo de 1988 se formula por la recurrente por vez

primera ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (escrito de alegaciones) la petición es claro que ya había prescrito el derecho a la devolución de ingresos indebidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 64 d) de la Ley General Tributaria, a contar dicho plazo de cinco años, con arreglo al artículo 65 de la propia Ley General Tributaria, "desde el día en que se realizó el ingreso indebido", esto es, desde el 14 de julio de 1989 y 29 de mayo de 1990, respectivamente, para los ejercicios 1988 y 1989; y ello también aún en el caso de considerar interrumpido el plazo inicial el 16 de julio de 1992, fecha en que se levantaron las actas de inspección, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 66.2 de la Ley General Tributaria.

D) A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo ha partido, en esta materia de devolución de ingresos indebidos, de la distinción entre errores de hecho y de derecho, dando por sentado que el plazo para las devoluciones basadas en los primeros era el de cinco años previsto en el art. 156, en relación con el 64,d) de la Ley General Tributaria, en tanto que para los derivados de los segundos lo era el de quince días previsto en el Reglamento de procedimiento económico-administrativo para las distintas hipótesis.

SEGUNDO.- La parte recurrente invoca seis motivos de casación, el primero al amparo del art. 88, apartado 1, letra c), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción, y los restantes con arreglo a la letra d) del mismo precepto.

En el primero se imputa a la sentencia falta de motivación, por motivación incorrecta, al no incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en su conjunto, y alejarse de las reglas de la lógica y de la razón, con la consiguiente infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución y 218.2 de la LEC.

En el segundo se alega la aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial tenida en cuenta por la sentencia para fundamentar, "a mayor abundamiento" la desestimación de la pretensión, concretamente de las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1996 y 16 de diciembre de 2002, que establecen la distinción entre errores de hecho y de derecho en materia de devolución de ingresos indebidos, en cuanto no resulta de aplicación a la litis el plazo de quince días, en razón a la fecha en

la que produjo la solicitud de devolución, esto es, el día 16 de julio de 1992, fecha en la que se incoaron las actas por la Inspección y, por tanto, con posterioridad a la publicación del Real Decreto 1163/1990.

El tercer motivo alude a la inaplicación de los artículos 71 y 114.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, vigentes en 1992, ya que deduciéndose el verdadero carácter de las manifestaciones del Banco por parte de la Administración actuante, al no compartir la Inspección los criterios del contribuyente, el que la solicitud no se hubiese realizado conforme establece el art. 4.3 del R.D. 1163/1990 no debería de haber sido obstáculo para tener por formulada la solicitud de devolución de ingresos indebidos y, en consecuencia, resolver la Administración expresamente sobre la misma.

El cuarto motivo se refiere a la inaplicación del art. 9.3 de la Constitución, en cuanto establece el principio de interdicción a la arbitrariedad de los poderes públicos, en conexión con los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución, y con el art. 7.1 del Código Civil y jurisprudencia que tiene reconocido que el principio de buena fe es un principio del ordenamiento que rige en todos sus sectores, también en el administrativo. En particular, sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1990 (y las citadas en la misma) 16 de junio de 1992 y 30 de enero de 2001.

En este motivo se discrepa de la sentencia porque, con la desestimación de la demanda, ha permitido que se mantenga la arbitrariedad y ausencia de buena fe existente en las relaciones Administración-administrado, y que pese a haber sido anuladas por la propia Administración las liquidaciones definitivas practicadas, se deja de restituir lo indebidamente ingresado a través de las autoliquidaciones, y ello con base, y de manera parcial en las actas que redacta la propia Administración, habiéndose alegado, como obstáculo procesal, por primera vez en la vía contencioso-administrativa, que no había existido expresa solicitud de devolución de ingresos indebidos hasta la presentación del escrito de alegaciones ante el TEAC, cuando en los acuerdos de ONI de 29 de mayo de 1995 dicen que dicha cuestión va a ser resuelta juntamente con la relativa al aumento de las respectivas bases imponibles que propone la Inspección en las actas.

En el quinto motivo se denuncia la inaplicación de la disposición transitoria segunda y del art. 8 del Real Decreto 1163/1990, de 21 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para la realización de devoluciones de ingresos indebidos de naturaleza tributaria, y la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en relación con la interpretación y aplicación de dichos preceptos legales, (en particular, sentencias de 21 de septiembre de 1995, 5 de diciembre de 1995, 15 de noviembre de 1996 y 20 de septiembre de 2000) que permitían en la fecha de incoación de las actas (22 de julio de 1992) instar la restitución de lo indebidamente ingresado en relación con los ejercicios correspondientes a los años 1988 y 1989, al no haber transcurrido cinco años desde la presentación de las autoliquidaciones del Impuesto sobre Sociedades, esto es, desde el 14 de julio de 1989 y el 29 de mayo de 1990, respectivamente.

Finalmente, en el sexto y último motivo se pone de manifiesto la inaplicación de los artículos 52.3, 53.2 y 56.1 y, de manera especial, del artículo 60.4, todos ellos del R.D. 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de Tributos, así como del art. 8.4 del Real Decreto 1.163/1990, de 21 de diciembre, y del principio general del derecho que proscribiera el enriquecimiento injusto, de aplicación también a la Administración (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983, 10 de junio de 1988 y 27 de noviembre de 1981).

De estos preceptos legales, a juicio de la recurrente, se desprende que en sede del procedimiento de inspección resulta ajustado a Derecho que, tanto con base en la discrepancia manifestada por el interesado, como por la regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo efectuada por la Inspección, resulte una cantidad a devolver al interesado.

TERCERO.- En el primer motivo la recurrente, por un lado, critica que la sentencia analice sólo un párrafo extractado de las actas, y que otorgue efecto, de forma aislada dentro de todo el documento, a la mención en "expediente aparte", para sacar la conclusión de que la voluntad o intención de Barclays Bank, S.A., era posponer o remitir a un posterior escrito de solicitud de devolución el que la Administración se pronunciasse sobre la misma, sin incidir en los distintos elementos, pues no acude a

la totalidad de las menciones de las actas en relación con el hecho controvertido (si existió o no solicitud de devolución de ingresos indebidos), al no abordar la razón por la que el mismo párrafo que contiene la manifestación del contribuyente concluye con la expresión "La Inspección no comparte el criterio del Banco", ni el análisis de la manifestación que a continuación asimismo se recoge "El Banco desea reclamar, en expediente separado, los intereses de demora derivados del retraso por encima del plazo legalmente establecido, en la devolución de la cuota correspondiente", sin que haya entrado tampoco a valorar un acto posterior a la incoación de las actas, la falta de presentación de escrito independiente, formulando la solicitud de devolución, máxime teniendo en cuenta el importe a que se refería la solicitud de devolución.

A su juicio, tratándose de actas definitivas resulta evidente que la expresión "en expediente separado" en ningún caso puede implicar que la solicitud de devolución de ingresos indebidos se realizara al margen del acto definitiva invocada, ya que ésta incorpora la propuesta de liquidación que, cuando es ratificada por la Jefe de la Oficina Técnica, adquiere la condición de definitiva (art. 120 de la Ley General Tributaria), por lo que la respuesta es clara, al exigir el propio art. 8.2 del Real Decreto 1.163/1990 que la solicitud sea presentada "antes de haber practicado la Administración la oportuna liquidación definitiva".

Por otra parte, discrepa que la sentencia no haya valorado los acuerdos que contienen las liquidaciones definitivas de los años 1988 y 1989, ni de manera individual, ni considerada conjuntamente con las controvertidas actas de la Inspección, al no abordar el porqué de la mención en el Considerando Segundo en los respectivos Acuerdos de que la solicitud de devolución será "cuestión resuelta juntamente con la expuesta", es decir si procedía o no la deducibilidad fiscal de los pagos efectuados.

CUARTO.- Lo primero que se advierte en relación con el primer motivo es el error en que incurre la parte recurrente en su articulación, pues lo hace al amparo del apartado c) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional, denunciando falta de motivación de la sentencia, cuando lo que, en realidad pretende es manifestar su discrepancia sobre las conclusiones a que llega el Tribunal de instancia, como se reconoce al final del mismo al argumentar que, previa estimación del motivo, esta Sala está obligada, no a una nueva valoración de los hechos probados que está vedada en este recurso especial, sino a un análisis crítico del conjunto de actuaciones y manifestaciones, tanto de la Inspección como del contribuyente, que se contienen en las actas modelos A02 (de disconformidad) y modelo A01 (de conformidad) y, de manera espe-

cial, de los Acuerdos dictados por la Jefe de la Oficina Técnica y parte dispositiva de los mismos en la que se hace expresa mención a que las manifestaciones efectuadas por la interesada en las actas en relación con la solicitud de devolución de ingresos indebidos, "será cuestión resuelta juntamente con la expuesta", esto es, con la ratificación o no de la liquidación provisional.

Este motivo debió hacerse por el cauce de la infracción del ordenamiento jurídico, esto es, al amparo del apartado d), y no por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, apartado c), pues la argumentación se conecta con uno de los supuestos de prueba que pueden plantearse en sede casacional, y que aparece reconocido por la jurisprudencia, la infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario, irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y, por ende, infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo.

La invocación equivocada del cauce no puede determinar, sin embargo, en este caso la desestimación del motivo, al no existir duda de la finalidad del motivo, lo que obliga a examinar el alcance de las actuaciones de comprobación realizadas.

QUINTO.- En el presente caso, se siguieron actuaciones de carácter general por el Impuesto sobre Sociedades con la recurrente, respecto de los ejercicios 1988 y 1989, entre otros, que determinaron actas de conformidad, levantándose también actas de disconformidad al surgir la discrepancia entre la Inspección y el Banco sobre la deducibilidad o no de las cantidades pagadas por la entidad a los arrendatarios de locales como compensación por la renuncia de sus derechos de arrendamiento para poder celebrar nuevos contratos con los propietarios para la instalación de oficinas bancarias.

En las actas de conformidad, en su apartado 2º, punto 6, se consignó lo siguiente:

Con la misma fecha, se extiende acta de disconformidad por el mismo Impuesto y ejercicio, proponiéndose un aumento adicional a la base imponible de 18.626.300 ptas.

Además, el Banco desea solicitar, en expediente separado, la devolución que corresponda al considerar improcedente el ajuste positivo, practicado en su declaración por importe de..... (varía según el año) pagadas a arrendatarios por la extinción de derechos de arrendamientos

sobre locales en que se han instalado nuevas oficinas del Banco).... La Inspección no comparte el criterio del Banco.

Además, el Banco desea reclamar, en expediente separado, los intereses de demora derivados del retraso, por encima del plazo legalmente establecido, en la devolución de la cuota correspondiente.

Excepto en lo que se refiere al último punto citado, ambos actos suponen la regularización definitiva del Impuesto sobre Sociedades...

Luego en cada acta de disconformidad, en la que se propone un aumento en la base imponible por importe de 18.626.300 ptas., correspondiente a la amortización de

■

*"...al vincular la Jefe de la Oficina Técnica la resolución del tema de la devolución a la suerte de la cuestión principal, es obvio que la existencia o no de petición expresa ya no era relevante, ya que la Inspección tenía obligación de reconocer de oficio el derecho a la devolución de lo ingresado indebidamente, si al final de las actuaciones así resultaba del expediente,..."*

■

determinadas cantidades pagadas, en ejercicios anteriores, a arrendatarios de los locales se señaló lo siguiente:

5º. El compareciente manifestó su disconformidad con los hechos y disconformidad con las Fundamentos de Derecho y con la liquidación propuesta, téngase por reproducido aquí lo que se dice en el punto 2.6.2 párrafo AO1 núm. (varía según el ejercicio).

Lleva razón la recurrente cuando denuncia que la Sala de instancia se atiene exclusivamente a la literalidad de la expresión contenida en la primera parte de un párrafo de las actas, que alude a que la voluntad del Banco es solicitar, en expediente separado, la devolución de ingresos indebidos, para denegar la pretensión deducida, por no haber existido solicitud durante el procedimiento inspector.

Sin embargo, en contra de lo que concluye la sentencia recurrida, analizando conjuntamente el contenido de todas las manifestaciones consignadas en las distintas actas, hay que entender que el Banco no sólo se opuso al aumento de la base imponible por el concepto controvertido, que pretendía la Inspección, sino que además alegó la procedencia de la devolución de los ingresos indebidos realizados en los ejercicios 1988 y 1989, ante el ajuste positivo realizado en las declaraciones presentadas, por entender equivocadamente que las cantidades de 195.098.400 ptas. y 291.138.997 ptas. satisfechas a diversos arrendatarios y, contabilizadas como gasto corriente, no eran fiscalmente deducibles.

Es cierto que el actuario comenzó consignando que el "Banco desea solicitar, en expediente separado, la devolución que corresponda....", pero no lo es menos a continuación expresó que no compartía el criterio del Banco, que solo podía referirse a que se solicitase la devolución de ingresos indebidos, en esos momentos, lo que explica que el Banco manifestase a continuación su deseo de reclamar, en expediente separado, los intereses de demora derivados del retraso en la devolución de la cuota correspondiente.

En todo caso, no cabe desconocer que la sentencia de instancia no tomó en consideración tampoco que la Jefe de la Oficina Técnica, al dictar los acuerdos practicando liquidación definitiva, en relación con las actas de disconformidad de los ejercicios 1988 y 1989, expresó en relación con los pagos que por igual concepto tuvieron lugar en el mismo ejercicio, y que dieron lugar al ajuste positivo realizado por el propio contribuyente, que "será cuestión resuelta juntamente con la expuesta", habiendo aludido con anterioridad al cuestionado aumento de la base imponible propuesto por el actuario.

De esta forma, al vincular la Jefe de la Oficina Técnica la resolución del tema de la devolución a la suerte de la cuestión principal, es obvio que la existencia o no de petición expresa ya no era relevante, ya que la Inspección tenía obligación de reconocer de oficio el derecho a la devolución de lo ingresado indebidamente, si al final de las actuaciones así resultaba del expediente, ante lo que disponía el art. 53.2 del Reglamento General de la Inspección de Tributos, esto es, que cuando de la regularización resultase una cantidad a devolver al interesado, la liquidación derivada del acta que se incoe, servirá para que la Administración inicie de inmediato el correspondiente expediente de devolución de ingresos indebidos.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias la crítica que se hace a la sentencia de instancia por la recurrente tiene que ser compartida.

No cabía partir, pues, de inexistencia de solicitud de devolución de ingresos indebidos, en los años 1988 y 1989, antes de la práctica de las liquidaciones, y menos apreciar una prescripción porque hasta la vía económico-administrativa no se formulase para la Sala el derecho a la devolución.

Al desestimar la Inspección la cuestión de fondo no venía obligada a pronunciarse sobre el tema de la devolución, pero al reconocer el TEAC la procedencia de deducir como gastos los pagos controvertidos, una respuesta era necesaria sobre la solicitud de devolución planteada en el curso de la actuación inspectora, o al menos la decisión de remitir al órgano de gestión las actuaciones para la resolución pertinente, al haberse reiterado en vía económico-administrativa la petición en las alegaciones deducidas el 8 de mayo de 1998, sin que la prescripción del derecho a liquidar que apreció en relación con el ejercicio de 1988, por inactividad de la Administración, pudiera ser obstáculo, para no favorecerla no obstante la interrupción injustificada de sus actuaciones durante casi tres años.

SEXTO.- Por lo expuesto, procede estimar el primer motivo y, por las mismas razones anular la sentencia recurrida, con la consiguiente estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente, en cuanto confirma la resolución del TEAC no obstante omitir un pronunciamiento sobre el derecho a la devolución de 170.183.089 ptas. interesada en concepto de ingresos indebidos, del Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1988 y 1989, que necesariamente tenía que ser favorable para el contribuyente dado el criterio que sentaba sobre el tema principal, debiendo reconocer la Administración la devolución de dicha cantidad, más intereses de demora, desde la fecha de ingreso, por resultar deducibles fiscalmente, durante esos años, respectivamente, los importes de 195.098.400 ptas. y 291.138.997 ptas., satisfechos a los arrendatarios de locales, sin que se aprecien circunstancias especiales para una expresa imposición de costas, debiendo cada parte satisfacer las causadas en el recurso de casación.

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

#### FALLO

Primero.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Barclays Bank, S.A., contra la sentencia de 3 de febrero de 2003, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sentencia que se casa y anula.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto

por Barclays Bank, S.A., contra la resolución del TEAC de 19 de noviembre de 2000, con anulación de la misma, en cuanto no se pronuncia sobre el derecho a la devolución de 170.183.089 ptas., pretendida, debiendo reconocerse la devolución de esta cantidad, más intereses de demora desde la fecha del ingreso, al ser deducibles los importes satisfechos a que se refiere la demanda en el Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1988 y 1989.

Tercero.- No efectuar imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frias Ponce.- Ángel Aguillo Avilés.- José Antonio Montero Fernández.

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

2009/229079

TS Sala 3ª, Sección 6, Sentencia 18 septiembre 2009. Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

### Inaplicación de baremos Indemnización por los daños derivados del accidente de una avioneta militar

*El TS estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado al estrellarse una avioneta del ejército en el domicilio familiar del recurrente, y en su lugar, se reconoce que dicha cantidad debe incrementarse, cantidad a la que se añaden los correspondientes intereses moratorios. La Sala considera que debe darse prevalencia, con ciertas salvedades, a los informes periciales emitidos a instancia de parte, elaborados por técnico competente y resultado de unos métodos de diagnóstico específicos y adecuados, con una valoración razonada y razonable de la evolución de la enfermedad del recurrente tras su tratamiento y precisamente por quien lo ha atendido psicológicamente, y en consecuencia, considera que a la indemnización establecida en la instancia, deben sumarse 120.535, 77 euros, destacando que el baremo sobre responsabilidad civil derivada de*

*accidentes de circulación tiene un simple valor orientativo, que requiere su adaptación al caso concreto, y el caso examinado se revela especialmente trágico, y por ello acreedor de un resarcimiento que, si bien es de muy difícil valoración, lo que está claro es que no se consigue con la aplicación de un baremo previsto para acontecimientos menos dramáticos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso administrativo el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 14 de septiembre de 2007, por el que, a propuesta del Ministro de Defensa, se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y se acuerda indemnizar a D. Rodrigo, con estimación parcial de su reclamación, en la cantidad de 742.963,19 euros.

SEGUNDO.- Admitida en la resolución recurrida la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y fijándose la indemnización en la cuantía expresada en el precedente, la única cuestión sometida a nuestra consideración en el escrito de demanda es la relativa a la conformidad o no a derecho del "quantum" indemnizatorio reconocido por la Administración demandada, cifrado en 742.963,19 euros, con el que el recurrente se muestra disconforme, elevándolo en 184.699,51 euros.

Para una mejor comprensión del tema objeto de debate, parece oportuno significar que los 184.699,51 euros que el recurrente, en definitiva, reclama a mayores en su escrito de demanda con relación a la cantidad reconocida por la Administración, corresponden a las siguientes partidas: 103.093,89 euros por secuelas y lesiones psicológicas; 360 euros por gastos por tratamiento psicológico; 6.392,10 euros por días de incapacidad; 11.213,52 euros por el concepto de intereses y 63.640 euros por daños morales producidos por la pérdida de objetos.

Con igual finalidad también parece oportuno indicar que la responsabilidad patrimonial admitida deriva del accidente aéreo militar ocurrido el 2 de septiembre de 2005, cuando una avioneta del Ejército del Aire, modelo CASA C-101, matrícula U....., que había despegado de la Academia General del Aire, en San Javier (Murcia), para realizar una misión de entrenamiento, se estrelló en el casco urbano de la localidad de Baeza (Jaén), causando el fallecimiento de la esposa e hija del recurrente, de nueve meses de edad, cuyos restos no pudieron ser recuperados, lesiones de naturaleza psicológica en el recurrente y daños materiales en el inmueble en el que las fallecidas se encontraban por ser el domicilio familiar, así como la pérdida de numerosos bienes muebles.

TERCERO.- La resolución administrativa recurrida reconoce al recurrente por el concepto de daños psicológicos la cantidad de 16.424,55 euros. Se dice en el fundamento de derecho sexto de aquella que los daños psicológicos se concretan en "trastorno por estrés posttraumático de intensidad grave, asimilado a neurosis posttraumática grave"; que "guardan relación de causalidad directa con el accidente aéreo"; que fueron "valoradas por la Junta Médico Pericial Ordinaria en 15 puntos"; que debe aplicarse "a efectos de cálculo de la indemnización, los criterios establecidos en el referido Real Decreto Legislativo 8/2004", con "la actualización de cuantías que para el año 2005 (año en que se produjo el siniestro) preveía la Resolución de 7 de febrero de 2005 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones"; que "En la Tabla III de dicha resolución, dedicada a las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales) se atribuye a cada punto un valor, en función de la edad del interesado que, en este caso, tenía en la fecha en que se produjo el siniestro 32 años, siendo en este caso concreto el valor de cada punto de 894,97 euros. Por consiguiente, aplicando los criterios recogidos en la Resolución citada, la indemnización que correspondería al reclamante sería, en principio, de 13.424,55 euros" y que "No obstante, resulta procedente incrementar dicha cuantía hasta los 16.424,55 euros, atendiendo a las especiales circunstancias que concurren en estos hechos, entre otras la ruptura y pérdida de contacto con su vida anterior, al haber desaparecido como consecuencia del accidente numerosas fotografías y documentos familiares de gran valor sentimental o la imposibilidad de desempeñar su trabajo habitual, debido a su estado psicológico".

Y en discrepancia con la resolución recurrida en el indicado extremo, lo que el recurrente aduce es en resumen y sustancialmente lo siguiente:

Primero.- La indemnización fijada debe incrementarse con el denominado "plus de aflicción" en atención a la naturaleza dolosa de la conducta originadora de los perjuicios.

Segundo.- Se omite improcedentemente indemnización por los días de incapacidad del recurrente originados por los daños psicológicos.

Tercero.- Se incurre en error a la hora de denominar y valorar las secuelas fijadas.

Por lo que se refiere al incremento de la indemnización por el concepto enunciado de daños psicológicos y en aplicación del "plus de aflicción" que el recurrente alega con apoyo en que las lesiones son consecuencia de un concurso de delitos dolosos (homicidios, daños y lesiones), expresamente excluidos de la aplicación de

los criterios que para la determinación de la responsabilidad y la indemnización contempla el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, en su redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados (apartado primero 1 del Anexo), es de indicar que esta Sala con reiteración viene proclamando que, si bien la utilización de los baremos sobre responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación puede ser admisible, tienen un carácter orientativo y no vinculante, por lo que su aplicación requiere una adaptación al caso concreto de que se trate (sentencias de 2 de marzo de 2009 -recurso de casación 6180/2004-; de 2 de diciembre de 2008 -recurso de casación 6180/2004- y de 10 de abril de 2008 -recurso de casación 7045/2003-, entre otras muchas). Y es conveniente indicarlo, pues con independencia de la naturaleza dolosa que el recurrente atribuye a la conducta originadora de los perjuicios causados, por cierto sin reparar en que tal valoración corresponde a la jurisdicción penal cuyo pronunciamiento al respecto no consta, nada cabe objetar a su alegación relativa al carácter referencial del baremo que se aplica en la resolución administrativa impugnada.

En sentencia de este Tribunal de 9 de junio de 2009 (recurso de casación 1822/2005), decíamos, y debemos reiterar ahora, que “la cuantificación de la indemnización, cuya insuficiencia se denuncia por la recurrente y que ha de calcularse con arreglo a los criterios establecidos en el art. 141 de la Ley 30/92, como señala la sentencia de 25 de noviembre de 2004, debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado, o como señala la sentencia de 6 de noviembre de 1998, “la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables, partiendo de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre y 4 de diciembre de 1980, 14 de abril y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 10 de junio, 12 y 22 de noviembre de 1985)”, que

“Ello incluye la reparación del daño moral, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (S.S. del T.S. de 20 de julio de 1996, 26 de abril y 5 de julio de

1997 y 20 de enero de 1998, citadas por la de 18 de octubre de 2000), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso”, que “A la hora de efectuar la valoración, como señala la sentencia de 10 de abril de 2008, “la Jurisprudencia (SSTS 20 de octubre de 1987; 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria. La STS de fecha 19 de julio de 1997 habla de la existencia de un innegable “componente subjetivo en la determinación de los daños morales”, y que “En todo caso, cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio, claro está, de la incidencia que debe tener la existencia de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso que nos ocupe.”

En cuanto a lo que el recurrente denomina “errónea valoración y denominación de las secuelas fijadas para el lesionado por la Junta Médico Pericial” y que fundamenta en la aplicación de la Ley 30/1995 sin la actualización obligada conforme a la Ley 34/2003, de 4 de noviembre de 2003, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, y al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, tampoco nada cabe objetar al recurrente cuando argumenta que las lesiones fijadas para el lesionado por la Junta Médico Pericial -recordemos: “trastorno por estrés postraumático de intensidad grave, asimilado a neurosis postraumática grave”- no se contemplan en el Real Decreto Legislativo 8/2004. En efecto, la neurosis postraumática expresamente contemplada como secuela en la Tabla VI, capítulo 1, del Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de Vehículos a Motor, en su redacción dada por la Ley 30/1995, no se recoge expresamente en el Texto Refundido del 2004 que, bajo el epígrafe de síndromes psiquiátricos, distingue entre “trastornos de la personalidad”, “trastorno del humor” y “trastornos neuróticos”, incluyendo, entre los

primeros, el síndrome posconmocional (cefaleas, vértigos, alteraciones del sueño, de la memoria, del carácter, de la libido) y el trastorno orgánico de la personalidad, con la calificación de leve, moderado, grave y muy grave; entre los segundos, los trastornos depresivos reactivos, y entre los terceros, esto es, dentro de los neuróticos, los originados por estrés postraumático y otros trastornos neuróticos. Pero, y en ello discrepamos de la argumentación del recurrente, lo que no cabe es que de esa no contemplación expresa en el indicado Texto del 2004 de la “neurosis postraumática”, se infiera una errónea denominación y valoración de las lesiones padecidas por parte de la Junta Médico Pericial; ni mucho menos que ampare la pretensión de que se valoren con un total de 68 puntos, 50 por un trastorno de la personalidad grave, 3 por estrés postraumático y 15 por síndrome posconmocional.

Con independencia del carácter orientativo del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, lo cierto es que dentro del epígrafe “trastornos neuróticos” se distingue, conforme ya vimos, el originado por estrés postraumático de otros que no específica, por lo que mal cabe sostener con éxito que no contempla la “neurosis postraumática”. Pero es que además, lo que se diagnostica por la Junta Médico Pericial es un “trastorno por estrés postraumático” contemplado expresamente en el indicado Real Decreto Legislativo. La circunstancia de que se le hubieran reconocido 15 puntos cuando por estrés postraumático el texto precedentemente citado prevea de 1 a 3 o cuando por otros trastornos neuróticos establezca de 1 a 5, tampoco puede servir de apoyo a la tesis que el recurrente sostiene. En su caso podría habilitar a apreciar un exceso en la cuantía de la indemnización reconocida que ya no solo por razones de obligada congruencia sino también para no incurrir en “*reformatio in peius*”, no es procedente considerar.

Cuestión distinta es la relativa a si el diagnóstico y valoración de la Junta Médico Pericial debe ceder ante el emitido a instancia de la recurrente por la psicóloga D<sup>a</sup> Milagros.

A los folios 539 y 540 del expediente obra acta de la Junta Médico Pericial. En la parte del acta obrante al folio 540, bajo el epígrafe “Resultados del reconocimiento previo”, se expresa literalmente que el recurrente presenta “Cuadro caracterizado por ansiedad, conductas de emoción, recuerdos recurrentes y elaboración depresiva, todo ello interfiriendo en su comportamiento habitual. Trastorno de estrés postraumático”, y en la parte obrante al folio 539, bajo igual epígrafe, “Trastorno por estrés postraumático de intensidad grave. Dicho diagnóstico correspondería por similitud con neurosis postraumática grave. Se recomienda en el momento del estudio del peritado que se someta a tratamiento psiquiátrico lo antes

posible”. Y en ambos folios puede leerse: “Informe de la Junta Médico Pericial: Patologías incluidas en las Tablas de Valoración de Secuelas, anexas a la Ley 30/95, de Seguros Privados. Puntuación: 15 puntos”. Y al folio 681, en contestación a la solicitud de aclaración respecto a si dicha acta sufriría modificación en los puntos asignados si se tuviera en cuenta la normativa constituida por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, obra oficio del Coronel Médico Presidente de la Junta Médico Pericial dando una respuesta negativa.

Debe significarse que era deseable, incluso exigible, que en el oficio-informe aclaratorio precedentemente citado, la respuesta negativa fuera revestida de una al menos mínima explicación en atención a los puntos que el Real Decreto Legislativo 8/2004 asigna al estrés postraumático o a otros trastornos neuróticos, pero tampoco ese deficiente informe aclaratorio habilita por si solo la pretensión de que se valoren a efectos indemnizatorios lesiones psicológicas del recurrente con 68 puntos (50 por trastorno de la personalidad grave, 3 por estrés postraumático y 15 por síndrome posconmocional).

Lo realmente relevante para decidir la cuestión litigiosa que examinamos, y así lo plantea también el recurrente en su escrito de demanda, es si la valoración realizada por la Junta Médico Pericial debe ser cuestionada en atención a los medios de diagnóstico por dicha Junta utilizados y que dicha parte limita a “unos test psicológicos no especificados” “sin seguimiento específico en trabajos destinados a su restablecimiento o mejoría”.

Conforme al contenido de las actas obrantes a los folios 539 y 540, a las que nos referimos con anterioridad, no es posible conocer qué concretos métodos de diagnóstico fueron utilizados por la Junta Médico Pericial. Se hace mención a un “reconocimiento previo” no especificado que en ningún momento se llega a concretar. Además, con la recomendación de un tratamiento psiquiátrico “lo antes posible”, implícitamente se reconoce un estado evolutivo en el padecimiento, que en el acta se caracteriza por un estado de ansiedad, así como por conductas emotivas, recuerdos recurrentes y depresión, con interferencia en el comportamiento habitual.

Frente a ello nos encontramos con el informe de la psicóloga clínica D<sup>a</sup> Milagros, emitido el 6 de octubre de 2005, a instancia del recurrente, y obrante a los folios 470 y 471 del expediente, en el que lo que si bien se diagnostica al recurrente, al igual que la Junta Médico Pericial, es un “trastorno por estrés postraumático”, se pronostica como seguro, aún pese al éxito de la terapia que se recomienda, la aparición de modificacio-

nes permanentes de la personalidad.

En dicho informe, ratificado en periodo probatorio, después de especificar las actuaciones practicadas y que se concretan en "entrevista clínica", "escala de ansiedad de Hamilton", "cuestionario de depresión de Beck" y "escala de inadaptación de Echeburua y Corral", expresa lo siguiente:

"Rodrigo acude a consulta porque desde el día 2 de septiembre del presente su vida ha cambiado tan drásticamente que todavía está en pleno embotamiento global psicológico. El grupo de psicólogos de emergencia han venido algunos días a visitarlo a él y al resto de la familia pero le han aconsejado que sería necesario que recibiera ayuda psicológica más individualizada.

El estaba trabajando en el campo con sus animales cuando vio que el avión volaba muy abajo y al verlo estrellarse tuvo el presentimiento de que había caído en su casa, fue corriendo y comprobó que así era, intentó subir por las escaleras pero todo estaba derrumbado, se subió por los balcones y al entrar vio como todo estaba ardiendo lleno de humo y toda la parte posterior de la casa había desaparecido, encontró los hierros pelados de la cuna de su hija, pero ninguna señal ni de su mujer ni de su hija. En la desesperación y angustia seguía teniendo la esperanza de que hubieran salido antes del impacto, pero no fue así ya que ese mismo día más tarde encontraron el cuerpo descuartizado y totalmente quemado de su mujer. Permaneció en el lugar hasta que los bomberos dieron por concluida la búsqueda de la niña sin llegar a encontrar ningún resto de ella.

En la entrevista manifiesta todo tipo de síntomas de angustia y desesperación, no consigue dormir y cuando lo hace tiene pesadillas y sueños relacionados con ellas, la apatía y la incontrabilidad es total.

Recuerda una y otra vez lo sucedido y al no encontrar indicios de su hija se pregunta una y otra vez qué pasaría con ella, imaginándose a veces que alguien la tiene, otras que está totalmente quemada y evaporizada, aparece en su mente la imagen de cómo quedó el cuerpo de su mujer. No le ha quedado nada, ninguna foto, ni ropa de su mujer ni de su hija, en definitiva nada de lo que era su vida antes.

En la Escala de Ansiedad aparecen múltiples y variados síntomas de ansiedad: pesimismo, recelo, irritabilidad, sensación de tensión, fatiga, congoja, miedos, insomnio, dificultad para concentrarse y mala memoria, actitud deprimida, síntomas somáticos tanto musculares como sensoriales, cardiovasculares respiratorios, inapetencia y vegetativos.

En el Cuestionario de Depresión aparecen 25 síntomas depresivos por

lo que Rodrigo presenta depresión grave.

Y en cuanto a la Escala de Inadaptación se ven afectadas todas las áreas de la vida de Rodrigo: trabajo, vida social, tiempo libre, vida familiar, relación de pareja y escala global.

En base a la información aportada por Rodrigo como por los resultados de las distintas pruebas diagnósticas a Rodrigo trastorno por estrés posttraumático; recomiendo terapia psicológica para ayudarlo a afrontar, orientar, adaptar y asimilar este trauma, actuando sobre la hipervigilancia, apatía y conductas de evitación, indefensión e incontrabilidad. Pronosticando que aunque la intervención sea un éxito aparecerán modificaciones permanentes en su personalidad, es decir secuelas psicológicas o daño psicológico crónico".

Además, en el acto de la prueba testifical-pericial la indicada especialista valora con 68 puntos los trastornos psicológicos del recurrente al apreciar trastorno de personalidad grave, estrés posttraumático y síndrome posconmocional, (pregunta cuarta del interrogatorio del recurrente); manifiesta que se ha producido en el recurrente un trastorno de adaptación a su nueva situación, puntualizando que "Después del accidente el Sr. Rodrigo ya no ve las cosas como antes de la pérdida de su mujer y su hija, se siente indefenso, su vida no tiene sentido y todo lo realiza de forma automática (trabaja porque tiene que trabajar), su vida ha cambiado, de estar viviendo en compañía de su mujer y su hija ha tenido que regresar a casa de sus padres y manifestando en todo momento amnesia afectiva, esto es, no le afecta el sufrimiento de los demás, pues estima que lo que a él le ha ocurrido es lo más grave, pero a la vez no tolera ver noticias relacionadas con muertes trágicas singularmente si derivan de accidentes aéreos, como el que en reciente fecha ha ocurrido en el aeropuerto de Barajas" (pregunta novena), y al ser interrogada por el Sr. Abogado del Estado sobre en qué discrepa del informe del Tribunal Médico Militar, manifiesta que su diagnóstico coincide y que las diferencias radican en la baremación que ella realizó en función del examen que hizo del recurrente en octubre de 2007, con remisión a un informe de dicha época, de fecha 24 de octubre de 2007, aportado con posterioridad a los autos, en el que se especifican como métodos de diagnóstico los siguientes:

"Entrevista clínica a D. Rodrigo. Escala de ansiedad de Hamilton. Cuestionario de depresión de Beck. Escala de inadaptación de Echeburua y Corral. Escala de trauma de Davidson (DTS). Cuestionario de Personalidad (PNP)"; y en el que literalmente se dice "En la entrevista Luis me comenta que no hay día que no recuerde lo que pasó, dichos recuerdos siguen siendo muy dolorosos, sigue

evitando aquellas cosas que le recuerden lo ocurrido (evita pasar por la calle), continúa sin recordar escenas de aquel día, y es verdad que sale más pero lo hace sin ganas y un poco forzado por la situación ya que se pregunta ¿qué hago todo el día metido en casa de mis padres recordando una y otra vez lo que ocurrió?, ya no están aquí mi mujer ni mi hija que eran todo para mí.

Del dinero y del ministerio no quiere hablar, solo quisiera que la gente que le felicita por el dinero soñara una noche que les pasa lo mismo que a él y así comprenderían por lo que él está pasando. Ha incrementado la tasa de alcohol y de tabaco. Está experimentando que se queda inmune ante el sufrimiento de los demás; sigue sin poder resistir las noticias que salen en televisión, el otro día cuando vio en la televisión el asesinato de dos guardias civiles tuvo que abandonar el salón en el que estaba con sus padres, irse al patio y llorar, ya que todo le recuerda el día en que cambió su vida.

Piensa mucho en su hija, en los momentos que se está perdiendo, sus primeros pasos, la entrada al colegio, en Navidades los recuerdos se vuelven insoportables. Se repite una y otra vez por qué no fue él el que estuviera en casa. La imagen de su mujer carbonizada y mutilada no se le olvida.

En la Escala de Ansiedad aunque los niveles de ansiedad son más bajos siguen apareciendo gran cantidad de síntomas como son: pesimismo, recelo, irritabilidad, sensación de tensión, congoja, llanto fácil, miedo a los aviones, dificultad de concentración, pérdida de interés, oscilaciones diurnas, dificultad para conciliar el sueño y pesadillas.

En cuanto al Cuestionario de Depresión 24 síntomas positivos por lo que Rodrigo presenta depresión grave.

En la Escala de Inadaptación refleja que siguen viéndose afectadas todas las áreas de su vida: trabajo, vida familiar, relación de pareja, vida social, tiempo libre y escala global.

En la Escala de Trauma de Davidson aparece una puntuación 40, por lo que revela la presencia de trauma.

En el Cuestionario de Personalidad (PNP) las tendencias neuróticas y psicopáticas sobresalen con un centil 70.

En base a la información aportada por Rodrigo, a los resultados extraídos tanto de la entrevista como de las distintas pruebas, y después de haber recibido intervención psicológica Rodrigo manifiesta Trastorno de Adaptación con las siguientes secuelas: (realizando transmutación del baremo ley 30/95 de tráfico)

Síndrome Posconmocional.....15 puntos

Trastorno de Personalidad Grave.....50 puntos

Trastorno por Estrés Posttraumático..... 3 puntos."

Y en el extremo relativo a los días de curación la Sra. Milagros, al contestar a la pregunta séptima del interrogatorio de la parte recurrente los días de curación son 210 días, 30 impeditivos y 180 no impeditivos, debiéndose resaltar que en la resolución recurrida, como ya vimos, concretamente al final del fundamento de derecho sexto, se reconoce sin concreción alguna la imposibilidad de que el recurrente pudiera desempeñar su trabajo habitual, debido a su estado psicológico, circunstancia que junto con otras concurrentes (ruptura y pérdida de contacto con su vida anterior por la desaparición de objetos de valor sentimental -fotografías y documentos familiares- y otras no especificadas) determina a la elevación de la indemnización por lesiones psicológicas de 13.424,55 euros a 16.424,55 euros.

Pues bien, de conformidad con lo expuesto, debe darse prevalencia, con las salvedades que se dirán, a los informes de la Sra. Milagros que aunque emitidos a instancia de parte, tras su ratificación en autos, con las garantías procesales que ello conlleva, no cabe dudar de su objetividad e imparcialidad; están elaborados por técnico competente y son resultado de unos métodos de diagnóstico específicos y adecuados, con una valoración razonada y razonable de la evolución de la enfermedad del recurrente tras su tratamiento y precisamente por quien lo ha atendido psicológicamente.

Pero decimos que esa prevalencia ha de serlo con salvedades, pues si bien ningún reproche puede hacerse al dictamen de la Sra. Milagros en el extremo que concreta los días de incapacidad del recurrente, a saber, 30 días impeditivos y 180 no impeditivos, lo que no cabe aceptar es el dictamen de mención en el apartado relativo a la descripción de las secuelas que con una asignación de 68 puntos se fundamenta en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004.

El trastorno orgánico de la personalidad que califica de grave la Sra. Milagros supone, de conformidad con el anexo del Real Decreto Ley 8/2004, de 29 de octubre, una "limitación grave que impide una actividad útil en casi todas las funciones sociales e interpersonales diarias" y "requiere supervisión continua y restricción al hogar o a un centro" y nada de ello se infiere de los datos fácticos por ella facilitados en sus informes pues si bien, y como ya expusimos, en el de 6 de octubre de 2005, se hace referencia a la inadaptación en todas las áreas de la vida, con recomendación de terapia psicológica "para ayudarlo a afrontar, orientar, adaptar y asimilar este trauma, actuando sobre la

hipervigilancia, apatía y conductas de evitación, indefensión e inconstruibilidad" así como a un pronóstico de modificaciones permanentes de la personalidad incluso cuando la intervención o tratamiento sea un éxito, y en el de 24 de octubre de 2007 se indica que siguen viéndose afectadas todas las áreas de su vida, lo que en ningún momento se facilita en esos informes, son datos que con nitidez permitan apreciar un impedimento en el recurrente para una actividad útil en casi todas las funciones sociales e interpersonales diarias que requiera supervisión continua y restricción al hogar o a un centro.

Tampoco, en atención a los informes de referencia, es posible apreciar en el recurrente trastorno orgánico de la personalidad moderado, que según el Real Decreto Legislativo 8/2004, supone una limitación moderada de algunas, pero no de todas las funciones interpersonales y sociales de la vida cotidiana, y que exige necesidad de supervisión de las actividades de la vida diaria.

Por el contrario sí permiten dichos informes apreciar que los padecimientos del recurrente exceden de un trastorno orgánico de la personalidad leve, caracterizado, según la normativa citada, por una limitación leve de las funciones interpersonales y sociales diarias.

También debemos rechazar el informe de la Sra. Milagros en el extremo que además de fijar como secuela un trastorno orgánico de la personalidad grave, también considera como secuelas estrés posttraumático y síndrome posconmocional sin reparar en que en el Anexo del Real Decreto Legislativo tantas veces citado y que tiene en cuenta, contiene una regla general bajo el núm. 2 que previene que

"Una secuela debe ser valorada una sola vez, aunque su sintomatología se encuentre descrita en varios apartados de la tabla..." y que "No se valorarán las secuelas que estén incluidas y/o se deriven de otra, aunque estén descritas de forma independiente".

Dicho lo anterior, en aplicación del baremo, resultaría procedente fijar como indemnización por el concepto de trastorno orgánico de la personalidad leve, 20.387 euros, resultado de reconocer los 20 puntos que para dicho trastorno se prevé como máximo (de 10 a 20 puntos) en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, de multiplicar los 20 puntos por 1.019,35 euros, valor este asignado al punto en la Resolución de 7 de febrero de 2005, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, para edades comprendidas entre 21 y 40 años, -recordamos que el recurrente, según se reconoce en la resolución recurrida, tenía a la fecha del siniestro 32 años-.

Y por el concepto de incapacidad laboral 6.600,32 euros, corolario de multiplicar los 30 días improductivos para el desarrollo de la actividad habitual por 47,28 euros, los 180 no improductivos por 25,46 euros, suma de ambos resultados y la aplicación de un porcentaje de aumento del 10%, todo ello en aplicación de las previsiones de la citada Resolución de 7 de febrero de 2005.

Pero ya hemos dicho, de conformidad con reiterada jurisprudencia, que el baremo tiene un simple valor referencial u orientativo que requiere su adaptación al caso concreto. Previsto para determinar la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación de vehículos a motor, mal cabe su aplicación o al menos sin correcciones al caso de autos, en el extremo relativo a la indemnización de las secuelas del recurrente. No se puede dejar de valorar que el fatal desenlace se produce cuando la esposa e hija del recurrente se encontraban en el domicilio familiar y que el siniestro es contemplado por este cuando estaba trabajando en el campo, quien al acudir de inmediato a comprobar lo ocurrido se encuentra con su casa en parte derrumbada y en parte ardiendo, sin señales de su mujer y de su hija.

Y es que las circunstancias con las que se presentan los acontecimientos, se revelan como especialmente trágicas, espeluznantes, conmovedoras, y por ello acreedoras de un resarcimiento que, si bien es de muy difícil valoración, lo que está claro es que no se consigue con la aplicación de un baremo previsto para acontecimientos menos dramáticos y en atención a las responsabilidades de las compañías aseguradoras contratantes de seguros de vehículos a motor.

Por otro lado, no parece ocioso recordar los estados de ansiedad, de depresión, de inadaptación, de trauma y de neurosis y psicopatía que dictamina la psicóloga Sra. Milagros en su informe de 24 de octubre de 2007, pues la gravedad que en dicho informe se describe, con independencia de su inadecuado encuadramiento en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, como trastorno orgánico de la personalidad grave, tampoco puede encuadrarse en un trastorno de carácter leve, y en todo caso revelan como muy escasa la indemnización reconocida de 16.424,55 euros por las secuelas del recurrente, que se fija prudencialmente y actualizada al día de la fecha de esta sentencia, en 80.000 euros, además de 6.600,32 euros por días de incapacidad.

CUARTO.- En cuanto a la reclamación de 360 euros por gastos de tratamiento psicológico, es de significar que se fundamenta en el escrito de demanda en una factura emitida por la psicóloga D<sup>a</sup> Milagros, docu-

mento que con el número 3 se aportó con el mencionado escrito.

Sostiene el Abogado del estado en su escrito de contestación que se trata de una factura emitida no en concepto de tratamiento psicológico y sí en el de pericia en el que fundamentar la reclamación judicial y que, en consecuencia, mal puede acogerse la reclamación por el indicado concepto, encuadrable, en su caso, a tenor del artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el epígrafe de costas.

No podemos compartir el motivo de oposición del Abogado del Estado en cuanto de la lectura de la factura se infiere que responde a honorarios por intervenciones psicológicas, que el concepto de total reparación obliga a considerar.

QUINTO.- La resolución recurrida reconoce al recurrente por el concepto de pérdida de numerosos bienes muebles, enseres del ajuar doméstico y útiles de trabajo, la cantidad de 130.019,08 euros, siguiendo al efecto, según puede leerse en su fundamento de derecho séptimo, el informe evacuado por el perito militar.

Y sostiene el recurrente que existen una serie de enseres y recuerdos que se han perdido como consecuencia del accidente y que no fueron considerados por el perito por tener un valor moral y psicológico.

Se refiere a 15 cuadros pintados por su esposa, a los que atribuye un valor estimado de 3.000 euros; a un tapiz de grandes dimensiones, regalo de boda de su suegra, valorado en 7.640 euros; a otros regalos de familiares y amigos, valorados en 2.500 euros; a fotografías y reportajes de vídeo, recuerdo de diversos acontecimientos familiares (boda, bautiza de la hija, etc.), valorados en 2.500 euros, así como a otros muy diversos objetos que califica como recuerdos de toda la vida y bienes de difícil cuantificación, valorados en 48.000 euros.

Parte el recurrente en su reclamación de una apreciación que no responde a la realidad. El perito tasador, Capitán del Cuerpo de Ingenieros de la Escala Técnica, según puede leerse en su informe, no prescinde de la tasación de determinados objetos por su valor sentimental como con error sostiene en el escrito de demanda; lo que expresa en su dictamen es que los valora a precio de mercado por no ser acorde con una peritación técnica atender al carácter sentimental o afectivo de algunos bienes.

Hecha la anterior puntualización y en respuesta a las consideraciones que a modo de conclusión expresa el perito tasador en su informe y a lo exteriorizado al respecto por el Sr. Abogado del Estado en su escrito de contestación, es necesario indicar que la destrucción del inmueble en donde habitaba el recurrente junto

con su familia, ya no solo como consecuencia del impacto del avión sino también del inmediato y posterior incendio producido, justifica la inexistencia de facturas que, además, no habitualmente se conservan.

Además de los cuadros pintados por la esposa del recurrente, así como del tapiz y de otros regalos de boda, mal cabe entender que el recurrente tuviera facturas, y no parece que por la inexistencia de estas se pueda cuestionar globalmente la reclamación con apoyo en la falta de prueba de la tenencia de dichos objetos. Y lo mismo cabe indicar con respecto a los reportajes fotográficos y de vídeo de acontecimientos familiares, habituales en todo domicilio familiar.

Todo ello conduce a una estimación parcial de la reclamación por el concepto analizado, cifrando prudencialmente la indemnización en 40.000 euros, en atención al daño moral originado por la pérdida de aquellos objetos.

SEXTO.- Ha de rechazarse la reclamación de intereses de actualización que el recurrente limita única y exclusivamente en el escrito de demanda a los derivados de la indemnización instada por secuelas psicológicas, en cuanto que, como se indica en el fundamento de derecho tercero, la indemnización reconocida de 80.000 euros es actualizada a la fecha de esta sentencia.

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 139.1 LRJCA no se aprecian motivos para hacer una especial condena en costas.

## FALLO

Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Rodrigo contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 14 de septiembre de 2007, por el que se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y se acuerda indemnizar al recurrente, con estimación parcial de su reclamación en la cantidad de 742.963,19 euros. Anulamos parcialmente dicha resolución, por desconforme a derecho, y reconocemos que dicha cantidad debe incrementarse en 120.535,77 euros, con los intereses moratorios. Sin hacer especial condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Agustín Puente Prieto.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Juan Carlos Trillo Alonso, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.



2009/225059

TS Sala 1ª, Sentencia 24 septiembre 2009. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

## Agresión al honor en la atribución de corrupción en unas declaraciones

*Acuerda el TS estimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, revocando la de instancia, niega la calificación jurídica realizada en la instancia sobre la atribución de corrupción considerada constitutiva de atentado al derecho al honor.*

*Señala la Sala que considerando el honor como la dignidad de la persona reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, de lo que se deduce el aspecto subjetivo o inmanencia y el aspecto objetivo o trascendencia, la atribución a una persona del carácter de corrupta, en un dossier y en unas declaraciones, resulta para la Sala que es indudable su calificación de vulneración del derecho al honor.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La acción en protección a su derecho al honor que ha sido ejercitada por D. Laureano se funda en un triple hecho que da lugar a una doble calificación jurídica.

El hecho es: primero, en la revista núm. 11, enero de 2003, Cuadernos del Sureste de la editora codemandada "Asociación colectiva Cuadernos del Sureste" se trata de temas relacionados con el crecimiento turístico de la isla de Lanzarote y las agresiones medioambientales que ha sufrido, en el que se engarza una a modo de "carpeta" o dossier bajo el título "Corrupción" en el que se inserta un artículo titulado "El Secretario: El Quinto Poder" en el que se identifica plenamente al mencionado demandante, Secretario del Ayuntamiento de Arrecife y Abogado en ejercicio; segundo, el periódico La Voz de Lanzarote de 29 enero de 2003 se hace eco del artículo anterior y D. Vicente colaborador de dicha revista, codemandado junto con la editorial de la misma, declara sobre ello, literalmente, que "Laureano es clave en las tramas corruptas."; tercero, en el mismo periódico y por el mismo codemandado, el 30 de enero siguiente, en una entrevista, insiste en lo mismo y dice: "nosotros hemos escrito lo que mucha gente piensa y no se atreve" y añade: "... afirmamos que es una actitud corrupta".

La calificación jurídica es, por una parte, la compatibilidad de Secretario del Ayuntamiento y Abogado en ejercicio, objeto de crítica, como opinión, que no es constitutiva de vulneración del derecho al honor: así se ha declarado en las sentencias de instancia y se ha aquietado el de-

mandante. Por otra parte, la constante y reiterada atribución de corrupción ha sido considerada por la Juzgadora de primera instancia como constitutiva de atentado al derecho al honor, pues se emplean una serie expresiones e imputaciones incluidas en la carpeta "Corrupción" dentro del marco general de tal corrupción; sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Las Palmas de Gran Canaria, de 6 de mayo de 2005 niega la anterior calificación, por lo que el demandante ha formulado el presente recurso de casación.

**SEGUNDO.-** La posición de esta Sala frente a la serie de afirmaciones, opiniones y comentarios que se hace respecto a una persona que es funcionario público y abogado en ejercicio, en relación a la segunda de las cuestiones que se discuten atinente a la conceptualización de "corrupción" y de "persona corrupta" es clara.

Se trata de unos juicios de valor - libertad de expresión- que se basan en información -derecho a información veraz- la cual no se suministra. Es decir, se califica a dicha persona de corrupta, en el dossier de Corrupción y se le aplica la afirmación de que mantiene "una actitud corrupta", sin que se informe sobre casos concretos en que se pueda basar esta acusación de corrupción. Lo cual implica que el interesado no puede defenderse probando la inveracidad de los casos de corrupción que se le imputan, sino que se le descalifica, atribuyendo en carpeta, en artículos y en declaraciones, una "actitud corrupta" y no cabe pensar que es una simple expresión coloquial, sino, a la vista del contexto subjetivo (persona imputada) y objetivo (revistas y prensa)

es, exactamente, una manifestación de juicios de valor a través de expresiones que han lesionado la dignidad del demandante y han menoscabado su buena fama y atentado contra su propia estimación, lo cual coincide exactamente con la consideración de intromisión ilegítima en el derecho al honor, tal como la define la Ley Orgánica 1/1982, 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 7.7 redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre, del Código penal.

Efectivamente, considerando el honor como la dignidad de la persona reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, de lo que se deduce el aspecto subjetivo o inmanencia y el aspecto objetivo o trascendencia, la atribución a una persona del carácter de corrupta, en un dossier y en unas declaraciones, es indudable su calificación de vulneración del derecho al honor. Y no cabe pretender el abrigo de la libertad de expresión, pues ésta no ampara el derecho al insulto o a la descalificación personal, ni del derecho a información veraz, pues no se ha suministrado concretas informaciones que pudieran ser combatidas, sino que se ha atribuido una serie de conductas que rozan el tipo delictivo sin prueba alguna y que no pueden menos de ser consideradas como atentatorias al derecho al honor.

**TERCERO.-** La sentencia de primera instancia, como se ha apuntado, estimó la demanda analizando con detalle las diversas cuestiones fácticas y jurídicas. La de segunda instancia, brevísima (dedica menos de una página a resolver el tema) revoca la anterior y desestima la demanda. En el recurso de casación que ha interpuesto la parte demandante contra ésta, en el que no se ha personado la parte demandada en la instancia, debe ser estimado.

El recurso contiene un motivo único formulado al amparo del artículo 477, 2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española en cuanto garantiza el derecho al honor. Se estima el motivo porque, como se ha razonado, se ha producido por los demandados una difamación y ofensa al demandante, que alcanza la categoría jurídica de atentado al honor, ya que la imputación de corrupción así lo implica.

Yerra la sentencia recurrida e infringe la mencionada norma constitucional cuando considera que tal imputación es una expresión coloquial que no vulnera el honor. Al demandante y ahora recurrente se le calificó insistentemente de corrupto y esto no puede desconocerse que atenta directamente al honor; no es una mera crítica a la labor profesional, sino una descalificación personal y profesional; ni tampoco puede

mantenerse que quede amparado por la libertad de expresión o por el derecho a la información, pues ni la primera ampara la descalificación, ni el segundo permite no ya concretas noticias cuya veracidad pueda combatirse, sino abstractas informaciones cuya vaguedad no permite una adecuada defensa y las pocas que son medianamente concretas no ha sido probada su veracidad.

Al estimar el motivo y dar lugar al recurso de casación, se casa la sentencia recurrida y tal como dice el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, asumiendo la instancia y, tal como se desprende de lo expuesto hasta ahora, debe estimarse la demanda en la forma que lo ha hecho la sentencia de primera instancia que será confirmada.

En cuanto a las costas, tal como dispone el artículo 398.2 de la misma Ley, no se hará condena al haberse estimado el recurso; tampoco en las del recurso de casación; ni en las de primera instancia al estimarse parcialmente la demanda.

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

### FALLO

**Primero.-** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Laureano contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, con fecha 6 de mayo de 2005, que se casa y anula.

**Segundo.-** En su lugar, confirmamos y hacemos nuestra en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada en primera instancia por la Juez del Juzgado número 2 de Arrecife, de 2 de diciembre de 2003, aclarada por auto de 16 del mismo mes y año, que estima parcialmente la demanda.

**Tercero.-** No se hace condena en las costas causadas en este recurso, ni en ninguna de las instancias.

**Cuarto.-** Líbrese a la mencionada Audiencia 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.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrández Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

**Publicación.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.

2009/225199

TS Sala 1ª, Sentencia 15 octubre 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

## Falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de la ilegalidad de actos de las administraciones públicas

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que, confirmando la de instancia, mantiene la falta de competencia de la jurisdicción civil, en relación con el procedimiento cuyo objeto se refería a la competencia mercantil en relación con la existencia de unas ayudas o subvenciones articuladas efectuadas por la Administración Pública, de un lado, a través de una remuneración excesiva por unos servicios prestados, y a través de dos operaciones de ampliación de capital, ayudas o subvenciones no comunicadas a la Unión Europea con infracción del art. 88 del Tratado de la Unión, y en consecuencia generadora de la infracción de las normas sobre competencia.*

*Confirma la Sala que los Tribunales del orden jurisdiccional civil no tienen competencia para declarar la ilegalidad de los actos de las Administraciones Públicas constitutivos de ayudas o subvenciones públicas que pueden falsear la competencia con infracción de los arts. 87,1 y 88,3 del Tratado CE.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre competencia mercantil (Defensa de la Competencia y Competencia Desleal) en relación con la existencia de unas ayudas o subvenciones articuladas efectuadas por la Administración Pública, de un lado, a través de una remuneración excesiva por unos servicios prestados, y a través de dos operaciones de ampliación de capital, ayudas o subvenciones no comunicadas a la Unión Europea con infracción del art. 88 del Tratado de la Unión, y en consecuencia generadora de la infracción de las normas sobre competencia.

Por la entidad mercantil Europa Press Noticias, S.A. se dedujo demanda contra la compañía Agencia Efe S.A. y contra la Administración General del Estado en la que solicita:

1. Se declare la deslealtad del acto de la Administración General del Estado consistente en la celebración con la Agencia Efe del Contrato de Prestación de Servicio por incumplimiento de las normas de publicidad y concurrencia previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Se declare la deslealtad del acto de la Administración General del Estado consistente en la concesión a Agencia Efe de una ayuda pública a través de contrato de Prestación de Servicios de debido a que se están retribuyendo servicios que no son de interés general y se prestan en régimen de competencia y a que el precio pactado es superior al precio de mercado de los servicios comprendidos en el Contrato, sin cumplir las exigencias resultantes de la normativa comunitaria.

3. Se declare la deslealtad del acto de la Administración General del Estado consistente en la concesión a Agencia Efe de ayudas públicas consistentes en la suscripción y desembolso de un aumento de capital de la Agencia Efe por importe de 8.000 millones de pesetas, sin cumplir las exigencias resultantes de la normativa comunitaria.

4. Se ordene a la Administración General del Estado cesar en el pago de las cantidades pendientes de abono a la Agencia Efe de conformidad con los plazos previstos en el Contrato de Prestación de Servicios.

5. Se prohíba a la Administración General del Estado que continúe realizando las actuaciones desleales objeto de la presente demanda.

6. Se ordene a la Administración General del Estado que adopte las medidas oportunas para la remoción de los efectos de su actuación desleal.

7. Se condene a la Administración General del Estado a indemnizar a Europa Press por los daños y perjuicios que le han ocasionado los actos desleales de la Administración General del Estado, en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 14 de Madrid el 24 de julio de 2003, en los autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 548 de 2000, desestima la demanda y absuelve a los demandados. En su fundamento cuarto se razona que, tanto la cuestión relativa a si el contrato celebrado el 1 de julio de 1998 entre la Administración Pública y la Agencia Efe, S.A., de indiscutida naturaleza administrativa, fue o no el procedimiento administrativo idóneo para la finalidad pretendida, como la referente a la determinación sobre lo que debe entenderse como ayuda pública y su legalidad o ilegalidad, constituyen materia propia y exclusiva de la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin que tales cuestiones tengan una mera consideración de prejudicialidad no devolutiva, esto es, "instrumental para resolver sobre la pretensión concretamente ejercitada y a

los solos efectos del propio proceso" (STC 171/94), con lo que se hace referencia a presupuesto de aplicación de la Ley de Competencia Desleal 3/91, de 10 de enero, y concretamente del ilícito del art. 15.2.

La Sentencia dictada por la Sección 14ª Bis de la Audiencia Provincial de Madrid el 28 de diciembre de 2004, en el Rollo 325 de 2004, confirma la resolución de primera instancia objeto de apelación salvo en el apartado relativo a las costas. Se mantiene la falta de competencia del orden jurisdiccional civil por corresponder el conocimiento al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La "ratio decidendi" se resume:

a) En que el sistema de contratación empleado por la Administración y la entidad codemandada escapa del ámbito de control e interpretativo de los Tribunales civiles, pues se sostiene que el contrato celebrado el 1-7-98 no pudo tener lugar mediante la fórmula de procedimiento negociado sin publicidad, lo que se apoya en normas de marcado carácter administrativo y se reprocha la ilegalidad de la propia actuación administrativa;

b) En que el sistema de financiación o ayuda financiera [cuya ilicitud se postula] no puede desligarse de lo anterior pues el régimen de ayudas se articula dentro de un contrato administrativo, denominado contrato-programa, figura contractual por la que se convienen las sociedades estatales y el Estado -no como intervención- en la esfera privada sino dentro de su actuación en la esfera pública, sometidas (las ayudas) al ámbito del derecho administrativo, reguladas en los artículos 87 a 91 de la Ley General Presupuestaria; sin que los órganos de la Jurisdicción civil sean competentes para examinar la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa.

Por Europa Press Noticias S.A. ("Europa Press") se interpuso recurso de casación articulado en único motivo en el que por el cauce del número 1 del art. 477 LEC denuncia infracción del art. 152.2 de la Ley de Competencia Desleal, en relación con la normativa europea de ayudas públicas y jurisprudencia que lo interpreta y aplica. Se limitan las pretensiones a las de los números 3ª, 5ª, 6ª y 7ª de la demanda.

SEGUNDO.- Con carácter prioritario debe examinarse el tema relativo a la competencia jurisdiccional. La Sentencia recurrida (que es la de la Audiencia Provincial), como la del Juzgado de 1ª Instancia (aunque ésta con cierta incoherencia formal), desestiman la demanda porque estiman que los Tribunales del orden civil carecen de competencia para conocer de las pretensiones ejercitadas en la demanda. Cualquiera que sea la razón en que se basan, y a pesar de no citar los preceptos procesales

oportunos, esa apreciación y no otra es la "ratio decidendi".

Habida cuenta tal circunstancia, para dejar sin efecto el pronunciamiento expresado, y habilitar el conocimiento de este Tribunal, era preciso haber ejercitado el recurso extraordinario por infracción procesal con base en la infracción de las normas sobre la jurisdicción del art. 469.1.1º LEC, y no se hizo.

La parte recurrente hábilmente interpuso el recurso de casación (en el que por cierto falta la alegación de infracción de doctrina jurisprudencial idónea para fundamentar el recurso, lo que por sí solo ya acarrearía la inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la Disposición final 16ª. 1, 2ª LEC), y trata de aprovechar la denuncia de una infracción sustantiva (el art. 15.2 LCD) para sustentar la competencia de los Tribunales del orden jurisdiccional civil. El esfuerzo desarrollado es vano porque este Tribunal no puede conocer de un recurso de casación, cuando la sentencia de la Audiencia apreció falta de competencia jurisdiccional, sin antes haberse removido este obstáculo, ni tampoco puede este Tribunal entrar a examinar si tiene competencia en tal caso al estudiar el recurso de casación que limita su ámbito a las infracciones sustantivas.

Finalmente, y a mayor abundamiento, debe brevemente señalarse que los Tribunales del orden jurisdiccional civil no tienen competencia para declarar la ilegalidad de los actos de las Administraciones Públicas constitutivos de ayudas o subvenciones públicas que pueden falsear la competencia con infracción de los arts. 87.1 y 88.3 (antes 92.1 y 93.3) del Tratado CE. Todo ello de conformidad con los arts. 1.1 y 2.b) de la LSCA y 9.4 de la LOPJ.

TERCERO.- La desestimación del único motivo del recurso de casación conlleva la de éste y la condena de la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas (art. 398.1 en relación con el 394.1 de la LEC).

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

### FALLO

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Europa Press Noticias, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección 14ª Bis de la Audiencia Provincial de Madrid el 28 de diciembre de 2004, en el Rollo número 325 de 2004, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el mismo. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, 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.

ble 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; y 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 apartado A) del Fundamento Jurídico 3 de la Resolución de instancia, en el que se enuncian y analizan una serie de pruebas, declaraciones testimoniales y pericias, además de las propias manifestaciones de la misma recurrente y de la coimputada Cristina, así como, de manera muy especial, el resultado del registro practicado en el domicilio de Josefa, pruebas todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio.

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

Debiendo, por lo tanto, desestimarse ambos motivos.

SEGUNDO.- El motivo restante se refiere al supuesto error de hecho cometido por el Tribunal "a quo" (art. 849.2º LECr), a la vista del contenido de los documentos obrantes en la causa tanto relativos al origen lícito del dinero ocupado en el domicilio de la recurrente, que procedería de la previa venta de un inmueble, como a la permanente asistencia de ésta a su esposo, ingresado en un centro hospitalario, lo que impediría que pudiera haberse dedicado a otra actividad como el ilegal tráfico de drogas.

Y es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos 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 significativamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (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 el mismo 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 ellos, 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 ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, 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 evi-



2009/178819

TS Sala 2ª, Sentencia 24 julio 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

## Insuficiente motivación del origen ilícito del dinero decomisado

*Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por la otra imputada contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que ordena la devolución a la recurrente del dinero hallado en el interior de una caja fuerte depositada en su domicilio y que fue, en su momento, decomisado, ya que hubieran requerido un mayor esfuerzo fundamentador, por parte de los jueces "a quibus", para sostener la afirmación acerca de su procedencia delictiva, y nos encontramos ante una total carencia argumentativa que justifique ese aserto.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### A) RECURSO DE Josefa:

PRIMERO.- La recurrente, condenada por el Tribunal de instancia como autora de un delito contra la salud pública, con la agravante de reincidencia, a las penas de siete años de prisión y multa, fundamenta su Recurso de Casación en tres diferentes motivos, de los que el Primero y el Tercero, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncian la vulneración de sendos derechos fundamentales, a saber, el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

1) Por lo que se refiere al motivo Primero, en él la recurrente, aludiendo al artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades públicas y a la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos en causas criminales, pone de relieve cómo la Policía ocultó a las Defensas, sin que mediase declaración alguna al respecto por parte de la Instructora, las actas de incautación de drogas y manifestaciones efectuadas por sus poseedores, otorgándoles la condición de "testigos protegidos", con lo que les causó indudable indefensión.

Cuestión que ya fue abordada por la Audiencia, al comienzo de la fun-

damentación jurídica de su Resolución, precisamente otorgando la razón a las Defensas en este punto y teniendo por nulas esas intervenciones, si bien para afirmar a continuación que la acreditación de todo lo acontecido no es tributaria exclusivamente de esas diligencias, hasta el punto de hallarnos frente a un vacío probatorio total, sino que, antes al contrario, el resto de los elementos probatorios, especialmente los practicados en el Juicio oral sin contaminación alguna con los declarados nulos, tales como las declaraciones de los acusados, testigos policiales y otros, resultado documentado de las entradas y registros en los domicilios de los recurrentes, análisis de las substancias ocupadas, etc., son de sobra suficientes para la acreditación de los hechos declarados como probados.

2) Mientras que por lo que se refiere al Tercero de los motivos del Recurso, relativo a la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia que ampara a la recurrente, baste, para dar respuesta a tal alegación, recordar cómo 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 suscepti-

dente 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, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, ya que carecen inicialmente del carácter de literosuficiencia, por sí solos, los documentos mencionados que no ofrecen una eficacia suficiente como para evidenciar el error incuestionable en el que habría incurrido la Audiencia en su valoración probatoria y que mereciera ser corregido, sin lugar a la duda, en este momento.

No obstante, y aunque no por la vía del error de hecho, sí que merece rectificarse el extremo relativo al origen ilícito que se predica en la narración de hechos probados de la Resolución de instancia respecto del dinero hallado en el interior de una caja fuerte, escondida bajo una cama en el domicilio de la recurrente, porque nos encontramos ante una total carencia argumentativa que justifique ese aserto.

Y si bien es cierto que en un domicilio en el que consta que se ha traficado con sustancias prohibidas, poco esfuerzo requiere justificar una afirmación de que aquel dinero encontrado en moneda fraccionaria y prácticamente a la vista, cuando la Policía irrumpe en su interior para la práctica del registro, tiene su origen en el delito enjuiciado, puesto que la evidencia de ese origen se encuentra implícita en la propia existencia, en esa forma y lugar, del referido numerario, no ocurre ni mucho menos lo mismo cuando hablamos, como en este caso, de cuarenta billetes de 500 euros guardados en el interior de una caja fuerte, que hubieran requerido un mayor esfuerzo fundamentador, por parte de los Jueces "a quibus", para sostener la afirmación acerca de su procedencia delictiva.

Por lo tanto, procede la estimación parcial del Recurso, en el concreto extremo del origen de los veinte mil euros hallados en una caja fuerte ocupada en el domicilio de la recurrente, que deberán serles devueltos a ésta, de acuerdo con lo que se dirá en la correspondiente Segunda Sentencia que a continuación habrá de dictarse.

#### B) RECURSO DE Segismundo:

TERCERO.- Por su parte, el segundo recurrente, condenado por idéntico delito que la anterior, aunque sin la concurrencia de la reincidencia, a las penas de tres años y seis meses de prisión y multa, alega, en el último de sus cinco motivos, un quebrantamiento formal (arts. 850 y 851 LECr), consistente en la oscuridad del relato de hechos de la recurrente.

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 incomprensión 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 ininteligibilidad 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 prosperabilidad 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, que, en realidad, no se concreta con suficiencia y que queda desmentida con la simple lectura del relato de referencia, en el que aparece claramente descrita la participación del recurrente en las actividades de tráfico ilícito de drogas que se cometía en el domicilio de su madre, frecuentado por él con motivo de la participación en dicha actividad ilícita, como quedó debidamente acreditado.

En este mismo motivo, Segismundo también alude, excediendo de su ámbito, a la nulidad de las actas de intervención policial a la que ya nos hemos referido con anterioridad, así como a un supuesto exceso en la pena impuesta, que no es tal, toda vez que, al referirse el delito por él cometido a sustancias que causan grave daño a la salud, la pena privativa de libertad de tres años y seis meses de duración se encuentra, obviamente, muy próxima al mínimo legal establecido para esta clase de infracciones, que es la de tres años.

Por lo que, en definitiva, este motivo ha de rechazarse.

CUARTO.- Los motivos Primero y Segundo del Recurso se refieren, con cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a sendas infracciones de derechos fundamentales del artículo 24 de nuestra Constitución, las del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con garantías (motivo Primero) y la del derecho a la presunción de inocencia (motivo segundo), pero, en definitiva, ambos relacionados con la insuficiencia de la prueba sobre la que se asienta la condena.

Así, en el Primero de los motivos se insiste en la nulidad de las intervenciones llevadas a cabo por la Policía al comienzo de las actuaciones, a las que ya se ha dado suficiente respuesta, mientras que en el Segundo se cuestiona directamente la meritada carencia probatoria, en especial por la escasa cantidad de droga hallada en el domicilio, que, de acuerdo con la doctrina ya expuesta a propósito de nuestro cometido en esta materia, no es tal, pues basta con la lectura del apartado B) del Fundamento Jurídico 3 de la recurrida, dedicado en concreto a este recurrente, para advertir cómo fueron los propios funcionarios policiales los que observaron directamente, y así lo expusieron en sus declaraciones en el acto del Juicio oral sin ofrecer lugar alguno a la duda, las actividades de Segismundo actuando como vigilante del local donde la droga se expendía, haciendo de "reclamo" y contactando con los compradores que allí acudían.

Por lo que, de nuevo, los motivos se desestiman.

QUINTO.- Por su parte, el motivo Cuarto alude a un error probatorio de la Audiencia (art. 849.2º LECr), a la vista del contenido de ciertos "documentos" obrantes en la causa, tales como diversas declaraciones, el Auto de prisión preventiva y la propia Sentencia.

En este sentido, y de acuerdo con los criterios ya antes expuestos en relación con las características y requisitos de un cauce casacional como el presente, poca eficacia habrán de tener para alcanzar el propósito de quien recurre, las citas de una serie de pruebas personales, como las declaraciones designadas, que obviamente, por sí solas, no pueden evidenciar un error indiscutible de parte de los Juzgadores de la instancia, al igual que acontece con las Resoluciones mencionadas que por su naturaleza intraprocesal igualmente no resultan aptas. para poner de relieve errores valorativos respecto de la prueba disponible.

Equivoca, por tanto, el recurrente el carácter de este motivo y por ello merece su desestimación.

SEXTO.- Por último, el motivo Tercero de este Recurso alega la infracción de Ley (art. 849.1º LECr) consistente en la indebida aplicación

del artículo 368 del Código Penal, que describe el delito objeto de condena.

El cauce casacional ahora utilizado, de acuerdo con numerosos 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, en cualquier caso, 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, sobre 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.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, toda vez que la amplitud descriptiva del referido artículo 368 del Código Penal, hace que la conducta del recurrente, consistente como queda dicho en tareas de vigilancia y contacto con los compradores de las sustancias, se integre plenamente en aquellos actos de favorecimiento del tráfico a los que tan ampliamente se refiere el precepto para atribuir la autoría del ilícito.

Debemos, por todo ello, desestimar este motivo y, con él, el Recurso en su integridad.

#### C) RECURSO DE Apolonia:

SÉPTIMO.- La tercera recurrente, condenada por la Audiencia como autora de un delito contra la salud pública respecto de sustancia que no causa grave daño a la salud, con la agravante de reincidencia, a las penas de tres años de prisión y multa, planteó en su Recurso dos diferentes motivos, renunciando a la formalización del Primero de ellos y manteniendo, en el Segundo, la afirmación de la existencia de dos diferentes quebrantamientos formales (art. 851 LECr), por la supuesta oscuridad y contradicción en las que habrían incurrido los hechos declarados como probados en la Resolución de instancia.

Como ya se vieron, líneas atrás, los términos en los que ha de producirse la falta de claridad de la narración fáctica para que un motivo como el presente prospere, tan sólo recordemos en este momento el alcance del defecto formal consistente en la contradicción entre esos hechos que integran el referido relato.

Y sucede aquí, de nuevo, que, según reiteradísima doctrina de esta misma Sala (SsTS de 4 y 15 de junio

de 2001, por ejemplo), para la procedencia del motivo resulta preciso que la contradicción sea interna al propio relato, es decir constatada por la contraposición de expresiones en él contenidas que, neutralizando entre sí su respectivo significado, provoquen un vacío en la descripción de lo acontecido que impida la correcta comprensión e integración normativa de esa misma narración fáctica.

Como requisito igualmente necesario se cita, en primer lugar, el de que la contradicción ha de ser esencial, es decir que afecte a extremos determinantes del pronunciamiento judicial y no relativos, tan sólo, a meras circunstancias irrelevantes para la conclusión alcanzada con la Resolución. Y, también, que se genere una verdadera incongruencia, dada la relación entre el vicio procesal y el pronunciamiento que contiene la Sentencia recurrida.

Por ello, en el supuesto que nos ocupa, no puede apreciarse la concurrencia de un quebrantamiento de forma de la naturaleza de los mencionados toda vez que, como ya se dijo antes, la narración en modo alguno es oscura o críptica ni entra en contradicciones internas, sino que, antes al contrario, en ella se lee con claridad la participación de Apolonia en los hechos enjuiciados, participación que la erige en autora de un delito contra la salud pública, al ser la titular del domicilio en el que se vendía la droga, en concreto haschisch, a diversos compradores, como la Policía tuvo oportunidad de constatar directamente en sus vigilancias y, posteriormente, con el resultado de la diligencia de entrada y registro practicada en dicha vivienda.

Razones por las que procede la desestimación del motivo y del Recurso.

#### D) RECURSO DE Lorenzo:

OCTAVO.- A su vez, este recurrente, condenado por el referido delito a las penas de un año y seis meses de prisión y multa, plantea dos motivos que pasamos a examinar.

1) En el Segundo de ellos denuncia la infracción de su derecho a la presunción de inocencia (art. 5.4 LOPJ en relación con el 24.2 CE), alegación que ha de rechazarse, al igual que la formulada en este sentido por los anteriores recurrentes, ante la existencia de material incriminatorio suficiente contra Lorenzo, de acuerdo con lo expuesto en el apartado E) del Fundamento Jurídico 3 de la recurrida, consistente en las declaraciones de los funcionarios policiales que presenciaron la actividad de éste, vigilando el lugar de venta de la droga y contactando y facilitando a los compradores su acceso al mismo.

2) En tanto que respecto del motivo Primero, por infracción de Ley (art. 849.1º LECr), la desestimación

no puede ser más obligada, pues se cita como indebida la aplicación de un precepto, el artículo 369.1 6ª del Código Penal, que, en realidad, no ha sido aplicado en este caso, siéndolo, por otra parte, el 368 de es Cuerpo legal, plenamente aplicable a la vista de la acreditada conducta del recurrente de favorecimiento a la actividad del tráfico prohibido.

En consecuencia, ambos motivos y el Recurso se desestiman

#### E) RECURSO DE Pascual:

NOVENO.- Poco cabe añadir acerca de este Recurso, que se plantea en idénticos términos que el anterior, por quien fuera condenado también en iguales circunstancias y a las mismas penas, con prueba semejante, de acuerdo con el apartado D) del Fundamento Jurídico 3 que a Pascual concretamente se refiere, y con una calificación plenamente ajustada a Derecho de acuerdo con la conducta, también igual a la de Lorenzo, conforme al artículo 368 del Código Penal.

Recurso, por consiguiente, que se desestima.

#### F) RECURSO DE Cristina:

DÉCIMO.- De los dos motivos en los que esta recurrente, condenada por el mismo delito y a las mismas penas que los anteriores, articula su Recurso, tan sólo subsiste el Segundo de ellos, ya que se renunció a formalizar el Primero.

Ese Segundo motivo se refiere a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de la recurrente (art. 5.4 LOPJ en relación con el 24.2 CE), pero acontece que, una vez más, la Sentencia recurrida, en el apartado G) del Fundamento Jurídico 3, nos precisa cómo Cristina fue perfectamente identificada como uno de los vendedores de droga en el interior de uno de los domicilios, sin que, por otra parte, quepa posibilidad de error ya que se la describió sin dudas por un evidente y acusado defecto visual, que pudieron comprobar personalmente los miembros del Tribunal de enjuiciamiento.

Por lo que este último Recurso también ha de desestimarse.

#### G) COSTAS:

DECIMOPRIMERO.- A la vista de los resultados desestimatorios de la mayor parte de los Recursos, procede la imposición de costas a sus titulares, a excepción de aquellos que parcialmente se ha estimado, respecto del que han de ser declaradas de oficio las costas causadas por él, de acuerdo todo ello con lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los Recursos de Casación interpuestos por las Representaciones de Segismundo, Apolonia, Lorenzo, Pascual y Cristina contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, el 10 de octubre de 2008, por delito contra la salud pública, que casamos y anulamos parcialmente, al estimar parcialmente el Recurso interpuesto contra la misma por la Representación de Josefa, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por el Recurso parcialmente estimado, condenando a los restantes recurrentes a las causadas por los suyos.

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 D. Andres Martinez Arrieta D. José Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro D. Enrique Bacigalupo Zapater

## SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 6 de Valencia con el número 155/2007 y seguida ante la Audiencia Provincial de dicha capital por delito contra la salud pública, contra Rubén, hijo de Antonio y de Dolores, nacido el 6 de enero de 1988; Santiago, con DNI número núm.009, hija de Juan y de Luisa, nacida en Valencia el día 21 de septiembre de 1986; Evaristo, hijo de Luis y de Rosa, nacido el 24 de diciembre de 1967; Segismundo, nacido en Valencia el día 6 de marzo de 1987, hijo Antonio y de Dolores; Josefa, nacida en Valencia el 15 de agosto de 1968, hija de José y de María; Hilario, nacido en Valencia el día 3 de marzo de 1989, hijo de Ramón y de Consuelo; Apolonia, nacida en Valencia el 15 de abril de 1936, hija de Antonio y de Josefa; Raquel, nacida en Valencia el 19 de junio de 1971, hija de Pedro de Apolonia, vecina de Valencia; Lorenzo, nacido el 29 de octubre de 1964, hijo de Pedro y de Apolonia; Amanda, con D.N.I. número núm.010, hijo de José y de María Luisa, nacida en Valencia el día 8 de marzo de 1985; Pascual, con D.N.I. número núm.011, nacido en Valencia el 7 de agosto de 1978, hijo de Pedro y de Apolonia; y Cristina, nacida en Valencia el 7 de diciembre de 1966, hija de Pedro y de Apolonia, y en

cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 10 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 Martin, hace constar los siguientes:

## ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los de la Resolución recurrida excepto al final del párrafo que comienza con la expresión "En la puerta núm.003...", cuya frase final "...dinero todo él procedente de la venta de droga", se completa añadiendo: "excepto los 20.000 euros encontrados en billetes de 5000 en la caja fuerte referida, cuyo verdadero origen se ignora."

## 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 Segundo de la Resolución que precede, ante la carencia de motivación acerca del verdadero origen de los 20.000 euros hallados en el interior de la caja fuerte ocupada en el registro del domicilio de Josefa, la duda que pesa sobre este extremo no permite acordar su comiso.

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

## FALLO

Que sean devueltos a su propietaria, la condenada en la instancia Josefa, los 20.000 euros hallados en el interior de una caja fuerte depositada en su domicilio y que fueron, en su momento, decomisados, sin perjuicio del destino que a parte de ellos pudiera corresponder para satisfacer íntegramente las responsabilidades pecuniarias de la referida condenada, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de instancia relativos a las condenas, restantes comisos y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. José Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro D. Enrique Bacigalupo Zapater

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



2009/178832

TS Sala 4ª, Sentencia 21 julio 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

En empresa propiedad de administración pública

## Necesidad de concurso de méritos para adquirir la condición de fija

*Desestima el TS los recursos de casación para la unificación de doctrina formulados por la redactora accionante y la televisión autonómica demandada contra sentencia que declaró a aquélla trabajadora indefinida y acogió su pretensión sobre diferencias salariales.*

*Declara la Sala, entre otros pronunciamientos, que la demandada es una empresa propiedad de una administración pública, en la que la contratación del personal ha de estar sometida a los principios de igualdad, publicidad y mérito, de ahí que la atribución de fijeza a sus empleados, como pretende la actora, incluidos los que adquieren tal condición por cesión ilegal, requiera la superación de un concurso de méritos.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La sentencia de suplicación recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 12 de mayo de 2008 (R. 310/07) en asunto sobre cesión ilegal de la trabajadora demandante, ha desestimado los recursos de las entidades demandadas RTVG S.A. (TVG en adelante) y PRODUCTORA FARO S.A., y ha estimado en parte el recurso de la propia trabajadora, "en el sentido de que la cantidad adeudada a la actora por las diferencias salariales de noviembre de 2004 a mayo de 2006 asciende a 16.843,10 euros (en lugar de 15.422,2), fijando como salario base y antigüedad la cantidad de 1.871,08 (en lugar de 1.810,05 euros), teniendo en cuenta como fecha de antigüedad la de 4-10-1999".

Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Social, confirmada, con la salvedad anterior, en todos sus pronunciamientos, estimó parcialmente la demanda, "reconociendo a la actora la calidad de trabajadora de carácter indefinido de Radio Televisión Galicia SA, hasta la cobertura reglamentaria de dicha plaza, condenando a Radio Televisión Galicia SA y a Productora Faro SA a que abonen solidariamente a la actora la cantidad de 15.422,2 Euros, y fijando como salario bruto que debe corresponder a la actora por todos los conceptos retributivos de salario base y de antigüedad, la cantidad de 1810,05 euros, teniendo en cuenta como fecha de antigüedad a todos los efectos el de 21 de enero de 2003, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración".

La actora y la entidad TVG han formalizado sendos recursos de casación para la unificación de doctrina. La demandante, en un solo motivo, pretende, al igual que hizo en suplicación, que se le declare fija de plantilla, en lugar de trabajadora por tiempo indefinido. Televisión de Galicia, articula su recurso en cinco motivos, postulando en cuanto al fondo del asunto que se declare la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores.

**SEGUNDO.**- El recurso de la demandante formula un único motivo en el que denuncia la violación de los arts. 15 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, entendiéndose que no cabe aplicar a la Televisión Gallega las específicas previsiones que regulan la incorporación de trabajadores a la Administración Pública, solicitando se declare su situación de trabajadora fija. Aunque en el escrito de interposición invocaba como contradictorias dos sentencias de suplicación, en el escrito de formalización solo señala como sentencia referencial la dictada por la propia Sala de Galicia el 15 de octubre de 2003, R. 4623/03. Esta resolución desestimó el recurso de suplicación que la demandante había interpuesto frente a la sentencia de instancia que, a su vez, había desestimado la demanda de despido. Y, si bien es verdad que en esa sentencia se contiene doctrina acerca de la naturaleza de la relación entre las partes, lo verdaderamente cierto y, sobre todo, relevante es que, como ya hemos precisado al analizar la misma resolución referencial en otras ocasiones (por todas, STS 23-6-2009, RCUD 311/08), desestimó la demanda.

El art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral establece, como presupuesto necesario para la admisión a trámite de este excepcional recurso, que en las dos sentencias comparadas, ante hechos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiera llegado a pronunciamientos distintos. Como dijimos en el mencionado precedente, "no es relevante la diferencia de procedimientos -cesión ilegal la recurrida, despido la invocada de contradicción- pero impide la existencia de la contradicción el hecho de que, cualquiera que fuera la doctrina que contiene la sentencia recurrida, su pronunciamiento absoluto, no ratifica argumento alguno en orden a la readmisión, como trabajador sujeto a contrato indeterminado o como fijo. En consecuencia este pronunciamiento no es contradictorio con el de la recurrida". Concorre por tanto causa de inadmisión del recurso de la actora que, en el actual momento procesal, supone su desestimación.

Pero es que, aunque a efectos puramente dialécticos admitiéramos la existencia de contradicción en razón a algún óbiter que contiene la sentencia referencial, también habríamos de desestimar el recurso de la actora porque la buena doctrina al respecto es la que se contiene en la resolución recurrida, tal como se deduce, entre otras, de la sentencia dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 12 de mayo de 2008 (R. 1956/07) en la que, tratándose de una entidad perteneciente al mismo sector y de igual naturaleza que la Televisión Gallega (Radio Nacional de España), entendimos que la contratación irregular de su personal no puede conducir a la adquisición de fijeza sino a la indefinición temporal de la relación.

Procede, pues, en cualquier caso, desestimar el recurso de la demandante y, en este caso, sin costas (art. 233.1 LPL) por tener reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**TERCERO.**- 1. Los motivos primero y tercero del recurso formalizado por TVG, en los que se denuncia la infracción de los arts. 97.2 y 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, muestran su disconformidad con el rechazo a la revisión fáctica interesada en suplicación y señalan como sentencias de contraste, respectivamente, la dictada por la Sala del TSJ de Cataluña el 22 de noviembre de 2007 (R. 5828/07) y por esta misma Sala Cuarta del Tribunal Supremo del 26 de diciembre de 1995 (R. 1854/05).

Ambos motivos, además de carecer de una relación precisa y circunstanciada en los términos exigidos por nuestra jurisprudencia (por todas, STS 1-3-2007, R. 4514/05), pues se limitan a comentar el contenido de las sentencias referenciales, sin efectuar el legalmente exigido análisis comparativo y pormenorizado de sus hechos y fundamentos con los de la

recurrida, no cumplen tampoco el requisito de la contradicción. Ciertamente, los temas procesales planteados -rechazo en la sentencia de suplicación de las modificaciones de hechos probados solicitadas en dicho trámite- aparecen también en ambas sentencias de contraste, pero además de que las circunstancias concurrentes son muy distintas en unos y otros casos, tratándose como se dijo de problemas procesales, los dos motivos carecen de contenido casacional porque en realidad pretenden una nueva valoración de la prueba, cuestión ésta que, como tantas veces ha declarado esta Sala, no tiene cabida en la casación para unificación de doctrina.

Cuando la contradicción alegada verse sobre una cuestión de naturaleza procesal, no sólo es necesario que las irregularidades invocadas sean homogéneas, sino que, además, es preciso que los hechos, los fundamentos y las pretensiones sobre el fondo del asunto sean sustancialmente iguales, pues, con carácter general, el alcance de la infracción procesal no puede aislarse de la configuración sustantiva de la controversia, aparte de que admitir lo contrario supondría desvirtuar la finalidad de este recurso, convirtiéndolo en un recurso de casación por quebrantamiento de forma (por todas, SsTS 21-11-2000, R. 234/2000, dictada en Sala General; 15-12-2000, R. 2298/2000; y 28-2-2001, R. 1902/2000).

Y en el caso que hoy resolvemos, no coinciden los supuestos de hecho planteados ya que en la sentencia recurrida resuelve sobre la impugnación de una cesión ilegal de trabajadores y las invocadas como contradictorias en los dos motivos analizados han sido dictadas, la primera (TSJ Cataluña 22-11-2007, R. 5828/07) en un procedimiento por despido disciplinario en el que se imputaba al trabajador la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza, y la segunda (TS 26-12-1995, R. 1854/07) también en un proceso por despido que se pronuncia sobre una conducta irregular del director de una sucursal bancaria y los efectos de los plazos de prescripción. Obviamente no existe entre la sentencia impugnada y las ofrecidas de contraste la triple igualdad exigida por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. Concorre, pues, causa de inadmisión que en este trámite determina la desestimación de ambos motivos.

2. En el segundo motivo, la entidad recurrente aduce que la sentencia impugnada quebranta la unidad de doctrina sobre motivación de las sentencias, al pronunciarse en el fallo sobre unos hechos que no han sido analizados en sede jurídica, causándole grave indefensión al desconocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión. Para cumplir el presupuesto procesal de la contradicción

invoca la sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003 (R. 151/2002) que anuló una sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por motivación insuficiente.

Además de que el motivo no contiene una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, pues se limita a transcribir algunos párrafos de la fundamentación jurídica de la sentencia de contraste, sin referencia alguna a sus hechos, fundamentos y pretensiones, y sin mencionar siquiera cuál fue el defecto concreto advertido en la sentencia de la Audiencia Nacional, omitiendo así una efectiva comparación con respecto a lo que acontece en la sentencia recurrida a los efectos de evidenciar y poner de relieve la identidad sustancial que la Ley exige para apreciar la contradicción, la situación contemplada en la sentencia de contraste es por completo distinta a la que concurre en la recurrida, y para comprobarlo basta con destacar, en primer lugar, que la sentencia de contraste se dictó en un proceso de impugnación de convenio colectivo, mientras que la recurrida decide sobre una denuncia de cesión ilegal de la trabajadora demandante, por lo que no se trata de hechos, fundamentos ni pretensiones iguales, identidad que también se exige por esta Sala cuando se denuncian infracciones procesales. Pero es que, además, en segundo lugar, tampoco existe identidad en el plano estrictamente procesal porque en el caso de la resolución referencial no se transcribe otra sentencia de la propia Audiencia Nacional, sino una sentencia del Tribunal Supremo que había anulado una resolución anterior de la Audiencia en la que se había dejado imprejuizado el fondo del asunto por acoger la falta de legitimación ad causam del sindicato demandante; la sentencia referencial transcribió los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo y pretendió apoyar en ellos la solución del fondo del asunto, cuando, como vimos, nuestra sentencia no se había ocupado en absoluto de resolver sobre el fondo porque se limitó a tratar sobre la legitimación del sindicato demandante.

3. Los motivos cuarto y quinto invocan la infracción de los art. 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, combatiendo la existencia de cesión ilegal de trabajadores e invocando como sentencias referenciales, respectivamente, las dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 16 de marzo de 2007 (R. 6146/06) y de Canarias/Las Palmas el 29 de junio de 2005, R. 814/04.

En realidad, el recurrente ha llevado a cabo en estos dos motivos una descomposición artificial de la controversia, y a tal efecto, esta Sala ha señalado que este proceder es incorrecto, porque aquí no se debaten varios puntos de contradicción, sino uno sólo y la unidad de esa cuestión no puede desconocerse introduciendo

diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia, dentro de un mismo pleito, de distintos puntos de decisión que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario (SsTS 5-3-1998, R. 2407/1997; 21-4-1998, R. 3288/1997; 20-7-2001, R. 4207/1999; 25-10-2002, R. 2096/2000; 20-7-2004, R. 540/2003; 31-1-2005, R. 4715/2003; 15-3-2005, R. 5793/2003). Es por ello que, como ya hemos hechos en ocasiones anteriores en procesos prácticamente idénticos (por todas: TS 5-5-2009, R. 761/08), únicamente resolveremos sobre la más moderna de las sentencias invocadas de contradicción: la del Tribunal Superior de Galicia de 16 de marzo de 2007, R. 814/04.

Aún así, ambos motivos adolecen del mismo defecto insubsanable arriba detectado: falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción, remitiéndonos al respecto a lo dicho con anterioridad. Es patente la falta de este requisito, cuando la recurrente, admitiendo que los hechos enjuiciados en ambas resoluciones son diferentes, no realiza análisis comparativo que justifique los fallos contradictorios, sin hacer alusión alguna al hecho básico de la controversia.

Tampoco existe contradicción entre la sentencia impugnada en el recurso y la más moderna de las invocadas de contradicción, pues los hechos que sirven de fundamento a la decisión judicial en ambos casos son diferentes en aspectos esenciales. La referencial resuelve la inexistencia de cesión ilegal en un supuesto en el que la empresa contratista, Desoxidados y Pinturas Industriales S.A., realizaba tareas de pintura en un barco en construcción por la empresa principal Navantina S.A., teniendo la contratista un encargo permanente en los talleres de pintura en la que se realizaban los trabajos contratados, vigilando los trabajos y el empleo de los equipos de protección individual, como mono y botas de trabajo propiedad de la contratista, concluyendo la sentencia que el trabajador actuó siempre en el ámbito y poder de dirección de su empleadora.

El caso de autos es completamente distinto, y no solo por la diferente actividad desarrollada sino porque la actora realizaba las mismas funciones que los redactores de RTG, confeccionando las previsiones que eran enviadas desde Santiago de Compostela, desde donde se determinaban y ordenaba las noticias que había de cubrir y el modo de actuar técnicamente, sin que la Productora demandada haya acreditado las actividades concretas que implicaban la contrata, ni función alguna de supervisión, dirección y control de los co-

metidos de la demandante. A la actora se la identificaba como personal de Radio Televisión de Galicia, que es quién controla y dirige la actividad del demandante.

En definitiva, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, se impone también la desestimación de todos los motivos del recurso de RTG, con imposición de costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

## FALLO

Desestimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por las representaciones procesales de D<sup>a</sup> Herminia y TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 12 de mayo de 2007, por la que se resuelven los recursos de suplicación interpuestos por los mismos litigantes frente a la sentencia de 19 de junio de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo en los autos núm. 1012/2005 seguidos por D<sup>a</sup> Herminia contra las empresas demandadas PRODUCTORA FARO, SA y RADIODIOTELEVISIÓN DE GALICIA, S.A., sobre CESIÓN ILEGAL. Con imposición de costas y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir a TV Galicia S.A.

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

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

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

2009/205398

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 20 julio 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

## Establecida en Convenio Colectivo Aplicación de acuerdo sobre cómputo de anti- güedad a la promoción por experiencia

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por el sindicato accionante contra sentencia

que rechazó la demanda de conflicto colectivo formulada frente a la caja de ahorros demandada sobre promoción por experiencia. Explica la Sala que el convenio colectivo que instaura la llamada promoción por experiencia, consistente en el establecimiento de distintos niveles retributivos a los que se accede por el simple paso del tiempo establecido para cada nivel, deja vigentes los pactos anteriores al mismo, como el acuerdo relativo al cómputo de los servicios prestados sin solución de continuidad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El examen de las cuestiones planteadas por los dos recursos de casación ordinaria formalizados contra la sentencia recurrida, requiere una breve síntesis de los hechos declarados probados por la misma. En tal sentido conviene recordar:

Primero.- Que en Bancaja, desde el 12 de abril del año 1994 en que se convino por unanimidad y todas las secciones sindicales existentes en ella, a los trabajadores que acceden a la condición de fijos, sea directamente, sea por la novación de un contrato temporal, se les computa la antigüedad en la empresa desde el primer día en que prestaron sus servicios a ella, siempre que los hayan prestado sin solución de continuidad, lo que acaece, según el pacto, cuando entre los sucesivos contratos no han mediado más de doce días de interrupción y supone que la consolidación y cómputo de los servicios prestados con carácter temporal sólo se produce a partir del día en que se hayan prestado servicios sin solución de continuidad, esto es sin interrupciones superiores a doce días, según el unánime acuerdo.

Segundo.- Que tal pacto, aplicable retroactivamente con efectos del 14 de marzo de 1991 y motivado por discrepancias surgidas tras la fusión de determinadas Cajas de Ahorro, fue reiterado en Acuerdo de 31 de julio de 1996 y por otro de 27 de marzo de 2001, en los que se reiteró que sólo existía prestación de servicios sin solución de continuidad cuando los servicios se habían prestado con interrupciones inferiores a doce días, así como que ese acuerdo, establecido como mejora de las condiciones del convenio colectivo, sería aplicable para el cálculo de las indemnizaciones por rescisión del contrato, para el devengo del llamado "plus de vinculación" y para el cómputo y régimen vacacional.

Tercero.- A ese Acuerdo que se ha aplicado a efectos de antigüedad y permanencia, están sujetos, también, los trabajadores fijos que son baja voluntaria y reingresan pasados más de doce días, supuesto en el que no

se les reconoce la antigüedad consolidada antes del cese.

Cuarto.- Que el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro para los años 2003 a 2006, reiterado por el publicado en el B.O.E. de 8 de febrero de 2008, estableció en los artículos 21 a 26 un sistema de promoción económica por experiencia que, sustancialmente, consiste en la promoción a un superior nivel retributivo en función de los años de permanencia en cada nivel, de forma que, conforme se va ascendiendo de nivel, mayor es el tiempo de permanencia exigible para pasar a otro superior.

Quinto.- Que las demandas iniciadoras del presente conflicto colectivo pretenden que, a efectos de la promoción económica por experiencia, se compute todo el tiempo de prestación de servicios para ascender de nivel, aunque haya sido en virtud de contratos celebrados, sucesivamente, con interrupciones superiores a los doce días.

Esa pretensión ha sido denegada por la sentencia recurrida con base en los acuerdos sobre fecha de inicio de prestación de servicios y antigüedad que antes se han reseñado, dado que el artículo 7 del Convenio Colectivo de 2003 establece que las Cajas "podrán celebrar pacto o acuerdos colectivos de adaptación o mejora del Convenio Colectivo. Se mantendrán las condiciones, pactos o acuerdos colectivos vigentes en las cajas en todo lo que no se oponga o sea incompatible respecto a lo establecido en el presente Convenio Colectivo", precepto que, al permitir pactos para la adaptación y mejora del Convenio y al respetar los acuerdos anteriores, sustenta el que el Acuerdo de 12 de abril de 1994 sea de aplicación para el cómputo del período de prestación de servicios a tener en cuenta a fin de la promoción por experiencia.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de una de las partes recurrentes y el único de la otra pueden ser estudiados a la par, ya que plantean la misma cuestión. Alegan, al amparo del artículo 205-e) de la L.P.L., la infracción de los artículos 15-6 y 24-1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 7, 21, 22, 24 y 25 del Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro, al entender que, a efectos de la promoción por experiencia debe computarse todo el tiempo durante el que se han prestado servicios, aunque hayan existido interrupciones superiores a los doce días.

Los citados preceptos fueron interpretados por esta Sala en su sentencia de 19 de diciembre de 2007 (Rec. 51/07) en la que se dijo: "como la norma convencional aplicable no distingue entre trabajadores fijos y temporales, es claro que nosotros tampoco podemos distinguir, lo que supone el que deba entenderse que el Convenio reconoce el derecho a la

promoción por el transcurso de los plazos que establece en favor de todos los empleados, sean fijos o temporales. Esa interpretación literal del Convenio Colectivo viene avalada por una interpretación finalista de la norma, lo que hace que, conforme al artículo 1281 del Código Civil, deba estarse a lo que resulta del tenor literal de la norma interpretada. En efecto, el fin perseguido por el Convenio es promocionar la mayor experiencia, razón por la que habla de "promoción por experiencia", para luego sentar que la experiencia viene dada por la permanencia en el puesto de trabajo, lo que equivale a señalar que la permanencia en el desempeño de una actividad es lo que da experien-

cia. Si ello es así, resulta que lo importante, al ser lo que da experiencia, es desempeñar un puesto de trabajo cierto tiempo y no hacerlo de forma ininterrumpida. Que ello es así lo corrobora el propio precepto convencional, al disponer: "Se incluirán dentro de este concepto de permanencia los supuestos de excedencia forzosa y de suspensión con reserva de puesto de trabajo". Con ello el Convenio reconoce que caben interrupciones en la prestación real de servicios y que las mismas carecen de relevancia en determinados supuestos a estos efectos".

Pero tal solución interpretativa no es aplicable al presente caso, al existir una norma especial pactada entre las partes. En efecto, como con acierto señala la sentencia recurrida, el Acuerdo de 12 de abril de 1994 regula el reconocimiento de los servicios pasados de una forma diferente a la pretendida por las recurrentes. En ese Acuerdo se estableció que sólo se reconocerían los servicios prestados sin solución de continuidad, esto es los prestados con interrupciones inferiores a doce días y al mismo debe estarse por imperativo del artículo 7 del Convenio Colectivo, donde se establece que "se mantendrán las condiciones, pactos o acuerdos colectivos vigentes en las Cajas en todo lo que no se oponga o sea incompatible respecto a lo establecido en el presente Convenio Colectivo". Como el Acuerdo citado no es incompatible con el Convenio Colectivo a él debe estarse por las siguientes razones:

Primera.- Porque el Convenio Colectivo que instaura la llamada promoción por experiencia, consistente en el establecimiento de distintos niveles retributivos a los que se accede por el simple paso del tiempo establecido para cada nivel, deja vigentes en su artículo 7 los pactos anteriores al mismo, cual es el Acuerdo relativo al cómputo de los servicios prestados sin solución de continuidad.

Segunda.- Porque en definitiva la promoción por experiencia se produce, únicamente, en función de la mayor permanencia en la empresa y

permanencia es sinónimo de perseverancia y estabilidad, términos todos indicativos de que la promoción por permanencia viene ligada, cual detallan los artículos 24 y 25 del Convenio y la transitoria octava y siguientes, a la prestación de servicios durante determinado número de años, lo que equivale a condicionar el pase de un nivel a otro a la mayor antigüedad en la empresa, concepto que es regulado por el Acuerdo de 12 de abril de 1994, sin que se deba olvidar que el mismo era de aplicar al "plus de vinculación" entonces existente, concepto retributivo que en ese contexto hace referencia a la duración de la unión del trabajador con la empresa.

Tercera.- Porque debe rechazarse, conforme a los artículos 1281, 1283 y 1284 del Código Civil, toda interpretación que conduzca al absurdo de dar una solución no querida por las partes. Como sería que tuviese un nivel superior quien ostentase una antigüedad menor, cosa que podría acaecer caso de accederse a lo pretendido.

Cuarta.- Porque el Acuerdo sobre la prestación de servicios sin solución de continuidad y consiguiente antigüedad en la empresa no trata peyorativamente a quienes accedieron a la empresa como fijos tras trabajar para ella con un contrato temporal. El tratamiento que se da es igualitario y no es contrario a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 15-6 del Estatuto de los Trabajadores. Incluso a los trabajadores fijos que son baja voluntaria y luego reingresan se les aplica el Acuerdo estudiado, lo que supone que si tardan más de doce días en reincorporarse pierdan la antigüedad ganada.

TERCERO.- El otro motivo del recurso interpuesto por CC.OO. alega la infracción de los artículos 6-1, 7-2, 10-1 y 11-1 de la Ley 14/1994 en relación con los artículos 21, 24 y 25 del Convenio Colectivo para las Cajas de Ahorro. Pretende el recurso que el tiempo trabajado en virtud del contrato de puesta a disposición se compute a efectos de la promoción por experiencia.

El motivo no puede prosperar por cuanto se dijo antes y, además, porque en el contrato de puesta a disposición la relación laboral existe entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal, razón por la que, al no existir vínculo jurídico entre el trabajador y la empresa usuaria no cabe estimar que haya permanecido en ella ganando antigüedad a los efectos de la promoción por experiencia, salvo fraude en la utilización del contrato de puesta a disposición, la relación laboral con la empresa usuaria no se inicia hasta que la misma contrata al trabajador, lo que supone que hasta ese día el mismo no este sometido al convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria y que el mismo no consolide en ella ninguna antigüedad.

Y el fraude de ley en la contratación debe alegarse y probarse en un proceso individual y no en uno colectivo como el presente, ya que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso. Mientras, sin perjuicio de la aplicación del artículo 7.2 de la Ley 14/1994 y de sus derechos en orden a las retribuciones, a los meritados trabajadores les será de aplicación lo dispuesto en el Acuerdo de 12 de abril de 1994 cuando ingresen en la empresa como empleados fijos.

CUARTO.- Consecuentemente, procede desestimar los dos recursos de casación interpuestos, sin que proceda hacer pronunciamiento alguno sobre las costas, cual ordena el artículo 233-2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

#### FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por el Letrado D. José Antonio Mozo Saiz, en nombre y representación de la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT), y por el Letrado D. Alejandro Cobos Sánchez en nombre y representación de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CC.OO. (COMFIA CC.OO.), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de junio de 2008, en actuaciones núm. 39/08 y acumuladas seguidas en virtud de demanda a instancia de la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT), Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CC.OO. (COMFIA CC.OO.), Sindicat Autonom de Treballadors D'Estalvi (SATE) contra la Caja De Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante (Bancaja), Sección Sindical de CC.OO., Sección Sindical de SATE, Sección Sindical de CSICA, Sección Sindical de CGT, sobre conflicto colectivo. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Rosa María Viroles Piñol.- María Lourdes Arastey Sahun.

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



## RESEÑA

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



2009/134660

TS Sala 1ª, Sentencia 17 junio 2009.  
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

### Cómputo de intereses en indemnización a cargo de aseguradora

El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia dictada por la AP, la cual casa parcialmente en el sentido de fijar los intereses, manteniendo el resto de pronunciamientos. La Sala, entre otros, declara que en base al principio de irretroactividad de las leyes, a la indemnización que debe abonar la demandada por los daños y perjuicios sufridos por la actora, se le aplicará la redacción originaria del art. 20 LCS que regía al tiempo de producirse el siniestro, que es cuando nace la obligación principal, siendo la fecha inicial de devengo la de notificación a la aseguradora de la firmeza de sentencia penal absolutoria a favor de la aseguradora y en la cuantía del veinte por ciento en un único tramo.



2009/128093

TS Sala 2ª, Sentencia 19 mayo 2009.  
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

### Estafa en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil. Señala el TS que la afirmación contenida en el relato fáctico de que se trataba de letras "ficticias que en ningún caso obedecían a operaciones comerciales realmente existentes", no es relevante para la

apreciación de una estafa en la que aparecen como sujetos pasivos las entidades bancarias a cuya orden se libraron las cambiales y que abonaron por ellas el precio correspondiente del descuento.

2009/128094

TS Sala 2ª, Sentencia 24 abril 2009.  
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

### Diferencia entre delito de coacciones y detención ilegal

Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado, la Sala acoge el formulado por el Ministerio Fiscal, ambos contra sentencia que condenó al primero por delitos de lesiones y coacciones. El TS dicta segunda sentencia por la que establece que estamos en presencia de un delito de detención ilegal, y no de un delito de coacciones, pues la Audiencia sólo ha tenido en cuenta el verbo "encerrar", sin ponderar los hechos desde la perspectiva del verbo "detener". La detención, continúa la Sala, se debe apreciar cuando el autor mantiene al sujeto pasivo sometido a su voluntad y, por lo tanto, privado de su libertad, aunque no lo haya encerrado, y en el presente caso es evidente que el acusado detuvo a la víctima al someterla a su poder ejercitando sobre ella una violencia considerable y manteniéndola sometida a sus decisiones bajo la permanente amenaza de continuar con los malos tratos en cuanto aquélla intentara liberarse de él.



2009/197688

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 30 junio 2009.  
Ponente: D. José Díaz Delgado

### Indebida utilización del complemento específico para prolongar la jornada laboral

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Lérida contra la STSJ que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los epígrafes

1,1 y 3,8 del art. 9 del pacto-convenio de condiciones laborales del Ayuntamiento de Lérida, los cuales declaró nulos por no ser conformes a derecho, reconociendo la situación jurídica individualizada de todos los demandantes a no realizar la jornada laboral de 40 horas derivada de la aplicación del complemento específico en su modalidad exclusividad. La Sala mantiene que el art. 23, 3, b) Ley 30/1984 permite la existencia de un complemento de exclusividad que pueda comportar, además de la dedicación exclusiva al Ayuntamiento, un régimen horario de mayor de dedicación, a través del catálogo de puestos de trabajo.

2009/151033

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 7 julio 2009.  
Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

### Reversión de finca expropiada para usos industriales por la reclasificación realizada varias décadas después

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la STSJ de Galicia que estimó el recurso formulado y se acordó haber lugar al derecho de reversión instado sobre la parcela expropiada para la formación del polígono industrial de la Grela-Bens. La Sala señala que el mero hecho de que haya transcurrido mucho tiempo desde que se produjo la expropiación no es, a la vista de la legislación aplicable al presente caso, razón suficiente para negar que exista el derecho de reversión. En la actualidad, tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, no cabe la reversión cuando hayan transcurrido diez años desde que se terminó la obra o se estableció el servicio que legitimaron la expropiación, lo que sirve para dar estabilidad a situaciones que se han prolongado en el tiempo, no obstante el presente caso se rige por la legislación anterior.

2009/151051

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 30 junio 2009.  
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne

### Inexistencia de trato discriminatorio por existir un tratamiento distinto en la comunidad del País Vasco

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Ma-

dríd que desestimó el recurso dirigido contra diversas resoluciones del TEAR de Madrid, desestimatorio a su vez de las diferentes solicitudes que efectuaron aquellos para que les fuera aplicada la exención prevista en el art. 7, e) Ley 40/1998, a las indemnizaciones que habían percibido por extinción de sus contratos de trabajo que les ligaba con Telefónica, y se efectuaron las oportunas rectificaciones de las liquidaciones de aquel impuesto relativo a los ejercicios 2000, 2001, 2002 y 2003. La Sala desestima los argumentos de la actora y señala que no es aceptable la alegación de discriminación por el hecho de que determinadas normas forales vascas sí hayan extendido el ámbito de extensión indemnizatoria por despido a situación como la de las recurrentes, pues la radicación en la Comunidad Autónoma Vasca, puede ser una circunstancia que justifique un tratamiento fiscal diferente.



2009/190325

TS Sala 4ª, Sentencia 22 junio 2009.  
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

### Denegación de jubilación SOVI por falta de carencia

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS codemandado frente a sentencia que reconoció el derecho de la actora a percibir la pensión de jubilación SOVI reclamada. La Sala indica que únicamente se discute el valor de los cupones bimensuales ingresados por los trabajadores eventuales agrarios hasta el año 1958, es decir, si han de computarse dos meses por cada cupón o sólo un mes y se llega a la conclusión de que en la cotización, estos trabajadores eventuales agrarios sólo reunían la mitad de la carencia anual de los trabajadores fijos por cuenta ajena, puesto que la Orden Ministerial que lo regula ordena computar esa carencia "con arreglo al número de cupones abonados", es decir, seis al año y la Resolución de la Dirección General de Previsión de 30 de enero de 1962, de carácter interpretativo, señala con toda claridad que los cupones de cotización satisfechos por los eventuales de la agricultura, en el período comprendido entre el 1 de abril de 1952 y 31 de julio de 1958 -cual es el caso que nos ocupa- "se computarán... por una mensualidad cada uno"; por todo ello, la doctrina correcta, que debe ser unificada, es la que se contiene en la sentencia de contraste, lo que comporta la estimación del recurso del INSS al no concurrir en la actora el requisito de cotización mínima exigible para tener derecho a la jubilación SOVI.