



# 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 2749

Madrid, lunes 26 de octubre de 2009



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/190314

TS Sala 3ª, Sección 7, Sentencia: 24 junio 2009. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

### Doctrina sobre la carga de la prueba en la impugnación del catálogo de puestos de trabajo de la corporación provincial

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por interpuesto por el Abogado del Estado contra la STSJ de Castilla-La Mancha, y en su lugar desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Diputación Provincial de Cuenca, sobre el punto del orden del día relativo al catálogo de puestos de trabajo 2003. La Sala estima el recurso al considerar que el órgano "a quo" actuó desproporcionadamente al declarar la inadmisión del recurso por extemporaneidad, y entrando a conocer del litigio en el modo en que está planteado, procede desestimarlo al no quedar acreditado el exceso o incumplimiento del límite de incremento retributivo legalmente previsto para el gasto de personal; datos que debían haberse expresado directamente en la demanda o, al menos, mediante una referencia a los concretos documentos o actos de donde debían ser extraídos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El debido estudio de lo que se suscita en esta casación hace conveniente resaltar los siguientes aspectos de la actuación administrativa litigiosa y el proceso de instancia:

1.- El acuerdo de 27 de diciembre de 2002 del Pleno de la Excm. Diputación Provincial de Cuenca aprobó la Plantilla y el Catálogo de Puestos de trabajo para el año 2003 (punto cuatro. uno del orden del día de esa sesión).

2.- La Subdelegación del Gobierno en Cuenca solicitó ampliación de información en relación al acuerdo anterior en sucesivas ocasiones, al amparo de lo establecido en el artículo 64 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL). Así lo

hizo los días 9 de enero, 31 de enero, y 27 de febrero de 2003, recibiendo respuesta de la Excm. Diputación mediante oficios de 16 de enero, 11 de febrero y 10 de marzo de 2003; y, por última vez, el 31 de marzo de 2003, lo que se contestó por la Diputación por un oficio de 11 de abril de 2003 y con fecha de salida el día 22 inmediato posterior.

3.- El 12 de mayo de 2003 la Delegada del Gobierno en Castilla La Mancha, al amparo de lo establecido en el artículo 65 de la LRBRL, requirió a la Excm. Diputación a que dejara sin efecto el acuerdo plenario que inicialmente se ha mencionado.

4.- La Corporación provincial, mediante oficio de 18 de junio de 2003, comunicó que hasta esa fecha no había podido adoptar la pertinente resolución por haber estado en funciones durante el plazo conferi-

do, como también remitió la propuesta que la Diputada de Personal había presentado al Pleno en relación con el requerimiento de que se viene hablando.

5.- El proceso de instancia fue promovido por la Administración General Del Estado el 2 de agosto de 2003 contra el Acuerdo del Pleno de la Excm. Diputación Provincial De Cuenca de 27 de diciembre de 2003, en el punto cuatro. uno del Orden del día "Catálogo de Puestos de Trabajo 2003".

Fue iniciado directamente por demanda presentada ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Cuenca, por los trámites del procedimiento abreviado, en cuyo suplico se reclamaba la anulación del acto administrativo impugnado.

Dicha demanda, para apoyar esa pretensión, señalaba, en el apartado de hechos, que habían sido infringidos los artículos 19 y siguientes de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2003, por estas razones: haberse creado para 2003 un denominado fondo de incentivo a la calidad de los servicios públicos (hecho tercero); haberse incrementado por encima del tope legal los conceptos "Fondo de Acción Social" y "Fondo de Pensiones", como también el complemento de productividad (hecho cuarto); haber producido modificaciones de los complementos específicos y pluses de convenios, que afectan a categorías profesionales enteras, en contra del criterio que había sido mantenido por dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

Tras lo anterior, se decía, en ese mismo apartado de hechos, que la masa retributiva global había superado el límite legal, con independencia de lo que pudiera resultar de la comparación de las retribuciones singulares de los ejercicios 2003 y 2002 (hecho sexto); y que, por tanto, el acuerdo impugnado incurría en nulidad y sus efectos debían ser los previstos en el artículo 19 cuatro de la Ley 52/2002 (hecho séptimo).

6.- Se dictó inicialmente sentencia por el Juzgado y, en fase de apelación, dicha sentencia fue anulada, por incompetencia, por la sentencia

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Nulidad de ejecución hipotecaria extrajudicial 6

#### PENAL

Concurrencia de alevosía compatible con dolo eventual en delito de asesinato 8

#### ADMINISTRATIVO

Doctrina sobre la carga de la prueba en la impugnación del catálogo de puestos de trabajo de la corporación provincial 1

Suspensión de los derechos políticos de participaciones sociales por no promover una oferta pública de adquisición 4

#### SOCIAL

Inexistencia de prescripción de cantidades incluidas en indemnización por daños y perjuicios 12

Desconocimiento empresarial del proceso incapacitante de trabajador incluido en ERE 13

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha que directamente se recurre en esta casación.

Esta segunda sentencia, resolviendo en primera instancia, decidió inadmitir el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aplicación de lo establecido en los artículos 64 y 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

Razonó para ello, como recuerda en su actual recurso de casación el Abogado del Estado, que el requerimiento formulado por la Administración del Estado al amparo del artículo 65 LRBRL había sido extemporáneo, por haberse hecho fuera del plazo de quince días desde la recepción del acuerdo objeto de impugnación.

Esa extemporaneidad la apreció como consecuencia de rechazar el argumento del Abogado del Estado de que el cómputo del plazo no había llegado a comenzar, en aplicación del artículo 64 la citada LRBRL, por no haberse remitido por la Diputación la relación de puestos de trabajo para 2002 que le había solicitado; y para justificar este rechazo razonó que lo pedido había sido una relación individualizada de las retribuciones básicas y complementarias y valoró la contestación ofrecida por la Diputación en estos términos:

“(…) la información remitida a la Administración del Estado era suficiente para comprobar la existencia de incrementos, en los puestos mencionado, superiores al 2 % establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2003, número 52/2002, de 30 de diciembre, así como para valorar la corrección o no de los argumentos ofrecidos para justificarla, y, por tanto, suficiente para formular el requerimiento de anulación dentro del plazo legal oportuno”.

SEGUNDO.- El actual recurso de casación lo ha interpuesto LA Administración General Del Estado, que esgrime en su apoyo un sólo motivo, amparado en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional de 1998 (LJCA).

En él se imputa a la sentencia recurrida la infracción de los artículos 64 y 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 24 de la Constitución, y las razones desarrolladas con esa finalidad se pueden resumir en lo que continúa.

Dice, en primer lugar, que la interpretación que de esos preceptos de la LRBRL ha hecho la Sala de instancia es muy rigorista y contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

Sostiene también, tras citar la sentencia de 2 de julio de 1999 de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que el requerimiento es un acto de autoridad y no un recurso administrativo y, en razón de esto, debe entenderse que su extemporaneidad ha de afectar a su finalidad de obtener la anulación por parte de la Corporación local pero no a la posibilidad de interposición del recurso contencioso-administrativo, siempre que esta tenga lugar en el plazo de dos meses, contado desde el vencimiento de dicho requerimiento o desde la recepción de la comunicación de la Entidad Local rechazando el requerimiento.

En coherencia con este segundo argumento, afirma que el plazo fue respetado porque la comunicación de la Diputación rechazando el requerimiento tuvo lugar el 18 de junio de 2003 y el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se presentó el 2 de agosto.

Termina recordando la doble vía opcional contemplada en el artículo 65 LRBRL y subrayando que, de utilizarse la vía del requerimiento de anulación, los efectos de la extemporaneidad de la misma “habrán de circunscribirse (...) a la posibilidad o no de la anulación pretendida, sin suponer un obstáculo insalvable, cuando nada se prevé expresamente en tal sentido, para la admisión del correspondiente recurso-contencioso-administrativo”.

TERCERO.- Es de acoger el motivo de casación del Abogado del Estado por lo que se explica a continuación.

Como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 40/1994, entre otras), el derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución también se satisface cuando la resolución es de inadmisión, pero siempre que este pronunciamiento resulte de una aplicación razonada de la correspondiente causa legal y a través de una interpretación en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental que sea acorde con el principio de proporcionalidad.

En el caso aquí enjuiciado, los datos que fueron consignados en el primer fundamento conducen a valorar

la inadmisión como un resultado que, por su falta de proporcionalidad, no puede ser considerado conforme con lo que demanda el derecho fundamental de tutela judicial efectiva; y esto por lo siguiente:

a) en la fecha del requerimiento (12 de mayo de 2003) todavía no había vencido para la Administración General del Estado el plazo para recurrir jurisdiccionalmente de manera directa el Acuerdo Plenario de la Excma Diputación de 27 de diciembre de 2007;

b) el no rechazo por la Corporación provincial de ese requerimiento en razón a su extemporaneidad, pudiendo hacerlo, generó en la Administración estatal la confianza de que sería respondido y, por ello, podía esperar a utilizar la vía de impugnación indirecta del artículo 65.3 de la LRBRL y su especial regulación en cuanto al cómputo del plazo procesal;

c) imponer a dicha Administración estatal una extemporaneidad que es igualmente imputable al proceder de la Excma. Diputación, es contrario a ese elemental sentido de la proporción que resulta inherente al derecho de tutela judicial efectiva.

La consecuencia de lo anterior es anular el pronunciamiento de inadmisibilidad contenido en la sentencia recurrida y, como consecuencia de ello, el directo examen por este Tribunal Supremo del recurso contencioso-administrativo que fue deducido en el proceso de instancia.

CUARTO.- El análisis de fondo de la impugnación que el Abogado del Estado planteó en el proceso de instancia hace necesario realizar, como se hace en este fundamento y en el que sigue, unas consideraciones sobre los términos en que aparece regulado en las Leyes estatales de Presupuestos el límite del incremento de las retribuciones del sector público y sobre como debe distribuirse en esta materia la carga probatoria sobre los hechos cuya apreciación resulta necesaria para que se pueda declarar un exceso sobre dicho límite.

Por lo que se refiere a las dos Leyes Presupuestos Generales del Estado para 2002 y 2003 que aquí han de tomarse en consideración (la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, y la Ley 53/2002, de 30 de diciembre), debe subrayarse que, de manera similar a como lo hicieron las correspondientes a otros ejercicios anuales,

regulan el tope de incremento retributivo que en cada una de ellas se establece a través de una regla general y unas excepciones.

Esa regla general consiste en definir porcentualmente, por comparación con el año anterior, el alcance o contenido de dicho tope y en disponer su observancia en términos de homogeneidad, homogeneidad para cuya apreciación cita como elementos a ponderar los efectivos de personal y su antigüedad.

La excepción se define inicialmente con esta fórmula: sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles, por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo, siempre con estricto cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Así lo hace la Ley 23/2001, que establece:

“Artículo 20. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

Uno. A efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público:

Dos. Con efectos de 1 de enero del año 2002, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 2 por 100 con respecto a las del año 2001, en términos de homogeneidad para los dos periodos de la comparación tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

Tres. Lo dispuesto en el apartado anterior debe entenderse sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo, siempre con estricto cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Cuatro. Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los que se establecen en el presente artículo o en las normas que lo desarrollen deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan al mismo.

Cinco. Este artículo tiene carácter de básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.13 y 156.1 de la Constitución. Las Leyes de Presupuestos de las Comunidades autónomas y los Presupuestos de las Corporaciones locales correspondientes al ejercicio 2002 recogerán expresamente los criterios señalados en el presente artículo”.

Y en términos parecidos se expresa el artículo 19 de la Ley 52/2002:

“Artículo 19. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

Uno. A efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público: (...).

Dos. Con efectos de 1 de enero del año 2003, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 2 por 100 con respecto a las del año 2002, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

Tres. Lo dispuesto en el apartado anterior debe entenderse sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo, siempre con estricto cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Cuatro. Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los que se establecen en el presente artículo o en las normas que lo desarrollen deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan al mismo.

Cinco. Este artículo tiene carácter de básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.13 y 156.1 de la Constitución. Las Leyes de Presupuestos de las Comunidades autónomas y los Presupuestos de las Corporaciones locales correspondientes al ejercicio 2003 recogerán expresamente los criterios señalados en el presente artículo”.

QUINTO.- En cuanto a lo que esta Sala tiene declarado sobre la carga probatoria en esta materia, una muestra significativa de esos pronunciamientos es la sentencia de 20 de octubre de 2005, dictada en la Casación 797/2001.

Dicha sentencia se expresa así sobre la carga que incumbe a la Administración General del Estado impugnante:

“ (...) quien debe probar que en condiciones de homogeneidad existe un aumento del gasto de personal superior (...) es el Abogado del Estado, puesto que el límite se establece con estas condiciones y efectivamente, la aplicación de lo dispuesto ahora en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace que sea el impugnante (...) el que haya de probar dicho exceso, no con una mera referencia a la diferencia cuantitativa entre el presupuesto anterior y el impugnado sino en condiciones de homogeneidad, para lo que no sólo goza del privilegio de información previsto en los artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985, sino de la posibilidad de requerir más información y por supuesto de solicitar cuanta prueba fuere oportuna durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo”.

Como también declara que será el Ayuntamiento demandado quien deberá:

“probar las circunstancias excepcionales que justifiquen un aumento por encima del límite establecido legalmente, no bastando con la mera especulación de que no caben dentro del capítulo de gastos de personal partidas que no tienen la naturaleza de retribuciones, y en concreto las excepciones a que se refiere el apartado tres del artículo de la Ley 65/1997. (...)”.

Relacionando, pues, el anterior criterio de esta Sala con las Leyes estatales de Presupuestos para 2002 y 2003, debe declararse que al Estado corresponde señalar el exceso retributivo que se haya podido producir en relación con el límite legalmente previsto, así como demostrar que dicho exceso ha sido apreciado tomando en consideración condiciones de homogeneidad.

Y la demostración de esa homogeneidad conlleva la necesidad de que la impugnación que plantee el Estado incluya el detalle de los siguientes extremos: los efectivos de personal y la antigüedad del mismo en cada uno de los dos periodos anuales que deben ser comparados, señalando en su caso las diferencias que por alguno de esos conceptos deban ser excluidas para mantener esa homogeneidad a la que debe ir referida la comparación; y el importe de todos los conceptos retributivos reconocidos a cada empleado público que son tomadas en consideración en cada uno de los dos periodos.

Paralelamente, debe también indicarse que la carga de alegación y justificación del Ayuntamiento (en este caso de la Diputación de Cuenca) está referida a la alteración del contenido que pudieran presentar algunos puestos de trabajo (en lo que concierne a las retribuciones básicas y complementarias fijas y periódicas) y a la modificación de los efectivos dedicados a cada programa, al grado de consecución de los objetivos fijados y al resultado individual de su aplicación (en lo que hace a las restantes retribuciones complementarias).

Aunque también conviene subrayar, finalmente, que la definitiva solución en esta clase de procesos sobre la distribución de esa carga probatoria dependerá de los concre-

■

*“...el Abogado del Estado adujo una superación del límite de incremento retributivo legalmente previsto, pero lo hizo en términos genéricos, porque no detalló cuales fueron, en los dos periodos anuales comparados, los efectivos de personal a tener en cuenta ni su antigüedad, y tampoco expresó el importe de cada uno de los conceptos retributivos reconocido a cada empleado público...”*

■

tos términos con que haya quedado delimitado el singular litigio de que se trate, de forma tal que la necesidad de la prueba habrá de ser exigida en relación a los hechos en que las partes litigantes, a través de sus alegaciones, hayan concretado el tema litigioso.

SEXTO.- En el proceso de instancia, como se ha puesto de manifiesto en el primer fundamento, el Abogado del Estado adujo una superación del límite de incremento retributivo legalmente previsto, pero lo hizo en términos genéricos, porque no detalló cuales fueron, en los dos periodos anuales comparados, los efectivos de personal a tener en cuenta ni su antigüedad, y tampoco expresó el importe de cada uno de los conceptos retributivos reconocido a cada empleado

público en uno y otro ejercicio anual; y no solo no incluyó directamente esos datos, tampoco se remitió, identificándolos debidamente, a los concretos documentos o actos administrativos donde figuraran dichos datos.

Con ese planteamiento la impugnación planteada no ofrece al órgano jurisdiccional los elementos o hechos cuyo conocimiento resulta imprescindible para decidir si tuvo o no lugar ese exceso del tope de incremento retributivo establecido en la Ley 53/2002.

Y debe recordarse que, por aplicación de lo establecido en el artículo 56.1 de la Ley jurisdiccional, la demanda debe consignar todos los hechos que sean el elemento básico de la pretensión que en ella sea ejercitada.

Dicho en otras palabras, no se ofrecieron al órgano jurisdiccional de instancia, ni ahora los conoce esta Sala, los datos que necesariamente han de ser ponderados para poder apreciar el exceso o incumplimiento del límite legal que se denuncia; datos que debían haberse expresado directamente en la demanda o, al menos, mediante una referencia a los concretos documentos o actos de donde debían ser extraídos.

SÉPTIMO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar haber lugar al recurso de casación de casación y desestimar el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia.

En cuanto a costas procesales, no concurren las razones previstas en el artículo 139.1 de la LJCA para hacer una especial imposición de las correspondientes al proceso de instancia.

Y de conformidad con lo establecido en el apartado 2 de ese mismo precepto procesal, cada parte abonará las suyas en las que correspondan al recurso de casación.

## FALLO

PRIMERO.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por interpuesto por la Administración General Del Estado contra la sentencia de trece de octubre de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (dictada en el recurso de apelación núm. 4/2004 pero actuando como órgano de primera instancia, después de anular, por incompetencia, la sentencia número 200, de fecha 21 de octubre de 2003, del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Cuenca en el procedimiento abreviado núm. 223/2003); y anular la sentencia recurrida a los efectos de lo que se declara a continuación.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo inter-

puesto en el proceso de instancia por, al ser el acto administrativo impugnado conforme a Derecho en lo que fue discutido en dicho proceso.

TERCERO.- No hacer especial imposición sobre las costas del proceso de instancia ni sobre las correspondientes al recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo De La Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cancero Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

2009/19094

TS Sala 3ª, Sección 3, Sentencia: 9 febrero 2009. Ponente: D. Oscar González González

## Suspensión de los derechos políticos de participaciones sociales por no promover una oferta pública de adquisición

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la SAN, y en su lugar, estima en parte el recurso contencioso administrativo promovido contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que acordó declarar la suspensión de los derechos políticos correspondientes a la participación de la entidad actora, limitando los efectos de la suspensión de los derechos políticos al conjunto de acciones que conformaron la última adquisición. La Sala considera que la suspensión de los derechos políticos entra dentro de las potestades de supervisión que la Ley atribuye a CNMV, para lograr la transparencia necesaria en los mercados de valores, rechazando que se haya generado infracción de los derechos constitucionales de propiedad o libertad de empresa, pues se trata de derechos que tienen sus límites en lo establecido en la Ley, de forma que el efecto jurídico previsto en la norma -la suspensión de los derechos políticos-, es reglado y automático, de tal forma que si se produce el hecho determinante -superación del 25% sin OPA, excluida la autocartera-, tal suspensión procederá, al margen de que existiese o no culpabilidad. Por último, estima el motivo alegado con*

*carácter subsidiario, señala el Tribunal que la suspensión debe alcanzar al último paquete de acciones adquiridas en su conjunto, y no sólo a la parte de ellas que superen el umbral del 25%.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó el recurso interpuesto por la entidad BAMI S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 19 de mayo de 2003, que acordó declarar la suspensión de los derechos políticos correspondientes a la participación de la entidad actora en METROVACESA

Posteriormente la parte actora presentó, al amparo del artículo 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, escrito pidiendo el complemento de la sentencia para que la Sala de instancia se pronunciara sobre la pretensión formulada en la demanda en su Fundamento Jurídico VIII, en relación con el principio de confianza legítima, recayendo auto de 29 de marzo de 2006 en el que se desestimó esta petición.

Contra la sentencia y el auto se interpone la presente casación. El Abogado del Estado solicitó la inadmisión parcial del recurso, con base en que la admisión sólo procedería respecto de la sentencia, habida cuenta de que contra el auto no es posible la casación sino en los supuestos especialmente señalados en el artículo 87 de la Ley Jurisdiccional, entre los que no se encuentra el referido auto. Sin embargo, según se expresa en el artículo 267.7 LOPJ, el recurso contra la sentencia comprende también el del auto, por lo que el examen que aquí se haga habrá de atender a ambos, razón que conduce a desestimar esta excepción, que, por lo demás, carece de trascendencia en el presente caso, en el que la cuestión, cuyo complemento se pidió al Tribunal de instancia, se ha planteado como motivo de casación en sus vertientes formal y material, lo que impone a esta Sala el deber de examinar ambos aspectos, desde la perspectiva contemplada tanto en el auto como en la sentencia.

En el acto de la vista se ha solicitado por el Abogado del Estado el archivo de las actuaciones por pérdida sobrevenida de objeto, al entender que la entidad BAMI no existe, y por tanto la sentencia no le puede producir un efecto jurídico favorable o desfavorable. Esta pretensión debe rechazarse, puesto que se ha producido una sustitución procesal en favor de METROVACESA, que no ha sido impugnada ante el Tribunal de instancia, y que es perfectamente legítima, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la ley Jurisdiccional. Por otra parte, las consecuencias jurídicas de la sentencia que aquí se dicte, pueden afectar a la entidad su-

cesora, que se ha subrogado mediante esa sucesión en todos los derechos que puedan derivar en favor de la transmitente, incluso en relación con acuerdos tomados en METROVACESA, con "quórum" en el que no se tuvieron o se tuvieron en cuenta las acciones cuyos derechos políticos han sido suspendidos.

Por último, la falta de mención del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional que aduce el Abogado del Estado como excepción formal no puede ser acogida, pues en el apartado 3 de los requisitos de admisibilidad del escrito de interposición se hace referencia a ello.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, se aduce por la entidad recurrente quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia relativas a la congruencia, al haberse omitido por el Tribunal de instancia razonamiento alguno sobre el principio de confianza legítima que se había invocado en la demanda con base en los precedentes e incluso resoluciones posteriores dictadas por la CNMV sobre la exclusión de la autocartera del capital social con derecho a voto a los efectos de la normativa sobre OPAS.

En el presente caso existe una respuesta a esta alegación en el último párrafo del auto de 29 de marzo de 2006 que se dictó ante el incidente promovido al amparo del artículo 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En efecto, en él se dice que "no puede apreciarse confianza legítima cuando se citan supuestos que no se acreditan idénticos, cuando no ha existido un nuevo pronunciamiento de la CNMV sobre el caso concreto que bien pudo serle sometido por la interesada y cuando las normas de aplicación son claras como hemos tenido ocasión de analizar en la sentencia". Cualquiera que sea el alcance que quiera atribuirse a esa declaración, lo cierto es que hay un razonamiento del Tribunal "a quo" contestando al argumento de la demanda, por lo que el mismo debe combatirse ya por el cauce del apartado d) del artículo 88.1, como así se ha hecho.

Pero es que además, en relación con el requisito de congruencia de las sentencias recogido en el artículo 67.1 de la Ley Jurisdiccional, esta Sala ha indicado que para cumplirlo no es necesario que se contesten de forma pormenorizada a todas las cuestiones suscitadas en los escritos de las partes, bastando que se deduzca de los razonamientos del órgano judicial, incluso tácitamente, cual ha sido el hilo conductor que lo ha llevado al fallo.

Entendiendo la sentencia, y el propio auto referido, que se trata de un caso de aplicación de normas, el indicado principio no tiene operatividad, pues cualquiera que hubiera sido la actuación de la CNMV en

otros casos, siempre tendría que haberlo hecho con sometimiento pleno al principio de legalidad, y si no es así, sus precedentes ilegales no pueden prevalecer frente a lo que aquel principio le impone. De esta forma si en la sentencia se examinó el argumento de la exclusión o no de la autocartera desde el prisma de la legalidad, huelga examinar el criterio que ha seguido la CNMV en relación con el mismo, si es contrario a lo que la Sala entendió que era lo ajustado a derecho.

TERCERO.- La recurrente aduce a continuación la infracción por la sentencia de los artículos 13 y 60 de la Ley del Mercado de Valores al afirmar la competencia de la CNMV para suspender los derechos políticos de un accionista. Indica que esa suspensión está configurada como un efecto jurídico privado automático que impide al accionista ejercer sus derechos políticos en la sociedad y que determina la nulidad de pleno derecho de los acuerdos sociales adoptados con su voto, y que debe hacerse efectivo por la sociedad afectada y operaría con independencia de las declaraciones que pueda realizar la CNMV.

En relación con esta cuestión el Tribunal de instancia razonó que:

Como correctamente se razona en la Resolución impugnada y se afirma en la contestación a la demanda, la suspensión que nos ocupa opera automáticamente por ministerio de la Ley. No es por ello una decisión a valorar por la Administración, sino que, una vez contrastada la adquisición de los porcentajes del artículo 1 sin la formulación de la OPA, la aplicación de la suspensión de los derechos de voto es ineludible.

El precepto que analizamos se encuentra ubicado en el Capítulo VII del Régimen de Supervisión, Inspección y Sanción del Real Decreto 1197/1991. Por ello hemos de afirmar que las previsiones normativas contenidas en el artículo que comentamos, y especialmente las relativas a la suspensión del derecho de voto que analizamos, se insertan en la órbita de las facultades de supervisión e inspección -la suspensión no es una sanción, como hemos visto, sino una medida de restablecimiento del orden jurídico perturbado-.

Por su parte el artículo 13 de la Ley 24/1988 establece: "Se crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la que se encomiendan la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que se le atribuyen en esta Ley".

Es claro que la competencia para ejercer las facultades de supervisión e inspección de los mercados de va-

lores corresponde a la CNMV, por lo que, siendo la suspensión que nos ocupa una facultad de supervisión e inspección corresponde a dicho órgano regulador”.

El artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores 24/1988 encomienda a la CNMV la supervisión y transparencia de los mercados de valores, expresando en el artículo 60, después de señalar la necesidad de promover una oferta pública de adquisición por quien pretenda adquirir un determinado volumen de acciones admitidas a negociación en Bolsa de Valores, que reglamentariamente se fijará, entre otras materias, la modalidad de control administrativo a cargo de la CNMV.

En el ejercicio de esta habilitación legal, el Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, incluyó en el “régimen de supervisión” el supuesto contemplado en el artículo 60 de la LMV, señalando en su artículo 40 que “Sin perjuicio de la aplicación de las sanciones a que se refiere el artículo precedente, quien adquiera acciones de una Sociedad cuyo capital social esté admitido a negociación en una Bolsa de Valores y alcance o supere los porcentajes establecidos en el artículo 1 sin haber promovido previamente una oferta pública de adquisición, no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas o que adquiera en lo sucesivo sin promover la correspondiente oferta pública de adquisición”.

Esto quiere decir que el adquirente de esas acciones sin acudir al mecanismo de OPA puede encontrarse en una previa situación en la que está latente la pérdida de sus derechos políticos, y otra posterior cuando ejercita éstos indebidamente. Es necesario que el ordenamiento jurídico reaccione contra estas situaciones. En este segundo momento lo hace a través del régimen de impugnación que se confiere por el párrafo segundo del artículo 40.5 a la CNMV y por el sistema sancionador en virtud de lo dispuesto por el artículo 99 r) LMV, que califica como falta muy grave esta conducta. Pero en el primer supuesto la reacción también es imprescindible para evitar los perjuicios que se pueden producir al mercado que sin duda son relevantes, pues cabe que el infractor ejerza su derecho al voto y el acuerdo que se adopte desconociendo la irregularidad o mal interpretándola producirá efectos, que eventualmente pueden ser anulados, pero que por el momento operan activamente, o cabe que suscriba de forma preferente nuevas acciones aumentando así el daño que pretende evitarse a los accionistas minoritarios.

Pues bien, en esta primera fase, la suspensión de los derechos políticos entra dentro de las potestades de supervisión que la Ley atribuye a CNMV, para lograr la transparencia necesaria en los mercados de valo-

res, a que se refiere su artículo 13, de tal forma que el público en general y los intervinientes en los mercados secundarios en particular conozcan realmente la situación en que se encuentran las sociedades cotizadas. Debe por ello desestimarse este motivo de casación.

CUARTO.- Aduce el recurrente que la sentencia infringe los artículos 60 LMV y 1.1 del Real Decreto 1197/1991 al entender que las acciones en autocartera deben excluirse de la cifra de capital social a efectos de computar las participaciones significativas que determinan la obligación de formular la OPA, pues, a su juicio, la normativa sobre OPAS no establece expresamente la exclusión de estas acciones, interpretándose de forma extensiva una norma restrictiva de derechos, e introduciéndose un elemento contrario a la seguridad jurídica que debe presidir la determinación de los umbrales que hacen nacer la obligación de formular la OPA. Señala en el motivo siguiente que se contradice el principio de confianza legítima pues la CNMV en su informe anual de 1992 indicó que la autocartera debía mantenerse separada del régimen de OPAS y, en consecuencia, computarse a todos los efectos como capital social con derecho de voto, lo que determinó su falta de reacción en los supuestos anteriores de INDRA y ENCE, así como en el posterior de ABERTIS, dando lugar a que BAMI ajustase su conducta a este comportamiento.

En relación con esta cuestión el Tribunal de instancia señaló que:

“Hemos de recordar la dicción del artículo 60 antes transcrito: “... llegar a alcanzar una participación significativa en el capital de una sociedad...”. La idea central sobre la que gira la regulación, esto es, una participación en la que el capital con derecho a voto sometido a una unidad de dirección, tenga una significación tal que pueda influir de manera determinante en las decisiones sociales -de ahí la nulidad de los acuerdos y la facultad de impugnación de la CNMV contemplados en el artículo que comentamos-. Se trata pues de que el control de la sociedad no se vea alterado sino es concurriendo en el mercado y sin dar la posibilidad a los accionistas de vender sus acciones.

La idea se centra pues, como decimos, en el control de la entidad mediante la adquisición de un porcentaje de capital que se considera significativo y que se establece en el Real Decreto 1197/1991. Por ello acierta la CNMV al afirmar que respecto del capital el cómputo ha de realizarse respecto de aquel que exista derecho de voto, no así respecto del que lo tiene suspendido. La razón es evidente: el capital sin derecho a voto no concurre en la confirmación de las mayorías necesarias para la formación de la voluntad societaria y por ello no puede ser tenido en cuen-

ta a los efectos de su incidencia en el control de la sociedad, porque, al carecer de la posibilidad de voto no incide en tal control, ni contrarresta la influencia de otras participaciones bajo unidad de dirección. Y a ello no es obstáculo que haya de computarse para el quórum, pues, una vez alcanzado éste, el capital en cartera, al tener suspendido el ejercicio de los derechos de voto, no puede incidir en los acuerdos sociales, y no afecta al control de la entidad”.

Como dato relevante a los efectos de este motivo debe tenerse en cuenta que BAMI tenía desde el 16 de julio de 2002 una participación en el capital social de METROVACESA de un 23,90%, y fue con posterioridad, el 28 de marzo de 2003, cuando BAMI comunicó que había aumentado su participación un 1,099%, lo que representaba el 24,999% del capital social de METROVACESA, es decir, el 25% menos una acción. En

■

*“...el efecto jurídico previsto en la norma -la suspensión de los derechos políticos-, es reglado, de tal forma que si se produce el hecho determinante -superación del 25% sin OPA-, tal suspensión procederá, al margen de que existiese o no culpabilidad del que incurriese en esa ilegalidad...”*

■

esas fechas la autocartera de esta última sociedad era de 1,306% del capital social. En consecuencia si dicho porcentaje se deducía del 100% y no se computaba a los efectos de cumplir o no el deber de formular OPA, la última adquisición efectuada por BAMI sobrepasaba en un 0,33% ese límite del 25% impuesto en los artículos 60 LMV y 1.1 del Real Decreto 1197/1991 para formular OPA.

El art. 60 LMV tiene como finalidad la protección de los inversores de la sociedad afectada y, en particular, de los socios minoritarios, garantizando la paridad de trato de los accionistas en la operación de toma de control, evitando que unos se vean beneficiados en detrimento de otros, así como la posibilidad de eludir los riesgos que puedan resultar de éstas para los mismos, ya que las OPAS evitan que el control de una sociedad pueda verse alterado si no es concu-

riendo en el mercado y permitiendo a los accionistas que así lo deseen vender sus acciones. Permiten, en definitiva, disminuir los riesgos que comporta para los pequeños accionistas la concentración del poder societario en los órganos de administración.

Conviene recordar, asimismo, que estas disposiciones se redactaron en su momento atendiendo al enfoque que seguía la Propuesta de 13ª Directiva del Consejo en materia de Derecho de sociedades relativa a las OPAS, la cual puso especial énfasis en la figura de la OPA obligatoria impuesta a priori con el principal objetivo de proteger el derecho de todo accionista a participar en la “prima de control” en los casos de compra de un paquete de control o participación significativa, y aunque tal propuesta fue abandonada, la posterior Directiva 2004/25 /CE persigue la misma finalidad de protección de los accionistas minoritarios.

Pese a estar clara la finalidad del precepto, nada se establece ni legal ni reglamentariamente, sobre el cómputo o no de la autocartera. Ciertamente, como afirma la recurrente, dichas acciones se tienen en cuenta a otros efectos: el art. 79.2ª LSA ordena computarlas en el capital-base para determinar las cuotas quórum de constitución de la Junta General de Accionistas (art. 102) y también en la adopción de ciertos acuerdos (art. 103).

Ahora bien, estos preceptos tienen otra finalidad, cual es la de evitar que tales quórum fluctúen en función de la evolución de la autocartera, y también impedir posibles maniobras del grupo de control dirigidas a rebajar tales mayorías facilitando acuerdos en las propuestas de su interés, como es el caso que se recoge en la sentencia de la Sala de lo Civil de 19 de diciembre de 2001, en la que se expresa que con la inclusión del artículo 79.2ª LSA “ha pretendido el legislador neutralizar posibles actuaciones de los grupos de poder que, tras vender parte de sus acciones a la sociedad, conservarían su cuota de control, si las mayorías se calculasen tomando solamente en consideración las acciones ajenas a la autocartera”.

Esclarecida, pues, cual es la finalidad perseguida con las OPAS, no hay duda que ésta se consigue de manera más efectiva siendo riguroso en la exigencia de un nivel más alto en la determinación del porcentaje del 25%, máxime, si se tiene en cuenta que en el momento en que se pretende tomar el control societario, los derechos de voto inherentes a las acciones poseídas en autocartera no pueden ejercitarse, conforme indica el artículo 79.1 LSA, por lo que su cómputo determinaría que se hubiese adquirido una participación de control suficiente en ese momento, sin necesidad de formular la OPA, lo que es contrario a la finalidad perseguida en el precepto.



Se sigue así el ejemplo del Reino Unido, cuyo Takeover Code -art. 37.2 - precisa que no se computará la autocartera a la hora de calcular si el umbral establecido por su artículo 9.1, que determina la obligación de lanzar una OPA, se ha sobrepasado.

Por último, como ya se señaló anteriormente, el principio de confianza legítima o del precedente administrativo, que invoca el recurrente en defensa de su tesis, con base en la existencia de resoluciones de la CNMV anteriores que llegaron a conclusiones distintas, tampoco puede prosperar, porque no nos encontramos en un campo de discrecionalidad en que realmente operan dichos principios, sino en el de legalidad, en el que la decisión no puede apartarse de lo previsto por la Ley, o de lo que con base en la misma la recta interpretación jurídica señala, interpretación que no es otra que la ha quedado señalada en los anteriores razonamientos.

Es cierto que las sentencias que se citan por la recurrente en su escrito aplican dicho principio, pero hay que tener en cuenta que se refieren al campo sancionador, que no puede confundirse con el de la suspensión que se examina en el presente caso. En aquellos supuestos la operatividad del principio lo es en relación con un elemento subjetivo, la culpabilidad, cuya existencia o no puede estar condicionada por la creencia del sujeto infractor de que actúa conforme a Derecho.

En nuestro caso, al margen de la intención del sujeto de comportarse correcta o incorrectamente, el efecto jurídico previsto en la norma -la suspensión de los derechos políticos-, es reglado, de tal forma que si se produce el hecho determinante -superación del 25% sin OPA-, tal suspensión procederá, al margen de que existiese o no culpabilidad del que incurriese en esa ilegalidad, elemento que únicamente podrá ser tenido en cuenta a la hora de decidir sobre la existencia de la infracción prevista en el artículo 99 r) LMV.

No se produce, en consecuencia, infracción de los derechos constitucionales de propiedad o libertad de empresa, cuya denuncia efectúa la recurrente en su escrito, pues se trata de derechos que tienen sus límites en lo establecido en la Ley, que, en este caso, exige la necesidad de formular OPA en la adquisición de acciones cuando se supere un determinado porcentaje, sin que quepa llegar a solución contraria a la que se ha analizado, pues no se trata de interpretar restrictivamente una norma sino de determinar con claridad cual es la finalidad que en ella se persigue, y una vez esclarecido esto, su aplicación es automática.

QUINTO.- Al denegarse la estimación de los anteriores motivos, no es necesario el examen de los dos siguientes, pues superado el porcentaje

del 25%, mediante la exclusión de la autocartera, ya surge la necesidad de formular la OPA, cualquiera que fuere la decisión que se adoptase sobre ellos. Queda, en consecuencia, por examinar el último motivo de casación, en el que de forma subsidiaria, para el caso de que no se estimen los anteriores, se aduce infracción del apartado 3 del artículo 60 LMV y artículo 40.1 y 4 del Real Decreto 1197/1991 al extender la suspensión de los derechos políticos a la totalidad de la participación de BAMI y no sólo al 1,099% que es en lo que se superaría, en su caso, el porcentaje que impone la formulación de la OPA.

La sentencia de instancia señaló a este respecto que:

“La prohibición viene referida no a un concreto porcentaje de capital, sino a su titular o titulares unidos bajo una unidad de dirección. Esto es claro en la dicción del precepto: Quien adquiera..., esto es, el titular de las acciones adquiridas. Por ello la suspensión afecta a los titulares del capital adquirido sobre el 25% del total con derecho a voto sin formular la OPA, y alcanza al derecho de asistir y votar en juntas generales”.

El motivo debe en parte ser estimado, con base nuevamente en la finalidad perseguida por la OPA, pues si dicho régimen trata de evitar que nadie pueda hacerse con el control de una sociedad si no es a través de una OPA, ha de admitirse que dicha finalidad se consigue plenamente mediante la simple desactivación de los derechos políticos -y con ello del poder de influencia- del paquete de acciones con el que se produce el traspaso del correspondiente umbral legal.

El carácter excepcional de esta medida impide extender los efectos jurídicos de la irregularidad de una adquisición concreta a otros negocios válidamente celebrados con anterioridad. Lo contrario sólo podría vincularse a una previsión legal expresa e inequívoca en tal sentido, como así se hace en la nueva normativa representada por la Ley 6/2007, de 12 de abril, y RD 1066/2007, de 27 de julio, pero ni en la redacción del art. 60 LMV ni en la del art. 40 del RD 1197/1991, vigentes en el momento de los hechos, se contiene previsión alguna en tal sentido. De forma que el art. 60 LMV, al afirmar que “Quien adquiera el volumen de acciones y alcance la participación significativa a que se refiere el párrafo primero sin la preceptiva oferta pública de adquisición no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas”, se refiere únicamente al último paquete de acciones que permitieron alcanzar el 25% del total con derecho a voto sin formular la OPA obligatoria, pero no a las que el infractor pudiese haber obtenido con anterioridad. En este sentido el art. 40.1 del RD preci-

sa, además, que se suspenderán no sólo “los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas”, sino también las “que se adquirieran en lo sucesivo”.

La sentencia recurrida realiza una interpretación que no tiene apoyo en la dicción de los artículos 60 LMV ni 40 RD, que limitan los efectos de la suspensión de los derechos políticos a “las acciones así adquiridas”, es decir con infracción del deber de formular una OPA, por lo que la conclusión más adecuada no puede ser la extraída por el Tribunal de instancia, sino la de restringir la medida sólo a la última adquisición. Ahora bien, la referencia que en el primero de esos preceptos se hace al volumen de acciones, implica que la suspensión deba alcanzar al último paquete de acciones adquiridas en su conjunto, como así se deduce de la redacción de los mencionados preceptos, que aluden al conjunto de la última adquisición, y no sólo a la parte de ellas que superen el umbral del 25%.

SEXTO.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, no procede hacer una especial imposición de las costas causadas.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

## FALLO

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el presente recurso de casación núm. 2864/2006, interpuesto por la Entidad METROVACESA, S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 3 de febrero de 2006, debemos revocar dicha sentencia, y declaramos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo núm. 473/2003, promovido por la Entidad BAMI, S.A. (actualmente METROVACESA, S.A.), anulando por contraria a Derecho la resolución recurrida, limitando los efectos de la suspensión de los derechos políticos al conjunto de acciones que conformaron la última adquisición; sin expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.



TS Sala Iª, Sentencia: 25 mayo 2009. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Al ser contraria a las normas constitucionales

## Nulidad de ejecución hipotecaria extrajudicial

*El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia dictada por la AP, que casa y confirma íntegramente la sentencia estimatoria dictada en primera instancia. Este Tribunal considera que el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en la CE, y, por tanto, tratándose de normas preconstitucionales, las mismas quedaron derogadas, de ahí la declaración de nulidad de dicho procedimiento seguido a instancia de la demandada, así como de los efectos del mismo, no se acoge la pretensión indemnizatoria porque no puede aceptarse que incurra en actuación negligente quien hace un uso adecuado de los procedimientos legales de ejecución previstos en el ordenamiento jurídico y menos aún cuando esta ejecución había sido convenida en la escritura de constitución de hipoteca por las partes intervinientes en la misma.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A. (BILCA) formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía

contra Carruela S.A. en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, interesó que se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad de la cláusula tercera, apartados 2 y 3, de

la escritura de constitución de hipoteca de 28 de abril de 1994 concertada con el Banco de Andalucía, cuyo crédito adquirió la demandada de este último mediante escritura de cesión de 4 de julio de 1997, y asimismo la nulidad desde su inicio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido a instancia de la demandada y, en particular, de la adjudicación a la actora de los dos inmuebles hipotecados, así como que se declare la obligación para la demandada de abonar los daños y perjuicios ocasionados a la actora como consecuencia de dicho procedimiento extrajudicial de ejecución, los que habrían de determinarse en ejecución de sentencia, con imposición a la parte demandada de las costas causadas.

La demandada Carruela S.A. se opuso a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sevilla dictó sentencia de fecha 1 de septiembre de 1999 que estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad desde su inicio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido a instancia de la demandada Carruela S.A. ante el Notario de Sanlúcar la Mayor D. Manuel Santos López, con el núm. 7/97, así como de la adjudicación a la demandada de los dos inmuebles hipotecados, que se materializó mediante escritura de compraventa autorizada por el mismo Notario a favor de la demandada el día 10 de junio de 1998, ordenando librar los mandamientos necesarios a la Notaría referida y al Registro de la Propiedad a fin de que se procediera a cancelar las inscripciones registrales causadas, absolviendo a la demandada de los demás pedimentos de la demanda, sin especial declaración sobre costas.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) dictó nueva sentencia de fecha 18 de diciembre de 2000, por la que estimó el recurso interpuesto por la demandada Carruela S.A. y desestimó el de la actora Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A. (BILCA), revocando la sentencia dictada en primera instancia y desestimando íntegramente la demanda con absolución de la parte demandada respecto de todas las pretensiones contenidas en la demanda, sin especial declaración sobre costas de ambas instancias.

Contra esta última resolución recurre ahora en casación la parte actora Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A. (BILCA).

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso, formulado al amparo del artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, denuncia la infracción, por indebida aplicación, del párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario, en relación con la jurisprudencia de esta Sala que, por razón de lo dispuesto en las

referidas normas, ha considerado que el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española y, por tanto, tratándose de normas preconstitucionales, las mismas quedaron derogadas por aplicación de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución Española.

El motivo ha de ser acogido. Esta Sala desde su sentencia de 4 de mayo de 1998, seguida por las de 30 enero y 20 abril 1999, 13 diciembre 2005, 10 octubre 2007 y 14 de julio de 2008, ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario, en cuanto dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional.

Por otro lado, la derogación se entendía producida de forma automática por vía de lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española de 1978, según la cual «asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Constitución»; derogación que quedaba producida desde el momento de la entrada en vigor del texto constitucional sin perjuicio de que fueran los tribunales los que la declararan en cada caso a la hora de justificar la inaplicación de la norma inconstitucional. Como ya estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno núm. 4/1981, de 2 febrero, «la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongán a la Constitución, y - de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación».

TERCERO.- En efecto la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1998, seguida por las ya citadas, resolvió la inaplicación por derogación, al ser norma opuesta a la Constitución, del segundo párrafo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y la de los artículos 234 a 236, o), ambos inclusive, del Reglamento Hipotecario, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. La citada sentencia de 4 mayo 1998 razonaba en el sentido de que «tratándose, en efecto, de leyes

preconstitucionales, como la Constitución es Ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la «cuestión de constitucionalidad», a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad monopoliza el Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, 14/1981 y 109/1993, entre otras)».

Se mantuvo que la única norma con rango de Ley concernida es el párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria (Texto Refundido de 8 febrero 1946, con fundamento en la Ley 30 diciembre 1944) que, fuera del ejercicio de la «acción hipotecaria», sujetándose al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de la misma Ley, permite, además, que «en la escritura de constitución de la hipoteca» pueda «válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario»; así como que, a diferencia de lo que acontece con el «procedimiento judicial sumario», cuyas reglas capitales de desarrollo procesal, con independencia de las precisiones reglamentarias, se consignan en dos extensos artículos (artículos 131 y 132 de la Ley Hipotecaria), el llamado «procedimiento extrajudicial», merced a la deslegalización que autoriza el artículo 129, determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria (artículos 234, 235, 236, 236, a), 236, b), 236, f), 236, g), 236, h), 236, i), 236, j), 236, k), 236, l), 236, m), 236, n), 236, ñ), 236, o), del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto 14 febrero 1947, con las modificaciones introducidas por Real Decreto 290/1992, de 27 marzo), sujetas, por tanto, a la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa, que reconoce el artículo 9 de la Constitución Española.

Se razonó en el sentido de que el «procedimiento extrajudicial» de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código Civil e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el «Fuero Juzgo», que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial.

Y se añade que los argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto 27 marzo 1992, número 290/1992, no son atendibles, pues confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende «es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial», finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional

de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público.

Como la misma sentencia refiere «razonada la derogación postconstitucional del artículo 129, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria, huelga decir que los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, todo ello en virtud del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución Española) y, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe a los Jueces y Tribunales que apliquen preceptos contrarios a la Constitución o a la Ley o al principio de jerarquía normativa».

Pero resulta, además, que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 de la Constitución Española, en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la «reserva de ley» que esta disposición constitucional prevé para «las normas de competencia y procedimiento»...».

La anterior doctrina, reiterada por las sentencias que se han dictado con posterioridad sobre la misma materia en supuestos, como el presente, referidos a actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, lleva a la estimación de este primer motivo por cuanto la Audiencia recurrida ha desconocido la citada doctrina jurisprudencial con aplicación de sus propios criterios contrarios a ella.

CUARTO.- La estimación del motivo comporta la del recurso de casación interpuesto en nombre de Bilbao Compañía Inmobiliaria S.A., y que esta Sala deba asumir la instancia y resolver sobre la pretensión que igualmente se formula en la demanda en orden a que se condene a la entidad demandada Carruela S.A. a satisfacer los daños y perjuicios que para la actora se han derivado de la ejecución.

La misma demanda incorporaba una pretensión sobre indemnización de daños y perjuicios, la cual ha de ser rechazada, como entendió correctamente el juzgador de primera instancia, pues el artículo 1902 del Código Civil a la hora de establecer las consecuencias indemnizatorias de la llamada culpa extracontractual o «aquiliana» parte de la necesaria intervención de culpa o negligencia imputable al agente como fundamento de tal responsabilidad y no puede aceptarse que incurra en actuación culposa o negligente quien hace un

uso adecuado de los procedimientos legales de ejecución previstos en el ordenamiento jurídico cuando, además, la posibilidad de ejecución extrajudicial había sido convenida en la escritura de constitución de hipoteca por las partes intervinientes en la misma. Menos aún cabe considerar que tal derecho a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la actora haya de nacer de lo previsto en los artículos 1101, 1303, 1106 y 1107 del Código Civil, a los que la parte recurrente se refiere en el segundo de los motivos del recurso, pues como se ha dicho la actuación de la acreedora hipotecante se ajustó en todo momento a lo estipulado por las partes en el contrato y a usar de los medios procesales que legalmente se encontraban a su alcance

QUINTO.- En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida confirmando en su integridad la dictada en primera instancia. Cada una de las partes deberá soportar las costas causadas a su instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por cada una de ellas, que debió ser desestimado, sin especial pronunciamiento sobre las costas del presente recurso de casación (artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

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

#### FALLO

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bilbao Compañía Anónima Inmobiliaria S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) con fecha 18 de diciembre de 2000 en Rollo de Apelación dimanante de autos de juicio declarativo de mayor cuantía número 414/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de dicha ciudad a instancia de la hoy recurrente contra Carruela S.A. y en consecuencia casamos dicha resolución y confirmamos íntegramente la sentencia dictada en primera instancia, sin especial declaración sobre las costas causadas en la apelación y en el presente recurso.

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



2009/128104

TS Sala 2ª, Sentencia: 10 junio 2009. Ponente: D. Luciano Varela Castro

## Concurrencia de alevosía compatible con dolo eventual en delito de asesinato

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de asesinato y robo con violencia y una falta de estafa. El TS constata la presencia de la alevosía en la actuación del recurrente, pues la lectura de los hechos probados indica que el acusado "para asegurar su propósito" y para "atraerla de forma confiada" simuló una avería y cuando la víctima acudió a la llamada "inerte y desprevenida" comenzó el ataque del acusado, maniatándola y tumbándola, llegando a sentarse encima de su tórax y, así controlada con impedimento de cualquier suerte de defensa, le causó la muerte.*

*Formula voto particular el Magistrado D. Luciano Varela Castro.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos denuncia, al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un supuesto quebrantamiento de forma por haber incurrido la sentencia recurrida en contradicción entre los hechos que se declaran probados.

La contradicción que se denuncia consistiría en la incompatibilidad de la descripción del mecanismo que causa la muerte y la afirmación de que la víctima a continuación logra causar lesiones a su agresor. Se resume el argumento con una afirmación incontrovertible: un cadáver no puede alcanzar los brazos y manos de quien le causa la muerte.

Merecería atención este alegato si reflejar la realidad del contenido de la declaración de hechos probados. Pero éstos no afirman esa sucesión en el tiempo que es el único fundamento de la contradicción alegada.

Lo que la sentencia hace es expresar ambos asertos. Pero no que aquello que afirman ocurra en el mismo orden cronológico que el de su inserción en el texto de la sentencia. La proposición topográfica de un enunciado no implica paralela sucesión en el tiempo de lo que en aquél se afirma.

Lo único que hace la descripción combatida es, tras narrar el comportamiento del acusado hasta el fallecimiento de la víctima, añadir el comportamiento de ésta durante la anterior secuencia.

El motivo se rechaza.

SEGUNDO.- En segundo lugar examinaremos los motivos que discuten el contenido de la declaración de hechos probados, ya que a lo que al respecto se fije definitivamente, dependerá la aceptación de los motivos relativos a su valoración jurídica.

En el ordinal sexto se cuestiona toda la imputación fáctica so pretexto de vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia y en el ordinal quinto se afirma, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la versión de los hechos es fruto de un error en la valoración de medios de prueba documental.

Dado que entre ambos alegatos no se establece ninguna relación de subsidiariedad, lo primero que debe advertirse es la incompatibilidad de ambos motivos. No se comprende que se denuncie la vulneración constitucional que implica inexistencia de medios de prueba que justifiquen el hecho probado y, simultáneamente se denuncie que ha habido un error solamente replicable de la valoración de medios de prueba existentes.

Pero en cualquier caso ambos motivos deben ser rechazados.

La vulneración de la garantía constitucional se funda en el motivo en la insuficiencia de los datos fácticos para concluir que la acción de matar fuera ejercida por el recurrente. Admite éste que ocupaba como huésped la habitación en que apareció el cadáver, pero que había otra

persona con tal condición. Añade que los demás datos considerados no permiten elegir al recurrente como el autor, excluyendo que lo fuera el otro huésped.

Conviene recordar respecto a la garantía constitucional de la presunción de inocencia, dijimos en nuestras Sentencias núm. 489/09 de 14 de mayo, y reiteramos en las núm. 449/09 de 6 de mayo, 440/09 de 30 de abril, 331/2008 de 9 de junio, 625/2008 de 21 de octubre, 797/2008, de 27 de noviembre, 900/2008 de 10 de diciembre, 65/2009 de 5 de febrero, 225/2009 de 2 de marzo, 248/2009 de 11 de marzo y 242/2009 de 12 de marzo, que para determinar si esa garantía ha sido desconocida, lo que ha de constatarse es:

a) las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena

b) la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.

Por razón de a) deberá examinarse si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad.

Por razón de b) deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación.

No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

Lo que no ocurrirá si la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

Pero, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.

Bastará, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva,



para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena.

Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.

Aplicando esta doctrina, y excluida cualquier cuestión sobre la validez de los medios de prueba considerados en la recurrida, hemos de concluir:

a) la compatibilidad de las inferencias realizadas por el Tribunal de instancia con las pautas de la lógica pudiendo calificar su conclusión de razonable,

b) que la alternativa del recurrente atribuyendo el monopolio del comportamiento delictivo al otro huésped carece de toda justificación que avale tal exclusividad, aunque no sea rechazable que esa otra persona pudiera en efecto colaborar con el recurrente.

Lo dicho en a) porque los medios de prueba atendidos predicen el hallazgo de muestras biológicas reveladoras del contacto del cuerpo del acusado con elementos como la sábana bajera y la almohada de la cama de aquella habitación, siendo los restos biológicos sangre del acusado, cuya presencia es inexplicable sin participar en los actos violentos origen de la muerte ocasionada en dicha habitación.

La verosimilitud de esa inferencia es mayor al verse corroborada con las manifestaciones de uno de los testigos por más que éste lo fuera de referencia. Y esa interacción de mutuo refuerzo entre tales indicios se robustece por la circunstancia de ocuparse al acusado efectos de la víctima en una bolsa de éste, ya que el robo fue, como razonablemente se infiere, el motivo de la acción homicida.

Lo dicho en b) porque resulta poco creíble que, dada la afirmada presencia en el escenario de los hechos del recurrente, los signos de su afectación por los actos de violencia (sangre en sábanas y heridas en su cuerpo), la posesión por el recurrente de efectos de la víctima y la dinámica violenta en alta medida para causar la muerte, es hartamente inverosímil o, si se quiere poco razonable, excluir la participación de este acusado.

En conclusión, no solamente no es irrazonable la imputación combatida sino que tal irrazonabilidad es predicable de la duda que se pretende suscitar. Y la combinación de ambas valoraciones lleva a tener por adecuadamente enervada la garantía constitucional invocada.

TERCERO.- Menos justificación acompaña a la antes indicada invocación de error en la valoración de la prueba.

Lo que el recurrente pretende es mudar las conclusiones derivadas de los resultados proclamados por los diversos informes periciales, para de tal guisa concluir que, dado lo que aquéllos proclaman no es razonable inferir la participación del acusado en la ejecución de los hechos homicidas.

En creación con la invocación de los informes periciales como "documento" casacional hemos dicho que el error denunciado sea acreditado por documentos que tengan tal naturaleza a tales efectos de la casación. El documento invocado es un informe pericial. Pues bien, prescindiendo de que el mismo no fue ratificado en el juicio oral, este Tribunal en sus Sentencias núms. 1643/98 de 23 de diciembre, 372/99 de 23 de febrero, 143/04 de 30 de enero de y 1046/2004 de 5 de octubre, tiene establecido que para que los informes periciales constituyan documento hábil para fundar este motivo de casación deben reunir las siguientes condiciones:

a) Exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. (STS 860/2006 de 7 de septiembre).

Es evidente que la discrepancia desde la invocación de los informes periciales no se predica respecto de lo que éstos establecen sino de lo que, a partir de tal dato se pretende inferir.

Nada más alejado de los cánones legales exigidos para el éxito de tal motivo casacional que, como decimos, exige una inequívoca literosuficiencia del documento invocado. Es decir en que este predica el error sin necesidad de ulteriores inferencias.

El motivo se rechaza

CUARTO.- El segundo de los motivos, ya bajo la alegación de infracción de ley prevista en el ordinal 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se justifica alegando que los hechos probados, cuyo enunciado ha de respetarse íntegramente, no permiten valorar la concurrencia de la agravante de alevosía, por lo que se habría vulnerado el artículo 22.1 del Código Penal.

La tesis del recurrente consiste en afirmar la incompatibilidad de dicha agravante con la modalidad del tipo

subjetivo del asesinato por dolo eventual que la sentencia, dice el recurrente, no descarta, al afirmar que el acusado actuó "buscando su (la de la víctima) muerte o aceptando en todo caso la misma..."

Pero esa compatibilidad ha sido reiteradamente proclamada por este Tribunal. Así lo hemos recordado en nuestra Sentencia 819/2007 de 4 de octubre en la que dijimos:

No es cierto, como se alega en el recurso, que la alevosía sea incompatible con el dolo eventual, no sien-

*"La plena coincidencia con los presupuestos de la agravante es inequívoca. Concurren en efecto, el elemento normativo por tratarse de un delito contra las personas, el funcional constituido por la evitación de riesgos para el autor (...), el objetivo constituido por la modalidad de dinámica comisiva que, en este caso, adopta la forma proditoria de la actuación constituida por la trampa o celada tendida a la víctima y el subjetivo constituido por la consciente voluntad de ordenar aquella dinámica a la finalidad de indemnidad del autor, conjurando la defensa de la víctima."*

do ese el criterio que viene manteniendo reiteradamente la más reciente jurisprudencia de esta Sala.

Así, en la Sentencia 119/2004 de 2 de febrero, se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima -aseguramiento de la ejecución- y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida

que no renuncia a los actos efectuados.

En esa misma línea se pronuncian las Sentencias núms. 415/2004 de 25 de marzo, 514/2004 de 19 de abril y 653/2004 de 24 de mayo, esta última referida a un supuesto muy parecido el que ahora examinamos y en la que se declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1ª del artículo 139 del Código Penal, es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala. Han afirmado la compatibilidad, entre otras, las Sentencias 2615/93 de 20 de diciembre, 975/96 de 21 de enero de 1997, 1006/99 de 21 de junio, 1011/2001 de 4 de junio, 1804/2002 de 31 de octubre y 71/2003 de 20 de enero, citando las dos últimas a las cuatro primeras.

En la misma línea la Sentencia 1010/2002 de 3 de junio, estableció que "en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo" (F. 2º). La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión, como recordaba la sentencia citada de 21 de junio de 1999 que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.

Y reciente Sentencia 1007/2006 de 10 de octubre, también dijimos igualmente se pronuncia por la compatibilidad si bien, dadas las especiales circunstancias del caso enjuiciado, rechaza la existencia de la alevosía, circunstancias que no concurren en el supuesto que ahora examinamos.

El mismo criterio lo hemos ratificado en la reciente sentencia 543/2009 de 12 de marzo.

Ciertamente en el motivo aún se añade que la "motivación fáctica" de la sentencia no "resalta" la verdadera existencia de esa agravante. Pero la lectura de los hechos probados, no cuestionables bajo este epígrafe, indica que el acusado "para asegurar su propósito" y para "atraerla de forma confiada" simuló una avería y cuando la víctima acudió a la llamada "inerme y desprevenida" comen- zó el ataque del acusado, maniatándola y tumbándola, llegando a

sentarse encima de su tórax y, así controlada con impedimento de cualquier suerte de defensa, le causa la muerte.

La plena coincidencia con los presupuestos de la agravante es inequívoca. Concurren en efecto, el elemento normativo por tratarse de un delito contra las personas, el funcional constituido por la evitación de riesgos para el autor procedentes de la eventual defensa a desplegar por la víctima, el objetivo constituido por la modalidad de dinámica comisiva que, en este caso, adopta la forma proditoria de la actuación constituida por la trampa o celada tendida a la víctima y el subjetivo constituido por la consciente voluntad de ordenar aquella dinámica a la finalidad de indemnidad del autor, conjurando la defensa de la víctima.

Este elemento es susceptible de inferirse desde el cuidado con que ha sido excogitada la modalidad del procedimiento ordenado por el autor.

QUINTO.- En el tercer motivo se alega también infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que no existen méritos para estimar cometida la falta de estafa por la que se condena al recurrente.

Como es sabido este cauce exige pleno respeto a los hechos declarados probados. Y éstos afirman que el acusado logró que el taxista perjudicado realizase el servicio de transporte por la creencia, generada por el acusado de que le abonaría el total importe pactado, siendo razonable inferir que ese era el proyecto del autor ya que sabía que ni siquiera disponía del dinero para abonar el precio.

El motivo se rechaza.

SEXTO.- Finalmente el recurso vuelve a invocar infracción de ley, como autoriza el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ahora reprochando a la sentencia que no motiva el importe de la responsabilidad civil a cuyo pago es condenado el recurrente.

Desde luego no requiere especiales argumentos que el importe fijado rebasa las previsiones de límite impuesta legalmente para otros ámbitos de responsabilidad civil, como el de cobertura obligatoria de la responsabilidad derivada del uso de vehículos de motor.

No puede, en efecto, olvidarse que una de las razones de tal limitación, viene constituida por la necesidad del sistema, que permita un régimen de primas en función de previsiones estadísticas de perjuicios -y de su importe económico- ocasionados con tal actividad.

Tampoco merece especial consideración la alusión a que, de ser habido la persona a la que también se impu-

ta la producción del daño, la contribución a cargo del recurrente se reduciría a la mitad. Olvida que, cualquiera que sea la cuota que en tal caso pueda llegar a establecerse, esa responsabilidad civil de los plurales responsables penales es solidaria, tal como deriva del artículo 116 del Código Penal.

SEPTIMO.- De conformidad con el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Cayetano, contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, con fecha 9 de julio de 2008, que lo condenó por delitos de asesinato y robo con violencia y una falta de estafa. Con expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

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

### VOTO PARTICULAR

Voto Particular que emite el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro a la sentencia núm. 622/2009 del recurso de casación núm. 11072/2008 P, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

PRIMERO.- Se circunscribe este voto a la resolución de la cuestión de la eventual nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Tribunal de la instancia (Audiencia Provincial) y, consecuentemente, funcional de este Tribunal de casación.

La mayoría del Tribunal sigue el criterio establecido en Sala General de fecha 29 de enero de 2008, que se transcribe:

“Conforme al art. 240.2 apartado 2 de la LOPJ, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores

de Justicia, en el procedimiento del Jurado, la Sala sólo examinará de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración del art. 5 de la LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado.”

A mi modesto parecer, ya expuesto en anteriores ocasiones, mis compañeros de Tribunal incurren en error, quizás por confundir el tratamiento de las cuestiones relativas a la competencia con las que se refieren a la nulidad de actuaciones.

Ambos problemas tienen en común la necesidad de determinar la competencia del órgano jurisdiccional. Pero difieren casi en todo lo demás.

a) En cuanto a la promoción del incidente.

En lo que a promoción atañe aparenta aproximarse el régimen de nulidad de actuaciones y el de la cuestión relativa a la competencia, cuando una y otra tienen como objeto decidir la competencia objetiva o funcional.

Así, la cuestión de competencia puede promoverse de oficio, en cualquier estado de la causa, -artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -, y la nulidad de actuaciones, también en el caso del artículo 240.2 párrafo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero no debe pasar desapercibido que la cuestión de competencia se plantea de oficio siempre en relación con la del mismo órgano que la declara. Pero la nulidad de actuaciones puede ser declarada en relación con las seguidas ante otro órgano. Ciertamente, de manera general solamente si es alegada en el cauce del recurso.

Pero también se admite excepcionalmente de oficio, por el órgano ad quem, respecto a las actuaciones ante el órgano a quo.

El núm. 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción por ley orgánica 19 de 2003, admite también la promoción de oficio de la cuestión de la nulidad cuando se trata de la competencia objetiva del órgano a quo, modificando la norma que regía desde la reforma de la Ley Orgánica 5/1997 añadiendo el párrafo segundo al apartado 2 del artículo 240.

En el 240.2 Ley Orgánica del Poder Judicial, hasta entonces vigente, se prevenía la declaración de nulidad antes de recaer sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso.

Tras pasado dicho límite nada impediría suscitar la cuestión durante el trámite del recurso, también de ofi-

cio, o a través del incidente cuando la resolución ya no sea susceptible de recurso.

La Ley de Enjuiciamiento Civil ya adelantó el propósito del legislador al introducir el nuevo artículo 227.2 párrafo segundo la excepción a la norma general, por la que no podía declararse, en el procedimiento en fase de recurso, la nulidad de actuaciones de la instancia anterior, salvo que el motivo de la nulidad fuera la falta de competencia objetiva o funcional del órgano de la dicha anterior fase, pues entonces tal declaración de oficio era posible.

Dicho artículo quedó suspendido por aplicación de la disposición final 17ª hasta la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Fallida la de simultánea tramitación, la reforma de dicha Ley Orgánica tuvo lugar por ley de 2003.

La reforma de 2003 limitó, con carácter general, y no solamente en el ámbito civil, la posibilidad para la declaración de la nulidad de oficio cuando la instancia se había cerrado y el procedimiento se encontraba en fase de recurso. No obstante esta restricción se acompañó de una excepción: cuando aún no ha recaído resolución firme (aunque si la definitiva de la instancia) y se interpuso recurso, pero no se hace de la nulidad uno de los motivos del recurso, estableciendo que en ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal”.

Quedó así consolidado el diverso régimen entre el autoexamen de la propia competencia y el heteroexamen de la del inferior por el que conoce del recurso.

Por lo demás refrendado por el Tribunal Constitucional al que se le sometieron cuestiones de constitucionalidad denunciando la restricción. Lo que, desde luego, no se cuestionó era la excepción a la restricción. (Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 282/2006 de 18 de julio)

b) En cuanto a los órganos que intervienen.

La cuestión de competencia se promueve por o ante el órgano jurisdiccional cuya competencia se pone en cuestión. Y la competencia para el recurso contra la decisión al respecto una vez formalizada la cuestión, corresponde al superior no solamente del que conoce sino del que, además, lo sea del otro órgano cuya competencia entra en discusión.

Como ningún órgano puede discutírsela al Tribunal Supremo, el artí-

culo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluye que se suscite respecto a éste ninguna cuestión.

Ni por él, ni respecto a él. El Tribunal Supremo solamente decide las cuestiones de competencia de los órganos que le están subordinados sin otro superior común.

La nulidad de actuaciones se solicita ante el órgano que conoce o, por vía de recurso, ante su superior jerárquico, cuando tenga por motivo la falta de competencia objetiva o funcional, prescindiendo de cualquier consideración sobre el otro órgano de eventual competencia.

Pero el órgano que conoce del recurso, entablado contra la decisión definitiva del procedimiento, o una interlocutoria, puede, como dijimos, examinar de oficio la existencia de la nulidad, incluso cuando no es alegada en el recurso, si estima que aquella deriva de la falta de competencia objetiva o funcional (artículo 240.2 segundo párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Es fácil notar que el legislador no ha distinguido que el Tribunal que conozca del recurso lo haga por recurso ordinario o extraordinario.

Por ello también al Tribunal Supremo se le ordena por el legislador, con ocasión de la casación, que examine la eventual nulidad de actuaciones no alegada si ésta deriva de la falta de competencia objetiva o funcional del órgano de la instancia.

Tal potestad jurisdiccional de control de la distribución de competencia no es una mera facultad del Tribunal Supremo, -de cualquier Tribunal-, es un inexorable deber del que no cabe abdicar.

Porque el interés en la preservación de la adecuada competencia objetiva y funcional (a diferencia de lo que ocurre con la territorial) no se deja a la disposición de la parte, debiendo siempre garantizarse por los Tribunales el respeto a la decisión legislativa que las establece.

Aún más, en el caso de la casación resulta, si cabe, más exigible que el Tribunal Supremo controle ese presupuesto, si deparamos en que aquella nulidad por falta de jurisdicción o competencia no encaja en ninguno de los motivos que, conforme a los arts. 849, 850, 851 y 852 pueden ser fundamento de dicho recurso.

c) En cuanto a la intervención de las partes

En cuanto a la legitimación para lo uno y para lo otro viene conferida, en relación con la cuestión de competencia, por el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en relación a la nulidad de actuaciones, por el 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La intervención, incluso cuando no promueve la cuestión o la nulidad, debe ser la adecuada para garantizar que la decisión, en ambos casos, se dicte sin merma del derecho a la tutela judicial sin indefensión.

d) En cuanto al procedimiento.

La competencia se dirime en un procedimiento compuesto por una fase previa a la formalización de la cuestión entre los órganos jurisdiccionales que discrepan y otra, una vez formalizada, que culmina ante el órgano superior jerárquico común a ambos órganos en discrepancia.

En todo el procedimiento las partes tiene la intervención que, según fase y órganos que intervienen, les confiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nada prevé la ley orgánica cuando la cuestión que se suscita es de oficio la nulidad de actuaciones.

Pero en todo caso la exigencia del artículo 24.1 de la Constitución Española se traduce en la obligada audiencia de las partes antes de que se decida sobre la nulidad, y el órgano que interviene es exclusivamente el llamado a valorar si existe tal nulidad.

e) En cuanto a los efectos de la decisión.

La cuestión de competencia concluye con la decisión por la que atribuye a un órgano la potestad para seguir con el conocimiento de la causa y, en su caso se le remite las actuaciones (artículos 22, 25, 29, 30, 38, 41, 43, 674, 676, y 759 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La decisión de la cuestión de la nulidad ordena la reposición del procedimiento al momento en que aquella nulidad se produjo. Es entonces, al devolver las actuaciones el órgano que conocía del recurso, cuando, en su caso, el órgano que venía conociendo deberá proceder a la pertinente remisión del procedimiento al competente.

Por todo ello no consigo entender que la Sala General remita al artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para decir que, al amparo del mismo examinará (solamente) su propia competencia.

Ese deber es ajeno a la regulación de la nulidad de actuaciones, que es la materia regulada por el artículo citado de la Ley Orgánica. El control de su competencia deriva de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que es donde tal materia tiene ubicada su regulación.

Cabe añadir que, por otro lado, la propia competencia incluye la funcional. Pues bien, ésta viene determinada en la ley de manera automática y derivada de la objetiva del órgano que dicta la resolución recurrida.

Así pues, solamente se controla la propia competencia funcional en la medida que se lleva a cabo el control de la objetiva del que interviene en la fase procedimental anterior.

Porque el ámbito de conocimiento en casación difiere según que la sentencia recurrida sea dictada por la Audiencia Provincial en el ordinario, o por aquella mediante el Tribunal del Jurado en su específico procedimiento, ya que, entonces lo que se recurre ante el Supremo no es la sentencia del Tribunal del Jurado sino la del Tribunal Superior de Justicia dictada en apelación.

Pero aún es más incoherente el resultado a que lleva la decisión mayoritaria. El mismo artículo 19.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Ministerio Fiscal, sin necesidad de acudir a la vía del recurso, a denunciar la falta del presupuesto que examinamos en cualquier estado de la causa.

Y la casación es un estado de la causa no excepcionado.

Por ello, cuando la Sala General en el acuerdo transcrito remite a los "medios" establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica del Poder Judicial, no ignora tal artículo 19.4º de aquélla, cabe preguntarse:

¿Admite dicho acuerdo que el Ministerio Fiscal pueda alegar, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la nulidad de actuaciones, por falta de competencia objetiva o funcional, incluso cuando ninguno de los motivos de casación formulados la erija en su fundamento?

No admitir esa posibilidad es sencillamente derogar bajo excusa de interpretación un inequívoco precepto del legislador.

Y la segunda cuestión es bien acuciante: además de derivar del artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la potestad/deber de controlar la competencia objetiva y funcional como causa de nulidad de actuaciones.

¿no es incoherente autorizar, sin preclusión alguna, al Ministerio Fiscal para denunciar la falta de legalidad del procedimiento por defecto de competencia del órgano jurisdiccional y negarle al propio Tribunal, que conoce del recurso contra la decisión que puso fin a la causa en que aquella nulidad se ha producido, la posibilidad de declararla?

Ciertamente el acuerdo de la Sala General, y la decisión de la mayoría del Tribunal en esta causa, supone una excepción a la doctrina hasta ahora mantenida.

En la Sentencia 46/1999, de 30 de abril no tuvo el Tribunal reparo alguno en declarar la nulidad de actuaciones, pese a que el artículo 240.2

de la Ley Orgánica del Poder Judicial no tenía aún la redacción actual, haciéndolo de oficio y siendo el motivo la falta de competencia objetiva apreciada en el juzgado instructor y en la Audiencia Provincial que conoció de un delito, -expedición de moneda falsa- que el Tribunal Supremo estimaba que era competencia de la Audiencia Nacional.

Por lo que decidió, sin entrar en el examen del recurso de casación interpuesto por el penado, declarar nulas todas las actuaciones y ordenó la remisión al Juzgado Central correspondiente para comenzar la instrucción de nuevo.

En lo que a revisión de oficio de la competencia del órgano de la instancia respecta, éste fue también el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, en este rollo en el que emito este voto, cuando el Tribunal decidió dar audiencia a las partes sobre la cuestión de la nulidad.

Este es el criterio unánime de la doctrina procesalista de la que no me constan opiniones que cuestionen el deber del Tribunal Supremo, como de cualquier otro Tribunal, para impedir que la decisión del legislador, atribuyendo el conocimiento de causas penales a órganos determinados, quede al capricho de las partes o a resultas del acierto de Tribunales cuyas decisiones son recurribles.

SEGUNDO.- Aunque la competencia del Tribunal del Jurado para conocer del objeto de este proceso, por las antedichas razones, no fue debatida, debo entrar en dicha cuestión, pues es la convicción de que concurría dicha específica competencia lo que justifica la emisión de este voto.

En sus escritos de calificación las partes acusadoras imputaron a los acusados sendos delitos de homicidio y robo, además de una falta de estafa.

Expresa y nítidamente se justifica la imputación en el aserto fáctico que se refleja en el siguiente texto:...el procesado y Héctor decidieron sustraer lo que de valor encontraron en la pensión, empleando violencia contra Julia para lograr sus fines..." utilizado por el Ministerio Fiscal la de... decidieron... forzar a la encargada de la pensión, para sustraer dinero y cuando encontraron de valor... en el discurso de la acusación particular.

Pues bien, tal conformación del objeto procesal lo sitúa en la hipótesis del artículo 5.2, c) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Desde luego esa situación procesal no es equiparable sin más al concurso medial. La relación funcional no ha de caracterizarse como necesaria.

Por ello la exclusión de esta causa a la competencia del Jurado es absolutamente arbitraria y carece de cualquier apoyo hermenéutico que pueda

admitirse por juristas ni siquiera como discutible.

En este sentido, aún cuando, en principio, las atribuciones competenciales no afectan al derecho al juez ordinario previsto por la ley, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, si conoce del asunto un tribunal ordinario, siguiendo la doctrina de dicho Tribunal Constitucional, cuando la sustracción del conocimiento al Tribunal competente se hace desde criterios absurdos, ilógicos y por ello meramente arbitrarios, la infracción procesal se transmuta en otra de alcance constitucional por lesión de derecho fundamental previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Así, como recuerda el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/2006 de 24 de abril: ha declarado reiteradamente, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la

ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, siendo, además, doctrina reiterada que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (SSTC 174/1993, de 27 de mayo; 6/1996, de 16 de enero), y 35/2000, de 14 de febrero), por todas; AATC 13/1989, de 16 de enero, y 113/1999, de 28 de abril), entre otros).

Luciano Varela Castro José Manuel Maza Martín

de 2004 el trabajador reiteró su petición, que tampoco fue atendida, aunque consta que el 16 de junio de 2003 la empresa había contratado a otra persona para prestar servicios con la categoría de técnico comercial. El actor ejerció el 7 de marzo de 2005 acción de reincorporación que fue estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 22 de junio de 2005 en decisión confirmada en suplicación el 30 de enero de 2006.

La reincorporación se produjo el 19 de abril de 2006 y con fecha 8 de mayo de 2006 ha ejercitado el trabajador dos acciones acumuladas en estas actuaciones, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios producidos por el retraso en su reincorporación y determinadas diferencias salariales.

La sentencia de instancia estimó las demandas acumuladas, pero la sentencia recurrida ha estimado el recurso de suplicación de la empresa para considerar prescritas determinadas cantidades incluidas en la reclamación por daños; en concreto, las cantidades que corresponden al periodo anterior al año en que el trabajador ejerció la acción de reparación del daño, pues la prescripción había comenzado a correr cuando el actor, conociendo la existencia de vacante, pudo acumular a su demanda de reincorporación la pretensión relativa a la indemnización de daños. Para la sentencia recurrida la prescripción corre de forma sucesiva conforme van produciéndose los daños en el tiempo -los lucros cesantes por las pérdidas de salario-, siempre que se cumpla la condición de la existencia de vacante.

Contra este pronunciamiento recurre el actor, aportando como sentencia contradictoria la de esta Sala de 22 de marzo de 1999 (recurso 238/1998). Decide esta sentencia sobre la indemnización de los daños producidos por el retraso en la reincorporación desde la excedencia de una trabajadora que había solicitado el reingreso en septiembre de 1991 y tuvo que accionar ante el orden social de la jurisdicción, obteniendo pronunciamientos favorables en la instancia y en suplicación en diciembre de 1992 y octubre de 1993 y reincorporándose a la empresa en febrero de 1995.

La trabajadora solicitó luego la reparación de los daños producidos por la pérdida de salarios desde octubre de 1991 a febrero de 1995. Rechaza la sentencia de contraste la tesis de la empresa, que mantenía que la acción para pedir la reincorporación en cuanto acción declarativa no interrumpe la prescripción de los daños, añadiendo que éstos prescriben desde el momento en que pudieron reclamarse desde que la empresa se negó a acordar el reingreso. La sentencia de contraste razona su decisión, señalando que la acción de reincorporación lleva a un fallo de

declaración y condena que es constitutivo de la acción de daños y perjuicios y los daños que se reclaman -la pérdida sucesiva de los salarios a lo largo del tiempo- no pueden cuantificarse hasta que termina la situación que los produce.

SEGUNDO.- Hay que aceptar la existencia de la contradicción, pues las diferencias que señala la parte recurrida son irrelevantes. Si los fallos son opuestos, también tienen que diferir las argumentaciones y fundamentos de las sentencias comparadas. Lo que es claro es que para la sentencia de contraste la prescripción no comienza a correr hasta el momento en que se declara judicialmente el ilícito empresarial en el pleito sobre la readmisión o, cuando al producirse ésta, se cierra la serie de los daños.

Por el contrario, la sentencia recurrida sostiene que la prescripción comienza antes: cuando la parte conoce la existencia del acto ilícito -la no readmisión, existiendo vacante- y cuando, con el impago del salario que se hubiese devengado en cada periodo, se va concretando cada fracción del daño, sin necesidad de que termine la serie. Tanto el Ministerio Fiscal, como la parte recurrida objetan también que el escrito de interposición del recurso no cumple el requisito de contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción. No es así. En el escrito hay una exposición suficiente de los elementos de identidad con un análisis de los hechos y de las pretensiones y sus fundamentos; hay también una referencia clara a que sobre esta identidad de las controversias se produce la oposición de los pronunciamientos. Es cierto que la comparación es genérica, pero, dada la naturaleza del problema debatido, ello no perturba la inteligencia de la contradicción que se alega.

TERCERO.- Procede, por tanto, examinar la infracción que se denuncia de los artículos 59.2 del Estatuto de los Trabajadores y 1969 del Código Civil, sosteniendo que el cómputo de la prescripción ha de realizarse a partir de la fecha en que la acción pudo ejercitarse, que es aquella en que, tras la declaración judicial del derecho al reingreso o la condena a la empresa demandada a reincorporar al trabajador, se establece el carácter ilícito del daño y se puede determinar su alcance.

El motivo debe ser estimado, porque la doctrina de la Sala ha sido ya unificada por la sentencia que se aporta a efectos de acreditar la contradicción y por las que en ella se citan. Establecen estas sentencias que el plazo de prescripción comienza a correr a partir del momento en que con la sentencia que impone la obligación de reincorporación queda establecida la ilicitud de la negativa de la empresa a readmitir y se delimita el daño cuya reparación se reclama. Es cierto que, como recuerda la sen-



2009/158179

TS Sala 4ª, Sentencia: 10 junio 2009. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Por falta de reincorporación tras excedencia voluntaria

## Inexistencia de prescripción de cantidades incluidas en indemnización por daños y perjuicios

*Frente a sentencia que declaró prescritas determinadas cantidades incluidas en la reclamación de daños y perjuicios solicitada por el trabajador, por no reincorporación tras excedencia voluntaria existiendo vacante, recurre el mismo en casación para la unificación de doctrina, siendo estimado el recurso por el TS.*

*Para la sentencia recurrida, la prescripción corre de forma sucesiva conforme van produciéndose los daños en el tiempo -los lucros cesantes por las pérdidas de salarios- siempre que se cumpla la condición de la existencia de vacante, es decir, cuando el actor, conociendo esa existencia, pudo acumular a su demanda de reincorporación la pretensión relativa a la indemnización de daños. Entiende el Alto Tribunal, por contra, que el cómputo ha de realizarse a partir de la fecha en que la acción pudo ejercitarse, que es aquella en que, tras la declaración judicial del derecho al reingreso o la condena a la empresa demandada a reincorporar al trabajador, se establece el carácter ilícito del daño y se puede determinar su alcance. Es cierto que la acción de resarcimiento pudo ejercitarse desde el transcurso de cada mensualidad de salario, pero también lo es que lo que se reclama no es un salario que se devengue mensualmente, sino la reparación de un daño que tiene un proceso de formación sucesiva -los denominados "daños continuados"- y que, al determinarse según un lucro cesante que está en función de la situación de empleo del trabajador y de sus percepciones en esta situación, se va produciendo "a lo largo de todo el tiempo en que dicha situación ha pervivido".*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor, que había permanecido en excedencia volunta-

ria, solicitó el reingreso en diciembre de 2002; solicitud a la que no accedió la empresa, alegando inexistencia de vacante. El 27 de septiembre

tencia de 20 de noviembre de 1998 (recurso 3034/1997), “la acción de resarcimiento pudo ejercitarse desde el momento en que se actualiza el perjuicio -es decir, con el transcurso de cada mensualidad de salario- y que la acción declarativa no interrumpe el plazo de prescripción”. Pero lo cierto es que lo que se reclama no es un salario que se devengue mensualmente, sino la reparación de un daño que tiene un proceso de formación sucesiva (los denominados “daños continuados”) y que, al determinarse en función de un lucro cesante que está en función de la situación de empleo del trabajador y de sus percepciones en esta situación, se va produciendo “a lo largo de todo el tiempo en que dicha situación ha pervivido”.

De esta forma y como sucede, por ejemplo, con los daños por incapacidad temporal, “la concreción o cuantificación de esos daños no puede efectuarse, de forma adecuada, hasta el momento en que esa especial situación ha desaparecido”, lo que resulta especialmente relevante cuando en el proceso laboral es obligado “en las sentencias en que se condene al abono de una cantidad” que el Juez o Tribunal la determine expresamente “sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución”, debiendo precisarse en la demanda las cantidades líquidas que se reclaman. Por otra parte, no existen en el caso del reingreso de la excedencia voluntaria unas reglas que, como en el caso del despido, impongan de forma obligatoria la acumulación de la pretensión sobre la declaración de la ilicitud del despido con la condena correspondiente y la reparación de unos daños sucesivos - los salarios de tramitación- que no se han producido en su totalidad en el momento de plantear la demanda.

Todo ello llevó a la Sala a la conclusión de que “la acción resarcitoria no puede entenderse nacida hasta que queda sin efecto la situación a la que se vincula la existencia de los daños”. Esta conclusión es una consecuencia de la doctrina de la *actio nata*, que sostiene que no pueden comenzar a contarse los plazos de prescripción si las acciones no han nacido todavía. Es cierto que la acción para pedir la reincorporación surge en el momento en que, existiendo vacante y habiéndose formulado la solicitud, la empresa no procede a acordar el reingreso.

Pero aquí no estamos ante una acción de reincorporación, sino ante una acción para solicitar la reparación del daño producido por la negativa a readmitir, cuya prescripción se conecta en el artículo 1968.2 del Código Civil con el momento del conocimiento del daño. Puede objetarse que el daño -entendido como el lucro cesante derivado de la pérdida de los salarios- comienza a producirse desde la negativa al reingreso. Pero hay que tener en cuenta que se trata de lo que la doctrina de la Sala 1ª de este

Tribunal conoce como daños continuados o de producción sucesiva respecto a los que “el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida” (sentencias de 25 de junio de 1990, 11 de febrero de 2002 y 28 de enero de 2004).

También cabe oponer que a la acción para pedir la reincorporación el trabajador se puede acumular la acción para reclamar la reparación de los daños producidos. Esa acumulación sería, en principio, posible. Pero hay que tener en cuenta que con ella se fraccionaría artificialmente el daño en la medida en que sólo sería posible la reclamación actual del lucro cesante anterior a su ejercicio. Para los daños posteriores, que se producirían previsiblemente hasta la readmisión, habría que ejercitar una acción de futuro que, aunque pudiera tener encaje en el artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no respondería a la reacción frente a un daño actual en términos que justificasen el inicio de la prescripción.

Es importante precisar que lo que aquí se discute es únicamente el problema de la prescripción; no el de la determinación del alcance de la obligación de indemnizar el daño producido, que fue el abordado por la sentencia de 21 de enero de 1997 y luego por las de 13 de febrero de 1998 y 28 de mayo de 2008, en función de la exigencia de interpelación. Esa obligación comenzaría el día de la reclamación mediante papeleta de conciliación cuando la vacante es posterior a la solicitud de reingreso y con esa solicitud inicial cuando, al formular ésta, la vacante ya existía.

CUARTO.- Procede, por tanto, la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el recurso de esta clase interpuesto por la entidad demandada en el motivo segundo relativo al tema aquí debatido, manteniendo los pronunciamientos de la sentencia recurrida que desestima los motivos primero y tercero. Esta decisión determina la completa desestimación del recurso de suplicación, la pérdida del depósito constituido para recurrir en suplicación y la condena a la demandada al abono de las costas del recurso de suplicación. En cuanto a la consignación realizada, debe acordarse su mantenimiento en garantía de la condena impuesta en la instancia.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jorge, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tri-

bunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de febrero de 2008, en el recurso de suplicación núm. 4337/07, interpuesto frente a la sentencia dictada el 4 de junio de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid, en los autos núm. 487/06, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la entidad Correos Telecom, S.A., sobre reclamación de cantidad.

Casamos la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la entidad demandada y confirmamos la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir en suplicación y condenamos a la entidad demandada al abono de las costas del recurso de suplicación, que consistirán en los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar. Se mantiene la consignación realizada como garantía del cumplimiento de la condena impuesta en la instancia. Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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. Aurelio Desdentado Bonete.- Milagros Calvo Ibarlucea.- José Luis Gilolmo López.- María Lourdes Arastey Sahun.- Joaquín Samper Juan.

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

2009/166003

TS Sala 4ª, Sentencia: 29 junio 2009. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Inexistencia de vicio del consentimiento

## Desconocimiento empresarial del proceso incapacitante de trabajador incluido en ERE

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante Telefónica contra sentencia que no apreció vicio del consentimiento por su parte al suscribir el*

*contrato de desvinculación con el trabajador.*

*Según la Sala, extinguido el contrato del empleado a través de un ERE con percepción de las correspondientes cantidades indemnizatorias, su posterior declaración judicial de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual con derecho al percibo de prestaciones, no implica, como pretende la recurrente, la nulidad de la decisión empresarial de incluirlo en el expediente y consiguiente devolución de las cantidades percibidas por tal concepto. Se basa la empresa en que su desconocimiento de la existencia del expediente administrativo de incapacidad, por no haberlo comunicado por el trabajador, supone que ha incurrido en un error al dar su consentimiento. El Alto Tribunal declara que falta el requisito de “sustancialidad”, pues no existe base para entender que si la empresa hubiere conocido la situación de enfermedad del trabajador no habría posibilitado la inclusión del mismo en el ERE y, por otra parte, falta el presupuesto de “excusabilidad” pues, junto al pretendido por la empresa recurrente “deber de informar” del trabajador, estaba igualmente el “deber de informarse”, deber que no consta se cumpliera por ésta.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si, extinguido el contrato de trabajo por la inclusión del trabajador en un programa de bajas incentivadas autorizado administrativamente a la empresa en expediente de regulación de empleo (ERE) con derecho al percibo de las correspondientes cantidades indemnizatorias por tal extinción, el hecho de que con posterioridad fuera el propio trabajador declarado judicialmente en situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual (IPT), derivada de enfermedad común, con derecho al percibo de prestaciones, sin que la empresa conociera en el momento de incluirlo en el ERE que existía un expediente administrativo de incapacidad permanente en trámite, en esta fase denegatoria de la prestación, comporta la existencia de un vicio de consentimiento que debe llevar aparejada la nulidad de la decisión empresarial de incluirlo en el ERE y la consiguiente devolución de las cantidades percibidas por tal concepto.

2.- La sentencia recurrida en casación unificadora por la empleadora es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Madrid en fecha 27-mayo-2008 (rollo 1562/2008), revocatoria de la de instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid el día 29-octubre-2007 (autos



878/2006). En sus hechos declarados probados, inalterados en suplicación, consta, en esencia, que:

a) El trabajador, con antigüedad desde el 21-diciembre-1978, en fecha 15-octubre-2003 pasó a la situación de baja por desvinculación anticipada de su relación laboral, al amparo de lo prevenido en el Plan de Adecuación de plantilla en ERE aprobado por resolución administrativa de fecha 29-julio-2003.

b) El 23-octubre-2003 la empresa admitió la solicitud de baja del trabajador, presentada el 8-octubre-2003 y realizada al amparo de lo prevenido en el "Programa de desvinculación anticipada" del plan social que acompañaba al ERE, suscribiendo el 23-octubre-2003 el contrato de desvinculación anticipada.

c) Con base en tal contrato el trabajador percibió en concepto de "premio de servicios prestados" la cantidad de 7.552,76 €, abonada en la nómina regular, como empleado en activo en noviembre-2003, así como en concepto de "rentas de desvinculación" venía percibiendo cantidades mensuales a partir de referido mes de noviembre de 2003.

d) El trabajador había solicitado en fecha 2-enero-2002 la declaración de incapacidad permanente, la que le fue denegada en vía administrativa en resolución de fecha 25-junio-2003, e impugnada jurisdiccionalmente por sentencia del TSJ/Madrid de fecha 30-mayo-2005, revocatoria de la de instancia de 15-diciembre-2004, el trabajador fue declarado afecto de IPT derivada de enfermedad común, con derecho a la prestación económica correspondiente.

e) La empresa no ha tenido conocimiento ni del inicio ni de la sustanciación del procedimiento judicial de incapacidad del demandado, hasta el mes de octubre de 2005 en que el trabajador hizo entrega de la sentencia firme a la empresa. La sentencia de suplicación, revoca la sentencia de instancia, y desestima la demanda formulada por la empresa argumentando que "tanto en el momento de solicitar el trabajador su adhesión al ERE el 8-10-2003, como al suscribir posteriormente el contrato de desvinculación, reunía todos los requisitos para acogerse a esa situación, sin que entre estos se incluyese la de comunicar el hecho de un proceso pendiente sobre IPT, sino sólo estar en activo el 1-1-2003, tener una antigüedad reconocida igual o superior a 15 años y no haber cumplido los 55 años de edad en el mes en que se produzca la baja sin que le fuera exigible comunicar ninguna referencia al procedimiento en curso, cuyo desenlace en cualquier caso no le constaba", concluyendo que no puede apreciarse el vicio del consentimiento de la empresa al suscribir el contrato de desvinculación, cuya validez da derecho a retener por parte del trabajador la cantidad abonada en concepto de rentas.

3.- La sentencia invocada como de contraste por el empresa recurrente en casación unificadora es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ/La Rioja en fecha 27-julio-2000 (rollo 257/2000). En los hechos que asume como declarados probados consta, en esencia, que:

a) La trabajadora comenzó a trabajar para la empleadora el 10-julio-1981.

b) Con fecha 12-mayo-1997 suscribió un impreso de solicitud de baja en la empresa por prejubilación, con efectos a partir del 1-junio-1997, en que firmó el contrato de prejubilación, según el cual recibiría una compensación de 7.495.321 pesetas, que se abonarían en forma de renta mensual, durante 35 meses.

c) Inició situación de IT el 29-enero-1996 causando alta el 14-febrero-1997 con propuesta de incapacidad permanente, que le denegada en vía administrativa el 29-abril-1997, desestimándose la reclamación previa el 10-junio-1997.

d) Impugnada jurisdiccionalmente, en sentencia de instancia de fecha 9-julio-1998 fue declarada en situación de IPT, con derecho al percibo de una pensión mensual con efectos desde el día 23-abril-1997. La referida sentencia de suplicación, interpretó que la empresa sufrió un error que invalidaba su consentimiento que originaba la anulación del contrato de prejubilación que comportaba la obligación de la trabajadora de restituir lo indebidamente cobrado, argumentando que "el error consistió en el desconocimiento- por parte de la empresa de que la trabajadora tramitaba una declaración de IPT, primero en vía administrativa y después jurisdiccional, circunstancia que le fue ocultada por ésta y que era esencial, ya que, de haberla puesto en su conocimiento, la empresa no hubiera accedido a la solicitud de prejubilación, sino que hubiera esperado a la declaración de incapacidad con consecuencias para la misma mucho menos onerosas", que "La consecuencia de tal error, inducido por la trabajadora demandada, es que procede anular el contrato de prejubilación, conforme a lo dispuesto en el art. 1300 del Código Civil " y que "Por otra parte, el art. 1895 del mismo Código Civil impone la obligación de restituir lo indebidamente cobrado".

4.- Concorre el presupuesto o requisito de contradicción exigido en el art. 217 LPL para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues ante hechos sustancialmente idénticos, la interpretación jurídica que de los mismos se efectúa en las sentencias objeto de comparación es divergente con las derivadas consecuencias en la decisión final. Así, mientras que en la ahora recurrida se parte de que aunque la empresa no conociera la existencia de un expediente administrativo en que el traba-

jador instaba ser declarado en situación de incapacidad permanente que concluyó con posterioridad a la extinción contractual acordada en resolución judicial declarativa de IPT, ello no comporta la nulidad de la decisión extintiva; en la de contraste se interpreta que tal conjunto de actuaciones constituye un vicio de la voluntad, consistente en error provocado por la trabajadora, que debe comportar la anulación del contrato de prejubilación y la restitución de lo percibido en base al mismo.

SEGUNDO.- 1.- Invoca la empresa recurrente que la sentencia impugnada infringe, por interpretación errónea, lo dispuesto en los arts. 1261, 1265, 1266, 1300 y 1895 del Código Civil (CC).

2.- En interpretación del art. 1266 CC, esencial a los fines ahora debatidos, en el que se dispone que "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo", la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado, entre otras en su STS/I 22-mayo-2006 (recurso 3355/1999), que "para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12-julio-2002, 24-enero-2003 y 12-noviembre-2004)", añadiendo expresamente que "y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18-febrero y de 3-marzo-1994, que se citan en la de 12-julio-2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12-noviembre-2004; también, Sentencias de 24-enero-2003 y 17-febrero-2005)".

3.- En la misma línea interpretativa la STS/I 17-julio-2006 (recurso 873/2000), destaca de nuevo la exigencia de presencia de los dos esenciales requisitos o presupuestos de sustancialidad o esencialidad y de excusabilidad para que el error,

como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento, estableciendo como correlativos el "deber de informar" de una de las partes contratantes con el "deber de informarse" por parte de otra de las partes contratantes, y afirmando, sobre el segundo de los referidos presupuestos en interpretación de los arts. 1265 y 1266 CC, que "Es cierto que dichos artículos no declaran la inexcusabilidad del error como requisito para que produzca efectos invalidantes. Como ya señaló la sentencia de esta Sala de 4-enero-1982... se trata de un elemento que la jurisprudencia exige pese al silencio del Código Civil y que está presente en el campo del derecho foral..., en virtud del cual se niega al error la eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser salvado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1484, in fine, del CC para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar. Como la misma sentencia se encarga de advertir, las particularidades del caso en orden a la excusabilidad del error han de ponderarse "desde el ángulo de la "bona fides" y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico", teniendo en cuenta siempre que la necesidad de excusabilidad del error -supuesta la existencia del mismo- tiene como finalidad primordial la protección del lógico y lícito interés negocial de la otra parte".

4.- Igualmente esta Sala de lo Social ha interpretado que "conforme a lo dispuesto en el art. 1266 CC, para que el error en el consentimiento invalide el consentimiento es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sean imputables a quien lo padece debiendo existir un nexo causal entre el mismo y la finalidad que pretendía el negocio jurídico concertado" (STS/IV 25-septiembre-2003 -recurso 348/2003).

TERCERO.- 1.- La pretensión de la recurrente debe ser desestimada. La mera circunstancia, aun indiscutida, de que la empresa desconociera la situación de enfermedad de su trabajador que provocó su solicitud de fecha 2-enero-2002 de ser declarado en situación de IPT derivada de enfermedad común, denegada en vía administrativa (resolución de 25-junio-2003) y en la judicial de instancia (sentencia de 15-diciembre-2004) y no concedida hasta que se dictó

sentencia de duplicación en fecha 30-mayo-2005, no puede comportar por sí sola la existencia del concreta y exclusivamente invocado "error" ex art. 1266 CC como vicio del consentimiento contractual así prestado (arts. 1261 y 1265 CC) y susceptible, por ello, de originar su nulidad (arts. 1265 y 1300 CC) con la consecuencia, como regla, de que los contratantes deberían "restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses" (arg. ex art. 1303 CC).

2.- Falta el requisito de "sustancialidad", pues no existe base para entender que si la empresa hubiere conocido la situación de enfermedad del trabajador no valorada en orden a la concesión de una situación incapacitante en vía administrativa no hubiere posibilitado la inclusión del mismo en el ERE; y, por otra parte, falta el presupuesto de "excusabilidad", pues junto al pretendido por la empresa recurrente "deber de informar" del trabajador estaba igualmente el "deber de informarse" por parte de la empresa de la situación de enfermedad del actor que presumiblemente, y como mínimo, habría dado lugar a situaciones de incapacidad temporal y no consta que tal deber se cumpliera por la empresa.

3.- No se invoca por la parte recurrente como posible motivo de nulidad del consentimiento contractual, y por ello no puede constituir objeto de este recurso, la presencia de "dolo" ex arts. 1269 y 1270 CC, que existe, concurriendo las características de gravedad y de no haber sido empleado por las dos partes contratantes (arg. ex art. 1270 CC), "cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho" (art. 1269 CC).

4.- Ni en la fecha en que el trabajador formuló solicitud para pasar a la situación de baja por desvinculación anticipada de su relación laboral, al amparo de lo prevenido en el Plan de Adecuación de plantilla en ERE aprobado por resolución administrativa (8-octubre-2003), ni tampoco en la fecha en que la empresa admitió dicha solicitud de baja, coincidente con la fecha de suscripción del contrato de desvinculación anticipada (23-octubre-2003) con efectos de 15-octubre-2003, el trabajador estaba declarado en situación de IPT derivada de enfermedad común. Es cierto que antes de formular la solicitud de baja por desvinculación anticipada el actor había instado en vía administrativa ser declarado IPT (en fecha 2-enero-2002), pero le fue denegado en dicha vía (resolución de fecha 25-junio-2003), por lo que cuando insta ser incluido en el ERE no estaba en situación de incapacidad permanente y además dicha situación le había sido expresamente denegada, pues no fue hasta casi dos años más tarde cuando obtiene judi-

cialmente la declaración de IPT con derecho al percibo de las correspondientes prestaciones (sentencia de duplicación de fecha 30-mayo-2005 revocatoria de la de instancia de fecha 15-diciembre-2004).

En tal situación existente en el momento de la solicitud de inclusión en el ERE no le era exigible al trabajador comunicar al empresario las posibles causas ajenas a la voluntad empresarial, incluíbles entre las contempladas en el art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que pudieran poner fin en el futuro a la relación laboral existentes entre las partes sin necesidad de ser incluido en el ERE administrativamente autorizado, y, por tanto, ni siquiera "las exigencias de la buena fe" conforme a las cuales deben ejercitarse los derechos (arg. ex art. 7.1 CC), obligaban en ese momento al trabajador a informar o a poner en conocimiento del empresario una circunstancia, además no prevista entre las condiciones contractuales, como la de la existencia de un expediente de incapacidad permanente que estaba denegado en vía administrativa en tales fechas.

5.- En definitiva aunque se estimara hipotéticamente que pudo haber existido error sustancial por parte de la empresa, no concurriría en modo alguno el presupuesto de "excusabilidad", puesto que, como se ha indicado, el referido error sería imputable a la propia empresa que lo sufre por haber sido susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, conforme proclama la jurisprudencia.

CUARTO.- 1.- Debe, por último, recordarse que supuestos que guardan cierta similitud con el ahora enjuiciado, en orden a la concurrencia de un despido previo pactado como improcedente e indemnizado y una declaración de incapacidad permanente declarada con posterioridad que daba lugar a una posible mejora voluntaria con cargo a la empresa, esta Sala ha abordado el problema de la imposibilidad de dejar sin efecto el despido previo o sus consecuencias indemnizatorias aunque la empresa alegara desconocer la situación que conduciría a la posterior declaración de incapacidad permanente, así como la compatibilidad entre indemnización por despido y la mejora voluntaria por responder a finalidades distintas.

2.- En este sentido la STS/IV 4-mayo-2005 (recurso 1899/2004), unificando anteriores criterios de esta Sala, ha declarado que "El problema consiste en que si el contrato se hubiera extinguido en el momento en que se ha apreciado la concurrencia de la IPT, esa extinción del contrato de trabajo por la causa e) del art. 49.1 ET hubiera impedido el juego de la causa extintiva del apartado k) del mismo precepto. Pero lo cierto es que la causa extintiva del apartado

e) -la IPT- no se produce desde la fecha de efectos de la declaración de la IPT, sino a partir de la fecha de esa declaración y, por tanto, esa declaración posterior no neutraliza los efectos del despido acordado por la empresa. La recurrente argumenta que si el día que acordó el reconocimiento del despido improcedente hubiera conocido que abonar otra indemnización, al haber sido declarada la actora en IPT, no hubiera pactado un despido indemnizado.

Pero eso no altera que fue la empresa, que conocía o podía conocer la situación de la actora y sus reclamaciones, la que adoptó la iniciativa de despedir improcedentemente con todas sus consecuencias. Se dice también que un contrato no puede extinguirse por dos causas y así es, pero en el presente caso no se ha reconocido la indemnización reclamada porque el contrato se haya extinguido por incapacidad permanente, sino porque la actora, ya extinguido el contrato por otra causa, ha sido declarada en incapacidad por un accidente que sufrió durante la vigencia de la relación laboral. Por otra parte, ese despido y la indemnización que se ha derivado de su carácter improcedente tampoco impide... que la actora cause derecho a las prestaciones -de Seguridad Social y complementarias- que se derivan de un accidente de trabajo ocurrido cuando estaba plenamente vigente la relación laboral".

3.- Por otra parte, establece la referida STS/IV 4-mayo-2005, que "resta examinar la alegación relativa a la duplicidad de indemnizaciones y a la incompatibilidad de las mismas en la medida en que de esa duplicidad pudiera derivarse un enriquecimiento sin causa. En este sentido hay que comenzar aclarando que la duplicidad no genera propiamente incompatibilidad, porque las indemnizaciones no reparan el mismo daño: la indemnización por despido cubre el daño producido por privación injusta del empleo, que tenía ese carácter en el momento que se acordó, mientras que la indemnización reclamada en este proceso repara los daños derivados de un accidente de trabajo, que han limitado de forma permanente la capacidad de trabajo de la actora no sólo en lo que afecta a su empleo en la empresa, sino respecto a todos los empleos de su profesión habitual. De ello se sigue que tampoco ha existido enriquecimiento sin causa. Para que exista éste, según la doctrina de la Sala de lo Civil de este Tribunal, es necesario que se produzca "la adquisición de una ventaja patrimonial con empobrecimiento de otra parte, con relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y con falta de causa en tal desplazamiento patrimonial" (sentencias de 23-octubre-2003, 7 y 15-junio-2004, y 27-septiembre-2004) y en el presente caso existe ciertamente un desplazamiento patrimonial que beneficia a una parte y perjudica a otra, pues la

empresa tiene que abonar las indemnizaciones por el despido improcedente y por el accidente, pero se trata de dos transferencias económicas que tienen cada una su causa... y esas causas -la privación del empleo y la incapacidad derivada de un accidente de trabajo- operan con plena independencia y no se confunden una con la otra.

Lo que sucede es que la empresa no hubiera abonado la indemnización por despido si la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente se hubiera producido antes del cese que acordó el 27-abril-2001 o del acto de conciliación de 12-marzo-2003. Pero no ha sido así y lo que ha sucedido ha sido consecuencia de decisiones adoptadas -quizá con alguna precipitación o falta de previsión- por la propia demandada, cuyas consecuencias debe padecer ahora sin que pueda acogerse su alegación, meramente hipotética, de que si hubiera habido en su momento una extinción por incapacidad permanente, no hubiera abonado indemnización por despido".

4.- Lo hasta aquí razonado pone de manifiesto que fue la resolución combatida la que se atuvo a la buena doctrina, por lo que procede la desestimación del recurso, con imposición de costas (art. 233.1 LPL).

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 27-mayo-2008 (rollo 1562/2008), en el recurso de duplicación interpuesto por la parte ahora recurrente contra la sentencia dictada en fecha 29-octubre-2007 por el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid (autos 878/2006), en proceso seguido a instancia de la empresa ahora recurrente contra D. León. Confirmamos la Sentencia recurrida, con imposición de costas. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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. Antonio Martín Valverde.- Fernando Salinas Molina.- José Manuel López García de la Serrana.- Rosa María Viroles Piñol.- Mariano Sampedro Corral.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina 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.

### **TC** TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/171599

TC Sala 1ª, Sentencia 9 julio 2009.  
Ponente: Dª María Emilia Casas Baamonde

#### Condena por falta de homicidio imprudente sin intermediación ni contradicción

Se interpone amparo contra sentencia, que, revocando la absolutoria dictada en la instancia, condenó al demandante de amparo como autor de una falta de homicidio imprudente. El TC estima el recurso interpuesto y reconoce lesionados sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. La Sala entre otras consideraciones afirma que el órgano judicial modificó el relato fáctico en sentido inculpativo y fundó su pronunciamiento condenatorio en una nueva valoración y ponderación de los testimonios prestados en el acto del juicio celebrado en primera instancia, sin someter tal valoración a las garantías de intermediación y contradicción.

2009/171601

TC Sala 1ª, Sentencia 9 julio 2009.  
Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

#### Designación de intérprete para traducir carta del procesado a su abogado

El TC inadmite el recurso de amparo interpuesto por el recurrente contra auto que denegó el nombramiento de un intérprete de rumano para la traducción de una carta que el procesado había remitido a su Abogado de oficio durante la tramitación de la causa que se seguía contra él por delitos de agresión sexual y otros. La Sala señala que concurre la causa prevista en el art. 50,1 a) y 44,1 a) LOTC, debiéndose considerar inadmisibles al no haberse producido en el momento de presentarse el recurso de amparo un perjuicio actual y concreto a los intereses del recurrente, apreciándose tan sólo la existencia de un hipotético daño potencial o previsiblemente futuro.

### **TS** CIVIL

2009/101657

TS Sala 1ª, Sentencia 14 mayo 2009.  
Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

#### Primacía del derecho a la información en el tratamiento de datos de menores

El TS estima el rec. de casación formulado por los demandados casando y anulando la sentencia impugnada absolviéndoles de la demanda contra ellos interpuesta, al considerar la Sala que la AP debiera haber realizado una labor de análisis e individualización de cada uno de los actos informativos transmitidos por cada uno de los programas, y que, si se hubiera hecho, podría concluirse que en el programa en el que aquellos intervinieron no se transmitieron datos que permitieran la individualización de las menores, por lo que en el conflicto entre los derechos fundamentales en juego debe primar el derecho a la información, dada la forma en la que fue tratada la noticia. La Sala mantiene la condena a la productora televisiva de diversos programas que también versaron sobre los hechos rechazando el rec. de casación interpuesto por dicha entidad.

2009/120186

TS Sala 1ª, Sentencia 27 mayo 2009.  
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

#### Nulidad de compraventa de nuda propiedad y usufructo

El TS estima en parte el recurso de casación presentado por el actor contra la sentencia dictada por la AP, anula en parte la misma y estima parcialmente la demanda. Este Tribunal, entre otros pronunciamientos, declara nulas las compraventas de la nuda propiedad y el usufructo realizadas por los demandados, por falta de causa, al tratarse de un negocio absolutamente simulado, no ha quedado acreditada la entrega de precio alguno a los vendedores, así como la nulidad de las donaciones disimuladas celebradas entre las mismas partes porque la escritura que simula una compraventa, aunque se

trate de una escritura pública, no autoriza para cumplimentar la forma en la donación.

### **TS** PENAL

2009/56264

TS Sala 2ª, Sentencia 31 marzo 2009.  
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

#### Modificación de la pena en delito continuado de apropiación indebida

Frente a la sentencia que condenó al acusado como autor de un delito continuado de apropiación indebida interpone recurso de casación el mismo junto con la acusación particular. El TS estima parcialmente el recurso de la denunciante y señala que debe modificarse la pena que ha sido impuesta puesto que cuando se trata de delitos contra el patrimonio, la pena básica se determina, no en atención a la infracción más grave, sino a tenor del perjuicio total causado, salvo que tal modo de proceder implique la doble valoración del mismo dato a tales efectos. El Alto Tribunal declara la inadmisión del recurso del acusado ya que está perfectamente comprobada la preexistencia de los bienes, así como que fueron objeto de los actos de disposición descritos en los hechos.

### **TS** CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/83005

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 11 mayo 2009.  
Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

#### Nulidad de la revisión del PGOU por incumplir el trámite de información pública

Se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Castilla y León, que anuló la revisión del PGOU Zamora. La Orden impugnada ha

infringido lo dispuesto en el art. 130 RPU, aplicable al caso conforme a lo establecido en la disp. final 1ª Ley 5/1999, de 8 abril, de Urbanismo de Castilla y León y en el D 223/1999, de 5 agosto. Además la obligación de garantizar la participación de los ciudadanos en la tramitación de los planes urbanísticos, reiterando la fase de información pública si fuera necesario, se deriva también del derecho estatal como son el art. 105 a) CE y el art. 6, 1 L 6/1998, de 13 abril, de régimen del suelo y valoraciones, en los que se consagra, respectivamente, el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos en general y en los procedimientos de planeamiento y gestión urbanística en particular.

### **TS** SOCIAL

2009/128289

TS Sala 4ª, Sentencia 21 mayo 2009.  
Ponente: D. Víctor Fuentes López

#### Exclusión de los complementos autonómicos para determinar la paga de antigüedad

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Junta de Castilla y León contra sentencia que acogió la pretensión del profesor accionante sobre cuantía de la paga extraordinaria de antigüedad. Señala el Tribunal que los complementos retributivos autonómicos no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la paga de antigüedad debatida, pues no se computan tampoco para calcular el montante de las pagas extraordinarias.

2009/134887

TS Sala 4ª, Sentencia 12 mayo 2009.  
Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

#### Cláusula novatoria del contenido de contrato de obra que no altera su naturaleza

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa de teleservicios demandada contra sentencia que declaró la improcedencia del despido de la trabajadora temporal accionante. Explica la Sala que con la cláusula novatoria suscrita por las partes, cuya validez no ha sido impugnada y que en todo caso no constituye vulneración de la prohibición que afecta a la renuncia de derechos, puesto que lo modificado es el objeto del contrato en la extensión del mismo, sin ver afectada su naturaleza ni contravenir otros derechos que pudieran corresponder a la trabajadora, el objeto del contrato de obra o servicio se ciñe a los términos del anexo suscrito, debiendo correr la suerte que corresponda a la contrata en los límites del mismo.