



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2822

Madrid, lunes 26 de abril de 2010



TS PENAL

2009/300005

TS Sala 2ª, Sentencia 17 noviembre 2009. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Absolución del delito relativo al mercado y a los consumidores por falsedad publicitaria

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito relativo al mercado y a los consumidores por falsedad publicitaria. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues la sentencia se decanta por estimar que la oferta no era intencionalmente engañosa sino que el acusado inicialmente tuvo la expectativa razonable de que el curso de conversión se realizase en Madrid, lo que aleja la ocultación, tergiversación u oferta engañosa. Además, se afirma en la sentencia que fueron los ingleses los que decidieron posteriormente el traslado del lugar de estudios a Londres, luego la información proporcionada no era falaz ni indujo de forma decisiva a la aceptación por los alumnos de las condiciones ofrecidas, lo que elimina también la publicidad engañosa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con objeto de ordenar sistemáticamente el recurso, extensamente formulado, consideramos prioritario comenzar, como ordena la Ley por los motivos esgrimidos bajo la rubrica del quebrantamiento de forma que abordaremos de manera conjunta.

1.- El motivo quinto denuncia, por la vía del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la sentencia, no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados. Esta cuestión, esbozada en un anterior recurso, dio lugar a la anulación de la sentencia por decisión de esta Sala, de 14 de enero de 2009, devolviéndose la sentencia a la Sala sentenciadora para que redactara otra en la que subsanase el defecto formal mencionado. En la nueva sentencia se explica satisfactoriamente, cual fue el proceso seguido para la redac-

ción de la sentencia recurrida, haciendo alusión a una posible colisión de los hechos con el principio acusatorio achacado a la excesiva concreción del sustrato fáctico de los escritos del Ministerio Fiscal y de las acusaciones particulares.

2.- Concentrándonos en el estricto ámbito del motivo, debemos dictaminar sí la lectura de los hechos probados nos llevan a la incompreensión de los mismos, de tal manera, que de su contenido literario no puede extraerse un relato coherente sobre lo que la Sala sentenciadora ha estimado básico para fundamentar una condena por el delito que aplica a continuación (publicidad engañosa). Los hechos son claros y revelan la existencia de una actividad de promoción de un centro de estudios, que se sobrecualifica en relación con su categoría administrativa y que ofrece unos estudios sobre una especialidad (osteopatía) que no existía en España y que, por su contenido, resultaba

atractiva para cualquiera que, a través del conocimiento de la oferta, optase por estudiar dicha especialidad. Si seguimos una metodología adecuada podemos observar, sin necesidad de mayores argumentaciones, que la propia parte recurrente admite que la narración es clara, inteligible, razonable e integradora, resultando asequible para cualquier lector. Lo que en realidad viene a decir, si seguimos sus razonamientos, es que no está de acuerdo con algunas afirmaciones, lo que habrá de dilucidarse por la vía del error de hecho si se procede a su examen.

3.- El motivo sexto, también por la vía del quebrantamiento de forma, denuncia la manifiesta contradicción entre los hechos que se declaran probados en la sentencia. El motivo está incorrectamente planteado ya que no extrae pasajes de la sentencia para confrontarlos con otros en los que, a juicio de la parte recurrente, estén en insoportable contradicción de tal forma que anulen su potencialidad descriptiva. Basta con la lectura del primer párrafo de desarrollo del motivo para apreciar su inviabilidad. Censura a la sentencia por declarar como probado afirmaciones que están en contra de las manifestaciones de los querellantes, lo que nos introduce en una vía distinta que nos podía llevar a la inexistencia de prueba, lo que no se puede alegar por la senda del quebrantamiento de forma.

4.- El motivo séptimo agota las posibilidades del motivo y denuncia la utilización de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo. El párrafo seleccionado se refiere a la fecha en que la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid requiere a la entidad querellada para que excluyese el término "Universidad" en sus folletos y el cambio, por propia voluntad del querellado, a Centro de Estudios Superiores. No podemos alcanzar el sentido de la impugnación, ya que no encontramos expresiones técnico-jurídicas en relación con los elementos constitutivos del tipo penal aplicado. La descripción se ajusta escrupulosamente a lo acontecido. Una cosa es que los hechos se refieran a los acontecimientos administrativos que motivan la iniciativa del acusado y otra incluir conceptos jurídicos que predeterminen el fallo.

SUMARIO

TS

CIVIL

Moderación de indemnización por lesiones causadas en accidente de circulación 5

PENAL

Absolución del delito relativo al mercado y a los consumidores por falsedad publicitaria 1

Delitos de maquinación para alterar el precio del mercado, societario, de estafa y falsedad 3

ADMINISTRATIVO

Deducibilidad de las cuotas vencidas no cobradas hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos 7

Nulidad de la convocatoria de concurso para la concesión del servicio de radiodifusión sonora de Castilla la Mancha 10

SOCIAL

Exclusiva responsabilidad de contratista en abono de recargo por falta de medidas de seguridad 11

Ineficacia de retractación empresarial sobre decisión de despido 13

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

5.- El motivo octavo cierra el ciclo de los quebrantamientos de forma trasladándose al núm. 3, del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que no ha incurrido en incongruencia omisiva al no resolver todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa. Compartiendo los requisitos que esboza en el encabezamiento del recurso, por ser de carácter general y reiteradamente establecidos y recordados por la jurisprudencia de esta Sala. A partir de este enunciado, la parte recurrente se aleja de la naturaleza del motivo y se pierde en consideraciones sobre la actividad probatoria hábil o la fuerza probatoria de las actuaciones de investigación previa y la falta de solicitud de prueba que tiene un cauce distinto. Por lo expuesto los cuatro motivos deben ser desestimados.

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta las vicisitudes de la presente causa que fue previamente anulada por sentencia anterior de esta Sala que estimaba que los hechos no eran claros y terminantes, debemos examinar los mismos para determinar si son o no constitutivos del delito de publicidad engañosa por el que ha sido condenado.

1.- La mayor o menor minuciosidad de los términos en que se presenta la publicidad de un producto son decisivos para su valoración desde una perspectiva jurídica, dentro del marco de los derechos de los consumidores o bien cuando el reproche se eleva a las esferas penales que sólo deben intervenir cuando la falsedad de los términos publicitarios sea manifiesta o puede inducir a engaño. Es cierto que, como diremos más adelante, la línea divisoria entre la publicidad lícita que sobrevalora las cualidades del producto, la que las exagerándolas hasta términos irreales y la que lisa y llanamente utiliza el engaño como medio de comunicarse con los potenciales consumidores, es siempre muy tenue, de tal modo que llegar al extremo más riguroso de la sanción penal debe limitarse a casos de grave contravención de la buena fe y fidelidad que se debe a los consumidores como titulares de derechos que vienen marcados por los principios rectores de la política social y económica sancionados por la Constitución. El artículo 51 impone a los poderes públicos la tarea de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2.- El análisis de la figura delictiva de la publicidad engañosa, que se tipifica en el artículo 282 del Código Penal, para los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Hasta este párrafo el legislador se sitúa en la modalidad de un delito de peligro que se consuma por la utilización y puesta en el mercado, la oferta pública engañosa sin que sea necesario un resultado concreto. El legislador, consciente de esta postura, hace compatible la existencia de la publicidad engañosa con otros delitos entre los que se encontraría una posible defraudación o estafa cuando las consecuencias perjudiciales fuesen exclusivamente económicas, añadiéndole, como delito autónomo, el posible fraude al patrimonio.

3.- La fiscalización y control de la publicidad fue uno de los objetivos prioritarios de la entonces Comunidad Económica Europea que, coherentemente con sus postulados, consideraba esencial para el desarrollo económico la existencia de un mercado con reglas limpias y con eliminación de prácticas fraudulentas como la publicidad engañosa. La primera Directiva sobre este punto fue la 84/450/CEE del Consejo de 10 de diciembre de 1994 sobre publicidad engañosa. La modificación de esta Directiva, realizada en el año 2005, añade que no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendientes a asegurar una protección más amplia en materia de publicidad engañosa (artículo 7.1).

4.- Después, de sucesivos retoques, se llega a la conclusión de que era necesaria, en aras de una mayor racionalidad y claridad, la codificación de la Directiva lo que se lleva a efecto por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. Se pone de relieve que los efectos negativos no sólo afectan a los consumidores sino que pueden ocasionar, además, una distorsión de la competencia. Incita a una homologación de las legislaciones miembros sobre la publicidad engañosa y pretende establecer unos criterios mínimos y objetivos sobre cuya base sea posible determinar si una publicidad es o no engañosa. A pesar de que la Directiva se refiere específicamente a los perjuicios derivados para los competidores comerciales, hace una referencia ex-

presa a la posibilidad de inducir a error a las personas a las que se dirige o afectan.

5.- La protección de los consumidores se establece de manera más específica en la Directiva 2005/29 / CE, de 11 de mayo de 2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, también conocida como "Directiva sobre las prácticas comerciales desleales".

6.- Insiste en la necesidad de normas uniformes a escala comunitaria que garanticen un alto nivel de protección del consumidor aclarando y uniformando algunos conceptos jurídicos. La afinidad entre la publicidad engañosa y la estafa se pone de relieve por la propia Directiva en su Preámbulo al hacer una especial diferenciación entre los potenciales consumidores. Recuerda que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dedicado su atención a los efectos de la publicidad engañosa en atención a una diferenciación entre especies de consumidores. Distingue entre la figura teórica del consumidor típico y el consumidor medio, atendiendo al principio de proporcionalidad. Toma como referencia el consumidor medio que es aquel que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta sus factores sociales, culturales y lingüísticos. A su lado dedica también especial atención al consumidor que por no reunir estas características en grado aceptable o nivel medio resulta especialmente vulnerable, como los niños, los que padecen dolencias físicas o trastornos mentales o sean especialmente crédulos. En el caso que nos ocupa, podríamos calificar a los denunciantes en la categoría de consumidores típicos por la especificidad de la oferta.

7.- Define al consumidor como cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión (artículo 2. a). Pone el acento en que la publicidad debe mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Obsérvese la afinidad y similitud de esta definición con la que el Código Civil hace del dolo en el artículo

1269 ("Hay dolo cuando con palabra o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido por otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho").

8.- La decisión es por supuesto ajena a cualquier posición de poder o de monopolio que reduzca la capacidad de análisis, ponderación y decisión de la persona afectada. En estos casos estaríamos ante una influencia indebida que debiera ser erradicada del sistema comercial por medios ajenos al derecho penal, debiendo hacerse a cargo de esta responsabilidad los poderes públicos a través de sus organismos reguladores o por medio del control de las reglas del mercado.

9.- Los indicadores de la posible existencia de una publicidad engañosa son muy variables y dependen de muchos factores, como la naturaleza del producto o sus características principales. También es relevante si se ha omitido información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión. Se equipara la omisión a la inclusión de informaciones poco claras, ininteligibles o ambiguas. En el caso que nos ocupa se oferta una titulación de una especialidad médica, jugando un papel determinante el alcance de los compromisos que se adquieren. Además, su concesión se subordinaba a un patrocinio o control externo y ajeno al proponente u ofertante.

10.- La Directiva que venimos comentando en el anexo incluye algunas prácticas desleales, entre las que incluye que su oferta ha sido aprobada, aceptada o autorizada por un organismo público o privado. Cuando éste no sea el caso, hacer esta afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización, es evidentemente un procedimiento desleal.

11.- Este es precisamente el punto en el que debemos detenernos para comprobar si los hechos probados proporcionan datos para considerar la publicidad como engañosa. El acusado actuaba como una sociedad mercantil cuya denominación era "Universidad Popular Unión Europea, Regiones Europeas, Open University of European Unity S.L. (Upuere.S.L)". El objeto social era, según los estatutos y así se recoge en el hecho probado: "impartir educación, cultura y formación teórica y práctica a todos los niveles, superior, medio y elemental, en especial en Ciencias de la Salud, así como la creación, instalación y explotación

de clínicas y fundaciones”. No se exterioriza si disponía del capital o de los medios para conseguir sus objetivos con una cierta dosis de realismo.

12.- Avanzando en el desarrollo de la trama, se declara probado que para conseguir alguno o la totalidad de los fines “se concertó con el British College of Naturopathy & Osteopathy (BCNO Inglaterra) denominado posteriormente British College of Osteopathy Medicine BCOM”. El acuerdo consistía en que este último organismo “podría reconocer el diploma que se expidiera en Upuere a los alumnos para optar, tras un curso de conversión, a una titulación oficial británica”.

13.- Llevó a cabo una campaña de publicidad, consistente fundamentalmente en folletos en los que se hacía constar que el Curso de Estudios Superiores estaba homologado por el organismo británico mencionado. Es importante recoger la parte del folleto que se incorpora al hecho probado y que transcrito dice así: “Nuestro programa académico está supervisado y homologado por el Colegio británico, British College of Naturopathy & Osteopathy, BCNO y la superación con éxito del programa permite obtener el diploma de osteopatía, DO. Una vez obtenido el diploma de osteopatía de BCNO-UPUERERE, el alumno podrá continuar el programa de conversión del BCNO en la UPUERERE para obtener el Bachelor of Science in Osteopathy Medicine (Titulación universitaria oficial británica equivalente a las licenciaturas españolas)”.

14.- Los folletos se presentaron en una exposición en los años 1998 y 1999, siendo en la misma donde se captó a la mayoría de los alumnos. La Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid le obliga a eliminar cualquier referencia a su cualificación como Universidad, cambiando la denominación a Centro de Estudios Superiores, el 19 de diciembre de 2003.

15.- Cinco personas se apuntaron, tres en el año 1999 y dos en el año 2000 abonando las correspondientes tasas cuyas cuantías se especifican. Cuando ya estaban próximos a finalizar sus estudios en el año 2003 se percataron de que la homologación no se producía de forma mecánica o automática, sino que era necesario realizar un curso de conversión en Londres pese a que inicialmente se dijo que sería en Madrid. Tampoco en contra de lo que se indicó el curso tuvo lugar dentro del último año sino después de finalizado el mismo lo que supuso un desembolso adicional. Aquí termina el relato de los hechos.

15.- A la vista de su contenido que recoge en esencia los hechos básicos aunque pudo ampliarse con la inclusión de otros detalles del folleto publicitario tenemos elementos suficientes para comprobar si se dan los

componentes del delito de publicidad engañosa ya que el delito de estafa ha sido descartado por la Sala sentenciadora y nadie ha recurrido este punto.

16.- De la lectura de la sentencia debemos llegar a la conclusión de que los cursos de formación en la especialidad de osteopatía se impartieron y que los alumnos, en general, y los que formularon querrela adquirieron los conocimientos propios de sus contenidos y llegaron a la última fase o culminación del tiempo que se les había informado sobre su duración y pautas de homologación.

17.- El punto en el que radica la discrepancia entre lo ofrecido y la realidad, radica en la forma de obtener una convalidación más o menos oficial de la titulación y su homologación en el centro británico. Según el hecho los alumnos sabían y admitieron que tenían que realizar un curso de homologación o conversión. Las expresiones y las ofertas del folleto eran claras en cuanto la necesidad del programa de conversión del BCNO, pero como se ha dicho parece que se ofrecía la realización de esta fase en Madrid sin necesidad de trasladarse a Londres, aunque esto último se omite en el hecho probado.

18.- Esta Sala ha reiterado en varias ocasiones que las absoluciones o condenas tienen que basarse en un relato de hechos probados claro y taxativo. Cualquier dato sobre hechos, introducida en el seno de los fundamentos de derechos no reúne la seguridad y certeza plena del hecho probado. Puede admitirse que los razonamientos contengan argumentaciones fácticas, que sirvan para interpretar o comprender los hechos que se contienen en el sustrato fáctico de la sentencia, pero nunca pueden integrarlo, añadiéndose como nuevo párrafo al relato fáctico.

19.- El punto decisivo radica en la existencia o no de engaño al que ya nos hemos referido. Todo el sustento argumental de la sentencia gira en torno a la homologación. La omisión de elementos componentes de la oferta puede realizarse con ánimo engañoso, pero su impacto ilícito habrá que determinarlo en cada caso concreto. No se trata de discutir sobre sí el término “validación” hubiera sido más correcto que “homologación” porque en definitiva lo verdaderamente perjudicial para los intereses de los denunciantes consumidores sería haberles creado la falsa expectativa de la posible convalidación en Madrid en lugar de en Londres.

20.- Llegado a este punto, la sentencia despeja la cuestión en el folio 19, cuando aclara que una vez surgió la natural polémica en el año 2003, los representantes ingleses de BCOM vinieron a España para reunirse con el alumnado, lo que indica que las referencias sobre la valida-

ción por parte de la entidad británica no eran totalmente imaginarias sino que existía una relación real. Es cierto que los ingleses decidieron que existía “falta de seriedad apreciable” y que se negaron a que la convalidación se realizase en Madrid para facilitar un mayor control de su parte.

21.- Ahora bien, la sentencia se decanta por estimar que la oferta no era intencionalmente engañosa sino que el acusado inicialmente tuvo la expectativa razonable de que el curso de conversión se realizase en Madrid, lo que aleja la ocultación, tergiversación u oferta engañosa. Afirman los juzgadores de la instancia que fueron los ingleses los que, a partir de esta conversación en el año 2003, y no antes, decidieron el traslado del lugar de estudios a Londres, luego la información proporcionada no era falaz ni indujo de forma decisiva a la aceptación por los alumnos de las condiciones ofrecidas, lo que elimina también la publicidad engañosa. Por lo expuesto el motivo debe ser estimado por lo que no es necesario entrar en el análisis de los restantes.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Carlos Miguel, casando y anulando la sentencia dictada el día 18 de marzo de 2009 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª en la causa seguida contra el mismo por un delito de relativo al mercado y a los consumidores por falsedad publicitaria. Declaramos de oficio las costas causadas. Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Julián Sánchez Melgar.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de noviembre de dos mil nueve.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 50 de Madrid, con el número 61/2007 contra Carlos Miguel, en libertad provisional por la presente causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 18 de marzo de 2009, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

1.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se da por reproducido el fundamento de derecho segundo de la sentencia antecedente.

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Carlos Miguel del delito relativo al mercado y a los consumidores por falsedad publicitaria por el que venía acusado. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

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

2009/299949

TS Sala 2ª, Sentencia 2 diciembre 2009. Ponente: D. Joaquín Giménez García

Delitos de maquinación para alterar el precio del mercado, societario, de estafa y falsedad

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absoluta dictada en causa seguida por delitos de maquinación para alterar el precio del mercado, societario, de estafa y falsedad. Afirma la Sala que no se dan los elementos que vertebran el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, ni se argumenta con un mínimo de solidez que haya habido actuaciones tendentes a apartar a otros posibles compradores de la adquisición del estadio. La propia celebración de la venta en subasta pública con intervención notarial es bien clarificadora de la publicidad y transparencia con que se procedió.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 23 de septiembre de 2008 de la Sección I

de la Audiencia Provincial de Granada, absolvió a Romualdo y ocho personas más de los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, delito societario, estafa, falsedad en documento público, uso de documento falso y falsedad en documento privado de que eran acusados por la acusación particular ejercida por Melchor.

El Ministerio Fiscal interesó en las conclusiones definitivas la absolución de todos los inculpados.

Los hechos, en síntesis, se refieren a la Junta General Extraordinaria celebrada por el Granada C.F. el 29 de agosto de 1995 en la que ante la difícil situación económica por la que atravesaba el Club dada la cuantiosa deuda que tenía, unos mil cuatrocientos millones de pesetas, se acordó como única solución la venta del único activo que tenía el Club capaz de hacer frente a aquélla, dicho activo era el estadio de "Los Carmenes". En dicha Junta se acordó ofrecer la venta del mismo al Ayuntamiento de Granada en las condiciones referidas en el "factum", sin que se llegara a plantear la posibilidad de efectuar la venta a un tercero.

Como la venta al Ayuntamiento no se llevó a efecto, la Directiva, en lugar de convocar otra Junta Extraordinaria para proceder a la venta a terceros, procedió a vender en subasta pública el estadio y a tal fin se publicaron las normas a cuyo tenor habría de llevarse la venta, y que constan en el "factum".

El 15 de mayo de 1996 se celebró la subasta pública, con intervención notarial, del estadio, concurriendo solo la que resultó adjudicataria, Promociones Lazasur, agrupación de interés económico integrado por diversas inmobiliarias, no existiendo nadie más interesado.

En el otorgamiento de la escritura pública, en representación del Granada C.F. intervinieron el Presidente del Club -a la sazón el recurrido Romualdo y el Secretario del Club así como los representantes de Promociones Lazasur-.

Para llevar a cabo la venta, el secretario del Club, a instancias del Presidente, en el acta levantada con ocasión de la Junta General Extraordinaria del día 29 de agosto de 1995, en la parte relativa al acuerdo de venta al Ayuntamiento de Granada, añadió la frase "...y en su caso, a terceros...", librando la correspondiente certificación del acta con dicho añadido que entregó al Sr. Notario para el otorgamiento de la escritura de venta.

Después de la venta, existieron discusiones por parte de Lizasur en relación a la cuantía de los créditos recogidos en la auditoría del Club, y a cuyo pago debía atender Lazasur como consecuencia de la adquisición del estadio, llegándose a interponer

una demanda de mayor cuantía por parte de la nueva directiva del Club en la que se solicitaba la nulidad de la venta. Finalmente Lazasur abonó la totalidad de los créditos de la auditoría así como la parte del precio en efectivo que según las normas de la venta debía entregar al Club.

Se ha formalizado recurso de casación contra la sentencia, exclusivamente por la acusación particular que desarrolla el recurso a través de seis motivos a cuyo estudio pasamos seguidamente.

SEGUNDO.- El primer motivo, por la vía del error facti del art. 849-2 LECriminal denuncia error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal sentenciador en base a los documentos que cita y que acreditaría que el Tribunal se equivocó cuando en la sentencia se dice que no existió perjuicio económico para nadie derivado de la venta del estadio "Los Carmenes". Se dice en la argumentación del motivo que sí existió perjuicio económico a diversos socios del Club que eran, a la vez, acreedores del Club, y en tal sentido se refiere a diversas resoluciones judiciales que acreditarían tales perjuicios.

En concreto, cita como documentos casacionales a los efectos del motivo los autos dictados por el Sr. Juez de Instrucción de 21 de junio de 1999, 30 de octubre de 1999 y el auto de apertura de Juicio Oral de 25 de octubre de 2004.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos -entre las últimas STS 762/2004 de 14 de junio, 67/2005 de 26 de enero y 1491/2005 de 1 de diciembre, 192/2006 de 1 de febrero, 225/2006 de 2 de marzo y 313/2006 de 17 de marzo, 835/2006 de 17 de julio, 530/2008 de 15 de julio y 342/2009 de 2 de abril, entre otras-.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de febrero, 1553/2000 de 10 de octubre, y las en ella citadas. De manera ex-

cepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala -SSTS núm. 1643/98 de 23 de diciembre, núm. 372/99 de 23 de febrero, sentencia de 30 de enero de 2004 y núm. 1046/2004 de 5 de octubre-. La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental -y sólo esa- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediación y contradicción.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración -razonada- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal. Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. -SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de noviembre-.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99, 765/04 de 11 de junio.

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera cla-

ra, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo -art. 855 LECriminal - esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí -SSTS 465/2004 de 6 de abril, 1345/2005 de 14 de octubre, 733/2006 de 30 de junio, 685/2009 de 3 de junio ó 1121/2009-.

De acuerdo con la doctrina expuesta es patente que los autos judiciales citados carecen de la condición de documentos casacionales a los efectos del motivo. Se está en presencia de resoluciones judiciales generadas *intra processum*, y por tanto situadas extramuros del concepto de documento antes citado.

Basta indicar, en relación con las resoluciones judiciales que las SSTS de 26 de junio de 1995, 917/2002 de 24 de mayo, y más recientemente, entre otras, 853/2008 de 9 de diciembre, les niega tal carácter a las sentencias y toda clase de resoluciones judiciales.

Más aún, en el propio motivo, en su argumentación se hace referencia al Informe Pericial del perito Sr. Alfonso, en base al cual se dictó el auto de 21 de junio de 1999 -pág. 4 del recurso-, y sin embargo, se reconoce más adelante -pág. 6- que según dicho informe se abonó por la adquirente del estadio la totalidad de las deudas de la auditoría: el 28 de junio de 1998 se abona el 34% de la deuda y el 31 de diciembre de 2000 el 66% restante.

Por otra parte, es lo cierto que en el motivo nada se concreta o individualiza sobre la realidad, y cuantía de tales perjuicios y la identidad de los perjudicados.

Es patente que el rechazo del motivo se impone de forma clara y ello va a tener obvias repercusiones en el resto de los motivos formalizados como luego se dirá.

En efecto, el rechazo del motivo, tiene por consecuencia el mantenimiento de los hechos probados tal y como fueron redactados por el Tribunal sentenciador, y nada hay en ellos que directa o indirectamente permita afirmar que las deudas de la auditoría del Granada Club de Fútbol, no fueron abonadas por la entidad adquirente del estadio.

Más aún, lo que se dice es justo lo contrario: que Promociones Lizasur procedió al abono de la totalidad de los créditos.

Que existieron dificultades o demoras en el pago, o cuestionamientos sobre la realidad de algunas partidas -y ello justificó la presentación de la demanda civil- no sitúa este conflicto en el área penal, y en tal sentido hay que recordar que la norma octava por la que se rigió la venta notarial del estadio, se refiere a que "...una vez abonadas todas y cada una de las deudas..... o acreditado en su caso por el comprador la no exigibilidad de las mismas..." lo que acreditaría que la posibilidad de que surgieran contiendas o diferencias al respecto ya estaba prevista en el condicionado de la subasta notarial.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- Pasamos seguidamente al estudio conjunto del resto de los motivos formalizados segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto, todos ellos encauzados por la vía del error iuris del art. 849-1 LECriminal que en la medida que el ámbito del debate se centra en una aplicación incorrecta de la Ley a los hechos declarados probados, cuyo relato se acepta, exige como presupuesto de admisibilidad el respeto a tales hechos, lo que incumple el recurrente en la medida que a lo largo de seis argumentaciones cuestiona los hechos probados.

Incurren todos ellos en causa de inadmisión que en este momento opera como causa de desestimación.

No obstante, con la finalidad de dar respuesta más allá de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, efectuaremos algunas breves consideraciones sobre las cuestiones de fondo que alega el recurrente.

-En relación al delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, del art. 539 Cpenal 1973, de acuerdo con lo que se razona en el f.jdco. segundo de la sentencia ni se dan los elementos que vertebran el delito ni se argumenta con un mínimo de solidez que haya habido actuaciones tendentes a apartar a otros posibles compradores de la adquisición del estadio. La propia celebración de la venta en subasta pública con intervención notarial es bien clarificadora de la publicidad y transparencia con que se procedió.

Sorprende por su gratuidad que se diga en la pág. 12 del recurso "...Entendemos sobradamente precisadas las conductas y los medios empleados por los acusados para alegar a otros posibles postores..."

Esta reflexión debería ser la conclusión de un estudio objetivo de datos concretos y verificables acreditativos de esa finalidad, aquí simplemente es un apriori que se agota en su enunciación.

-En relación al delito societario del art. 295 por administración desleal también se comparte la argumentación del f.jdco. tercero de la senten-

cia. El Club de Fútbol Granada tiene una finalidad deportiva, no interviene en el mercado de forma permanente y en cuanto al perjuicio no consta alguno a persona identificada, siendo lugar pacífico y sin controversia, que la única salida a la situación financiera del Club era la venta del estadio.

-Por lo que se refiere a los delitos de falsedad en documento público o mercantil, falsedad de uso y falsedad en documento privado, hay que partir de la realidad de la alteración que se produjo en el acta de la Junta General Extraordinaria del Club llevada a cabo el día 29 de agosto de 1995, alteración concretada en el añadido puesto con posterioridad por el Secretario del Club a instancias del Presidente "...y en su caso a terceros..."

Desde el reconocimiento de esa mutación hay que declarar su atipicidad al tratarse el acta de un documento privado, cuya alteración para ingresar en la órbita penal exige como elemento del tipo del art. 395 el perjuicio a tercero, perjuicio como ya se ha razonado no ha existido.

Procede la desestimación de todos los motivos.

CUARTO.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición al recurrente de las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido que se dedicará a las atenciones previstas en el art. 890 LECriminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formalizado por la representación de Melchor, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección I, de fecha 23 de septiembre de 2008, con imposición al recurrente de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido que se dedicará a las atenciones previstas en el art. 890 LECriminal.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Granada, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Francisco Monterde Ferrer.- Luciano Varela Castro.- Siro Francisco García Pérez.

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



2010/9915

TS Sala 1ª, Sentencia 18 enero 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Concurrencia de culpas

Moderación de indemnización por lesiones causadas en accidente de circulación

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a la aseguradora demandada a pagar al actor conductor de la motocicleta la indemnización fijada por las lesiones causadas en el accidente de circulación ocurrido al colisionar dicha motocicleta con el vehículo asegurado por la demandada, moderando dicha indemnización por apreciarse concurrencia de culpas de los dos conductores en la producción del accidente, y que absolvió a la aseguradora de la motocicleta codemandada frente al otro actor ocupante de la motocicleta por desistimiento de los actores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formulan seis motivos de impugnación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga. Cuatro en el recurso extraordinario por infracción procesal (una vez inadmitido el cuarto, sobre costas) y dos en el de casación. Todos ellos traen causa en la reclamación que los ahora recurrentes, D. Juan Pedro y D. Victor Manuel, hicieron a las aseguradoras de los daños materiales y lesiones sufridas en el accidente de tráfico ocurrido el día 1 de agosto de 1997 al colisionar la motocicleta Kawasaki WI-....-W, conducida por Victor Manuel, con el Renault 11, matrícula FU-....-F, circulando ambos por la carretera N-340, dirección Estepona, aquella por el carril izquierdo, este por el derecho.

La sentencia parte del hecho de que los dos conductores contribuyeron al resultado: la actora al intentar adelantar con su moto al automóvil, rebasando la doble línea continua que separa los carriles de ambas direcciones de la N-340, y el conductor del vehículo, por intentar cambiar de dirección hacia la izquierda, para acceder a una urbanización existente en dicha mano.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL.

SEGUNDO.- El primer motivo denuncia la infracción de los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos al principio de justicia rogada y congruencia, porque se ha absuelto a la aseguradora inicialmente demandada, Axa

Seguros, SA, en base a un pretendido desistimiento de la acción llevado a cabo por la parte actora.

Se desestima.

La infracción de los artículos 216 y 218 supone que la sentencia ha resuelto sobre un pronunciamiento no solicitado por las partes vulnerando las normas de procedimiento y el propio derecho a la tutela judicial consagrado en la Constitución. Dice el artículo 216 que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales, añadiendo a su vez el artículo 218 que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, que se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Sobre el deber de congruencia que pesa sobre las sentencias, la jurisprudencia de esta Sala es reiterada al señalar que consiste, en "el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendido. La congruencia supone la correlación o armonía entre las pretensiones de las partes oportunamente deduci-

das en el pleito y la parte dispositiva de la sentencia” (SSTS de 9 de diciembre de 1985 y 20 de mayo 2009, entre otras).

Es cierto que la actora introdujo en su demanda una pretensión concreta de condena contra la citada aseguradora. Ahora bien, dice la sentencia, ratificando la del Juzgado, que la misma parte renunció a la acción en el trámite del juicio y lo que se trae a colación a través del motivo no es más que la consideración como renuncia de lo que a juicio de los recurrentes fue una simple valoración de las consideraciones fáctico-jurídicas de las pruebas practicadas, cuestionando tanto los aspectos formales como materiales de este instituto, que entraña un poder de disposición sobre el objeto del proceso, para lo que se requiere capacidad procesal y de postulación, y que exige que el Procurador tenga poder especial que lo faculte expresamente para renunciar, tal y como resulta de los artículos 20 y 25.2.1º LEC.

Y es evidente que ni estos artículos han sido citados en el motivo, ni una consideración jurídica distinta de los hechos como la que la parte recurrente tiene en el recurso contra lo que han razonado las sentencias de ambas instancias, en modo alguno determina la infracción de los preceptos que sí fueron citados en el motivo, por lo que el Tribunal de apelación al dictar sentencia ratificando la absolución a dicha parte por renuncia a la acción, no ha incurrido en incongruencia.

TERCERO.- El segundo motivo señala como infringidos los números 2, 3 y 4 del apartado 1 del artículo 469 de la Ley Procesal, “al no resolverse en la sentencia dictada en apelación sobre los motivos de apelación invocados por la representación de los demandantes a través del trámite de impugnación de la sentencia”. Lo que realmente plantea son dos cuestiones distintas: una, el incumplimiento por la recurrente del requisito establecido en el artículo 449.3 de la LEC, necesario para recurrir en apelación, al no haber consignado la aseguradora el importe íntegro de la condena, haciéndolo mediante aval bancario y no mediante consignación; y otra, la infracción del artículo 461 por no haber resuelto sobre las cuestiones planteadas en el escrito de impugnación al recurso de apelación formulado por la demandada.

El primero se desestima. El artículo 449 bajo la rúbrica “del derecho a recurrir en casos especiales”, refiere diversos supuestos en los para la admisión del recurso de apelación se exige al recurrente que en el momento de la preparación acredite el abono o consignación de determinadas cantidades, como son entre otros aquellos en los que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos a motor, señalando

el apartado 5 que podrá hacerse mediante depósito o consignación, que podrá serlo también a modo de aval de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, o por cualquier otro medio que garantice, a juicio del Juzgado o Tribunal, la inmediata disponibilidad de la cantidad.

El precepto es claro y su cumplimiento configura un requisito de procedibilidad necesario para la admisión del recurso y como tal controlable de oficio (ATS 20 de mayo 2003 y demás resoluciones que se citan).

Pues bien, si la Sala de apelación no ha entrado en el examen y resolución de lo que constituye objeto del motivo es porque se trata de una cuestión que había sido resuelta anteriormente, mediante declaración de estar bien realizada la consignación, dando de esa forma respuesta a la solicitud deducida por la recurrente, que también impugna que lo fuera mediante aval bancario, ignorando que el aval es posible conforme a los apartados 3º y 5º del artículo 449, distinto del medio que figura en el apartado 1º referido a procesos que lleven aparejado el lanzamiento en los que se exige tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.

También el segundo. La preocupación del legislador por delimitar lo que constituye el objeto del proceso se ha trasladado al recurso de apelación; que al ser de cognición plena o de plena jurisdicción permite una revisión total de la sentencia apelada, condicionada únicamente a los puntos de disconformidad señalados por cada parte, los cuales deben quedar perfectamente delimitados en el trámite de preparación y de impugnación del recurso; sin que sea posible introducir cuestiones nuevas o ejercitar pretensiones modificativas, con prohibición de la reforma peyorativa y plena facultad del Tribunal para valorar las pruebas sin impedimento alguno. Con esa finalidad, la sustanciación de la apelación se articula a través de distintos trámites que van a delimitar el objeto del debate en la segunda instancia, sobre el que deberá pronunciarse en la sentencia el Tribunal de apelación, como precisa el artículo 465:

(a) Fase de preparación -artículo 457 -, en el que la que el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir “con expresión de los pronunciamientos que impugna”.

(b) Fase de interposición del recurso -artículo 458 -, en la que se “expondrán las alegaciones en que se base la impugnación”.

(c) Fase de oposición al recurso por el apelado e impugnación de la sentencia en lo que le resulte desfavorable “por quien inicialmente no hubiere recurrido” - artículo 461.2 -.

(d) Fase de traslado de los escritos de impugnación a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 461 al apelante principal, para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente -artículo 461.4 -.

Fuera quedan los demás puntos o cuestiones que, habiendo sido resueltos en la primera instancia, no hayan sido incluidos en el escrito de preparación. La impugnación a que se refiere el artículo 461 es por tanto un instrumento procesal que la Ley pone al alcance de la parte que se aquieta con el fallo de primera instancia que no le resulta totalmente favorable y que es apelado por la contraria, para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal, evitando el riesgo de que a través del recurso se agrave en su contra ese pronunciamiento.

Pues bien, el problema que plantea el motivo consiste en determinar si quien prepara e interpone su propio recurso de apelación queda habilitado para ampliar su objeto aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado en el suyo, extremo este que acota la particularidad del caso, dentro de las distintas soluciones procesales que pueden resultar de la impugnación, y que resolvió la sentencia recurrida negando tal posibilidad con el argumento, aceptado por la Sala, de que “ha precluido éste trámite procesal, ya que el citado artículo (se refiere al artículo 461) en su apartado segundo, permite la impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiese recurrido”.

El contenido de la impugnación, en la forma que se pretende hacer valer en el motivo, resulta claramente extemporáneo por cuanto supone ampliar los pronunciamientos sobre los que el apelante había anunciado su recurso, limitado a la estimación parcial del derecho reclamado y a la absolución de uno de los codemandados, convirtiendo al apelante inicial en impugnante del recurso formulado por el apelado frente al que tuvo la oportunidad de alegar lo que a su derecho e interés convenía, haciéndolo contra la literalidad no solo del artículo 457, sino del 461.2 de la ley, que autorizan la impugnación respecto de aquello que resulta desfavorable a quien inicialmente no hubiere recurrido, y que de admitirla conllevaría una ampliación de la apelación en extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos incluido en el escrito de preparación, dándole la oportunidad de recurrir nuevamente frente a la misma parte.

CUARTO.- En el tercero reproduce la causa de infracción alegada en el motivo segundo, respecto de la inadmisibilidad del recurso de apelación planteado por Euromutua por falta o defectuoso cumplimiento del requisito de la consignación previa,

por lo que se dan por reproducidos los argumentos desestimatorios expresados en el mismo.

QUINTO.- Finalmente el quinto motivo plantea la discrepancia de la recurrente con la prueba pericial, que dice ha sido valorada de forma ilógica, errónea, de forma aislada y no en conjunto, sin explicitar las razones que han llevado a optar por una de ellas en perjuicio de las demás, las cuales ni si quiera se analizan, vulnerando asimismo el principio de la carga de la prueba y el propio derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Se desestima como los anteriores pues aun prescindiendo de una defectuosa formulación del motivo en el que junto a la cita de las normas infringidas mediante la fórmula “y siguientes”, rechazada reiteradamente por esta Sala, se involucran cuestiones de motivación y de inversión de la carga de la prueba, sin concretar algún precepto infringido y sin haber cuestionado la posible utilización indebida de las diligencias finales para dar cabida a un nuevo informe pericial, que, por lo demás, resulta explicable habida cuenta la disparidad de criterios entre los dictámenes periciales obrantes en las actuaciones, que también tuvo en cuenta el Tribunal para descartarlos frente al emitido por el perito judicial que finalmente acoge por considerar que el mismo “ha sido trascendental para fijar las lesiones, secuelas y días de incapacitación”, según la valoración realizada en la sentencia del Juzgado, que acepta por remisión; valoración que se encuentra privada del acceso casacional en supuestos como el enjuiciado en el que el órgano “a quo” ni tergiversa ni falsea las conclusiones periciales de forma ostensible o arbitraria sus dictados, ni mucho menos extrae conclusiones absurdas o ilógicas, antes al contrario lo que se colige de las argumentaciones contenidas en el motivo, no es tanto la descalificación del informe tomado en consideración, como un intento infructuoso de hacer valer el emitido por el Médico Forense, cuya exclusión a efectos probatorios refuerza aun más si cabe la valoración realizada por la Sala, dado el carácter reconocidamente independiente del citado profesional.

RECURSO DE CASACIÓN.

SÉXTO.- A juicio del recurrente, expresado en el primer motivo, el fallo de la sentencia incurre en el grave error, según las pruebas practicadas en el proceso, de no haber tenido en cuenta el contenido del artículo 1 de la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor y de la jurisprudencia que lo antecedió, como ha sido desarrollado posteriormente. El motivo más que dirigido a una revisión del juicio jurídico, trata de revisar el juicio sobre los hechos resultante de la aplicación de las reglas y principios que rigen la valoración de los diferentes medios de prueba y de ésta en su conjunto, en concreto de

las pruebas en materia de responsabilidad extracontractual y de la inversión de la carga de la prueba, que el Tribunal tuvo en cuenta para establecer una compensación de culpas entre el conductor que aseguraba la demandada y el de la motocicleta, admitida de modo expreso en el ámbito del seguro obligatorio por efecto de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la que se establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción, pero en la que también se admite la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos intervinientes, lo que ha llevado a limitar la condena de la aseguradora demandada por haber estimado en un 50% su responsabilidad en el accidente, que, por lo demás, no es posible hacer extensivo por el resto a la aseguradora de la motocicleta frente al ocupante al venir absuelta de la demanda por iniciativa de los demandantes.

SEPTIMO.- El motivo segundo es una reproducción casi literal del quinto del recurso extraordinario por infracción procesal, sobre valoración de los informes periciales, mediante el cual se pretende modificar los hechos que la sentencia declara probados para determinar una indemnización distinta a favor de los perjudicados, con cita de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil y de la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor. Se desestima por razones obvias puesto que el recurso de casación no es el cauce procesal adecuado para revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia.

OCTAVO.- En materia de costas procesales, se imponen a la parte recurrente las causadas por ambos recursos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Declarar no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la Procuradora D^a Elba Leonor Osorio Quesada, en la representación que acredita de D. Juan Pedro y D. Victor Manuel, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 9 de noviembre de 2004, con expresa condena a los recurrentes de las costas causadas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios.- Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Francisco Marin Castan.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.-José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas

Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Firmado y Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, 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.



TSJ CLM CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/4746

TS Sala 3^a, Sección: 2, Sentencia 20 enero 2010. Ponente: D. Oscar González González

“Leasing” o arrendamiento financiero

Deducibilidad de las cuotas vencidas no cobradas hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos

El TS declara que ha lugar al recurso de casación revocando la sentencia impugnada y declara la nulidad de la resolución del TEAC dictada en un asunto relativo al IS. La Sala considera que cuando la norma está excluyendo de la deducibilidad con carácter general a “operaciones cubiertas con garantía real”, salvo excepciones que cita, la mención posterior a los arrendamientos financieros es la de la no deducibilidad de los que en el último párrafo se mencionan, sólo de aquéllas “cuotas vencidas no cobradas hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos”, es decir, sólo respecto de esas cuotas y durante ese tiempo opera la deducibilidad, pues respecto de las restantes cuotas y en relación con supuestos de leasing en que no se ejerce la acción de rescisión del contrato con la recuperación del bien, debe regir el régimen general.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto por CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central que declaró la no deducibilidad en la base imponible del impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio 1993 de las dotaciones a la provisión por insolvencia en relación a las cuotas no vencidas de contratos de arrendamiento financiero.

El Tribunal de instancia basó su fallo en los siguientes fundamentos:

“El artículo 13.i de la Ley 61/78 de 27 de diciembre del Impuesto de sociedades incluye como partidas deducibles en el impuesto “los saldos favorables que la Sociedad considere de dudoso cobro, siempre que esta cir-

cunstancia quede suficientemente justificada...”. El artículo 82 del Reglamento del Impuesto de Sociedades aprobado por R.D 2631/1982 establece en que casos un saldo puede considerarse de dudoso cobro (deudor en quiebra, créditos morosos al haber transcurrido 6 meses de su vencimiento...) y en que casos no se puede considerar un saldo de dudoso cobro (crédito garantizado por hipoteca o garantías reales entre otros). Finalmente el artículo 82.7 establece que “No obstante lo dispuesto en los números anteriores, las Entidades financieras inscritas en los correspondientes registros especiales podrán realizar las dotaciones a la cuenta «Provisión para insolvencias» con el alcance y limitaciones que se establezcan con el Ministerio de Hacienda”.

El Ministerio de Hacienda, por orden de 31 de marzo de 1989, por la que se desarrolla lo establecido en el artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (te-

niendo esa consideración las compañías de leasign) facultó al Banco de España para establecer y modificar las normas de contabilidad de las entidades de crédito, procediendo el Banco de España a dictar diversas circulares, siendo la que estaba en vigor en el ejercicio 1993 la circular 4/91 (B. O.E 27 junio de 1991). El riesgo de crédito y la cobertura del riesgo de crédito están regulados en la norma décima y undécima de dicha circular.

La norma décima regula las condiciones para que un crédito pase a la situación contable de dudoso cobro, estableciendo que si hay una cuota impagada con antigüedad superior al año o si las cuotas vencidas no pagadas clasificadas como dudosas exceden del 25% del riesgo pendiente (sin contar intereses devengados) obliga a clasificar todo el crédito (tanto cuotas vencidas como pendientes de vencer) como dudoso. Siendo válida esta norma para los contratos de leasing salvo que la entidad decida recuperar el bien.

La norma undécima regula las provisiones para el riesgo de crédito, estableciendo en el apartado 4 en su redacción dada por la circular 7/91 de 13 de noviembre un régimen de dotación general consistente en unos porcentajes de cobertura aplicado al importe del activo dudoso que van del 25 al 100% en función del tiempo transcurrido desde el vencimiento de la primera cuota impagada, siendo dicho porcentaje menor en caso de que el arrendamiento financiero tenga por objeto viviendas, oficinas y fincas rústicas. Dado que el riesgo clasificado como dudoso comprende tanto cuotas vencidas como pendientes de vencer parte de esa provisión para insolvencias corresponde a cuotas pendientes de vencimiento. En el apartado 5 y 6 de dicha norma undécima regula las provisiones en las operaciones de cesión de bienes en arrendamiento financiero. En el apartado 5 se distinguen tres supuestos que se regulan cada uno de ellos en tres párrafos distintos:

Respecto de las cuotas vencidas y no cobradas se sigue el tratamiento de cobertura general establecido en el apartado 4 (primer párrafo).

Por lo que se refiere a las cuotas pendientes de vencer se distinguen dos supuestos: si se insta la rescisión de los contratos, se seguirá un régimen de dotación consistente en la dotación de un “fondo especial de depreciación de bienes cedidos en arrendamiento financiero” siempre que el valor real del bien fuera inferior al valor en libros determinado por la suma del principal, de las cuotas no vencidas y el valor residual sin impuestos (segundo párrafo) y si no se intenta la recuperación de los bienes se seguirá el régimen de dotación general (párrafo tercero).

Por ultimo las entidades de arrendamiento financiero, y tanto para

cuotas vencidas como futuras, han de dotar con carácter adicional- un "fondo de insolvencias genérico." (Norma undécima, apartado sexto).

Se quiere precisar que lo expuesto hasta ahora son normas contables relativas a provisión por insolvencias correspondientes a las Entidades de crédito sometidas a la tutela administrativa del Banco de España sobre las que las partes no tienen discrepancia habiendo reconocido la Administración que las provisiones contables relativas a operaciones de arrendamiento financiero se realizaron de forma adecuada. En concreto la provisión por la provisión contable "por insolvencias" correspondiente a las cuotas no vencidas de contratos de arrendamiento financiero en el caso de que la sociedad decida no rescindir el contrato para recuperar el bien cedido ha sido realizada conforme a la circular 4/91 del Banco de España. La discrepancia se origina en cuanto a la deducibilidad fiscal de esa provisión realizada conforme a la circular 4/91.

(...) Para determinar si una provisión para el riesgo de crédito realizada conforme a la circular 4/91 es o no deducible fiscalmente hay que estar a lo dispuesto por el Ministerio de Hacienda, que es de acuerdo con lo establecido en el artículo 82.7 y D.A 1ª del Reglamento del Impuesto de Sociedades el órgano competente para determinar si son o no deducibles las provisiones por insolvencias realizadas por las entidades de crédito. En uso de esa facultad se dictó el orden Ministerial de 13 de julio de 1992 (B.O.E 29 de julio de 1992) sobre "aplicación de la provisión por insolvencias a las Entidades de crédito sometidas a la tutela administrativa del banco de España".

La orden en su apartado primero indica lo siguiente "Con carácter general, las Entidades de crédito sometidas a la tutela y control administrativo del Banco de España, ajustarán el tratamiento tributario de los saldos de dudoso cobro y de las dotaciones a la provisión por insolvencias, cuando aquéllas correspondan a bienes procedentes de la regularización de tales saldos... a partir de 1 de enero de 1992, a las de la Circular 4/1991, de 14 de junio, con las modificaciones incluidas en la Circular 7/1991, de 13 de noviembre con sujeción, en ambos casos, a lo dispuesto en los apartados siguientes".

Dicha orden establece con carácter general la consideración como gasto deducible a efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de las dotaciones realizadas a la provisión por insolvencias realizadas de acuerdo con las normas establecidas por el Banco de España, procediendo a establecer unas limitaciones.

Las partes no discrepan del tratamiento tributario que dicha orden da al "fondo de insolvencias genérico"

previsto en la norma undécima apartado sexto de la circular 4/91 (apartado segundo de la orden ministerial). Tampoco existe discrepancia respecto al tratamiento tributario correspondiente a las "provisiones registradas en el fondo especial de depreciación de bienes cedidos en arrendamiento financiero", cuando se haya decidido rescindir el contrato para recuperar el bien (apartado tercero, punto 1 de la orden ministerial). Las discrepancias se plantean en cuanto a lo establecido en su apartado tercero, punto 2 a) y que tiene el siguiente contenido.

"2. No tendrán la consideración de partidas deducibles las dotaciones a la provisión por insolvencias que correspondan a:

a) Operaciones cubiertas con garantía real, excepto que fuese insuficiente o de difícil realización.

Se entenderá que son de difícil realización las garantías relativas a bienes que no se hallen destinados a vivienda, tanto principal como secundaria, oficinas y usos polivalentes, así como las fincas rústicas, excepto que hayan transcurrido más de tres años desde el vencimiento de la primera cuota o plazo impagado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará, en cuanto procediere, a los contratos de arrendamiento financiero, respecto de las cuotas vencidas no cobradas hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos".

La Administración considera que lo que quiere decir este último párrafo es que tendrán la consideración de partidas deducibles las dotaciones a la provisión por insolvencias correspondientes a los contratos de arrendamiento financiero, que se hayan realizado respecto a las cuotas vencidas no cobradas hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos siempre que dichos bienes sean de difícil realización. Para ello argumenta que es necesario integrar el último párrafo con los dos párrafos anteriores de dicho apartado tercero punto 2.

Así entiende que en su segundo párrafo en concreto el punto 2 a) desactiva la convalidación fiscal genérica del apartado primero de la orden ministerial en relación a las operaciones con garantía real (dentro de las cuales entiende que están incluidas las operaciones de arrendamiento financiero por similitud) y en el último párrafo vuelve a convalidar la deducibilidad tributaria de la provisión contable, pero para aquella parte de la provisión que trae causa en las cuotas vencidas no cobradas hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos. Indica que el último párrafo (cuarto) contiene un evidente error al remitirse al párrafo anterior (tercero), ya que el tercer párrafo "se entenderá que son de difícil realiza-

ción..." claramente se dedica a definir o enunciar cuando se entiende que una garantía es de difícil realización. Es decir el párrafo tercero no tiene un especial valor regulativo, entendiéndose que la remisión es al párrafo anterior que se refiere a "Operaciones cubiertas con garantía real, excepto que fuese insuficiente o de difícil realización "que es la norma sustantiva que da sentido a los contenidos de los párrafos siguientes.

El recurrente señala en su demanda que el precepto controvertido "lo único que quiere decir es que las cuotas vencidas no cobradas de las operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles (los únicos en que puede asumirse que existe una garantía real) pueden considerarse, en todo caso como de difícil realización y por lo tanto deducibles".

Para ello se basa en dos argumentos 1º) si el párrafo de discrepancia (último párrafo punto 2 a) del apartado tercero dijera lo que pretende la Inspección su redacción debería ser "lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará en cuanto procediere, a los contratos de arrendamiento financiero respecto de las cuotas vencidas no cobradas" y 2º) una interpretación sistemática del último párrafo de la Orden ministerial de 13 de julio de 1992 lleva a que el precepto se aplica cuando se rescinde el contrato de leasing. Si no hay rescisión del contrato de leasing por el arrendador financiero, la parte de provisión por insolvencias correspondiente a cuotas no vencidas es deducible fiscalmente.

(...) Como reconoce la Inspección en el acto de liquidación tributaria la cuestión a resolver es "complicada, intrincada". Hay que partir de que la orden ministerial de 29 de julio de 1992 en el apartado primero establece con carácter general la consideración como gasto deducible a efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades las dotaciones realizadas a la provisión por insolvencias realizadas de acuerdo con las normas establecidas por el Banco de España y lo que hace en los siguientes apartados es establecer unas limitaciones a esa cláusula de convalidación general. En el apartado segundo al "fondo de insolvencias genérico" y en el apartado tercero punto 1 a las provisiones registradas en el fondo especial de depreciación de bienes cedidos en arrendamiento financiero, cuando se haya decidido rescindir el contrato para recuperar el bien. Las discrepancias se plantean en cuanto a lo establecido en su apartado tercero, punto 2 a) cuyo contenido ya se ha reproducido.

Entiende esta Sala que cuando en el párrafo primero del apartado tercero, punto 2 se dice que "No tendrán la consideración de partidas deducibles las dotaciones a la provisión por insolvencias que correspondan a)

Operaciones cubiertas con garantía real, excepto que fuese insuficiente o de difícil realización" lo que pretende la orden ministerial es establecer que en el caso que la provisión por insolvencias corresponda a una operación con garantía real solo será deducible si ésta es de difícil realización y ello en consonancia con lo establecido en el régimen general previsto en el artículo 82.3 c) del Reglamento del Impuesto de sociedades que señala que "en ningún caso tendrán la consideración de saldos de dudoso cobro los garantizados por hipoteca, prenda, pacto de reserva de dominio o garantías reales equivalentes, en cuanto a la parte garantizada, salvo en los casos de pérdida o envilecimiento de la garantía".

A continuación, en el último párrafo de dicho apartado tercero 2. se procede a concretar dicha norma en relación con las operaciones de arrendamiento y se establece que "lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará, en cuanto procediere, a los contratos de arrendamiento financiero, respecto de las cuotas vencidas no cobradas hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos" entendiéndose que "en cuanto procediere" significa "en cuanto dichos bienes sean de difícil realización" y que la remisión no lo es al párrafo anterior sino a la norma sustantiva que le precede y que es la que ha establecido una limitación al régimen de convalidación general previsto en el apartado primero. Es decir la orden ministerial teniendo en cuenta las singularidades de las operaciones de arrendamiento financiero procede en el último párrafo a especificar las limitaciones que ha establecido en el párrafo primero para las operaciones con garantía real, excluyendo en todo caso la deducibilidad de las cuotas futuras.

El hecho de que el precepto hable de "hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos" no significa tal como entiende el recurrente que sólo se aplica la limitación respecto a las cuotas futuras si hay resolución del contrato de leasing por el arrendador financiero ya que como señala la Inspección ello carece de sentido ya que en el caso de que se opte por recuperar los bienes durante el intervalo de tiempo que media entre el día que se opta por resolver el contrato hasta aquel que se recupera materialmente la posesión del bien, la provisión por cuotas futuras se articula a través de las provisiones registradas en el fondo especial de depreciación de bienes cedidos en arrendamiento financiero cuyo tratamiento fiscal es contemplado por la orden ministerial en el apartado tercero punto 1 de la orden ministerial.

Por otra parte si la orden ministerial de 29 de julio de 1992 en su apartado segundo prohíbe la deducibilidad del "fondo de insolvencias genérico" (regulado en el apartado

sexto de la norma undécima de la circular 4/91) en cuanto a las cuotas pendientes de vencimiento de contratos de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles, parece ilógico que en el apartado tercero permita tal posibilidad en cuanto a la provisión de insolvencias que hemos llamado general (regulado en el apartado cuarto de la norma undécima de la circular 4/91 al que se remite el apartado quinto).

A ello habría que añadir que si el precepto dijera lo que dice el recurrente es decir que las cuotas vencidas no cobradas de las operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles pueden considerarse, en todo caso como de difícil realización y por lo tanto deducibles el mismo sería innecesario ya que como acertadamente señala la Inspección la orden ministerial no tenía necesidad de convalidar en el tercer apartado una provisión que ya estaba convalidada con carácter general en el primer apartado ya que en el concepto de "difícil realización" contenido en la orden ministerial (3 años desde el vencimiento de la primera cuota impagada) es el mismo que el contenido en la norma contable que sólo permite provisionar contablemente a partir del tercer año del impago en caso de que el arrendamiento financiero tenga por objeto viviendas, oficinas y fincas rústicas (apartado 4 a 2) de la circular 4/91 en su redacción dada por la circular 7/91 de 13 de noviembre).

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa, como bien se señala en la sentencia recurrida, se centra en determinar si, conforme al apartado Tercero, 2 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de julio de 1992, es o no deducible de la base del impuesto sobre sociedades las dotaciones a la provisión por insolvencias realizadas por una sociedad de arrendamiento financiero respecto de las cuotas no vencidas de contratos de leasing en el caso de que la sociedad decida no rescindir el contrato para recuperar el bien cedido.

Este tema fue tratado con sentido contrario a la deducibilidad por la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2005, si bien refiriéndose a liquidaciones relativas a un momento anterior al de la entrada en vigor de la Orden de 13 de julio de 1992, que es la que ahora suscita la polémica. En dicha sentencia se razonó que:

"El recurso de casación planteado en los términos expuestos se centra en la primera de las cuestiones resueltas en la sentencia de instancia, esto es, si, en el ejercicio de 1991 a que se refieren las actuaciones, resultaba procedente, a efectos de la deducción fiscal en el IS, la dotación

al fondo de provisión por insolvencias de las cuotas no vencidas en contrato de arrendamiento financiero cuando no han sido satisfechas las cuotas vencidas.

Y el criterio mantenido a este respecto por la Sala de la Audiencia Nacional resulta plenamente conforme al ordenamiento jurídico por lo que debe mantenerse y rechazarse la argumentación contraria de la recurrente que es sustancialmente reiteración de la ya mantenida en su demanda.

En efecto, había partirse de lo establecido en el artículo 82 del RIS/1982, relativo a los "saldos de dudoso cobro" y que, en su apartado 7, establecía que "no obstante lo dispuesto en los números anteriores, las Entidades financieras inscritas en los correspondientes registros especiales podrán realizar dotaciones a la cuenta de provisión para insolvencias con el alcance y limitaciones que se establezcan por el Ministerio de Hacienda"; referencia que, como advierte el Tribunal de instancia, había de entenderse hecha al Banco de España, de acuerdo con la Ley 26/1988 que consideraba a las sociedades de arrendamiento financiero como entidades de crédito sometidas al control de dicho Banco.

Por consiguiente, era preciso acudir para determinar la provisión por insolvencias a constituir por las referidas entidades de crédito a las Circulares del Banco de España, y, en concreto, a la 22/1987, de 29 de junio, en la redacción dada por la Circular 18/1989, de 13 de diciembre, reguladora, *ratione temporis*, del régimen de dotación aplicable.

La norma novena de la Circular 22/1987 distinguía tres situaciones diferentes en las que podían incurrir los saldos activos de las entidades financieras que presentaban incidencias en relación con su posibilidad de cobro: créditos de "muy dudoso cobro", créditos de "dudoso cobro" y activos "morosos". Y en la Norma 39 se establecía el régimen de las dotaciones a los fondos de insolvencia referidas a éstos dos últimos conceptos.

Es la redacción de la mencionada Circular 18/1989 la que añade un párrafo al apartado 6 de la Norma 39 que se expresa en los siguientes términos:

"Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a los créditos por bienes cedidos en arrendamiento financiero. No obstante, si el bien a recuperar tuviese un valor real inferior al valor en libros, se procederá a constituir un fondo de provisión, a incluir en otros fondos especiales específicos, por el importe estimado en la reducción de valor; provisionalmente, en tanto se determina dicho valor real con las peritaciones o valoraciones que procedan, se efectuará una provisión del 10 por 100 del

valor en los libros sobre bienes inmuebles (excepción hecha de los destinados a viviendas, oficinas o locales comerciales polivalentes) y del 25 por 100 sobre instalaciones y los bienes muebles".

(...) Es la determinación del alcance de la referida provisión la que constituye el eje de la discrepancia, propugnándose una interpretación acorde con su formulación textual frente a otra correctora o integradora sobre la base de criterios hermenéuticos admitidos por el artículo 3 del Código Civil.

Sin embargo, la decisión de la sentencia de instancia no está basada exclusivamente en una lectura textual de la Norma, sino que, como advierte la propia parte recurrente, atiende al significado y naturaleza del contrato de arrendamiento financiero, y excluye tanto la aplicación retroactiva como a efectos de interpretación de la regulación prevista en la posterior Circular del Banco de España 4/1991.

En el referido contrato, como señala la sentencia impugnada, la propiedad del bien arrendado se mantiene en la empresa de "leasing" (arrendadora) hasta el mismo momento en que el arrendatario ejerce la opción de compra, y los pagos periódicos tienen un componente mixto por el uso del bien y el pago de parte del precio aplazado (salvo el valor residual que se satisface al ejercer la opción de compra por el arrendatario).

Así la interpretación adecuada era que la Circular había optado por no admitir la dotación específica a la provisión por insolvencias en el caso de bienes cedidos en arrendamiento financiero atendiendo a que en estos casos el acreedor gozaba de una garantía real. Y en esta misma línea se explicaba la provisión del propio párrafo relativa a un "fondo especial específico".

La Sala de instancia también excluye, adecuadamente, una posible incidencia de la Circular 4/1991.

Se plantea si pese a que la Circular 22/1987, con la modificación introducida por la Circular 18/1989, no contenía regulación referida a los supuestos en que la sociedad arrendadora no decide rescindir el contrato, debía, sin embargo, entenderse aplicable el régimen general, como luego recogió expresamente la mencionada Circular 4/1991.

Aplicación que niega por las dos siguientes razones que se comparten: tanto por la inexistencia de efectos retroactivos como porque en la Circular aplicable no estaba prevista la hipótesis de que la sociedad de leasing no decidiera rescindir el contrato, por lo que ni siquiera a efectos de una integración interpretativa podía acudir a la posterior Circular 4/1991.

Frente a la argumentación específica del motivo de casación, la Sentencia de la Audiencia, al referirse a la garantía que en el contrato de leasing representa el objeto no ignora la depreciación de éste por el uso, sino que contempla a tal efecto la provisión específica introducida por la Circular 18/1989 a través del párrafo que añade al apartado 6 de la Norma 39 de la Circular 22/1987.

Y bien es cierto que el arrendador que, ante el incumplimiento, no decida rescindir el contrato adopta una opción y manera de proceder legalmente posible.

Pero para considerar procedente, con efectos fiscales en el IS, que se dotase una provisión por insolvencias fundadas en tal decisión, era necesario una provisión expresa que no estaba reconocida antes de la Circular 4/1991, ya que en la anterior Circular, aplicable a los autos, de una parte se contenía una regulación específica para la provisión por insolvencia para los contratos de leasing que no contemplaba tal eventualidad, y, por otra se expresaba literalmente que no resultaba de aplicación a dichos contratos el régimen general.

En definitiva debe mantenerse la conclusión a la que llega la sentencia de instancia, frente a las que se reiteran en el motivo de casación analizado, entendiéndose que bajo la vigencia de la Circular 22/1987 no podía entenderse que existieran dotaciones obligatorias sometidas al régimen general en la provisión por insolvencias para créditos no vencidos en el contrato de arrendamiento financiero en los casos en que la sociedad arrendadora decidiese no resolver dicho contrato".

Pues bien, aunque, como se dice en dicha sentencia, la Circular 4/1991 establece una dotación a una provisión por insolvencias fundada en la decisión del arrendador financiero de no rescindir el contrato, referida a las cuotas no vencidas, dotación que para este concreto caso de renuncia a la rescisión, no existía en la anterior Circular 22/1987 y su modificación por la de 18/1989, lo cierto es que ha sido la Orden de 13 de julio de 1992 la que ha venido a desarrollar lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 82 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en relación con los gastos deducibles derivados de "las dotaciones a las provisiones" del artículo 100.1.g). Se expresa en su apartado Tercero.2, que

"No tendrán la consideración de partidas deducibles las dotaciones a la provisión por insolvencias que correspondan a:

a) Operaciones cubiertas con garantía real, excepto que fuese insuficiente o de difícil realización.

Se entenderá que son de difícil realización las garantías relativas a

bienes que no se hallen destinados a vivienda, tanto principal como secundaria, oficinas y usos polivalentes, así como las fincas rústicas, excepto que hayan transcurrido más de tres años desde el vencimiento de la primera cuota o plazo impagado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará, en cuanto procediere, a los contratos de arrendamiento financiero, respecto de las cuotas vencidas no cobradas hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos”.

Lo que se ha hecho en esta disposición es equiparar los arrendamientos financieros a las operaciones cubiertas con garantía real, en toda su amplitud, de tal forma que los contratos de leasing, en tanto en cuanto se refieran a bienes suficientes y de fácil realización, no generan créditos deducibles, aunque se doten a la provisión por insolvencias.

La duda surge, respecto de las cuotas no vencidas de los contratos de leasing, cuando el arrendador decida no rescindir el contrato, supuesto éste que, aunque la provisión por insolvencia debe hacerse efectiva en virtud de lo dispuesto en la Circular 4/91 (norma undécima, apartado 5, párrafo tercero), nada se dice en la Orden mencionada sobre su consideración o no como gastos deducibles.

La solución debe obtenerse del sentido literal del propio precepto Tercero.2 de la Orden Ministerial, así como de las consideraciones lógico-jurídicas que caben extraer del mismo.

En su sentido literal, frente a lo que concluye la Sala de instancia, debe llegarse a solución contraria, pues cuando la norma está excluyendo de la deducibilidad con carácter general a “operaciones cubiertas con garantía real”, salvo excepciones que cita, la mención posterior a los arrendamientos financieros es la de la no deducibilidad de los que en el último párrafo se mencionan, sólo de aquellas “cuotas vencidas no cobradas hasta el momento de recuperar materialmente la posesión o el uso de los bienes cedidos”.

Es decir, sólo respecto de esas cuotas y durante ese tiempo opera la deducibilidad. Respecto de las restantes cuotas y en relación con supuestos de leasing en que no se ejercite la acción de rescisión del contrato con la recuperación del bien debe regir el régimen general.

Este régimen general no puede ser otro que el de la consideración como gastos deducibles de las dotaciones a las provisiones prevista en el artículo 100. 1. g) del Reglamento del Impuesto, pues entender lo contrario sería tanto como que una Orden Ministerial pudiese restringir el alcance

de un Real Decreto, lo que choca frontalmente con el principio de jerarquía normativa.

Esta conclusión es, por otra parte, lógica, pues si las operaciones no deducibles lo son en función de la existencia de una garantía real suficiente y de fácil realización, este supuesto no se da en el caso de los créditos no vencidos de los contratos de leasing en los que el arrendador no va a recuperar el bien, respecto de los cuales su calificación como de dudoso cobro justifica la necesidad de dotar el fondo de provisión por insolvencias.

Procede, en consecuencia estimar la casación, y el recurso contencioso-administrativo, anulando el acto recurrido por ser contrario a Derecho, en cuanto a la consideración como no deducibles de los créditos no vencidos en los arrendamientos financieros en la cuantía de la dotación a la provisión por insolvencias.

TERCERO.- En consecuencia, procede estimar el recurso contencioso-administrativo, anular la resolución recurrida por contraria a Derecho, sin que se aprecien circunstancias especiales para una imposición de costas en la instancia, debiendo satisfacer cada parte las causadas en el recurso de casación.

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. 3795/2004, interpuesto por la CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 24 de febrero de 2004, y debemos ESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. 586/2002, declarando la nulidad por su desconformidad a Derecho del acto impugnado; sin expresa condena en las costas de esta casación, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de la instancia.

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 Rafael Fernandez Montalvo Manuel Vicente Garzon Herrero Manuel Martin Timon Joaquin Huelin Martinez de Velasco Oscar Gonzalez Gonzalez Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Oscar Gonzalez Gonzalez, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

2010/4786

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 20 enero 2010. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

Principio de proporcionalidad del poder público Nulidad de la convocatoria de concurso para la concesión del servicio de radiodifusión sonora de Castilla la Mancha

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró la nulidad de la convocatoria del concurso para la concesión del servicio de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia de carácter comercial en Castilla-La Mancha, y del acuerdo que autorizó la iniciación del procedimiento de dicho concurso y aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares. La Sala establece que la injerencia por vía de los procedimientos y cláusulas de autorización del derecho a crear medios de comunicación, y el principio de proporcionalidad con que ha de actuar el poder público cuando a través de las normas y de la aplicación de éstas se inmiscuye en el ejercicio de ese derecho, debe justificarse de manera convincente y razonable y ha de ser proporcionada a las necesidades, valores y fines que la legitiman.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, recurso de casación contra sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 1 de diciembre de 2005, sobre concurso para la adjudicación de emisoras de radiodifusión.

La razón jurídica por la que aquella Sala llega al pronunciamiento es, en suma, que el baremo aprobado para decidir el concurso, reflejado en el apartado 8 de aquel Pliego: (...) “revela la voluntad inequívoca de primar como aspecto esencial a la hora de realizar la concesión justamente uno que, precisamente, trata de determinar el contenido de la información a ofrecer por los titulares de la emisora”; (...) “favorece de forma incompatible con el artículo 20 de la Constitución y con el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la inmisión del poder

público en el contenido de los programas e información a emitir”; (...) “hace que se prime, con mucho, como el mayor factor de valoración, incluso frente a la misma viabilidad del proyecto, uno que incide directamente sobre el contenido de la información”.

SEGUNDO.- Frente a esa sentencia formula la representación procesal de la Administración de aquella Comunidad Autónoma un único motivo de casación, en el que denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 20.1 de la Constitución.

En su desarrollo argumental destaca, en primer lugar y con cita de la sentencia de 21 de septiembre de 2000, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretativa del artículo 10 del Convenio permite que el poder público adjudicador tenga en cuenta, a la hora de otorgar las concesiones de emisoras de radio y televisión, consideraciones de índole no estrictamente técnica.

Añade acto seguido que, por tanto, nada impide que el Pliego de cláusulas administrativas “contemple y valore factores no técnicos y que en este caso el poder público considere preponderantes los mismos, tomando en especial consideración, sin desdeñar lógicamente los factores técnicos y económicos de cada oferta, aquellos proyectos dispuestos a contribuir a la vertebración territorial de Castilla-La Mancha a través de la oferta informativa y a fomentar los valores históricos y sociales de la Comunidad Autónoma y, singularmente, los de ámbito de cobertura de la emisora”. Y concluye: “el que la Administración regional valore como lo hace dichos factores remite, por decirlo de alguna forma, a la naturaleza de la información, en modo alguno al contenido de la misma.

Dicho de otra manera: el que se tomen en consideración de manera preponderante dichos factores no quiere decir en modo alguno que el poder público se inmiscuya en el concreto contenido de la programación, en la orientación de las opiniones vertidas en la misma o en la política informativa de la emisora. Tratándose de emisoras de frecuencia modulada, es una opción legítima del poder público regional el primar como lo hace a aquellos proyectos que contengan una oferta informativa que contribuya a vertebrar territorialmente Castilla-La Mancha, lo que se consigue, por ejemplo, mediante programas informativos en los que se dé especial relevancia a las noticias producidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Ello no implica que la Administración regional interfiera en el derecho del titular de la emisora ‘a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones’, consagrado en el artículo 20.1 de la Constitu-

ción, único motivo por el que, a nuestro juicio, podría haber sido estimado el recurso”.

TERCERO.- Para un adecuado análisis del presente recurso de casación, debemos partir del hecho de que con fecha de 22 de abril de 2008, esta Sala y Sección ha dictado sentencia en el recurso de casación número 414/2006 en el que se impugnaba una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que planteaba la impugnación de los mismos actos administrativos combatidos en la que se recurre en este recurso de casación, si bien por empresas distintas, y a ambos recursos dio la Sala de Instancia la misma respuesta parcialmente estimatoria; finalmente, el motivo casacional único esgrimido en el recurso de casación formulado contra aquella sentencia y el contenido en el escrito impugnatorio dirigido contra la que aquí se recurre es exactamente el mismo, por lo que por razones de igualdad y unidad de doctrina, reiteramos los razonamientos jurídicos que formulamos en nuestra sentencia de 22 de abril de 2008, que son los siguientes:

“No es necesario para el análisis acabado de ese motivo de casación que demos cuenta de la teórica distinción entre las libertades de expresión y de información a que conduce su reflejo en letras separadas, a) y d), del número 1 de aquel artículo 20 de la Constitución; o que cobijemos en la segunda el caso que enjuicamos e indagamos después sobre su específico tratamiento constitucional; o que insistamos en la singular trascendencia que esas libertades tienen en un sistema democrático; o en la que tiene para él la noción y existencia real de un pluralismo informativo; o que detallemos cuál ha sido la evolución que sobre el derecho y los límites a la creación de medios de comunicación social han experimentado tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Pero sí es necesario destacar la amplitud con que hoy ha de reconocerse el derecho a crear tales medios de comunicación; la interpretación y aplicación restrictiva que deben merecer los límites que se le opongan; y el principio de proporcionalidad con que ha de actuar el poder público cuando a través de las normas y de la aplicación de éstas se inmiscuye en el ejercicio de ese derecho.

Así, su injerencia por vía de los procedimientos y cláusulas de autorización debe justificarse de manera convincente y razonable y ha de ser proporcionada a las necesidades, valores y fines que la legitiman. En este sentido, no es ociosa la cita, que además es expresiva de aquella evolución, de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de mayo de 1990 (Autronic AG), 24 de noviembre de 1993 (Informa-

tionsverein Lentia y otros) o 20 de octubre de 1997 (Radio ABC), entre otras, o de las del Tribunal Constitucional 206/1990, de 17 de diciembre, y 127/1994, de 5 de mayo, por ejemplo. CUARTO.- A partir de ahí, aquel único motivo de casación debe ser desestimado dados los términos en que se formula.

La Sala de instancia no niega que los criterios de valoración a aplicar para decidir sobre aquel concurso público puedan incorporar factores que no sean de carácter técnico; ni niega en concreto la licitud de la toma en consideración de aquel primer criterio de los expresados en el artículo 13 del citado Decreto 59/1998, de 9 de junio. Lo que afirma es que su toma en consideración se ha traducido en el caso enjuiciado en un baremo que posibilita su valoración desproporcionada con respecto a los demás criterios; hasta el punto de convertirlo en el quicio de la adjudicación; en el factor esencial. Y lo que afirma es que con ello, con la toma en consideración tan desproporcionada de ese primer criterio, se abre la posibilidad de afectar, de incidir sobre el contenido de los programas y de la información a emitir.

El motivo de casación combate esto último, pero no lo primero. Nada dice en contra de los pasajes de la sentencia recurrida en los que aquella Sala concreta la desproporción que aprecia entre la puntuación susceptible de ser atribuida a ese primer criterio y a los restantes.

Ni nada dice, tampoco, en contra de su conclusión de que ese primer criterio se ha convertido así en el quicio de la adjudicación; en el factor esencial. Al contrario, los términos en que se expresa el motivo de casación, transcritos en lo pertinente en el segundo de los fundamentos de derecho de esta sentencia, parecen dar por buenos esos pasajes y esa conclusión al hablar, como allí se hace, de factor preponderante, objeto de especial consideración.

Pues bien, abordando a partir de ahí lo que constituye el núcleo del motivo, el pronunciamiento jurisdiccional no debe ser otro que el que alcanzó la Sala de instancia. Un criterio de valoración como aquel primero, en el que se prima el fomento de determinados valores y el de la vertebración territorial “a través de la oferta informativa”, si se puntúa con un abanico tan amplio como el que va desde 0 a 16 puntos, que además no guarda proporción y sí lo contrario en su comparación con el abanico de puntuación previsto para los restantes, y que se convierte por todo ello y finalmente en el quicio de la adjudicación, en el factor esencial, tiene como lógicas consecuencias, no ya o no sólo la de impulsar a quienes participan en el concurso a una oferta informativa que pueda situarles en posición de ventaja frente a los demás precisamente por la naturaleza y caracterís-

ticas de los programas, momento, duración y frecuencia de su emisión, e información que proporcionen, sino, sobre todo, la de abrir la posibilidad de que el poder público adjudicatario, tan ampliamente apoderado, seleccione sólo o casi sólo, o de modo prioritario, por razón de la naturaleza de los programas y del contenido de la información que de ellos sea de esperar. El pluralismo informativo, valor esencial en un Estado democrático, no permite una injerencia del poder público en la que la razón de su decisión en los procedimientos de adjudicación de medios de comunicación social pueda llegar a ser sólo o casi sólo una como esa. Ese pluralismo exige neutralidad en ese poder público; y tal exigencia se pone en riesgo cuando le es dada a éste una posibilidad como aquella, dotada además y por último de un amplio margen de apreciación, de discrecionalidad”.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien, en uso de la facultad que confiere el número 3 de ese mismo precepto y dado el contenido del escrito de oposición y teniendo en consideración que la parte actora ya conoció los fundamentos de nuestra sentencia de 22 de abril de 2008, el importe de tales costas por el concepto de honorarios del Letrado defensor de la parte recurrida no podrá exceder de 3000 euros.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

FALLO

No ha lugar al recurso de casación número 420/2006 que la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha interpone contra la sentencia que con fecha 1 de diciembre de 2005 dictó la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el recurso número 140 de 1999. Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación, con el límite fijado en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

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 lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.



2010/9811

TS Sala 4ª, Sentencia 18 enero 2010. Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

Es el único empresario infractor

Exclusiva responsabilidad de contratista en abono de recargo por falta de medidas de seguridad

Recurren en casación para la unificación de doctrina las dos empresas condenadas solidariamente al abono del recargo por falta de medidas de seguridad en el accidente sufrido por el trabajador.

Desestima el TS el de la contratista, por falta de contenido casacional, y admite el de la empresa principal pues entiende que la obligación específica de ésta de vigilar el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista en materia de seguridad en el trabajo, sólo se le impone cuando se trate de obras o servicios correspondientes a su propia actividad y, en general, cuando las labores del contratista se realicen en su centro de trabajo, y ni lo uno ni lo otro concurren en el caso de autos. En efecto, el objeto de la empresa contratista es la construcción y el montaje de estructuras metálicas y, el de la principal, la fabricación de vidrio plano laminar y securit, y, consis-

tiendo el contenido de la contrata en la demolición de una nave propiedad de esta segunda empresa, es claro que es una labor que no correspondía con su "propia actividad".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. De conformidad con el relato de hechos probados, modificado por la sentencia de duplicación y transcrito literalmente en los antecedentes de esta resolución, el trabajador Sr. Luis Enrique prestaba servicios como peón para la empresa Consmetal S. L. desde el 1 de septiembre de 1998 y sufrió el accidente a que se hará posterior referencia el día 16 del mismo mes y año. La dicha empresa, para la que prestaba servicios, realizaba las tareas de demolición de una nave de la que era titular Cristalería Española (en la actualidad denominada Saint Gobain Cristalera S. A.).

El objeto social de la empresa contratista es la construcción y montaje de estructuras metálicas. El objeto de Cristalería Española era la fabricación de vidrio plano laminar y securit. El accidente ocurrió cuando se procedía a la demolición desmontando vigas de hierro de 4 metros de altura 14 centímetros de ancho y 200 kilogramos de peso. Para ello se utilizaba un "maquinillo" que fue defectuosamente instalado, defecto que fue determinante de su desplazamiento de forma incontrolada al no estar debidamente ancladas las patas y colas a puntos sólidos. Al caer la pluma el trabajador intentó sujetarla sin éxito. El aparato elevador (maquinillo) no era el adecuado para el descenso de los pilares dada su altura. La zona no estaba acotada y el trabajador accidentado no estaba cualificado para el manejo del aparato ni se le habían impartido las necesarias instrucciones.

2. La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social número 31 de Madrid, desestimó la demanda en la que se postulaba se condenara a hacer efectivo el recargo de las prestaciones derivadas del accidente en el 50% de su importe. Razonaba esta sentencia que no existió relación de causalidad entre las medidas de seguridad omitidas y el acaecimiento del accidente.

3. El trabajador demandante interpuso recurso de duplicación, que fue estimado por la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2007. Esta sentencia, modificó el relato de los hechos probados que quedaron redactados en la forma más arriba expuesta y acabó declarando el derecho del actor a percibir el recargo del 50% del importe de las prestaciones derivadas del accidente de trabajo, por incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo y condenó a las empresas Consmetal S.L. y

Cristalería Española S.A., denominada actualmente esta última Saint Gobain Cristalera S.A., solidariamente a pagar al demandante el dicho recargo de las prestaciones económicas derivadas del accidente, absolviendo libremente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y a la Mutua Fremap de las prestaciones frente a ellos deducidas en los presentes autos.

4. Frente a esta última sentencia han formalizado sendos recursos de casación para la unificación de doctrina las dos empresas condenadas: Consmetal S.L. y Saint Gobain Cristalera S.A. la primera pretendiendo la inexistencia de razón alguna para el recargo que le ha sido impuesto y, la segunda, para que se le exima de la participación en el pronunciamiento condenatorio. A continuación serán examinados por separado ambos recursos.

SEGUNDO.- El recurso que formula Consmetal S.L., para obtener su exención de responsabilidad, alega la errónea interpretación del valor probatorio de las actas de la Inspección y consiguiente vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española. En definitiva pretende dejar sin efecto la modificación que del relato de hechos probados realizó la sentencia recurrida.

Esta pretensión de modificar el relato histórico, consagrado en la sentencia recurrida, excede del ámbito o finalidad de este recurso extraordinario, lo que determina la falta de contenido casacional de la pretensión de acuerdo con la doctrina reiterada de esta Sala, según la cual no resulta posible, en este excepcional recurso, revisar los hechos probados de la sentencia recurrida, ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba (sentencias, entre otras, de 14 de marzo de 2001, R. 2623/2000; 7 de mayo de 2001, R. 3962/1999; 29 de junio de 2001, R. 1886/2000; 2 de octubre de 2001, R. 2592/2000; 6 de marzo de 2002, R. 2940/2001; 17 de abril de 2002, R. 2890/2001; 30 de septiembre de 2002, R. 3828/2001; 18 de febrero de 2003, R. 597/2002; 27 de enero de 2005, R. 939/2004; y 28 de febrero de 2005, R. 1591/2004), pues "es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta (sentencias de 9 de febrero de 1993, R. 1496/1992; 19 de abril de 2004, R. 4053/2002; 7 de mayo de 2004, R. 4337/2002; 3 de junio de 2004, R. 2106/2003; y auto de 17 de enero de 1997, R. 1771/1996).

Concurría así una causa de inadmisión de este recurso que, en el actual momento procesal, determina, de conformidad con el dictamen del

Ministerio Fiscal, su desestimación, con imposición de las costas causadas a la recurrente.

TERCERO.- Saint Gobain Cristalera S.A. combate la condena solidaria que le ha sido impuesta sin que la sentencia recurrida, razone la causa de tal pronunciamiento. Invoca, como sentencia que cumpla el supuesto procesal de la contradicción, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 19 de mayo de 2005.

Esta sentencia resuelve un supuesto cuyos datos de hecho son sustancialmente iguales a los de la que hoy nos ocupa. El Juzgado de instancia de lo Social Número 1 de Badajoz, había dictado sentencia desestimatoria de la demanda por declarar que no habían concurrido en el accidente infracción de medidas de seguridad. Recurrió el trabajador demandante y la Sala, estimando el recurso, declaró la existencia de los defectos en las medidas de seguridad que fueron determinantes de la condena de la empresa contratista, a cuya plantilla pertenecía el demandante.

Mas absolvió a la empresa principal, declarando que el recargo de prestaciones recae directamente sobre el empresario infractor, excluyendo la responsabilidad de la empresa principal, porque no consta circunstancia alguna que permita deducir su responsabilidad. Se cumplen así las exigencias del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, para la admisión a trámite del recurso, por lo que, cumplidos los restantes requisitos legales, procede que nos pronunciemos sobre la doctrina unificada.

CUARTO.- Denuncia la recurrente la infracción del art. 123.1 y 2 de la Ley General de la Seguridad Social, art. 24.2 y 3 de la Ley 11/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000 que aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Infracción y Sanciones en el Orden Laboral.

El art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social, tras establecer en su párrafo 1 el incremento de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo cuando "no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador", limita el campo del efecto del recargo, en el párrafo 2, al "empresario infractor".

La aplicación de estos principios a los supuestos de descentralización productiva, se halla en el art. 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el art. 42.2 del Texto refundido de la Ley de Faltas y Sanciones en el orden Laboral,

preceptos que establecen la responsabilidad solidaria con los contratistas y subcontratistas del empresario principal, por el cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, cuando tratándose de obras y servicios de su propia actividad, "la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal".

Con arreglo a los principios legales más arriba expuestos el empresario principal, en los supuestos de subcontratación se le impone una obligación específica de vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones del contratista en materia de seguridad en el trabajo, cuando se trate de obras o servicios correspondientes a su propia actividad y, en general cuando las labores del contratista se realicen en su centro de trabajo.

En el caso de la empresa recurrente, no cabe duda que, siendo los objetos de ambas sociedades los más arriba expuestos, y el contenido de la contrata la demolición de una nave, las obras que realizaba el contratista no correspondían a la "propia actividad" de Saint Gobain, según la delimitación que de este término han realizado las sentencias de esta Sala de 24 de noviembre 1998 (rec. 517/1998), 10 de julio de 2000 (rec. 923/1999), o 27 de octubre de 2000 (rec. 693/1999) y que supone que "propia actividad" del empresario principal, la integran todas aquellas tareas que son inherentes a su proceso productivo, y no cabe duda que, en el supuesto que hoy resolvemos, la demolición de un edificio (supuesto de la contrata) no es actividad inherente a fabricante de vidrio plano laminar y securit.

Resta por decidir si la infracción del uso inadecuado del "maquinillo" se produjo en centro de trabajo cuya vigilancia incumbía a la recurrente.

La sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1992 (rec. 1178/1991), descartó la aplicación del concepto de centro de trabajo establecida en el art. 1.5 del Estatuto de los Trabajadores como unidad productiva con organización específica que se haya dado de alta como tal ante la autoridad laboral.

Se trataba de instalaciones propias de la empresa principal que estaba obligada a su conservación y buen estado a fin de evitar cualesquiera daños o accidentes que los deterioros o desperfectos de las mismas pudieran ocasionar (...) equiparando estas instalaciones (poste de tendido eléctrico) a la idea de centro de trabajo. Se optaba así por considerar centro de trabajo a cualesquiera instalaciones en las que el empresario viniera obligado a extremar sus deberes de vigilancia.

No puede entenderse que sea este el supuesto de autos. La recurrente era titular de la nave cuya demolición se había acordado, pero precisamente porque se procedía al desmontaje, la empresa principal no realizaba en aquel lugar actividad alguna, cediendo lógicamente sus obligaciones de vigilancia de las labores encomendadas al contratista.

De lo expuesto se desprende que, ni los trabajos encomendados por Saint Gobain al contratista infractor eran de su propia actividad, ni las obras de demolición de la nave en que se produjo el accidente, se realizaban en centro de trabajo que, en dicho momento, formaran parte de las instalaciones de la empresa principal.

La determinación del mecanismo adecuado para el desmonte de las vigas es tarea que incumbía al contratista y no al empresario principal.

Procede por lo expuesto la estimación de este recurso, casar y anular la sentencia recurrida en cuanto se refiere a la condena de esta empresa, a la que, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimaremos en cuanto a ella el recurso de suplicación interpuesto por el recurrente y absolveremos a Saint Gobain de las pretensiones deducidas en su contra en los presentes autos.

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 la empresa Consmetal S.L. a la que condenamos al pago de las costas causadas por su recurso y, estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Saint Gobain Cristalería S.A., frente a la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2007, casamos y anulamos dicha sentencia en cuanto condena solidariamente a la dicha empresa recurrente, manteniendo los restantes pronunciamientos de la recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por el demandante Sr. Luis Enrique frente a la sentencia del Juzgado de lo Social Número 31 de Madrid de 8 de marzo de 2006 en autos 600/2005, en lo referente a la Saint Gobain Cristalería S.A.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Luis Ramón Martínez Garrido.

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

2009/332722

TS Sala 4ª, Sentencia 11 diciembre 2009. Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Ineficacia de retractación empresarial sobre decisión de despido

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandante contra sentencia que declaró la improcedencia del despido.

Entiende la Sala que la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo, de forma que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes. Sin embargo, añade el Alto Tribunal, en el caso de autos no existe ese consentimiento, de forma que no puede aceptarse que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, prevista en el art.1256 CC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante recibió el 28 de febrero de 2008 una carta de despido con la imputación de bajo rendimiento con efectos del 1 de marzo de 2008, seguida de un burofax el 3 de marzo de 2008 también fechado el 28 de febrero dejando sin efecto la anterior en el que le comunica la readmisión y el deber de reincorporarse el 3 de marzo de 2008. El 14 de marzo de 2008 se solicita a la actora que justifique su no reincorporación y ausencias al trabajo entre el día 3 y el 14 de marzo. El 25 de marzo de 2008 la actora contestó que su falta de reincorporación se debía a su despido, fechado el día primero

de marzo de 2008. La empresa cursó la baja de la demandante en la Seguridad Social el 4 de abril de 2008. El 7 de marzo de 2008 se presentó la papeleta de conciliación. El Juzgado de lo Social desestimó la excepción de falta de acción y también la demanda por despido.

En suplicación se estimó el recurso de la trabajadora y con él la demanda, declarando la improcedencia del despido. Razona la Sala su decisión señalando que la ruptura del vínculo se produjo por voluntad de la empresa y sin que su retractación se viera acompañada del consentimiento de la trabajadora, por lo que la empresa no puede, por sí sola, restablecer el vínculo.

Recorre la demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 6 de marzo de 2006 por el Tribunal superior de Justicia de Cataluña.

En la sentencia de comparación se resuelve también acerca de un despido seguido de la retractación empresarial, en el que la primera comunicación se emite el 12 de abril de 2005, la segunda dejando sin efecto la anterior el día 14 de abril, fijando como fecha de la reincorporación el día 15 de abril. El 19 de abril la trabajadora comunica su negativa. El 2 de mayo la empresa le requiere para que comunique si su intención es la de continuar la relación laboral o justificando sus faltas de asistencia o si ha decidido causar baja voluntaria. El 12 de mayo le envían nueva comunicación dándole otro plazo de veinticuatro horas para que justifique sus ausencias. El 18 de mayo la demandante comunica su voluntad de no reincorporación, afirmando que está en Incapacidad Temporal. La papeleta de conciliación se presentó el 20 de abril de 2005.

El Juzgado de lo Social declaró la nulidad del despido. La sentencia de suplicación aportada de contraste estimó el recurso de la demandada declarando la falta de acción de la trabajadora. La Sala ha basado su decisión en que, producida la retractación de la empresa, la negativa del empleado a reincorporarse contraría la buena fe y se traduce en el ejercicio abusivo de un derecho persiguiendo una finalidad ilegítima, obtener una readmisión ofrecida por la empresa cinco días antes del ejercicio de la acción por despido nulo, el abono de una indemnización por daños y perjuicios y, en todo caso, el pago de salarios de tramitación. Añade que no cabe pretender en vía judicial la reanudación de un vínculo que previamente se ha rechazado bien por abandono voluntario, bien por negativa infundada a la reincorporación.

Concurre entre ambas resoluciones la necesaria contradicción, en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, en

virtud de la igualdad sustancial de los hechos, fundamentos y pretensiones, con el resultado divergente de la resolución judicial.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción "de la solución adoptada mayoritariamente en casos como el que nos ocupa" (sic). Añade que "asimismo la jurisprudencia viene entendiendo que en estos supuestos en los que la acción judicial es ejercitada por el trabajador con carácter posterior a la readmisión, una vez que se ofrece por parte de la empresa la reincorporación al puesto de trabajo y siempre antes del inicio de acciones judiciales, la negativa de éste puede ser considerada como un abandono del puesto de trabajo, careciendo por lo tanto la acción de despido ejercitada por el trabajador de fundamento alguno.

No se contiene una sola cita jurisprudencial, sí en cambio alude al Tribunal superior de Justicia de Cataluña, de Galicia y de Madrid.

Prescindiendo de las deficiencias en la fundamentación, es lo cierto que existe doctrina unificada acerca de las consecuencias de un despido seguido de la retractación del empleador, aun cuando en los supuestos contemplados hasta la dictada por el Pleno de la Sala el 7 de octubre de 2009, se tratara de actos empresariales posteriores a la apertura de las vías de reclamación frente al despido.

No existe razón, inclusive, para que la Sala se aparte de la doctrina unificadora anterior a la sentencia de 7 de octubre de 2009, por cuanto lo relevante es la determinación del momento en que el vínculo se extingue, y qué requisitos son necesarios para que se pueda afirmar la existencia de consentimiento en el trabajador y de esa forma considerar reanudado el tracto contractual.

Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 (RCUD 5018/2006) hace referencia a la constitución de la relación procesal mediante el ejercicio de la acción por despido, tal reflexión tiene como objeto presentar con mayor contundencia hasta qué punto no existe interés en el trabajador en revivir la relación laboral, pero el eje fundamental del criterio adoptado estriba en que la sentencia afirma lo siguiente: "Por último, para que exista dimisión del trabajador (art. 49-4), tiene que existir vínculo contractual previo, circunstancia aquí no concurrente dado la extinción del contrato por voluntad empresarial", reiterando la doctrina emanada de las sentencias de 1 de julio de 1996 (Rec. 741/1996), 3 de julio de 2001 (Rec. 3933/2000) y 24 de mayo de 2004 (Rec. 1589/2003).

Por ello debe reproducirse el contenido de los restantes razonamientos que sirven de asento al principio fundamental: "... que la decisión em-

presarial de dejar sin efecto el despido producido días antes no puede tener la eficacia de establecer el vínculo laboral ya roto e inexistente y que la relación laboral que surge entre empresario y trabajador tiene por causa un contrato de naturaleza bilateral y consensual, lo que supone que su formalización exige la libre aceptación por ambas partes. A ello debe añadirse que el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción. Ello supone que la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo. Pues bien, no cabe duda de que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes (artículos 1261 y 1262 del Código Civil), lo que fue contemplado por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 1990. Pero lo que no puede aceptarse es que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 CC)."

Corroborando la anterior doctrina si bien esta vez con relación al supuesto en el que la acción impugnadora del despido comienza su ejercicio una vez producida la retractación del empleador, la sentencia del Pleno de la Sala de 7 de octubre de 2009 (RCUD 2694/2008) sienta el siguiente criterio:

"Cuarto.- 1.- De todas suertes este Tribunal discrepa del planteamiento que está en la base de la decisión judicial recurrida (la retractabilidad del despido producida antes de cualquier actuación preprocesal, siquiera con determinados requisitos), y en nuestra respuesta el punto de partida ha de ser -como elemental lógica requiere- el de la ya indicada eficacia extintiva del acto de despido, conforme a la cual la comunicación de aquél comporta -sin excepciones- que el contrato de trabajo se extinga, no siendo precisa resolución judicial para que dicha finalización contractual se produzca, habida cuenta del "carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo" (en tal sentido, entre otras anteriores, STS 21/10/04 -rcud 4966/02-); de forma que el restable-

cimiento de la relación sólo tiene lugar si hay readmisión y ésta es regular, tras la correspondiente declaración judicial o por aquiescencia voluntaria del trabajador.

Así lo proclama una constante doctrina, argumentando al efecto que el despido del trabajador se configura -ya lo hemos adelantado- como causa de extinción del contrato de trabajo por "un precepto tan claro" como el art. 49.1.k) ET, "de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción" (entre las recientes, SSTs de 20/06/00 -rcud 3407/99-; 15/11/02 -rcud 1252/02-; 31/01/07 -rcud 3797/05-, dictada en Sala General; 12/02/07 -rcud 3951/05-; y 16/01/09 -rcud 88/08-. Doctrina de la que se hizo eco la STC 33/1987, de 12/marzo, FJ 3).

2.- El siguiente escalón argumental necesariamente ha de descansar en el concepto del abuso del derecho -recogido por la jurisprudencia a partir de la STS 14/01/44, de la Sala Primera- y cuyos requisitos esenciales se concretan en:

a) El uso de un derecho objetivo y externamente legal.

b) El daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica y que no hubiese podido ser evitado por el sujeto pasivo que lo sufre mediante una actuación igualmente amparada en la ley.

c) La inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercerlo "ausencia de interés legítimo") o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) (de entre las más recientes, SSTs -Sala Primera- 18/05/05; 28/01/05; 25/01/06; 24/05/07; y 21/09/07). En palabras de la STS 01/02/06 (-rec. 1820/00 -), la doctrina del abuso del derecho "se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado... una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la Ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes, daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho...; exigiendo su apreciación... una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)...; lo que se traduce en que no cabe apreciar el abuso de derecho en quien actúa dentro

de las previsiones legales, haciendo uso de los mecanismos procesales para hacer valer su derecho... (STS 12/06/05 -rec. 475/99), y cuando la sanción del efecto pernicioso está garantizada por un precepto legal (SSTs 24/05/03; y 31/05/03). Siendo, en fin, doctrina jurisprudencial -que recuerda y aplica la STS 15/02/00 -rec. 1452/95 - que el abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo, y que no se puede invocar en favor de quien es responsable de una acción antijurídica".

3.- Las precedentes indicaciones nos llevan a entender -como regla apodíctica- que la eficacia extintiva y constitutiva del despido determinan que el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retractación de la empresa emitida antes de haberse constituido la relación procesal o de haberse presentado papeleta de conciliación ante el correspondiente organismo administrativo, ni que por tal rectificación unilateral el trabajador se vea privado de su derecho a impetrar la protección jurídica de los órganos jurisdiccionales; a la par que no apreciamos -también como regla general- rasgo alguno definitorio del abuso del derecho en esa posible reclamación frente a una decisión patronal ilegítima, puesto que cuando se solicita la tutela judicial que impone el art. 24.1 CE, no es apreciable anomalía alguna en el ejercicio de la acción, una voluntad de perjudicar o posibles daños y perjuicios no legítimos.

En el bien entendido, como ya se infiere de lo antes indicado, que el hipotético abuso del derecho se limitaría -de admitirse la eficacia de la retractación en determinados supuestos excepcionales y la injustificación de que no fuese aceptada- a la pretensión de salarios de trámite; pero que por principio nunca alcanzaría al propio ejercicio de la acción por despido, que siempre está justificado por el art. 8 del Convenio 158 OIT ("El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro") y del derecho a impetrar la tutela judicial que confiere el art. 24.1 CE.

Y casi parece superfluo indicar que -en todo caso- el indebido rechazo de la readmisión ofrecida nunca podría calificarse como falta injustificada al trabajo, pues mal puede decirse que está privada de legítima causa una ausencia que es debida a ejercitar judicialmente la acción por despido (en realidad existente y como tal dotado de eficacia extintiva, siquiera llegase a adolecer de vicio justificativo de su anulabilidad); como tampoco puede considerarse integrante de dimisión del empleado, como antes hemos adelantado, puesto que -con independencia del precedente argumento- para apreciar tal fi-

gura sería preciso que "se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral" (SSTs 21/11/00 -rcud 3462/99-; 29/03/01 -rcud 2093/00-; 27/06/01 -rcud 2071/00-; 15/11/02 -rcud 1252/02-; 17/05/05 -rcud 2219/04-; y 19/10/06 -rcud 3491/05-).

4.- Sentado ello, de todas formas cabe preguntarse si, como admite la decisión recurrida y pretende el recurso, en determinados supuestos -retractación empresarial en singulares situaciones y ofrecimiento de readmisión con específicas cualidades- sería admisible la eficacia vinculante del ofrecimiento de readmisión previo al inicio del proceso. A ello trataremos de dar cumplida respuesta -negativa, como ya adelantamos- en los restantes fundamentos jurídicos.

Quinto.- 1.- Ante todo es claro que para llegar -hipotéticamente y desde una perspectiva propia del Derecho Civil- a una solución diversa a la que hemos anunciado como apodíctica, la decisión rectificadora del despido nunca podría obedecer a un criterio meramente volitivo ni atender a razones de oportunidad o estrategia jurídica alguna que pudieran perjudicar los intereses del trabajador, ni responder a un calculado asesoramiento, sino que -en un plano teórico, de estricto Derecho común- por necesidad habría de traer única causa en un vicio del consentimiento (singularmente el error excusable), en aplicación de las previsiones contenidas en los arts. 1261 y siguientes del Código Civil; tal como parece sostenerse en el propio recurso. Y que este vicio de consentimiento -añadimos- se hubiese participado al trabajador en la comunicación rectificadora y que la explicación dada por el empleador fuese de evidente razonabilidad y accesible acreditamiento.

Pero, aún aceptada la posibilidad de tal retractación a los meros efectos dialécticos (seguimos en el terreno del Derecho Civil, que no Laboral), para alcanzar tal solución ni siquiera bastaría con el vicio del consentimiento, sino que sería preciso -además- que las circunstancias evidenciasen la seriedad y regularidad de la reincorporación que se oferta, con restauración en su integridad del vínculo de trabajo previamente extinguido por la decisión viciada (mismo puesto de trabajo, salarios no satisfechos, alta en la Seguridad Social y cómputo -a todos los efectos- del tiempo durante el cual la relación ha permanecido extinguida); y siempre -en definitiva- que se ofreciese aquello que pudiera obtenerse por el trabajador en vía ju-

dicial, incluido el reconocimiento de que la medida extintiva adoptada no era adecuada a Derecho; esto último, porque no cabe discutir la existencia de legítimo interés en que conste una declaración sobre tal extremo (esa constancia puede tener indudable trascendencia jurídica), y porque tampoco cabe negar al trabajador despedido el máximo -legalmente posible- de su protección jurídica, en la que por fuerza ha de incluirse la declaración de "improcedencia", ya que no se trata -como acabamos de decir- de un dato jurídicamente neutro.

2.- Ello sería así porque -cumplidos con rigor todos los requisitos indicados, conducentes a una "restitución in integrum"-, pudiera pensarse que el principio de buena fe (art. 1258 CC) impone que cuando está plenamente justificada la rectificación empresarial (por trascendente vicio de consentimiento en la decisión inicial), cuando la causa de la misma se ha explicitado cumplidamente al trabajador y por virtud de la misma se ofrece extrajudicialmente todo aquello que procedería por ministerio de la ley, en términos que excluyan que al operario despedido pueda alcanzarle algún posible perjuicio por el hecho de aceptar la oferta consecuente con la retractación, en estos excepcionales casos resultaría obligada -aparentemente- la aceptación del ofrecimiento, pues de lo contrario parece que se incurriría -desde la estricta perspectiva del Derecho Civil, insistimos- en la figura del abuso de derecho (art. 7 CC), consistente en devengar salarios sin la correspondiente prestación de servicio, que a la par se ofrece por el empleador; y también -como señalábamos más arriba- para no incurrir en la "falta de causa para litigar", por ausencia de objeto y de acción.

3.- De otra parte, en el mismo plano de hipótesis dialéctica, respecto del posible error justificativo de esa válida retractación, que rechazamos, ha de recordarse (recientemente, STS 29/06/09 -rcud 2489/08-, con cita de nuestro precedente de 25/09/03 - rcud 348/03-) que para que el error invalide el consentimiento -como se desprende del art. 1266 CC - "es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones... que principalmente hubieran dado motivo a la celebración" del negocio; y además, "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" (STS -Sala Primera- 22/05/06 -rec. 3355/99-; y en similares términos, la de 17/07/06 -rec. 873/00-, también de la misma Sala).

Sexto.- 1.- A nuestro entender, sin embargo, el debate que se suscita no puede resolverse aplicando la normativa común que se ha referido, aunque con carácter general el Código Civil sea de innegable aplicación supletoria (art. 4.3 CC), no sólo porque entendemos que no existe laguna normativa alguna que colmar en el caso del despido, sino también porque tampoco los preceptos del Código Civil llevarían a otra conclusión que no fuese la tradicional de esta Sala; y en último término, porque la entrada en juego de los citados mandatos del Código -de conducir a otra solución, lo que negamos- sería notablemente distorsionadora en la materia de que tratamos.

2.- Ciertamente se presenta sugestivo pensar que la solución procesal que legalmente se impone para los supuestos de despido (arts. 103 a 113 LPL) haya de entenderse limitada -cuando menos en todas sus estrictas consecuencias- a los supuestos en que tal negocio jurídico unilateral (la decisión de extinguir el contrato) cumpla los requisitos que le son propios como tal negocio (entre ellos el consentimiento no viciado); o lo que es igual, que la normal -y completa- regulación procesal del "despido" hubiese de limitarse a los actos que gozan de la eficacia que corresponde a una válida decisión empresarial de dar por concluida la relación laboral, y que por ello no debería alcanzar en su integridad a los supuestos en que tal decisión se acredite haber sido tomada con vicio en la formación de la voluntad. Y ello porque todo negocio jurídico requiere inexcusablemente consentimiento (art. 1261 CC), a la par que es nulo el prestado por error sustancial (arts. 1265 y 2266 CC) y que pueden ser anulados los negocios jurídicos que adolecen de vicio invalidante (art. 1300 CC); preceptos paradigmáticamente aplicables -se ha destacado por la doctrina- en el campo del Derecho del Trabajo.

3.- Pero esta tesis no es la que normativamente corresponde, porque la regulación sobre el despido contenida en el ET y en la LPL se presenta cerrada en sus soluciones y sin margen alguno para la retractación (cuquiera que sea su causa), desde el momento en que sólo admite -como actuación empresarial moderadora de los normales efectos que acompañan a la inicial decisión extintiva- el reconocimiento de la improcedencia del despido y el ofrecimiento de la indemnización (art. 56.2 ET), con la limitada consecuencia de excluir los salarios de trámite posteriores a la fecha del depósito de la citada indemnización.

Lo que no tiene nada de extraño, porque -entramos de nuevo en el campo del Derecho Civil- la nulidad negocial (determinante de ineficacia radical o automática, que en el caso del despido excluiría su virtualidad extintiva) se limita a defectos relativos a la autonomía privada (vulnera-

ción de sus límites), al objeto del contrato (inexistencia, falta absoluta de determinación o ilicitud), a la causa (inexistencia o ilicitud) o a la forma (cuando es exigida ad solemnitatem por la ley). En tanto que la mera anulabilidad -la que procede cuando concurren los defectos previstos en el art. 1261 CC, conforme precisa el art. 1300 del propio cuerpo legal- comporta el diferente efecto de únicamente consentir el ejercicio de una acción que es propiamente constitutiva, de forma que - como la mejor doctrina resalta- tan sólo produce la ineficacia de un negocio (en el caso examinado, el despido) que hasta que la acción se ejercita surte todos sus efectos, siquiera con eficacia claudicante (sobre estos extremos, vid. las SSTs -Civil- 18/03/08 -rec. 361/01-; 26/02/08 -rec.

■
 ""...la decisión
 empresarial de dejar sin
 efecto el despido
 producido días antes no
 puede tener la eficacia
 de establecer el vínculo
 laboral ya roto e
 inexistente y que la
 relación laboral que
 surge entre empresario y
 trabajador tiene por
 causa un contrato de
 naturaleza bilateral y
 consensual, lo que
 supone que su
 formalización exige la
 libre aceptación por
 ambas partes." ■

5674/00-; 31/07/07 -rec. 3235/00-; 09/05/07 -rec. 2097/00-...). Esto es, que la posible anulabilidad del acto del despido por parte del empresario (al concurrir error sustancial y excusable) en forma alguna significa que no se haya producido ya la extinción del contrato de trabajo, porque -pese a todo- su viciada decisión ya ha producido, conforme a lo dicho, el efecto de poner fin a la relación laboral. Y es aquí -en este punto del razonamiento- donde reiterar nuestra clásica doctrina, ya referida, de que la acción por despido tiene como presupuesto lógico la finalización efectiva de la relación de trabajo, determinada por el carácter constitutivo del despido.

Séptimo.- 1.- De otra parte, como destacábamos más arriba, atribuir

eficacia vinculante a la retractación empresarial (aún mediando error excusable y comunicación readmisoria con toda suerte de garantías para el empleado) no sólo sería del todo distorsionador del proceso por despido, sino que difícilmente satisfaría el exigible -y constitucional- derecho a la tutela judicial efectiva y no protegería los intereses del trabajador en los términos que finalísticamente se derivan de la regulación que sobre el proceso especial por despido contiene la LPL. "

El consolidado criterio de la Sala acerca de la retractación empresarial con independencia de su cronología en relación con la apertura de las vías de impugnación pone de manifiesto que la sentencia recurrida se atuvo a la buena doctrina por lo que el recurso deberá ser desestimado.

TERCERO.- Por lo expuesto, y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso con imposición de las costas a la recurrente y la pérdida del depósito dando a la consignación el destino legal que corresponda.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado D^a Gema García Aragón actuando en nombre y representación de Intra West Spain, S.L. contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 4358/2008, formulado contra la sentencia de fecha 4 de julio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de Móstoles, en autos núm. 376/2008, seguidos a instancia de D^a Bernarda contra Intra West Spain, S.L. sobre despido. Con imposición de las costas a la recurrente y la pérdida del depósito, dando a la consignación el destino legal que corresponda.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Joaquín Samper Juan.- Jordi Agustí Julia.- María Lourdes Arastey Sahun.- Milagros Calvo Ibarlucea.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea 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.



TS CIVIL

2010/9914

TS Sala 1ª, Sentencia 8 febrero 2010.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Obligación de prestar consentimiento conforme a precontrato sobre cesión de finca

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó al propietario demandado a prestar su consentimiento para la celebración del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura por la sociedad actora, conforme a lo que ambas partes pactaron en el precontrato litigioso en el que se determinaron las fincas a transmitir y la contraprestación que ha de recibir el demandado, con apercibimiento de que en caso de no hacerlo lo haría el tribunal.

2009/283139

TS Sala 1ª, Sentencia 3 diciembre 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Inexistente ataque al honor en relación a información obtenida en un juicio

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, hace suya y confirma la sentencia de primera instancia que absolvió al demandado considerando que no vulneró el derecho al honor del actor con el artículo publicado litigioso, al contener información vertida en el transcurso de un juicio a la que pudo acceder cualquier persona y ser aquella veraz y de relevancia pública.

2010/9922

TS Sala 1ª, Sentencia 17 febrero 2010.
Ponente: D. Francisco Marín Castán

Revisión de renta anual por alquiler de vivienda

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia

impugnada que, estimando parcialmente la demanda, condenó a la demandada a pagar a la actora la cantidad fijada en concepto de renta mensual por el alquiler de la vivienda litigiosa incluida la actualización anual última procedente, desestimando la cantidad reclamada como revisión anual de la renta de los años anteriores dado que nunca el arrendador originario ni los hijos que le sucedieron tras su fallecimiento intentaron hacer efectiva dicha revisión en esos años.



TS CIVIL

2009/283154

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

Delito de estafa: el ánimo de lucro y la conciencia del perjuicio

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delito de estafa. Sostiene el TS que la capacidad formal para celebrar contratos nada indica respecto a la argucia tramada entre la cuñada y el recurrente, que reconociendo que la perjudicada carecía de asesores se pusieron de acuerdo para convencerla de que debía firmar la venta en la que se le despojaba de sus acciones por un precio irrisorio. El contrato, continúa la Sala, estaba complementado por un pacto adicional, lo que significó que el precio ofrecido, treinta veces menor que su valor patrimonial, nunca fue satisfecho al condicionarse su pago a un evento que no dependía de otros, sino de quien lo impuso.

2009/283155

TS Sala 2ª, Sentencia 19 noviembre 2009.
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

Delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con otro delito continuado de estafa

Desestima el TS el recurso de apelación interpuesto por el condenado en la instancia como autor responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso medial

con otro delito continuado de estafa. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa. Sin embargo, también hemos dicho que la doctrina que ahora invoca el recurrente ha de ser de aplicación preferente a aquellos casos en los que la estrategia engañosa del autor se desenvuelve de tal forma que convierte a la víctima en astuto aspirante a ser él quien de verdad defrauda. En efecto, la experiencia ofrece no pocos supuestos -algunos de ellos fiel expresión de una picaresca de doble recorrido- en los que la puesta en escena desplegada por el autor alienta en la víctima, en un momento dado, la posibilidad de ser ella la que obtenga una valiosa ganancia a costa del verdadero sujeto activo. Es quizás en estos casos cuando el derecho penal debe contemplar con verdadera prudencia el merecimiento de tutela de aquel que ha sido defraudado en su afán por ser él quien engañe a quien le ofrece una transacción irresistiblemente lucrativa, sin embargo, nada de esto ocurrió en el presente supuesto.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/3525

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 18 enero 2010.
Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

Denegación de aprovechamiento de aguas privadas en pozos existentes con anterioridad a la Ley de Aguas de 1985

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró que son ajustadas a derecho las resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por las que se denegó la inscripción de aprovechamiento de aguas subterráneas en el catálogo de aguas privadas de siete pozos. La Sala considera que la sentencia de instancia, si bien señala, como hecho admitido por los litigantes, que los pozos existían con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de

Aguas de 1985, deja también claramente establecido que tales pozos no se encontraban en explotación en aquella fecha y que, por tanto, no hay acreditación de las características y el aforo del aprovechamiento en el momento de entrada en vigor de la Ley 29/1985.

2010/3530

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 15 enero 2010.
Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Expropiaciones distintas en sentencia de contraste y sentencia impugnada

El TS no ha lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia que declaró ajustada a derecho la resolución relativa al justiprecio de una finca expropiada. La Sala establece que no concurre la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones exigida por el art. 96 LJCA para que pueda prosperar el recurso de casación para la unificación de doctrina, pues no consta que el plan de reforma interior que legitimó la expropiación examinada en la sentencia de contraste fuera el mismo que el considerado en la sentencia impugnada, por no mencionar el hecho de que los bienes expropiados eran pisos situados en lugares distintos, y a ello hay que añadir que en la sentencia de contraste se trataba de una expropiación con finalidad de dotación pública, mientras que en la sentencia impugnada se perseguía la construcción de viviendas de protección oficial.



TS SOCIAL

2009/315135

TS Sala 4ª, Sentencia 16 noviembre 2009.
Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Denegación de reintegro de gastos ocasionados por diagnóstico genético preimplantatorio

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora frente a sentencia que, revocando la de instancia, rechazó su reclamación sobre reintegro de gastos médicos.

La Sala señala que el supuesto enjuiciado -reintegro de los gastos ocasionados por la realización de un diagnóstico genético en la sanidad privada, a fin de que, a la vista del mismo, la sanidad pública realizara a la beneficiaria el tratamiento de reproducción asistida-, no reviste carácter de urgencia vital pues, ni supone peligro de muerte inminente, ni de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona, por tanto, se ha de confirmar la sentencia impugnada.