



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 2823

Madrid, martes 27 de abril de 2010



TS SOCIAL

2010/11624

TS Sala 4ª, Sentencia 3 febrero 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Relación indefinida

Trabajadores del servicio de prevención y extinción de incendios

Recurre en casación para la unificación de doctrina la comunidad autónoma demandada frente a sentencia que declaró que la relación que la unía a los codemandantes era indefinida, como trabajadores fijos discontinuos, en lugar de temporales.

Desestima el TS el recurso pues entiende que el servicio de prevención y extinción de incendios forestales forma parte de la actividad permanente y habitual que es propia de la recurrente, tratándose, además, de una necesidad que todos los años se muestra y repite cíclicamente en el tiempo, aunque no coincidan con exactitud las fechas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la situación de un trabajador que es sucesivamente contratado cada año en periodos temporales concretos por una Administración pública, para poder cumplir con sus obligaciones de efectuar determinadas actuaciones que están dentro de sus ordinarias y permanentes competencias, puede ser válidamente formalizada a través de las modalidades de contratación por obra o servicio determinado o si, por el contrario y con independencia de la forma adoptada, la situación debe calificarse de indefinida discontinua.

2.- La sentencia recurrida, -dictada por la Sala del lo Social del TSJ/Madrid en fecha 25-marzo-2009 (rollo 5425/2008), confirmatoria de la de instancia dictada por el JS/Madrid núm. 15 en fecha 22-julio-2008 (autos 1125/2007)-, en un supuesto en el que los trabajadores demandantes

habían sido contratados por la Administración pública autonómica demandada, en virtud de sucesivos contratos de trabajo por servicio determinado, cada anualidad desde el año 2005, en periodos de mayor o menor duración, pero siempre comprendiendo la temporada de verano, cuyo objeto común era la prevención y extinción de incendios forestales, argumenta que el servicio de prevención y extinción de incendios forestales forma parte de la actividad permanente y habitual que es propia de la Comunidad Autónoma, tratándose, además, de una necesidad que todos los años se muestra y repite cíclicamente en el tiempo, aunque no coincidan con exactitud las fechas. La causa de decidir en la sentencia recurrida es, por tanto, la existencia de una necesidad de carácter intermitente o cíclico y, a mayor abundamiento, recoge la normativa de la Comunidad sobre el Plan de Emergencia de Incendios Forestales, donde se señalan las fechas de riesgo que coinciden en esencia con las de contratación del trabajador demandante.

3.- La sentencia invocada como de contratase por la Comunidad Autónoma recurrente, -dictada por la propia Sala del lo Social del TSJ/Madrid en fecha 18-septiembre-2006 (rollo 1888/2006)-, en un supuesto de hecho análogo, llega a la conclusión de que la necesidad de trabajo es temporal, porque si bien la actividad de vigilancia, control y observación de incendios forestales en la misma Comunidad Autónoma puede ser anual, y por tanto cíclica, la contratación no tiene que ser permanente, ya que pueden variar las planificaciones anuales, con sus concretos y objetivos específicos, en atención a las características de cada temporada.

4.- Concorre el requisito o supuesto de contradicción de sentencias necesario para viabilizar el recurso de casación unificadora (art. 217 LPL), como pone de evidencia el Ministerio Fiscal, pues como destaca en su detallado informe, en ambos casos se trata de contrataciones llevadas a cabo por la misma Comunidad Autónoma, de la misma naturaleza y para la misma actividad con necesidad anual de trabajo para llevarla a efecto, llegando a conclusiones diferentes, pues la sentencia recurrida entiende que la naturaleza del contrato es la de fijo discontinuo y la de contraste concluye que era lícita la utilización del sistema de contratación temporal por servicio determinado.

SEGUNDO.- 1.- La solución jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia recurrida, como es dable deducir de la reciente jurisprudencia unificada relativa, con carácter general, a la contratación fija discontinua incluso cuando las empleadoras son Administraciones públicas para cubrir las necesidades de trabajo originadas para poder cumplir con sus obligaciones de efectuar determinadas actuaciones que están dentro de sus ordinarias y permanentes competencias. Así lo ha resuelto ya esta Sala en su sentencia de 19 de enero de 2010 (RCUD 1526/09), dictada en un supuesto igual al de autos, incluso con la misma sentencia de contraste. Esa decisión se ha fundado en los siguientes argumentos:

“2.- Esta Sala, entre otras, en su STS/IV 1-octubre-2001 (rcud

SUMARIO

TS

CIVIL

Devolución de cantidad ante el ejercicio del derecho de opción de compra fuera de plazo 4

Transformación de ventana en puerta acorde con los estatutos de la comunidad 7

Validez de cláusulas en contrato de obra por no considerarse abusivas 8

PENAL

Absolución del delito de prevaricación administrativa por falta de tipificación 10

Delito de apropiación indebida 11

Absolución de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa 13

ADMINISTRATIVO

Reclamación denegada por daños derivados de asistencia sanitaria por existencia de consentimiento informado 14

Cuotas mensuales por débitos a la Seguridad Social 15

SOCIAL

Trabajadores del servicio de prevención y extinción de incendios 1

Cómputo de los votos de profesores de religión católica a efectos de representatividad sindical 3

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

6

2332/2000), como recuerda la ulterior STS/IV 12-diciembre-2008 (rcud 775/2007), establece en que la diferencia entre un trabajador eventual un indefinido discontinuo radica precisamente en que, mientras el trabajo eventual está justificado cuando "la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular", la de indefinido discontinuo se produce "cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad".

Argumenta, en el caso por aquélla enjuiciado, que "El contrato de la actora no está amparado por la causa b) del art. 15.1 del ET y ello es así por dos razones. La primera consiste en que no se ha acreditado la concurrencia de ninguna necesidad extraordinaria de trabajo que pueda justificar la contratación realizada, que sólo de manera genérica se menciona por remisión al tipo legal en los contratos celebrados... La segunda razón viene dada por la reiteración de la contratación realizada.

En este sentido hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, existe un contrato fijo de carácter discontinuo "cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad", mientras que el contrato de eventualidad sólo está justificado cuando "la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular" (sentencias de 27-septiembre-1988, 26-mayo-1997, 25-febrero-1998)."

3.- Igualmente esta Sala en STS/IV 30-mayo-2007 (recurso 5315/2005), siguiendo una consolidada doctrina, parte de que la condición de trabajador fijo discontinuo responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, reiterándose esa necesidad en el tiempo aunque lo sea por períodos limitados. Razonando que "La sentencia de 5-julio-1999 (rcud 2958/1998) al resolver acerca de la verdadera naturaleza de la contratación de quienes fueron dedicados a la cíclica tarea encuestadora, se pronuncia en los siguientes términos:

"2. Los criterios de delimitación entre el trabajo eventual y el fijo discontinuo han sido ya concretados por esta Sala. La sentencia de 26-5-97, entre otras, señala que cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados.

Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando esta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Añadiendo que "la de 25-3-98 ha recordado que la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3 ET de 1995 -responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa- de ahí la condición de fijeza -que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de la jornada anual".

4.- Del mismo modo, en cuanto al contrato para obra o servicio determinados, los requisitos para la validez han sido ya delimitados por esta Sala en la STS/IV 21-enero-2009 (rcud 1627/2008), con doctrina seguida por la STS/IV 14-julio-2009 (rcud 2811/2008), que recordando, entre otras, la STS /IV 10-octubre-2005 (rcud 2775/2004), en la que con cita de la STS/IV 11-mayo-2005 (rcud 4162/2003), se razona que la doctrina es aplicable tanto para las empresas privadas como para las públicas e incluso para las propias Administraciones Públicas, señalando que "son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los arts. 15.1.a) ET y 2 Real Decreto 2720/1998 de 18-diciembre que lo desarrolla (BOE 8-1-1999)... los siguientes:

a) Que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo

que es la actividad laboral de la empresa.

b) Que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.

c) Que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto.

c) Que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas. Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho" y "que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad".

5.- La referida doctrina unificada, delimitadora de una u otra modalidad de contratación laboral, se mantiene en los supuestos en los que la Comunidad Autónoma recurrente mantenía que estaba justificada la causa de temporalidad del contrato, afirmando que el servicio contratado presentaba autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa por la peculiaridad existente de cada uno de los convenios, dependiente de su condicionante presupuestario y del específico convenio a que atendiera, tenía una duración incierta, ya que la aportación económica que efectuaba, en esos casos, el Departamento de Trabajo al de Educación, con cargo a una determinada partida presupuestaria tenía cuantía variable y vigencia de un año en algunos casos y de dos en otros. Pero se argumentaba, en esencia, entre otras, en las SSTs/IV 8-febrero-2007 (rcud 2501/2005), 21-enero-2009 (rcud 1627/2008), 14-julio-2009 (rcud 2811/2008) y 15-septiembre-2009 (rcud 4303/2008), a propósito de la vinculación de la duración del contrato con la de una subvención, que "en todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el art. 52 ET, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas.

"En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones pú-

blicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate". Razonando asimismo que "del carácter anual del Plan, no pude deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquel subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian".

TERCERO.- 1.- La expuesta doctrina general sobre la distinción entre el contrato de obra o servicio determinado y el de fijo discontinuo, se ha aplicado igualmente y de forma específica a las actividades de extinción y prevención de incendios laborales efectuadas durante la época estival a cargo de las Administraciones Públicas.

2.- "A partir de la STS/IV 14-marzo-2003 (rco. 78/2002), en recurso de casación ordinaria siendo la empleadora la Generalitat de Catalunya, argumentándose que "La naturaleza de las funciones a desempeñar por los peones a los que se contrata para la detección, localización y comunicación de columnas de humo o incendios forestales en época estival no puede calificarse como algo que razonablemente pueda proveerse de manera puntual.

La ubicación geográfica y condiciones climáticas hacen que el riesgo de incendio se incorpore lamentablemente al núcleo de supuestos que da origen a actividades necesarias y permanentes, pues no de otra forma se concibe la detección y reconocimiento de posibles focos, de manera estable, sin perjuicio de que dependiendo en cada ejercicio de la magnitud del evento dañoso o de las peculiaridades que presenta cada estación como la que deriva de una más acentuada sequía, se acuda a otras formas temporales de contratación para refuerzo de quienes de manera permanente asumen las tareas de control".

CUARTO.- La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos conlleva, cual ha dictaminado el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida que es acorde con la doctrina ya unificada por esta Sala y

que debe mantenerse en aras a la seguridad jurídica, al no ofrecerse razones que justifiquen un cambio de criterio. Sin costas.

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 Letrada D^a Cristina Recarte Llorens en nombre y representación de Consejería de Presidencia e Interior de la Comunidad Autónoma de Madrid contra la sentencia dictada el 25 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 5425/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid, en autos núm. 1125/07, seguidos a instancias de D. Pedro Miguel, D. Arsenio, D. Constanancio, D. Fernando, D. Isidoro contra Consejería de Presidencia e Interior de la Comunidad Autónoma de Madrid sobre derechos. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- 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. José Manuel López García de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/11639

TS Sala 4^a, Sentencia 3 febrero 2010. Ponente: D. Gonzalo Moliner Tamborero

Cómputo de los votos de profesores de religión católica a efectos de representatividad sindical

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por las federaciones codemandadas contra sentencia que admitió el voto de los profesores de religión católica para el cálculo de la representatividad de los sindicatos intervinien-

tes en la Mesa General de Negociación constituida en el seno de la Generalidad Valenciana.

Entiende la Sala que este colectivo son trabajadores por cuenta ajena al servicio de la Administración, en este caso la Generalidad mencionada, de forma que tienen derecho a participar en las elecciones a organismos unitarios dentro de sus respectivos centros de trabajo pues la condición de elector deriva de la condición de trabajador y si tienen derecho a participar, no existe razón alguna por la que su voto no pueda ser computado para la elección de los delegados o miembros del respectivo comité y éstos para el cómputo de representatividad que se exige para integrar o formar parte de aquella Mesa general en cuanto que la participación en la misma se halla exclusivamente condicionada por los "resultados obtenidos" en aquellas elecciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En el presente procedimiento la cuestión a resolver se concreta en determinar si en la Mesa General de Negociación constituida en el seno de la Generalidad Valenciana el día 2 de octubre de 2007 debían tenerse en cuenta para el cálculo de la representatividad de los respectivos Sindicatos en ella intervinientes los resultados electorales con el voto de los profesores de religión católica. En tal sentido el Sindicato UGT -Federación de Servicios Públicos de UGT y Federación de Enseñanza de dicho Sindicato- formularon demanda contra la Generalidad Valenciana y el resto de los Sindicatos con derecho a formar parte de aquella Mesa General con la finalidad de que tanto para la suma total de representantes de cada organización sindical como para el cálculo de los porcentajes de representación asignados no se tomaran en cuenta los representantes del profesorado de religión.

2.- La Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana que conoció en la instancia de dicha demanda la desestimó por considerar que, puesto que dichos trabajadores tienen la consideración de empleados públicos en su condición de trabajadores en régimen laboral de la Administración, no existe impedimento alguno para que puedan ser tomados en cuenta a la hora de calcular la representación que legitima a cada Sindicato para participar en aquella Mesa General.

3.- Dicha sentencia la han recurrido las mismas dos Federaciones demandantes en las que, con distinto formato, denuncian exactamente la infracción por parte de la sentencia de instancia los mismos preceptos legales y constitucionales, reproduciendo igualmente idénticos argumentos en solicitud de que se case y

anule la misma y se estime la demanda inicialmente formulada cuyos pedimentos mantienen.

SEGUNDO.- 1.- Alegan los recurrentes en los escritos de formalización de sus respectivos recursos la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con el art. 1.3 de la misma, el art. 82 del Estatuto de los Trabajadores, así como el art. 103.3 de la Constitución y el contenido de una sentencia de esta Sala de fecha 7 de mayo de 2004, recurso 123/2003.

2.- El argumento en el que basan toda la pretendida falta de acomodación a derecho de la sentencia recurrida se concreta en sostener que los profesores de religión católica no son empleados públicos, por entender que no son contratados de acuerdo con las exigencias del art. 103.3 de la Constitución dado que necesitan la previa "declaración de idoneidad" del ordinario eclesiástico, no se les aplica el Convenio Colectivo como dijo esta Sala en la STS de 7 de mayo de 2004 (rec.- 123/2003) en relación con el II Convenio para el personal al servicio de la Generalidad Valenciana, ni quedan dentro del ámbito de aplicación del art. 1.3 de aquel Estatuto Básico, razones por las que consideran las recurrentes que no tienen derecho a participar en negociación alguna para regular las condiciones de trabajo y productividad que es para lo que el art. 82.1 del Estatuto de los Trabajadores tiene prevista y establecida la negociación colectiva.

3.- El recurso y la correspondiente pretensión de los recurrentes no puede prosperar porque todos los argumentos utilizados en su recurso se hallan fuera de la realidad jurídica relacionada con la naturaleza jurídica de este colectivo de trabajadores.

En primer lugar, no cabe duda alguna de que los profesores de religión católica son trabajadores por cuenta ajena al servicio de la Administración Pública, en este caso de la Generalidad Valenciana, cual sin lugar a ninguna duda se desprende del mero tenor literal en cuyo apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación en el que se dice textualmente:

"2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profe-

sores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos"; y esto ha sido reconocido desde siempre por esta Sala aun en los momentos iniciales en los que se discutió acerca de la naturaleza jurídica de dicha relación como puede apreciarse en las SSTS de 19-6-1996 (rec.- 2743/95), 30-4-1997 (rec.- 3561/96) o 24-5-2000 (rec.- 3076/99) en los que se mantuvo la naturaleza laboral de aquella relación entre dichos trabajadores y la respectiva Administración Pública. Siendo de resaltar cómo este apartado 2 fue añadido a esta Disposición adicional por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, precisamente para dar respuesta a la conflictividad previamente existente acerca de la naturaleza jurídica de dicha relación.

En desarrollo de dicha disposición legal se dictó el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio y en su art. 2, en congruencia con la antedicha previsión legal no solo se establece con toda claridad su condición de contratados laborales sino que en el art. 3 del mismo se contienen los requisitos de idoneidad necesarios para su contratación por la respectiva Administración, y se prevé expresamente la necesidad de que la contratación y remoción de los mismos se atenga a los criterios de mérito y capacidad previstos con carácter general en el art. 103.3 de la Constitución, y en ello ha insistido el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias dictadas al resolver los recursos de inconstitucionalidad 38/2007, 80/2007 a 90/2007, y en la 128/2007 en resolución de otros tantos recursos de amparo, sosteniendo en todas ellas que el hecho de exigir la específica declaración eclesiástica de idoneidad previa a la contratación de estos profesores por parte de la Administración (que es quien las contrata en definitiva) no constituye ningún atentado ni impedimento a las exigencias de mérito y capacidad del art. 103.3 de la Constitución; en doctrina que ha sido recogida por sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de la que es exponente la STS de 14-1-2009 (rec.- 996/2008) en la que ha resumido aquella doctrina constitucional en los siguientes términos:

"1) La libertad de las confesiones de establecer contenidos de las enseñanzas religiosas y criterios de cualificación de los profesores no es absoluta, sino que debe respetar tanto "las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional" como las "previsiones legales" sobre el proceso de selección.

2) Por tanto, "no cabe aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesiástica puedan resultar inunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado".

3) Para comprobar la legalidad y la constitucionalidad de los referidos actos de las autoridades eclesiásticas,

éstas, en caso de no renovación de una habilitación otorgada anteriormente, deben motivar que la decisión está basada en razones "de índole religiosa o moral".

4) Una vez verificada la "motivación estrictamente religiosa", la causa invocada de inhabilitación ha de ser, además, compatible con los "derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo".

5) El control de legalidad y de constitucionalidad de la contratación de estos "trabajadores de la jurisdicción y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional.

Con dichos trabajadores lo único que ocurre es que en su régimen jurídico laboral rigen determinadas especialidades como la de que para poder ser contratados por la Administración necesitan la "declaración eclesial de idoneidad" exigida por lo previsto en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, cuya exigencia "no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad" cual expresamente fue contemplado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 38/2007, de 15 de febrero ya antes citada negando que la misma sea contraria al principio de igualdad ni a las exigencias de mérito y capacidad.

Es cierto que son trabajadores por cuenta ajena con especialidades derivadas de aquellos Acuerdos pero tales especialidades no son suficientes para excluirlos, como los recurrentes sostienen, del régimen general del Estatuto Básico del empleado público pues, a pesar de tales especialidades, siempre sujetas a la aplicación de una concreta normativa, se hallan ubicados dentro del objeto y su relación jurídica se acomoda a los fundamentos, uno y otros recogidos en el art. 1 del referido Estatuto.

4.- En definitiva, los profesores de religión que no son funcionarios públicos sino que tienen la condición jurídica indubitada de trabajadores por cuenta ajena y en tal condición son también empleados públicos, y se hallan comprendidos por lo tanto dentro del campo de aplicación de la ley en la medida en que proceda de conformidad con lo previsto en los arts 1.2, 7 y concordantes de la Ley 7/2007, de 12 de abril reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, y por lo tanto les es de aplicación la previsión contenida en el art. 36 de dicha norma básica cuando dispone que la Mesa General de Negociación se formará por las formaciones sindicales con representación suficiente "tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación".

No cabe duda, en consecuencia, que si los profesores de religión católica son trabajadores al servicio de la Administración - en este caso concreto de la Generalidad Valenciana - tienen derecho a participar en las elecciones a organismos unitarios dentro de sus respectivos centros de trabajo pues la condición de elector deriva de la condición de trabajador conforme a lo dispuesto sin lugar a discusión en el art. 69 del Estatuto de los Trabajadores, y si tienen derecho a participar no existe razón alguna por la que su voto no pueda ser computado para la elección de los Delegados o miembros del respectivo Comité, y éstos para el cómputo de representatividad que se exige para integrar o formar parte de aquella Mesa General en cuanto que la participación en la misma se halla exclusivamente condicionada por "los resultados obtenidos" en aquellas elecciones.

TERCERO.- 1.- A lo largo de su exposición los recurrentes han invocado insistentemente la sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2004 (rec.-123/2003) en la que se declaró que el II Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración Autonómica no le era de aplicación al colectivo de profesores de Religión y Moral Católica, y de ello deducen que si no les es de aplicación carecen de interés en dicha negociación y por lo tanto no debían computar a los efectos negociadores puesto que la negociación colectiva, conforme al art. 82 del ET tiene como objeto principal el de fijar las condiciones de trabajo respecto de las cuales ellos serían ajenos.

2.- Dicho argumento que ellos elevan a categoría no puede servir para el propósito en que es utilizado por diversas razones. La primera es la de que si no se entendió que aquel II Convenio les fuera aplicable lo fue a los meros efectos retributivos, pero de aquella sentencia no se desprende que no les fuera de aplicación a otros efectos cuando de la normativa aplicable se desprende que dependen de la Administración educativa como se desprende de lo establecido en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Educación más arriba citada e incluso en el Convenio de 26 de febrero de 1999 sobre el régimen económico-laboral de las personas no pertenecientes a los cuerpos de funcionarios docentes y encargadas de la enseñanza de la religión católica en los colegios e institutos que es el ahora vigente en materia económica y en el que se atribuye la condición de empleador a todos los efectos a la Administración educativa correspondiente (Cláusula Quinta, 1 "in fine").

Por otra parte la participación de los Sindicatos en la Mesa General de la que aquí se habla no es para negociar condiciones concretas de trabajo como ocurre con lo que es un Convenio Colectivo conforme al art. 82

ET citado por las partes, sino para negociar una serie de criterios básicos que luego habrá que desarrollar en los respectivos Convenios, Acuerdos o Pactos, cual se especifica en el art. 37 del Estatuto Básico en los que, de acuerdo con un principio básico de toda negociación habrán de someterse en sus peculiaridades a las previsiones normativas vigentes, entre ellas las que puedan regir sobre el posible régimen retributivo de estos trabajadores.

Y, en último extremo, lo que está claro es que, con independencia de lo que se dijera en aquella sentencia concreta, el cómputo de la representatividad que confiere la legitimación para negociar en esta Mesa General la da el resultado de las elecciones y a ello hay que estar, sin que exista razón alguna por la que eliminar del cómputo a unos concretos trabajadores aun cuando vengan calificados por una concreta peculiaridad cual la que rige para el colectivo de que aquí se trata.

CUARTO.- De conformidad con los argumentos anteriores, y de conformidad con el dictamen que en el mismo sentido ha emitido el Ministerio Fiscal, procede desestimar el presente recurso y confirmar en consecuencia la sentencia recurrida; sin que proceda imponer las costas del recurso a ninguna de las partes de conformidad con lo previsto para los procesos de conflicto colectivo en el art. 233 de la LPL.

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

FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la representación de Federación de Servicios Públicos UGT- PV y Federación de Trabajadores de la Enseñanza de UGT-PV (FETE-UGT PV) contra la sentencia de fecha 21 de julio de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en procedimiento núm. 14/2007, seguido a instancias de Federación de Servicios Públicos UGT-PV y Federación de Trabajadores Enseñanza UGT-PV contra Generalidad Valenciana, Comisiones Obreras, Sindicato CSI-CSIF, STAP Intersindical Valenciana y CEMSAT-SE sobre conflicto colectivo. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Souto Prieto.- José Luis Gilmo López.- José Manuel López García de la Serrana.

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



TS Sala 1ª, Sentencia 16 febrero 2010. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Devolución de cantidad ante el ejercicio del derecho de opción de compra fuera de plazo

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a las demandadas a abonar a la parte actora la cantidad reclamada declarando que la opción de compra contenida en el contrato suscrito por las partes no fue ejercitada en el plazo previsto y que desestimó la demanda reconvenzional de la entidad codemandada depositaria de dicha cantidad sobre el importe pedido frente a la parte actora y al que fue condenada en la primera instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre un contrato de opción de

compra, centrándose la controversia en el punto concreto de si los optantes ejercitaron dentro del plazo pactado la facultad establecida a su fa-

vor de obtener una prórroga de quince días para el ejercicio de la opción. Por los concedentes se sostiene (y su postura es acogida por la sentencia de segunda instancia) que dicha solicitud de prórroga tuvo lugar una vez caducado el plazo previsto, mientras que los optantes afirman (postura que prospera en la sentencia de primera instancia) que la facultad de prorrogar el plazo se ejerció temporáneamente por medio idóneo -burofax-, si bien los concedentes (optatarios) obstruyeron la recepción de la comunicación.

Por las entidades mercantiles FLYAWAY, S.L. y ARROBASOMO, S.L. y las personas físicas D^a Inmaculada, D^a Luisa, D. Anton y D. Adrian y D. José María se dedujo demanda contra las entidades CONSULTORES ASOCIADOS, S.L., YANSIKA HOLDING, S.L. y PERMAIJA HOLDING, S.L. en la que solicita: 1. Se declare que la opción contenida en el contrato de opción de compra de fecha 3 de mayo de 2002, no ha sido ejecutada por la parte optante del contrato. 2. Se declare que el contrato de opción de compra ha caducado por el transcurso del plazo de quince días pactado para su ejercicio. 3.

Se declare que, el acta notarial de fecha 18 de mayo de 2002, remitida por la parte optante, con la pretendida resolución del contrato de opción de compra de 3 de mayo de 2.002, notificada el día 21 de mayo de 2.001, fue notificada fuera del plazo de caducidad pactada en el contrato de opción, y que carece de efectos resolutorios. 4. Se declare que, ASC CONSULTORES ASOCIADOS, S.L., está obligado a devolver la cantidad de SEISCIENTOS MIL EUROS, más sus intereses, a la parte concedente del contrato de opción de fecha 3 de mayo de 2002, por el no ejercicio de la opción de compra por los optantes. 5.

Que se condene a ASC CONSULTORES ASOCIADOS, S.L. a entregar a mis representados, la citada cantidad más sus intereses desde la fecha en que se le requirió notarialmente su devolución el día 20 de mayo de 2.002. Subsidiariamente y, para el supuesto de que la compañía demandada, ASC CONSULTORES ASOCIADOS, S.L., quien actuó como depositario, hubiera entregado el dinero depositado a la parte optante del contrato de opción de compra de fecha 3 de mayo de 2.002, las compañías demandadas YANSIKA HOLDING, S.L. y PERMAIJA HOLDING, S.L., dicte sentencia por la que, tras declarar conforme a los puntos 1 a 4 del presente suplico, condene solidariamente a las tres compañías demandadas a entregar a mis representados la cantidad de 600.000 euros, todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en este juicio. Subsidiariamente y, para el improbable supuesto de que no se estime nuestros anteriores pedimentos. Se

declare que no ha existido incumplimiento por la parte concedente del contrato de opción de compra de 3 de mayo de 2002, caducando la opción de compra; y declare la obligación de la entidad ASC CONSULTORES ASOCIADOS, S.L., de devolver a la parte concedente la suma de SEISCIENTOS MIL EUROS, más sus intereses, condenando a YANSIKA HOLDING, S.L. y PERMAIJA HOLDING, S.L. a estar y pasar por las anteriores declaraciones; y si estas empresas hubieren recibido el dinero del depositario, se las condene solidariamente junto a ASC CONSULTORES ASOCIADOS, S.L. al pago de las mismas.

Por ASC CONSULTORES ASOCIADOS, S.L. se formuló reconvencción solicitando la condena de la parte actora a abonarle la cantidad de 81.218,22 euros más IVA.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 6 de Alicante el 22 de diciembre de 2.004, en los autos de juicio ordinario núm. 794/2.003, desestima la demanda, y estimando íntegramente la reconvencción condena a la parte actora reconvenida a abonar a la demandada reconviniente ASC CONSULTORES ASOCIADOS S.L. la cantidad de 81.218,22 euros más IVA, con intereses. En fecha de 31 de enero de 2.005 se dictó Auto aclaratorio subsanando la omisión relativa a las costas causadas por la demanda principal.

La Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante el 5 de octubre de 2.005, en el Rollo núm. 226 del propio año, estima en parte el recurso de apelación de los demandantes, y acoge parcialmente las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar que la opción contenida en el contrato de 3 de mayo de 2.002 no fue ejercida en el plazo previsto, no pudiendo, en consecuencia, solicitarse la resolución del mismo, y condenar a las mercantiles demandadas a abonar a la parte actora la suma de seiscientos mil euros, e intereses desde la interposición de la demanda.

Asimismo acuerda desestimar los pedimentos de la demanda referidos a la también demandada ASC Consultores Asociados, S.L. y la reconvencción articulada por ésta frente a los actores. No se hace declaración respecto de las costas de la demanda ni de las del recurso, y se imponen a la demandada reconviniente las costas de la reconvencción.

Contra esta última Sentencia se interpuso por las entidades mercantiles YANSIKA HOLDING, S.L. y PERMAIJA HOLDING, S.L. (hoy INVERSIONES METROMEDIA, S.L.) recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que fueron admitidos por Auto de esta Sala de 21 de octubre de 2.008. Las causas de inadmisión alegadas por la parte recurrida en su escrito de opo-

sición de 28 de noviembre de 2008 se examinarán a propósito de los respectivos motivos en aras de la claridad y evitar repeticiones superfluas, sin demérito alguno para la tutela judicial, tanto más si se tiene en cuenta que la eventual concurrencia de un defecto procesal relevante operaría, en todo caso, cualquiera que fuera ahora el momento de su apreciación, con efecto desestimatorio del motivo.

SEGUNDO.- Los antecedentes básicos del pleito se resumen en el fundamento primero de la Sentencia de primera instancia con el siguiente contenido: «Con fecha 3 de mayo de 2.002 la mercantil Flyaway S.L., Arrobasomo S.L., D. Anton, D. Adrian y D. José María suscribieron con las mercantiles Yansika Holding, S.L., y Permaiija Holding, S.L., un contrato de opción de compra sobre un total de 1000 acciones de la sociedad Auto Costablanca Motor, S.A. y 1000 acciones de Auto Giulieta Motor, S.A., suscribiéndose igualmente sobre los solares e instalaciones descritas en el exponendo II y tal como consta en la cláusula 1^a del citado contrato, el derecho de opción de compra de acciones, locales e instalaciones en conjunto sobre la totalidad de estos activos, no pudiendo ejercitarse sobre las acciones y no sobre los locales y al contrario (documento núm. 1 del escrito de demanda).

Recoge la cláusula quinta del contrato de opción de compra que el plazo para ejercitar la opción será de 15 días a contar desde la fecha en que se firma el contrato, 3 de mayo de 2002, no obstante podrá prorrogarse otros 15 días más en el supuesto que por circunstancias no imputables a la parte optante no estuviese ultimado el informe económico-financiero y fiscal.

Y en el supuesto de que los optantes no ejercieran la opción dentro del plazo señalado en el contrato, no tendría derecho a reclamar la devolución de la prima de opción, quedando ésta en propiedad de la concedente, debiendo el depositario entregar la cantidad de 600.000 • del citado depósito».

La Sentencia recurrida centra el «thema decidendi» diciendo que «resulta esencial constatar si la prórroga de la opción se llevó a cabo dentro del plazo previsto en el contrato». Y después de examinar la postura de la resolución de primera instancia, -que había estimado que la opción se había ejercitado en el plazo de quince días, dando por sentado que la falta de recepción dentro del plazo se debió a la negativa a recibir las comunicaciones de prórroga por parte de alguno de los concedentes de la opción-, a la luz de la documental obrante en autos entiende, como «ratio decidendi», que «la conclusión a la que llega la sentencia (apelada) podría asumirse si en alguno de los documentos que se aportaron por las

mercantiles optantes constara la recepción o el intento de entrega hecho el día 17 de mayo, pero no es ese el supuesto que se desprende de la documentación analizada, ya que la notificación no llegó a conocimiento de ninguno de los concedentes dentro del plazo previsto en el contrato y esa circunstancia no es imputable a los concedentes sino a los optantes, que ejercitaron la tarde del día anterior al vencimiento del plazo el derecho a solicitar la prórroga del plazo, actividad que bien pudieron llevar a cabo con más antelación dado el carácter preclusivo de ese plazo, máxime cuando sólo uno de los informes, aportado como documento núm. 5 de la demanda, lleva fecha de ese día 17 de mayo de 2002», para más adelante añadir que no es aplicable la jurisprudencia, que cita y en la que se apoyó la resolución de primera instancia, porque

«... como ya se ha dicho, la falta de conocimiento dentro del plazo pactado no puede imputarse a la negativa de los concedentes, sino a la tardía comunicación de la decisión de solicitar la prórroga prevista en el contrato, y aunque se argumenta que el servicio de Correos garantiza la recepción de este tipo de envíos en las 24 horas siguientes lo cierto es que en este concreto caso no se acredita que en efecto así ocurrió, y al contrario, la única fecha que figura es, como ya se ha expuesto, la del día 18 de mayo, fuera ya del plazo establecido».

Planteado del modo expuesto el resultado procesal existente una vez dictada la Sentencia de apelación, procede seguidamente examinar los motivos de los recursos formulados para su impugnación, comenzando por el del extraordinario por infracción procesal, y pasar, en su caso, a los de casación.

1^o. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL.

TERCERO.- En el enunciado del motivo único del recurso de que se trata se alega, al amparo del art. 469.1,2^o LEC, que se ha producido una incorrecta apreciación y posterior valoración de la prueba, así como inobservancias relativas a las presunciones judiciales en la (sentencia de la) segunda instancia.

En el cuerpo del motivo se denuncia la infracción del art. 316.1 de la LEC, con base en que la prueba de interrogatorio de parte hace prueba contra su autor, y que la resolución recurrida no tiene en cuenta las declaraciones de dos de los demandantes en el sentido de «que dieron instrucciones a los empleados para recibir sólo, durante las fechas que duraba el ejercicio de la opción, aquellas notificaciones que viniesen de las mercantiles optantes».

Y como el burofax comunicando la prórroga fue enviado por la enti-

dad consultora, y no por las entidades optantes, el intento de entrega dentro del plazo fue rechazado, lo que supone una actitud obstruccionista a la recepción, que, al no ser apreciada, implica que la valoración de la prueba efectuada por el órgano "ad quem" resulte ilógica y contraria a las máximas de experiencia.

Asimismo, y para corroborar que el hecho de no llegar en plazo la comunicación de la prórroga de la opción de compra fue un motivo únicamente imputable a la contraparte y no por dejadez de la parte recurrente, se aduce que, si se observan los documentos números 10 y 11 aportados con el escrito de contestación a la demanda, "se aprecia claramente como el burofax de fecha 16 de mayo de 2.002 es no entregado por no hacerse nadie cargo, si bien con posterioridad son reclamados y entregados el día 23 de mayo".

Una vez examinadas detenidamente las alegaciones del motivo la respuesta debe ser desestimatoria del mismo por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, se incurre en el defecto procesal de amparar el motivo en el número 2º del art. 469.1 de la LEC, con arreglo al que cabe plantear en el recurso extraordinario la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en cuyo precepto no cabe incluir los errores en la valoración probatoria. Esta Sala viene reiterando que la valoración de la prueba es función soberana del juzgador que conoce en instancia -primera y segunda instancia- sin que quepa impugnarla mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, y menos todavía el de casación.

Sólo excepcionalmente cabe denunciar en el primero de ellos errores en la valoración cuando supongan conculcación del art. 24 CE por el cauce del art. 469.1.4º LEC, por lo que en modo alguno es aplicable el art. 469.1.2º LEC invocado en el recurso (por todas, S. 4 de diciembre de 2.009).

Con independencia del defecto expresado, aunque se hubiera utilizado el amparo del art. 469.1.4º LEC, tampoco cabría estimar el motivo. Los vicios que se incardinan en esta norma en relación con el art. 24 CE, y en la perspectiva concreta de la valoración de la prueba, se resumen en el error patente -reducido al ámbito fáctico-, la arbitrariedad y la irracionalidad, ninguno de los cuales se aduce en el motivo; y si bien se denuncia la infracción del art. 316.1 LEC, en el cual se contiene una norma valorativa de prueba de carácter legal o tasado -"en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial"-, cuya vulneración, cuando la respuesta de

la parte es clara y contundente, puede generar arbitrariedad o irracionalidad, sin embargo sucede: a) que el carácter de prueba legal de la respuesta de la parte solo se produce, como dice el inciso primero del precepto legal, "si no lo contradice el resultado de las demás pruebas", y en el caso es evidente que el resultado procesal "ratio decidendi" se obtuvo por el juzgador "a quo" de la prueba documental; y, b) que del contenido de las contestaciones al interrogatorio no cabe deducir de una forma inequívoca la conclusión que trata de extraer la parte recurrente.

Y finalmente, y sin entrar en una nueva valoración de la documental que sería improcedente, tanto como tal prueba, como bajo la añagaza deslizada en el enunciado del motivo mediante una alusión a las presunciones judiciales, lo cierto es que la sentencia recurrida sienta que no se acreditó el intento de entrega del burofax el día 17 (antes del día 18 de mayo), por lo que el dato del rechazo resulta irrelevante, al ser en todo caso ejercitada la facultad de prórroga de modo extemporáneo.

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la condena en costas de la parte recurrente (art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos LEC) y el examen del recurso de casación, de conformidad con la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 6ª, LEC.

2º. RECURSO DE CASACION

CUARTO.- En el primer motivo del recurso de casación se alega infracción por no aplicación o aplicación indebida de los arts. 1.261 y 1.262 del Código Civil, que, de haber hecho la sentencia recurrida una correcta interpretación, habría tenido por practicada la prórroga del contrato de opción.

En el cuerpo del motivo se realizan una serie de alegaciones relativas a comentarios de nuestra mejor doctrina científica y jurisprudencia de esta Sala en relación con la interpretación y aplicación del párrafo segundo del art. 1.262 CC (tanto antes -que es la aplicable-, como después, de su redacción por Ley 34 de 2.002, de 11 de julio) que resultan impecables. Sin embargo el motivo no puede estimarse porque falta el presupuesto fáctico exigible de "existencia de una clara obstrucción por parte de la parte concedente a la hora de recepcionar la posible notificación que ponga en su conocimiento el ejercicio de la prórroga del contrato de opción".

La afirmación de la parte recurrente de existencia de falta de diligencia y actitud obstruccionista por parte de los concedentes incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, toda vez que la apreciación de la sentencia recurrida de que "la falta de conocimiento dentro del pla-

zo pactado no puede imputarse a la negativa de los concedentes, sino a la tardía comunicación de la decisión de solicitar la prórroga prevista en el contrato" resuelve una "questio facti" que no ha sido modificada en el cauce del recurso de infracción procesal, ni cabe examinar en el recurso de casación, el cual no resulta idóneo para determinar el valor probatorio de un burofax.

QUINTO.- En el enunciado del motivo segundo se alega infracción de los arts. 1.255 y 1.258 CC, y de los criterios jurisprudenciales consagrados en cuanto a su interpretación, como consecuencia del no reconocimiento de la prórroga manifestada por la compareciente, en contra de la voluntad de las partes contratantes.

En el cuerpo del motivo se añade la vulneración de los arts. 1.204 CC, -se señala que el contrato de opción original se vio novado por la autonomía de la voluntad de las partes, que quisieron en su cláusula quinta del contrato de fecha 3 de mayo de 2.002, que se diese la posibilidad a la parte recurrente de poder prorrogar el contrato inicial por otros quince días-, y 1.124 CC -se indica que existieron diversos incumplimientos de la otra parte que facultaron a la recurrente para poder rescindir unilateralmente el contrato de opción-.

El motivo se desestima por dos razones, la segunda consecuencia de la que le precede.

La primera razón consiste en que se incurre en el vicio casacional de petición de principio. Evidentemente los arts. 1.255 y 1.258 CC exigen cumplir lo pactado, y uno de los pactos, que no se niega por la parte demandada-recurrida ni por la resolución judicial, se refiere a la facultad de la parte optante de prorrogar el plazo del contrato de opción, pero tal derecho potestativo tenía que haber sido ejercitado dentro del plazo establecido, y no lo fue. Cuando se ejercitó ya había caducado la posibilidad, y el vínculo contractual estaba fenecido.

La segunda razón es consecuencia de la anterior. Si el contrato de opción estaba extinguido, carece de sentido pretender la resolución contractual como se razona en la sentencia recurrida.

Por todo ello, la afirmación que como conclusión se hace en el párrafo final del motivo de "que se ha privado de eficacia a un contrato sin causa alguno, lo que supone un gravísimo atentado contra la libertad contractual", resulta, en la perspectiva jurídica, y atendidos los hechos y razones que expone la sentencia recurrida, meramente retórica.

SEXTO.- En el enunciado del motivo tercero se alega infracción por no aplicación del art. 7.1 CC, al no

haber exigido (la sentencia recurrida) buena fe a la otra parte. En el cuerpo del motivo se añade la infracción del art. 1.258 CC, y se enumeran una serie de hechos de los que, según la parte recurrente, se desprende la mala fe de la parte actora.

El motivo se desestima porque pretende sentar una base fáctica contradiciendo la naturaleza y función del recurso de casación. Por otro lado, algunas de las afirmaciones que se realizan difieren de las apreciaciones de la sentencia recurrida, lo que supone hacer supuesto de la cuestión; otras, son nuevas, porque no se recogen en la resolución recurrida; y las restantes, no permiten sentar un juicio jurídico -de significación jurídica- de mala fe, porque las cláusulas contractuales fueron libremente negociadas por las partes, y el principio de autonomía de la voluntad operó por igual para ambas, sin que quepa traer a colación meros juicios subjetivos que no armonizan con el "cum sentire" que determinó la perfección del contrato de opción.

SEPTIMO.- La desestimación de los motivos del recurso de casación implica la de éste, y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas en el mismo de conformidad con el art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC.

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

FALLO

Que desestimamos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por las entidades mercantiles YANSIKA HOLDING, S.L. y PERMAIJA HOLDING, S.L. (hoy INVERSIONES METROMEDIA, S.L.) contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante el 5 de octubre de 2.005, en el Rollo número 226 del propio año, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvase a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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

2010/9927

TS Sala 1ª, Sentencia 11 febrero 2010. Ponente: D. Román García Varela

No es necesaria autorización de la comunidad

Transformación de ventana en puerta acorde con los estatutos de la comunidad

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que entendió que la obra de modificación ejecutada por la demandada en el local, transformando la ventana en puerta, se había realizado al amparo de lo expresado en los estatutos de la comunidad de propietarios que permitían la subdivisión de los locales, siendo tal modificación la única forma de hacer efectiva la división del local permitiendo su aprovechamiento independiente que constituía la premisa de la división prevista y consentida por los estatutos, no siendo por ello necesario el acuerdo o autorización de la comunidad demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 NÚMEROS NUM000 - NUM001 DE BARCELONA", demandó por los trámites del juicio ordinario a la "ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EXPERTOS INMOBILIARIOS DE CATALUÑA", e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

La cuestión litigiosa se centraba principalmente en si la obra efectuada por la parte demandada en el local de su propiedad, dedicado a la administración de fincas, consistente en convertir en puerta, y así permitir el acceso directo desde la calle, lo que hasta entonces había sido una ventana, precisaba o no de la autorización de la Comunidad de Propietarios por afectar a un elemento común del inmueble, como es su fachada, o, si por el contrario, la ejecución de tal obra se llevó a cabo al amparo de lo establecido en la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal de fecha 30 de junio de 1980.

El Juzgado acogió la demanda al considerar que, si bien los Estatutos de la Comunidad permitían la subdivisión interior de los locales comerciales para constituir otros de aprovechamiento independiente, no autorizaban la modificación unilate-

ral e incontestada de la fachada por convertir lo que era una ventana en una puerta, y ha sido un hecho admitido, fijado en la audiencia previa, que la demandada procedió a tal cambio, pues, en principio, conforme con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, al variar la obra el paramento exterior del edificio, era preciso el consentimiento de la Comunidad; y la sentencia de la Audiencia, en grado de apelación, revocó la de primera instancia, al entender que la modificación ejecutada se había realizado al amparo de lo expresado en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, permisivos de la subdivisión de los locales, de modo que la norma aplicable era la del artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, donde se dispone que los pisos y locales pueden ser objeto de división material, para formar otros más reducidos o independientes, con la aprobación de la Junta de Propietarios, de modo que del referido precepto cabe deducir que el acuerdo de la Comunidad no era necesario, cuando previamente había sido establecida dicha posibilidad en una norma estatutaria, por colegir que, al constar de esta forma la facultad de división, no se precisaba la autorización de la misma, y practicada la división, la única forma de hacerla efectiva consistía en la apertura del local a la vía pública, toda vez que lo contrario le privaría del aprovechamiento independiente, que constituía la premisa de la división prevista y consentida por los Estatutos.

La demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, con cobertura en el artículo 469.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y recurso de casación, al amparo del artículo 477.2 3º de la misma Ley, contra la sentencia de segunda instancia, y esta Sala, mediante auto de 20 de mayo de 2008, ha admitido ambos recursos.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- El motivo único de este recurso acusa la infracción del artículo 469.1 2º, en relación con el artículo 218, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta Sala de 1 de febrero de 1999, 5 de mayo y 22 de julio de 1998, por cuanto que la sentencia impugnada parte del presupuesto fáctico erróneo de considerar que el local 2 B del inmueble no disponía de acceso directo que permitiese su consideración de local independiente, cuando la realidad indiscutida es que dispone de una entrada directa al vestíbulo del inmueble, que garantiza su aprovechamiento independiente.

El motivo se desestima.

Esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencia de 2 de febrero de 1998, que, si se denuncia la incon-

gruencia de la sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su "ratio", no con los que contienen meros "obiter dicta".

Desde la óptica expresada en el párrafo precedente, se evidencia que la sentencia recurrida no incide en incongruencia, habida cuenta de que ha existido ajuste o adecuación entre los términos en que las partes han deducido sus pretensiones y peticiones y la parte dispositiva de la resolución judicial,

Procede indicar que el motivo no se refiere a la incongruencia de la sentencia, sino a la motivación de la misma, la cual constituye una exigencia constitucional (artículo 120.3 de la Constitución) y de la legalidad ordinaria (artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC número 101/92, de 25 de junio), y que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución (STC número 186/92, de 16 de noviembre); por otra parte, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC de 28 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992, y, en igual sentido, STS de 12 de noviembre de 1990).

Esta Sala no excluye una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado o solución contenido en la parte dispositiva (STS de 15 de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (SSTS 30 de abril de 1991 y 7 de marzo de 1992).

Desde las posiciones jurisprudenciales recién expuestas, se considera que la sentencia de apelación tiene una motivación adecuada, máxime cuando ha argumentado que "lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la obra es legítima porque la in-

terpretación efectuada de los Estatutos permiten ampararla, pero es que además, no se alcanza a comprender el interés de la Comunidad en devolver las cosas a su estado anterior, pues ningún perjuicio se deriva del cambio operado, como resulta si se compara la fotografía existente en el expediente de licencia de obras (f. 217), con las efectuadas por el fedatario público en el acta levantada el día 23 de julio de 2003 (f. 119 y ss.), tras la realización de la reforma, observación de la que puede fácilmente constatar que la reforma tiene escasa incidencia no sólo estructural sino incluso estética, pues la ventana hasta entonces existente era de importantes dimensiones, habiéndose respetado su anchura, y consistiendo la reforma en alargar la misma hasta el suelo, suprimiendo el escalón, y en instalar una puerta, por lo que no existe perjuicio alguno para la Comunidad de Propietarios que merezca ser tutelado".

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO.- El motivo primero de este recurso denuncia la transgresión de los artículos 7, 11 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con la doctrina de las SSTS de 27 de junio de 1996 y 19 de mayo de 2003, por cuanto que la sentencia impugnada parte del hecho incontrovertido de la realidad de la transformación de la ventana del local 2 B del inmueble existente en la fachada del mismo, en una puerta no solo sin contar con la autorización de la Comunidad de Propietarios, sino en contra de lo expresamente acordado por la Junta en diversas ocasiones.

El motivo se desestima.

La sentencia de instancia integra la siguiente argumentación:

"La división practicada pone de relieve que la propietaria anterior procedió a hacer uso del derecho que le reconocían los Estatutos indicados, pues ya hemos visto que los mismos reconocen a los titulares de los locales comerciales, la facultad de subdividirlos en otros de menor superficie, sin otro requisito que el que los locales resultantes de la división sean susceptibles de aprovechamiento independiente, por lo que admitida la posibilidad de la división, así como la efectiva realización de la misma, que no ha sido objeto de debate, la cuestión que se plantea y que debe resolverse en este pleito, estriba en cómo armonizar el ejercicio de esta facultad de subdivisión, insistimos no discutida, con la de utilización independiente de los locales resultantes de la división.

(...) A criterio de esta Sala, y no siendo objeto de debate la procedencia de la subdivisión efectuada, se impone reconocer al propietario el derecho a aperturar una puerta que le permita un acceso directo al local puesto que de lo contrario, la finca no puede merecer el carácter de enti-

dad independiente y quedaría sin sentido la subdivisión efectuada, así como el reconocimiento registral de finca independiente que resulta claramente de las escrituras mencionadas.

(...) Por ello, de conformidad con lo expuesto, y no resultando que la obra afecte a la seguridad del edificio, ni a la configuración arquitectónica ni estética del mismo, pues las fotografías que obran en autos evidencian la corrección de la reforma y la plena simbiosis de la misma con la estética general de la fachada, la oposición de la Comunidad de Propietarios a la reforma en cuestión no está justificada”.

Esta Sala tiene declarado que, en la aplicación del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, pues, como ejemplo, es distinta su conformación, entre otras, para una cafetería, un supermercado o una oficina bancaria, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros (SSTS de 15 y 28 de octubre y 11 de noviembre de 2009).

En este caso, la reforma en alargar la ventana hasta el suelo, con la supresión del escalón y la instalación de una puerta, no supone perjuicio alguno para la Comunidad de Propietarios o los comuneros que merezca ser protegido.

Desde la perspectiva de la doctrina expresada en las SSTS indicadas en el motivo, no puede mantenerse la inaplicación de la jurisprudencia contenida en las mismas; corresponde matizar que la posición de esta Sala en dichas sentencias tiene carácter general y no determina su aplicación a un supuesto concreto, como el del caso del debate, que se singulariza por la interpretación del artículo 7 de la Ley de Propiedad

Horizontal respecto a los locales comerciales situados en la planta baja del edificio.

Es doctrina reiterada de esta Sala que no cabe estimar el motivo y, en su caso, el recurso, cuando haya de mantenerse el fallo de la sentencia recurrida, aunque sea por fundamentos jurídicos distintos a los que se tuvo en cuenta (entre otras, SSTS de 14 de abril de 2004, 16 de junio de 2005, 8 de marzo de 2006, 16 de julio de 2007, 16 de mayo de 2008)

CUARTO.- El motivo segundo de este recurso reprocha la vulneración, por inaplicación, del artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal, que obliga la impugnación de los acuerdos de la Junta de Propietarios en los supuestos contemplados en el artículo 18.1 y en los plazos del artículo 18.3 de la mentada Ley, por aplicación de la doctrina legal contemplada en las SSTS de 2 de marzo de 1992, 6 de febrero de 1989 y 28 de octubre de 2004, toda vez que la sentencia de la Audiencia fundamenta su fallo en el contenido de los Estatutos comunitarios, sin hacer referencia alguna a los acuerdos de la Junta, adoptados de forma legal y que no fueron impugnados en tiempo y forma, los cuales denegaron reiteradamente la posibilidad de transformar la ventana de la fachada del inmueble en puerta.

El motivo se desestima.

La desestimación del motivo de casación precedente produce la repulsa del presente, sin necesidad de entrar en el examen del mismo, por lo que, en evitación de repeticiones, nos remitimos a lo manifestado en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia.

QUINTO.- En consecuencia, procede la desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en los mismos, porque la cuestión resuelta presentaba serias dudas de derecho al tiempo de la interposición de los recursos (artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la “COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 NÚMEROS NUM000 - NUM001 DE BARCELONA” contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha de veinticuatro de mayo de dos mil cinco, sin hacer condena en costas por las ocasionadas por los presentes recursos. Comuníquese

esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo 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; Francisco Marin Castan; José Antonio Seijas Quintana; Encarnacion Roca Trias. Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/11504

TS Sala 1ª, Sentencia 19 febrero 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Aplicación errónea del art. 1256 CC Validez de cláusulas en contrato de obra por no considerarse abusivas

Estima el TS el recurso de casación interpuesto por la demandada recurrente, frente a sentencia de la Audiencia que declara que determinadas cláusulas del contrato de obra, objeto de la litis, son abusivas y nulas porque causan, en perjuicio de la actora, un evidente y claro desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. La Sala entiende que, dichas cláusulas no atentan a la “necessitas” que proclama el art. 1256 CC. Añade además, que el hecho de firmar, como esencia del consentimiento, un contrato, no determina que si se impugna por el motivo que fuere, se de el caso de ir contra sus propios actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se da en el presente caso una relación jurídica tripartita que parte del subcontrato de obra de 1 de marzo de 2000, cuya obra es relativa a una edificación, “Centro comercial Diagonal Mar”, sita en Barcelona. El dueño de la obra era Barcelona Retail Company, S.L. que no es parte en este proceso; el contratista era FCC Construcción, S.A., parte demandada y recurrente en casación; el subcontratista era la demandante Decoryl, S.L. que ejecutó las obras de revoco y enyesado. Estas dos últimas fueron los contratantes de aquel contrato; en él se prevenían dichas obras y el pago, si bien la subcontratista renunciaba a la acción directa que contempla el artículo 1591 del Código civil y se

incluían dos cláusulas que son el objeto de la casación, cuya nulidad se ha pretendido en la instancia y que rezan así:

Cláusula tercera, apartado a), segundo párrafo: “Todos los pagos quedan condicionados a la aprobación de los importes de las certificaciones por parte de la propiedad.”

Cláusula tercera, apartado D): “Con independencia de lo establecido en los párrafos anteriores, el contratista podrá retener los pagos correspondientes al industrial si la propiedad no ha pagado al contratista cantidades correspondientes a los trabajos certificados por el industrial. En tal caso, el pago retenido se realizará cuando la propiedad pague al contratista dichas cantidades.”

La mencionada sociedad subcontratista, Decoryl, S.L. interpuso demanda frente a la contratista FCC Construcción, S.A. en reclamación de una serie de cantidades debidas y en petición de que se declarara la nulidad de las dos cláusulas transcritas. La sentencia dictada por la Juez de Primera Instancia número 37 de Barcelona estimó en gran parte las cantidades reclamadas, no declaró la nulidad de las cláusulas, pero, considerando la cláusula D), de retención, abusiva, aplicó análogamente el artículo 1152 del Código civil y la moderó en el sentido de que sólo cabe retención en un 25% de la cantidad debida, hasta que a la sociedad contratista demandada le pague el propietario, dueño de la obra, Barcelona Retail Company, S.A. La Audiencia Provincial, Sección 1ª, de la misma ciudad, en sentencia de 28 de junio de 2005, revoca la anterior en el extremo de que no acepta la moderación sino que declara la nulidad de las dos cláusulas transcritas y, por tanto, no procede la retención de pagos por parte de la contratista a la subcontratista.

SEGUNDO.- En consecuencia, la parte demandada en la instancia y recurrente en casación, FCC Construcción, S.A. contratista principal y parte en el subcontrato de obra de 1 de marzo de 2000 en el que el demandante Decoryl, S.L. es el subcontratista, debe pagar a ésta la cantidad debida y así declarada en las sentencias de instancia. Pero en virtud de las cláusulas transcritas de aquel contrato no debe hacer efectivo el pago hasta que el dueño de la obra, que no es parte, le pague a ella.

En casación, la cuestión jurídica que se plantea es la validez o bien la nulidad de tales cláusulas. Ésta la había interesado Decoryl, S.L. en su demanda y, tal como se ha apuntado, en primera instancia ha sido negada, pero aplicando por analogía el artículo 1152 del Código civil la ha moderado y la ha rebajado al 25% la retención que puede hacer FCC Construcción, S.A. hasta que le pague el dueño de la obra, contra cuya sentencia ésta no ha recurrido en

apelación; en segunda instancia, la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 1ª, de Barcelona, de 28 de junio de 2005 ha declarado la nulidad de las mismas.

El recurso de casación que ha formulado esta última entidad, articulado en dos motivos, se centra exclusivamente en tal declaración de nulidad que combate, aquietándose a la condena a pagar la cantidad debida. Tal como dice explícita y literalmente en el escrito del recurso es “únicamente objeto del mismo el particular del fallo de la sentencia recurrida que declara la nulidad del párrafo segundo del apartado a) y del apartado d) de la cláusula tercera del contrato suscrito por ambas partes el 1 de marzo de 2000, no siendo procedente la retención de pagos por parte de la entidad demandada”. Se basa en la doctrina de los propios actos, como principio general del derecho ya que las partes firmaron el contrato libremente (motivo primero) y en la infracción del artículo 1256 del Código civil, ya que el contrato no quedó al arbitrio de una de las partes (motivo segundo).

TERCERO.- Yendo al examen del recurso de casación formulado al amparo del artículo 477.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se examina en primer lugar el motivo segundo que debe ser estimado.

Las cláusulas a que se ha hecho referencia han sido declaradas nulas por la sentencia objeto de este recurso, tal como se ha dicho. Tras un detallado razonamiento, la sentencia de la Audiencia Provincial “llega a la conclusión de que las cláusulas analizadas son abusivas y nulas ya que las mismas causas, en perjuicio de la actora, un evidente y claro desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, la demandada, con infracción de lo prevenido en el artículo 1256 del Código civil “. Y añade:

“Asimismo el impago por parte de la propiedad no puede repercutirse en la actora porque, habiendo realizado bien su trabajo, ésta tiene derecho a cobrar la prestación pactada y la aplicación de las cláusulas litigiosas supone o implica de facto que el pago quede al arbitrio de la demandada, no disponiendo la actora de ningún medio para hacerlo efectivo ya que en el contrato también se pacta que se renuncia a la acción directa del artículo 1597 del Código civil “.

El motivo de casación se formula por infracción por aplicación errónea del artículo 1256 del Código civil. Efectivamente, la Audiencia Provincial declara la nulidad de las cláusulas por entenderlas abusivas y que causan un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes. Lo cual no es aplicable al presente caso y se debe estimar el motivo.

En primer lugar, por el propio concepto del principio de la *necessitas*, esencia de la obligación, por el que no se permite que cualquiera de las partes -acreedor o deudor- pueda desligarse del contrato o alterarlo; lo cual se corresponde con la *lex contractus* que enuncia el artículo 1091 del Código civil.

Así lo han desarrollado las sentencias de 23 de febrero de 2007 y 26 de junio de 2008. En el presente caso, se aceptaron por ambas partes unas cláusulas y precisamente en virtud de la *lex contractus* y de la *necessitas*, están obligadas a cumplirlas, tal como han declarado en supuestos análogos, las sentencias de 24 de septiembre de 2007 y 30 de noviembre de 2007; la posibilidad de desistir o alterar el contrato es posible cuando está previsto por las partes; lo cual se aplica en cualquier caso de la presencia de unas discutidas cláusulas.

En segundo lugar, en el presente caso ni siquiera se plantea el arbitrio de una de las partes contratantes, ya que las discutidas cláusulas, esencialmente la de retención, dependen no de una de ellas, sino del pago por el tercero ajeno al contrato de autos, el dueño de la obra.

En tercer lugar, la cuestión de las cláusulas abusivas que producen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes, cuya nulidad contempla los vigentes artículos 82 y 83 de la actual Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, texto refundido aprobado por Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, al igual que la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, vigente al tiempo del contrato de obra de autos, se refiere tan sólo a los consumidores y tanto por una como por otra de tales leyes, las partes contratantes y ahora litigantes no son consumidores y no les es aplicable esta Ley.

En cuarto lugar y en relación con lo anterior, la Ley 7/1998, 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, sí aplicable al presente contrato sin entrar siquiera en si se tratan o no de condiciones generales, prevé en su artículo 8 la nulidad de aquellas que contradigan lo dispuesto en la ley, lo que no se plantea y establece la nulidad de las cláusulas abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor y, como se ha dicho, no es éste el caso presente.

En definitiva, las cláusulas cuya nulidad ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial no atentan a la *necessitas* que proclama el artículo 1256 del Código civil, ni cabe que por ser consideradas abusivas sean declaradas nulas ya que la parte que así lo defiende no es un consumidor. Ni tampoco la consideración de un posible abuso puede llevar a apreciar que atenta a la *necessitas*, esencia de la obligación.

En la realidad, dos empresas celebran un contrato, lo aceptan, prestan su consentimiento sin vicio alguno, ni siquiera alegado, y quedan por ello obligadas, precisamente en aplicación de los principios que enumera los artículos 1091 y 1256 del Código civil.

CUARTO.- Estimándose, como así se hace, el motivo segundo del recurso de casación, no se hace necesario entrar en el primero. Sin embargo, no es baldío considera brevemente su inaplicación al presente caso, por su interés general. El motivo se funda en el principio general del derecho de la doctrina de los propios actos y alegan que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 1.4 del Código civil. Ello por la razón esencial de que se firmó el contrato y cuando se pretenden aplicar las cláusulas discutidas se alega la nulidad y así lo ha declarado la sentencia recurrida. Dice literalmente: “La actitud adversa, tras firmar un contrato libremente con un clausulado preciso y comprensible para luego impugnar la validez de la cláusula de retención de pagos infringe el principio general del derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos”.

No es así y debe declararse explícitamente. El hecho de firmar, como esencia del consentimiento, un contrato no determina que si se impugna por el motivo que fuere, se da el caso de ir contra sus propios actos.

El principio de los actos propios implica una actuación “con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción...” así se expresan las sentencias de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001. Y añade la de 22 de octubre de 2002 que “la doctrina que veda ir contra los propios actos se ha referido a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica”.

A su vez, precisan las de 16 de febrero de 2005 y 16 de enero de 2006 que “no ejerce su influencia en el área del negocio jurídico, sino que tiene sustantividad propia, asentada en el principio de la buena fe”. “Significa, en definitiva -concluye la sentencia de 2 de octubre de 2007- que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente e induce por ello a otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real”.

Esta doctrina jurisprudencial hace ver la dicho antes: que el simple consentimiento contractual no crea la si-

tuación jurídica concluyente e indubitada que no permita contradecirla, ni revela una vinculación jurídica, ni produce una confianza en una determinada situación. Es decir, el consentimiento contractual no impide, si se da el caso (que en la presente litis no se da), impugnarlo.

QUINTO.- Se estima, pues, el recurso de casación y, conforme a lo dispuesto en el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se casa la sentencia recurrida y esta Sala asume la instancia, no aceptando la declaración de nulidad de las cláusulas que ha hecho la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial. Sin embargo, la sentencia de Juzgado de Primera Instancia, que rebajaba la retención, no fue apelada por la sociedad demandada y al haberse aquietado a su pronunciamiento, esta Sala no puede alterarla y deberá ser confirmada.

En cuanto a las costas, conforme a lo que dispone el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede la condena en las mismas a la parte recurrente al haberse estimado su recurso de casación.

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

FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de “FCC Construcción, S.A.” contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 28 de junio de 2005 que se casa y anula.

Segundo.- En su lugar, confirmamos y hacemos nuestra en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 37 de Barcelona, de fecha 23 de septiembre de 2003 en autos de juicio ordinario 962/2002, estimatoria parcial de la demanda.

Tercero.- No se hace imposición de costas a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O’Callaghan Muñoz.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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



2009/291603

TS Sala 2ª, Sentencia 25 noviembre 2009. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Absolución del delito de prevaricación administrativa por falta de tipificación

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, el TS acoge parcialmente el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de falsedad en documento oficial, prevaricación administrativa, y contra la ordenación del territorio. La Sala dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de prevaricación administrativa, pues no ofrece dudas que este acusado no fue imputado por haber informado en un proyecto de edificación, ni por haber dictado una resolución en asunto administrativo, sino sólo por haber inducido a quien informaba en los términos del art. 320 CP 95, es decir, por una acción que no consiste en dictar una resolución administrativa injusta en el sentido del art. 404 CP 95. Por lo tanto, no pudo haber sido interrogado con sentido acusatorio sobre una cuestión que, de acuerdo con la acusación del Fiscal, no formaba parte del objeto del proceso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Recurso de Jaime.

PRIMERO.- El primer motivo del recurso se basa en la infracción del art. 390.1.4 CP. El recurrente sostiene que la Audiencia ha realizado una inferencia que "excede de lo puramente fáctico", al concluir que el acusado ha obrado dolosamente al consignar en las certificaciones de 8.1.01, 21.2.01 y 11.1.02 que las parcelas de Juan Carlos, que dan lugar a esta causa, estaban calificadas como suelo urbano. Considera que apoyar la existencia del dolo en el cambio de criterio por el que modificó lo que había sostenido respecto de las mismas parcelas en las certificaciones de 27.11.1998 y 26.7.1999, constituye una "presunción de culpabilidad". Alega que ese cambio de opinión no fue arbitrario pues se basó en las SSTs de 22.9.87 y 7.2.94, "en las que se catalogaban de urbanos terrenos que se encontraban en idéntica situación que los aquí debatidos". Sostiene además el recurrente que la calificación correcta del suelo en cuestión se deduce del RRDDLL 16/81 y de 9.4.1976, la Ley del suelo de 1956, la Ley 6/1998 del Plan General de Ordenación Urbana del Puerto de Andratx, por lo que llega a la conclusión que el solar debe ser calificado como "suelo urbano" tal como surge de la resolución de la Consejería de Medio Ambiente de 7.2.2001, que obra a los folios 145 y ss. (en realidad: 144/147).

El motivo debe ser desestimado. No obstante el error técnico del De-

fensor de apoyar la argumentación en un motivo basado en el art. 849.1 LECr en documentos obrantes en la causa, la Sala ha revisado las actuaciones recibidas de la Audiencia. Las sentencias citadas por el recurrente como documentos en los que apoya, junto con otros textos legales, el punto de vista de sus alegaciones, fueron mencionadas en el escrito de 25.11.08, de preparación del recurso de casación, como obrantes al fº 861 y ss. de las actuaciones. Sin embargo, en las actuaciones recibidas con esta causa no se encuentran tales sentencias, ni hay folios que lleven dichos número. Sin embargo, la tesis del recurrente, cualquiera que sea el contenido de esas sentencias, no es sostenible. En efecto, su pretensión de explicar la calificación de suelo urbano contenida en las certificaciones correspondientes a las parcelas objeto de este procedimiento de 8.1.2001, 21.2.2001 y 11.1.2002 como un cambio motivado por dichas sentencias, no es admisible porque las sentencias son anteriores a la primera certificación de 26.7.1999, en la que el recurrente certificó que el terreno que adquiriría el coprocesado Juan Carlos era "un suelo rústico protegido" consignado en el apartado de "usos": "agrario y uso condicionado de vivienda unifamiliar (...)".

Si se aceptara la tesis del recurrente, dicho sea a mayor abundamiento, la falsedad habría sido cometida en la certificación de 26.7.1999 y acaso hubiera podido constituir una cooperación en un delito de estafa al ven-

dedor que- como dice la sentencia- enajenó el inmueble por un precio mucho inferior al que hubiera correspondido ser calificado como suelo urbano sólo tres días después de la emisión de dicha certificación.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso es una continuación del anterior. Alega el recurrente, remitiéndose la fundamentación del primer motivo, la infracción del art. 320 CP, añadiendo que para la comisión de este delito "no basta la mera ilegalidad, no apreciándose comportamiento delictivo cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible".

El motivo debe ser desestimado. El motivo se refiere a informes presentados en los expedientes de licencia MA 255/00, MA 501/01, en los que el recurrente informó favorablemente ante la evidencia de que las obras no cumplían las exigencias reglamentarias. Es claro que el recurrente alega un error sobre el derecho aplicado. Pero, las mismas razones que hemos dado en el Fº Jº anterior indican que, al haber expedido el certificado de 26.7.1999 ya conocía que en esos casos no cabía la calificación requerida para el otorgamiento de la licencia. Consecuentemente, la conducta también se subsume bajo el tipo subjetivo del delito del art. 320 CP.

B. Recurso de Juan Carlos.

TERCERO.- En el primer motivo de este recurso se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, aunque se basa en el art. 24.1. CE. Sostiene el recurrente que no tuvo relación con Jaime, sino con el arquitecto D. Francisco. Esta afirmación se apoya en la transcripción del interrogatorio del recurrente en el juicio oral. De esta manera llega a la conclusión que sin la prueba de su relación con Jaime, el único posible inductor de éste sería el citado arquitecto. Afirma también que no medió contraprestación económica a favor del acusado Jaime, ni ha influido en este procesado a través de su hermano Eugenio, y que en consecuencia no cabe suponer la existencia de inducción. El recurso transcribe largamente los interrogatorios del juicio oral. La argumentación concluye imputando a la Sala de la Audiencia un "peculiar animus puniendi".

El motivo debe ser desestimado. Repetidamente esta Sala ha sostenido que la cuestión de la credibilidad de las declaraciones que han sido prestadas ante el Tribunal de instancia sólo constituyen objeto del recurso de casación cuando los jueces a quibus al valorarlas han infringido las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos. En el recurso no se indica en cuál de estas vulneraciones habría incurrido el Tribunal de instancia y esta Sala no ha encontrado jurídicamente censurable el razona-

miento del aquél. De todos modos, los anteriores razonamientos nunca podrían tener éxito, puesto que se dirigen a cuestionar la inducción al hecho principal de Jaime. Es cierto que en la sentencia se dice que fue el arquitecto Francisco quien convenció a Jaime de que los terrenos de Juan Carlos eran urbanos de acuerdo con una interpretación de las normas aplicables. Pero, es evidente que el recurrente supone, implícitamente, pues sólo argumenta sobre los hechos, que se habría producido una infracción del art.28.a) CP, pues, a su juicio, la inducción sólo sería de apreciar cuando existe una relación directa entre el inductor y el inducido. Este punto de vista desconoce, sin embargo, que la relación directa entre inductor y autor inducido no es elemento de la inducción y que en la doctrina se admite pacíficamente la llamada inducción en cadena. Por lo tanto, las circunstancias de que el hermano del recurrente no haya concurrido a la fiesta de inauguración del restaurante o que la relación directa con Jaime la haya tenido el arquitecto, no excluyen que en este caso se haya producido una inducción en cadena en la forma admitida en la doctrina, es decir en la que se induce a otro para que a su vez haga lo mismo con un tercero.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso se formalizó por la vía del art. 849.2 LECr. Su contenido, sin embargo, se dirige contra la convicción alcanzada por el Tribunal a quo respecto de la prueba pericial. De esta manera el recurrente quiere demostrar que en la parcela calificada de urbana por los certificados objeto del proceso concurrían los cuatro elementos que, de acuerdo con el DL 16/81 eran presupuesto de dicha calificación y que el hecho no puede ser subsumido bajo el tipo del art. 390.1.4º CP.

El motivo debe ser desestimado.

La impugnación de la convicción del Tribunal sobre la prueba pericial no puede estar basada, salvo casos excepcionales admitidos por la jurisprudencia que no se dan en este caso, en considerar documentos a los informes periciales. Por el contrario tal impugnación debe ser referida al razonamiento del tribunal sobre la prueba pericial practicada y la comprobación de que el juicio sobre la misma se aparta de conocimientos técnicos o científicos que los jueces no poseen por sí mismos (confr. STS 23.4.1992, caso del llamado "síndrome tóxico").

En el presente caso la Audiencia tuvo que decidir sobre la discrepancia de los peritos de la Defensa y de la Acusación. Su razonamiento al decidir en favor del informe de la Acusación es correcto (ver pág. 32 de la sentencia recurrida). En efecto, la Audiencia tuvo en cuenta que el recurrente aceptó el carácter de rústicos de los terrenos cuando escrituró la compra venta por la que los adqui-

rió, que existe constancia de una tasación en la que se reconoce que el suelo no era urbanizable (cuya existencia la Sala ha comprobado en el fº 112 de la diligencias previas), que el recurrente no pudo explicar por qué razón pudo adquirir por un precio tan bajo el inmueble, que existían vinculaciones del arquitecto y del propio recurrente con el Concejal de urbanismo, que Jaime sostuvo en distintas propuestas de normas que esos terrenos no eran urbanizables, así como las irregularidades de tramitación de los expedientes de licencias para dificultar la inspección del Consell Balear.

QUINTO.- El tercer motivo del recurso denuncia la aplicación indebida del art. 390.1.4 CP. Básicamente se viene a sostener que el recurrente obró convencido de que los terrenos eran urbanizables y que sus conocimientos eran los del bachillerato básico. Asimismo señala la Defensa que “la inscripción realizada en el Registro de la Propiedad Andratx-Palma de Mallorca núm. 5 (...) la finca 180, en el momento de su adquisición era urbana”. Asimismo se hace referencia a escrituras y documentos en las que la finca aparecería como urbana y se transcriben nuevamente interrogatorios que tuvieron lugar en el juicio.

El motivo debe ser desestimado. La alegación de la Defensa se concreta en la alegación de un error sobre un elemento normativo concerniente al objeto cuya calificación urbanística se hizo constar en las certificaciones expedidas por el acusado Jaime. De esa manera se concluye cuestionando confusamente el dolo del recurrente respecto de la inducción por la que se lo condenó.

Este punto de vista carece de toda consistencia. No es necesario un análisis pormenorizado de la documentación citada en la fundamentación del motivo, dado que el recurrente conocía que -como dice el hecho probado, no atacado en este punto por el recurso- “la calificación urbanística como ANEI que tenían las fincas, desde el momento en que tres días antes de otorgar la escritura de compraventa (el 26-7-1999) el Ayuntamiento de Andratx, con intervención de nuevo del propio acusado Jaime y a raíz de una solicitud prestada (sic) de su puño y letra por el mismo Juan Carlos, le había certificado que se trataba de suelo rústico protegido ANEI y cuyo uso permitido era el agrario”.

SEXTO.- El cuarto motivo del recurso denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 320 CP. El recurrente sostiene que en la medida en la que el terreno era urbano, “no existen las limitaciones previstas en el régimen urbanístico para los suelos de especial protección. El motivo se completa con el quinto del recurso en el que se alega, remitiéndose el recurrente a lo ya expuesto sobre el delito de falsedad documen-

tal, que no es aplicable el art. 28 b) CP, dado que la inducción debe “revestir un grado de individualización y concreción respecto del delito que se pretende sea realizado, inexistente en los hechos en que la sentencia fundamenta su condena”. Ambos motivos deben ser desestimados. Las mismas razones que han sido expuestas en el Fº Jº quinto pueden ser reiteradas aquí.

El Ayuntamiento de Andratx había certificado el 26-7-1999 que el suelo ocupado por el inmueble adquirido por el recurrente estaba especialmente protegido. Consecuentemente, las acciones de expedir las certificaciones e informes posteriores, que cambiaron la calificación para el otorgamiento de las licencias solicitadas, como ya se consideró al tratar el recurso anterior, se subsumen bajo el tipo del art. 320 CP. En cuanto a la determinación del delito inducido, el recurso carece de fuerza argumentativa, toda vez que el hecho al que se induce consiste en informar favorablemente en un expediente urbanístico en contra de lo que jurídicamente correspondía.

C. Recurso de Eugenio.

SÉPTIMO.- El primer motivo del recurso se basa en la infracción del principio acusatorio. Afirma el recurrente que fue acusado por inducir al autor del hecho principal al delito de falsificación del art. 390. 1. 4º CP y a otro de prevaricación urbanística del art. 320 CP y resultó condenado por un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, por hechos diferentes a los expuestos en la acusación. El motivo debe ser estimado. El Fiscal concretó la acusación del recurrente en su escrito de conclusiones definitivas de 30.10.08, imputando al recurrente como inductor de un delito de falsedad y de otro de prevaricación del art. 320 CP.

La Audiencia entendió que no estaba probado que hubiera inducido al acusado Jaime a comisión de estos delitos, pero que, sin embargo, era punible como autor por el delito del art. 404 CP, por haber iniciado un expediente sancionatorio contra su hermano y haber alterado el sello de entrada de un oficio del Consell Balear. Todo ello con la finalidad de beneficiar a su hermano impidiendo que fuera sancionado en otra instancia con una sanción más grave.

La Audiencia consideró no se vulneró el principio acusatorio porque el acusado había sido interrogado sobre estos hechos en el juicio y que cabía la subsunción de estos bajo el tipo del art. 404, que estimó homogéneo respecto del tipo del art. 320 CP. Es correcto afirmar que los tipos del art. 404 y 320 son homogéneos, dado que el último sólo extiende la autoría a quienes, sin decidir, informan sobre la materia de la resolución administrativa. Pero, la inducción por el delito del art. 320 CP y la autoría del art. 404 CP no son homo-

géneas. En efecto, no ofrece dudas que el recurrente no fue acusado por haber informado en un proyecto de edificación, ni por haber dictado una resolución en asunto administrativo, sino sólo por haber inducido a quien informaba en los términos del art. 320 CP, es decir por una acción que no consiste en dictar una resolución administrativa injusta en el sentido del art. 404 CP.

Por lo tanto, no pudo haber sido interrogado con sentido acusatorio sobre una cuestión que, de acuerdo con la acusación del Fiscal, no formaba parte del objeto del proceso. Por tal razón el recurrente no pudo conocer la acusación por hechos que, desde el punto de vista de la Audiencia, podrían haber sido calificados como autoría de la acción del tipo del art. 404 CP. Por esta razón, se ha vulnerado el principio acusatorio.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Eugenio, contra Sentencia núm. 75/08 dictada con fecha 14 de noviembre de 2008, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 2ª, Rollo de Sala núm. 26/08; Procedimiento Abreviado núm. 3501/06, en causa seguida contra el mismo, con estimación del primer motivo, y en su virtud, casamos y anulamos dicha Sentencia en los extremos que afecten a dicho motivo, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por Jaime y Juan Carlos, contra la citada sentencia, en causa seguida contra los mismos por los delitos de falsedad en documento oficial, prevaricación administrativa, ambos en continuidad delictiva y contra la ordenación del territorio, quedando inalterada dicha sentencia en relación a estos recurrentes, condenándoles al pago de las costas ocasionadas en sus recursos.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Luciano Varela Castro.- Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 12 de Palma de Mallorca, se instruyó Procedimiento Abreviado núm. 3.501/2006, contra

Eugenio, Jaime y Juan Carlos, en cuya causa se dictó Sentencia núm. 75/08, con fecha 14 de noviembre de 2008, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 2ª, 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 y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera Sentencia.

FALLO

Que debemos de absolver y absolvemos a Eugenio por el delito del artículo 404 del Código Penal por el que venía condenado. Mantener los demás pronunciamientos de la sentencia núm. 75/08 dictada con fecha 14 de noviembre de 2008 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 2ª, en el Rollo de Sala núm. 26/08; Procedimiento Abreviado núm. 3.501/06 del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Palma de Mallorca.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Luciano Varela Castro.- Enrique Bacigalupo Zapater.

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

2009/299992

TS Sala 2ª. Sentencia 30 noviembre 2009. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

No hay vulneración del principio acusatorio

Delito de apropiación indebida

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el acusado y la acusación particular contra sentencia dictada en causa seguida por delito de apropiación indebida. Subraya el TS que el núcleo del debate no es otro que el contenido de los escritos de acusación que delimitan el objeto del

proceso y constituyen la base sobre la que versará el debate contradictorio, que debe realizarse en el momento del juicio oral. Sería contrario al derecho de defensa, continúa la Sala, y distorsionaría gravemente la coherencia del litigio, que se tomasen en cuenta hechos sobre los que el acusado no ha tenido oportunidad de conocer ni, por tanto, preparar su estrategia defensiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Corresponde examinar en primer lugar el recurso formalizado por la acusación particular, comenzando por el motivo segundo, que utiliza la vía del quebrantamiento de forma para denunciar que no se han resuelto todos los puntos jurídicos propuestos por la acusación.

1.- En su opinión, la sentencia carece de un pronunciamiento específico sobre la petición formulada para que se condenase por la existencia de un delito de estafa.

En realidad, viene a admitir que la sentencia, de forma indirecta, rechaza esta petición al afirmar que no es posible entrar en las alegaciones del escrito de calificación de la acusación particular por las razones que expone, sosteniendo que sólo es posible analizar los hechos y el tipo penal que recoge el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

2.- En el plano del quebrantamiento de forma, es evidente que el motivo carece de coherencia si lo ponemos en relación con lo que se expone en el precedente. Por ello, esta pretensión no tiene cabida, sin perjuicio de que la resolvamos al abordar el tema sustancial de la vulneración del principio acusatorio. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo primero denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, aunque en definitiva, de refiere a la errónea interpretación del principio acusatorio.

1.- Efectivamente, como señala la sentencia recurrida, debemos entrar en el núcleo del debate, que no es otro que el contenido de los escritos de acusación que delimitan el objeto del proceso y constituyen la base sobre la que versará el debate contradictorio, que debe realizarse en el momento del juicio oral. Sería contrario al derecho de defensa y distorsionaría gravemente la coherencia del litigio, que se tomasen en cuenta hechos sobre los que el acusado no ha tenido oportunidad de conocer ni, por tanto, preparar su estrategia defensiva.

2.- Como señala la sentencia, el Ministerio Fiscal redujo su imputación a una operación de venta de

neumáticos con el GROUPE CYNAMO, por lo que ese hecho concreto es el que debe ser objeto de valoración. La sentencia admite que la acusación particular, en el escrito de denuncia, no en el escrito de conclusiones provisionales, imputó al acusado tres operaciones fraudulentas, la que ya se ha mencionado y otras dos, una con una empresa china y otra polaca. Ahora bien, después de tramitadas las diligencias, tales hechos se diluyen y no son objeto de acusación, por lo que la Sala advierte que “ el escrito de calificación de la acusación particular no cubre las exigencias mínimas de imputación fáctica y jurídica que exige el artículo 24 de la Constitución “.

3.- Para llegar a esta conclusión, la sentencia realiza una exhaustiva valoración de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el contenido y alcance del principio acusatorio, cuya doctrina suscribimos íntegramente.

4.- La acusación particular, que es la que formula la queja comienza relatando con carácter general que el acusado se venía apropiando de cantidades entregadas por los clientes y que tales hechos fueron reconocidos por el acusado y acreditados documentalmente. Si más precisiones, califica los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida y de otro de estafa y fija la responsabilidad civil, es decir, el importe del perjuicio en 397.456 euros más intereses, evidentemente un importe superior al que fija el Ministerio Fiscal, por una operación concreta específicamente pormenorizada (43.520 euros).

Propone, como prueba documental, informes sobre operaciones bancarias cuyos importes de dinero superan con mucho las cifras manejadas por el Ministerio Fiscal, pero sin formular acusaciones concretas sobre estos hechos. También se hace referencia documental, pero no en los hechos, a operaciones realizadas con Hong Kong y con Polonia.

5.- Por Auto, de 3 de junio de 2008, se tiene por formalizados los escritos de acusación y se acuerda la apertura del juicio oral por los delitos de apropiación indebida y otro de estafa e incluso se deniega prueba solicitada por el acusado. Se reciben las actuaciones en la Audiencia Provincial y se pone en marcha el procedimiento para llegar a la celebración del juicio oral. Entre ellas, la solicitud de la documental admitida. Más adelante se solicita la suspensión del juicio oral por el acusado para que se aporte alguna prueba complementaria.

6.- Dados los términos en que se plantea el debate, resulta ilustrativo reproducir los términos literales del escrito de la acusación particular: “ Esta parte formuló denuncia contra el acusado, al haber detectado que

por éste se venían produciendo la apropiación de cantidades entregadas por clientes de la acusación particular, para pago de facturas en operaciones de exportación en las que mediaba el denunciado. Igualmente el denunciado distraía las cantidades que a sus cuentas en el extranjero le transfería la acusación particular para la realización de compras a empresas extranjeras y posterior importación a España.

Tales compras el denunciado o bien no las realizaba o bien destinaba la importación a su propio nombre y beneficio, sin que la acusación particular recibiera la mercancía ni por supuesto el dinero que había transferido el acusado a sus cuentas en el extranjero. Tales hechos fueron reconocidos por el demandado y acreditados documentalmente, tanto por los justificantes bancarios (extractos, justificantes de transferencias) aportados como por los documentos traducidos”.

7.- El día 12 de enero de 2009 tiene lugar la sesión de apertura sin que las partes planteen cuestiones nuevas. La defensa pide un análisis de la contabilidad. El Fiscal entiende que procedería la suspensión dado que su acusación es muy concreta y que aparecen otras operaciones. La acusación particular entiende que los hechos están reconocidos por el acusado pero no se opone a la suspensión, sometiéndose al criterio del Sala. La Sala acuerda la suspensión para volcar la documentación que ha llegado y para que “tengan, la defensa y la otra parte acusadora, margen de tiempo para estudiar la documentación y preparar acciones”. Se señala para el siguiente día 11 de marzo de 2009, fecha en que comienzan las sesiones del juicio oral.

8.- En estos términos, está fijado el objeto del debate y por tanto la preparación de la estrategia inicial para enfrentarse a los hechos concretos que han sido objeto de acusación y defensa. El interrogatorio, como puede leerse en el acta literalmente transcrita en su literalidad sobre la grabación efectuada, discurre sobre multiplicidad de negocios y sobre la naturaleza de las relaciones comerciales entre el acusado y la Acusación particular.

Se da paso a la prueba testifical compareciendo varias personas que ponen de relieve aspectos relacionados con los puntos que anteriormente hemos mencionado. Se tiene por reproducida la prueba documental y se señala para el día 25 de marzo para los informes, es decir, casi dos meses después de la sesión inicial.

9.- A la vista de la cuestión suscitada sobre el principio acusatorio tiene sumo interés el acta de la continuación del juicio oral. Se pregunta por las conclusiones y, tanto el Ministerio Fiscal, como la acusación particular y la defensa las elevan a definitivas. Las partes informan, en

apoyo de sus pretensiones, lo que permite todo género de explicaciones dialécticas pero no cambiar los términos y el objeto del debate sin causar indefensión y desvirtuar las reglas del debate.

10.- La acción quedó acotada, en su momento, por los hechos que se consignaron en las calificaciones provisionales. La Constitución ha elevado a la categoría de derecho fundamental, ser informado de la acusación para que pueda combatir aquellos aspectos que considera que no estaban probados preparando su estrategia defensiva. No es necesario un relato minucioso, pero nunca puede aceptarse una mención genérica a sucesos que carecen en absoluto de concreción y que, además, en un delito contra el patrimonio que ocasiona un perjuicio económico debe ser preciso en cuanto a la acción delictiva y los perjuicios derivados de específicas acciones ilícitas.

11.- En todo caso, las incidencias del juicio oral, momento decisivo del desenlace del proceso, pueden dar lugar a que se cambien los presupuestos iniciales de carácter fáctico a la vista de las pruebas practicadas, lo que debe permitir y permite, en el procedimiento abreviado, que la parte sorprendida o afectada por el cambio de relato fáctico acusatorio o por una nueva calificación jurídica de los hechos, solicite un tiempo para estudiarla.

El juez o tribunal, de oficio o también a petición de la parte afectada, podrá considerar un aplazamiento de la sesión a petición de la defensa para que pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Este nuevo período probatorio da paso a una posible nueva calificación de los hechos.

Quiere esto decir que el nervio o el hilo conductor del debate debe ser el contenido de los escritos de acusación, sin perjuicio de aportaciones dialécticas o complementos oratorios, pero nunca se puede permitir la indefensión que supone condenar por hechos que nunca han sido objeto de acusación, como sucede en el presente caso. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- La acusación particular formaliza un tercer motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba.

1.- Pretende que se consideren como documentos acreditativos del evidente error del juzgador aquellos en los que constan las operaciones con las empresas polaca y la que reside en Hong Kong y que acompañó con la denuncia y solicitó que se tuviese como prueba documental.

2.- Nadie discute su carácter documental, pero su valoración resulta imposible por las razones ya expues-

tas. La parte omitió cualquier posibilidad de debatir esta cuestión en el juicio, por lo que, de forma coherente con la decisión adoptada en relación con el principio acusatorio, no es posible corregir unos hechos, por lo que no se ha formulado acusación. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El motivo cuarto solicita, por la vía del error de derecho, la aplicación del delito de estafa en cantidad de notoria importancia.

1.- Estima que existe el elemento nuclear del engaño basado en la credibilidad profesional que el acusado inspiraba a la perjudicada.

2.- En relación con lo expuesto anteriormente, debemos repetir que la Sala sólo tomó en consideración el escrito de calificación del Ministerio Fiscal, no solo en la parte relativa al relato de hechos sino también en cuanto a su calificación jurídica que se centró en la existencia de un delito de apropiación indebida. Es imposible por tanto valorar la petición de la parte recurrente. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- El acusado formaliza dos motivos de casación que analizaremos en un solo apartado.

1.- El motivo primero denuncia la vulneración de sus derechos a la presunción de inocencia. Sostiene que no se trataba de un comisionista, sino de un trabajador que percibía emolumentos entre 12.000 y 15.000 euros al mes. Estima que las pruebas inculpatórias proceden de un testimonio interesado y que las cantidades que entraban en su cuenta, entendía que le eran debidas por la empresa. La sentencia dedica un amplio apartado a valorar la prueba existente, cuya realidad no niega el recurrente.

Los testimonios de los directivos de la empresa y la inexistencia de documento alguno que avale las tesis del recurrente sobre la existencia de un contrato de trabajo, lleva a la evidente conclusión de que los hechos han sucedido tal como los narra la sentencia.

2.- El motivo segundo denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en las cartas del grupo que figuran en los hechos probados como realizador de la operación que se le imputa. Sostiene que actuó como intermediario, aunque el testimonio de un directivo y la ausencia de documentación contradictoria, acredita que no tenía autorización para ordenar transferencias bancarias. Las cartas, que pueden ser consideradas como documentos a efectos de casación, no evidencian un error en el juzgador y mucho menos sirven para acreditar que los ingresos en su cuenta se hubieran hecho por orden de la entidad que formula la acusación particular. Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Carlos y "Neumáticos El Val, S.L.", contra la sentencia dictada el día 30 de marzo de 2009 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª en la causa seguida contra el mismo por delito de apropiación indebida. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada 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 Tolivar.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallin.

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

2009/307278

TS Sala 2ª. Sentencia 30 noviembre 2009. Ponente: D. Luciano Varela Castro

Al no acreditarse el orden de escritura de los datos del efecto que se dice falso Absolución de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa

Se estima el recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve a la recurrente de los expresados delitos, pues la sentencia no ha dicho cual fue el orden de escritura de datos del efecto que se dice falso; más concretamente si fue la penada la que precedió en escribir su parte -importe y beneficiario- o fue el librador quien lo hizo en primer lugar, de suerte que, al firmar éste, aún no constaban aquellos otros datos. Esa ausencia de precisión predica ausencia de prueba del dato a precisar, y, con ello, ausencia de un presupuesto esencial del tipo de falsedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alterando el orden de proposición de los motivos examina-

remos en primer lugar, la alegación de vulneración de presunción de inocencia, formulado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el que se manifiesta que no existe prueba que permita sostener la existencia de "alteración del pagaré" ni tampoco "engaño" que de lugar a la estafa.

Ciertamente en el motivo primero se alega también error en la valoración de la prueba que lleva a proclamar que la acusada alteró el efecto mercantil, cuando, según la recurrente, ella completa su texto, pero antes de ser firmado por el librador, de manera auténtica, lo que excluiría aquella supuesta alteración.

Y este motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal que con tino destaca como el discurso de la sentencia no ha cuidado de especificar si la condenada incluye en el texto del efecto el importe y beneficiario antes o después de la firma del librador, que no se cuestiona sea auténtica.

Entendemos que este cauce del error es poco aceptable ya que, invocándose el acta del juicio como documento, resulta claro que la misma no está revestida de la naturaleza de documento a los efectos de este motivo de casación.

Pero, como dice con acierto el Ministerio Fiscal, lo no discutible es que la sentencia no ha dicho cual fue el orden de escritura de datos del efecto que se dice falso. Más concretamente si fue la penada la que precedió en escribir su parte -importe y beneficiario- o fue el librador quien lo hizo en primer lugar, de suerte que, al firmar éste, aún no constaban aquellos otros datos.

Esa ausencia de precisión predica ausencia de prueba del dato a precisar. Y, con ello, ausencia de un presupuesto esencial del tipo de falsedad. Porque la eventualidad de que la firma sea el acto final del proceso implica que el firmante asume como propio lo que el documento ya proclama en ese momento. Y con ello lo reviste de autenticidad. Lo opuesto a la falsedad.

Por ello se estima el citado motivo amparado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, antes que el primero.

SEGUNDO.- No apoya el Ministerio Fiscal el mismo motivo de protesta de vulneración de presunción de inocencia en relación al delito de estafa.

La tesis acusadora, mantenida por la sentencia recurrida, sería que, incluso excluida la falsedad, permanece el engaño constituido por la apariencia de titularidad de un crédito contra el librador por parte del beneficiario designado en el efecto cobrado.

Se parte de una consideración sobre la carga de la prueba que, se

dice, correspondería a la acusada: como no prueba el crédito que dice satisfacerse con el cobro del efecto, no sería legítima poseedora del efecto, y lograría el desplazamiento patrimonial por el error generado por la apariencia legitimada en la posesión del efecto.

Tal distribución de cargas en cuanto a lograr el convencimiento del juzgador no es compatible con la garantía constitucional de presunción de inocencia. La eventualidad, que ha quedado asumida como posible, de que el librador firmase el efecto después de que en éste figurase quien era la beneficiaria y el importe de su valor, pone a cargo de quien niegue la existencia de un crédito que justifique tales datos la prueba al menos de que el efecto se libró para pago de algún otro crédito.

Pero una genérica alusión a que el librador tenía por costumbre firmar, incluso en blanco, los efectos que le presentaba la acusada, no puede desplazar a ésta la carga de la prueba del hecho acreditativo de su inocencia, es decir de la inexistencia del engaño, forzándola a acreditar que tenía un crédito determinado como antecedente del libramiento del efecto que la designa como beneficiaria.

Por ello también estimamos el mismo motivo en relación al delito de estafa.

Lo que hace innecesario el examen de los demás motivos.

TERCERO.- La estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas del mismo conforme al art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Araceli, contra la sentencia dictada por la Sección decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 17 de octubre de 2008, que la condenó por un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa, sentencia que se casa y se anula para ser sustituida por la que a continuación se dicta. Declarando de oficio las costas derivadas de este recurso.

Comuníquese dicha sentencia y la que a continuación se dicte a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa rollo núm. 40/08 seguida por la Sección decimosexta de la

Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 4.830/06, incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Madrid, seguido por un delito de estafa en concurso con un delito de falsedad documental, contra Araceli, con permiso de residencia núm. NUM001, nacida el día 20 de julio de 1979, hija de Gheorghe y de Nina, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de octubre de 2008, la cual ha sido recurrida en casación por la procesada, y ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admite la declaración de hechos probados de la recurrida con dos matices: a) no consta que la acusada integrase el texto del efecto cobrado, después y no antes de que lo firmase el librador, y b) no consta que al acusada no fuese legítima poseedora del título que hizo efectivo por no ser acreedora de su importe frente al librador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones dichas en la anterior sentencia los hechos, tal como han quedado probados, no son constitutivos ni del delito de falsedad ni del de estafa.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvermos a Araceli, del delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa, por el que venía acusada, dejando sin efecto las medidas acordadas respecto a ella por razón de tal acusación, y declarando de oficio las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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

diente administrativo remitido en tiempo y forma, aquel ingresó en el Servicio de Digestivo del Complejo Hospitalario de Juan Canalejo el día 17 de octubre de 1992 con diagnóstico de una úlcera duodenal siendo alta el día 26 del mismo mes.

El 24 de octubre de 1996 vuelve a ser ingresado debido a una insuficiencia valvular aórtica, ante lo que se decide la sustitución valvular por una prótesis mecánica. Se le da el alta con prescripción de tratamiento anticoagulador oral con dicumarínicos (Sintrón).

El día 30 de enero de 1999 ingresó de nuevo en el Servicio de Digestivo con clínica idéntica a la del primer ingreso, esto es úlcus péptico, con objetivación mediante endoscopia de úlcera duodenal con signos de sangrado.

Se suspende el tratamiento anticoagulador oral (en adelante TAO) con buena evolución por lo que al cuarto día del ingreso se reinicia tratamiento anticoagulador con heparina, si bien al presentar nuevo cuadro de sangrado con shock hipovolémico se acuerda la suspensión del tratamiento.

Es dado de alta el día 22 de febrero con recomendación de mantenimiento de la suspensión del TAO por período de 10 a 15 días.

El día 2 de marzo de 1999 sufre en su domicilio un accidente cerebrovascular (en adelante ACV) isquémico por el que es ingresado de nuevo en el Servicio de Medicina Interna del Hospital Juan Canalejo permaneciendo de baja médica hasta el día 11 de marzo de 1999 e ingresado el día 5 de abril en el Servicio de Rehabilitación.

El ACV isquémico con núcleo lenticular izquierdo cursó una hemiparesia derecha y disantría residual, úlcus duodenal y prótesis valvular por insuficiencia aórtica desde 1996.

El recurrente es declarado en situación de Incapacidad Permanente en grado de Gran Invalidez el día 17 de noviembre de 1999.

Con base en lo anterior, el recurrente formuló reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración y, tras producirse el silencio administrativo, trajo su pretensión indemnizatoria a la vía jurisdiccional. La sentencia ahora impugnada desestima dicha pretensión, por dos razones.

Por un lado, considera que la decisión de 1996 de implantar una válvula mecánica en la aorta -en vez de una válvula biológica- no fue contraria a la lex artis. Explica que, si bien la válvula mecánica comporta la necesidad permanente de un tratamiento anticoagulador, la válvula biológica implica a menudo problemas de rechazo. Así, dadas las característi-

cas del paciente y tenidos en cuenta los informes periciales recogidos en las actuaciones, concluye que fue correcto optar por una válvula mecánica.

Añade que consta la existencia de consentimiento informado del paciente a esta operación, así como que se le habían proporcionado explicaciones exhaustivas y completas. Por otro lado, la sentencia impugnada considera que la decisión de 1999 de interrumpir temporalmente el tratamiento anticoagulante para zanjar la hemorragia en la úlcera duodenal tampoco fue contraria a la lex artis; y ello porque, en la disyuntiva entre un riesgo cierto de muerte por hemorragia y un riesgo probable de isquemia por interrupción del tratamiento anticoagulador, los médicos optaron por hacer frente al riesgo cierto.

SEGUNDO.- Se basa este recurso de casación en tres motivos, formulados todos ellos al amparo del art. 88.1.d) LJCA. En el motivo primero, se alega infracción del art. 106 CE y de los arts. 139 y 141 LRJ-PAC, por entender que el evento lesivo fue consecuencia de un alta hospitalaria que no habría debido producirse en el momento y el modo en que se produjo.

En el motivo segundo, se alega infracción de los arts. 6 y 10 de la Ley General de Sanidad de 1986, sosteniendo que no se respetó el requisito del consentimiento informado. En el tercer motivo, se reitera lo anteriormente dicho con cita de varias sentencias de esta Sala relativas al consentimiento informado.

TERCERO.- El motivo primero no puede prosperar, ya que en el mismo se limita el recurrente a hacer una valoración de los hechos distinta de la efectuada por el tribunal a quo y, como es bien sabido, en casación sólo cabe revisar el relato fáctico establecido en la instancia si se demuestra que el material probatorio fue objeto de una apreciación irracional o arbitraria.

No es éste el caso. Y tampoco es posible sostener, a la vista de los hechos probados, que los médicos se desviarían en ningún momento de las exigencias de la lex artis.

CUARTO.- En cuanto a los motivos segundo y tercero, que pueden ser examinados conjuntamente por versar sobre un mismo tema, tampoco merecen ser estimados. Que hubo consentimiento informado en 1996 para la implantación de una válvula mecánica en la aorta es algo que la sentencia impugnada tiene por probado, sin que el recurrente haya aportado razón alguna por la que esta constatación deba tacharse de irracional o arbitraria.

De aquí que el reproche de falta de consentimiento informado sólo pueda referirse a las decisiones de 1999 de interrumpir temporalmente el tra-

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/4799

TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 26 enero 2010. Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Responsabilidad patrimonial de la Administración

Reclamación denegada por daños derivados de asistencia sanitaria por existencia de consentimiento informado

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró ajustada a derecho la resolución denegatoria de una reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por daños derivados de la asistencia sanitaria. La Sala, habida cuenta que no es posible sostener, a la vista de los hechos probados, que los médicos se desviarían en ningún momento de las exigencias de la "lex artis", establece que la circunstancia de que hubo consentimiento informado en 1996 para la implantación de una válvula mecánica en la aorta es algo que la sentencia impugnada tiene por probado, sin que el recurrente haya aportado razón alguna por la que esta constatación deba tacharse de irracional o arbitraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Alberto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de

Justicia de Galicia de 23 de febrero de 2005.

Los siguientes hechos han sido tenidos por probados en la instancia:

Según resulta de la historia clínica del recurrente incorporada al expe-

tamiento anticoagulador para hacer frente a la hemorragia de la úlcera duodenal y de dar el alta hospitalaria al paciente una vez controlada dicha hemorragia. La verdad es que el recurrente no es del todo claro a este respecto.

Ahora bien, cualquiera que sea la idea que el recurrente quería expresar, es claro que ninguna de esas dos decisiones de 1999 vulneró el requisito del consentimiento informado, impuesto por el art. 10 de la Ley General de Sanidad de 1986 entonces vigente.

Dicho precepto exigía el consentimiento informado por escrito "para la realización de cualquier intervención"; y ni la interrupción temporal del tratamiento anticoagulador ni el alta hospitalaria pueden, en rigor, ser calificadas como una "intervención", pues no supusieron intromisión en la esfera corporal. Lo primero fue una prescripción médica, y lo segundo sencillamente poner término a la estancia en el hospital.

De aquí que no pueda tenerse por infringida una norma que no era aplicable. Pero hay más: ninguna de esas dos decisiones pueden tacharse de contrarias a la *lex artis*, pues la interrupción temporal del tratamiento anticoagulador fue necesaria para hacer frente a un riesgo cierto de muerte y, en cuanto a la posterior alta hospitalaria, no quedó probado en la instancia que fuese prematura.

QUINTO.- Con arreglo al art. 139 LJCA, la desestimación total del recurso de casación trae consigo la imposición de las costas al recurrente. Teniendo en cuenta que los escritos de oposición de las dos partes recurridas son literalmente idénticos, no puede decirse que haya habido realmente dos actividades letradas diferentes, por lo que sólo debe resarcirse una de ellas.

Por ello, ajustándose al criterio usualmente seguido por esta Sección 6ª, quedan las costas fijadas en un máximo de mil quinientos euros en conjunto para los honorarios de abogado de ambas partes recurridas.

FALLO

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Alberto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de febrero de 2005, con imposición de las costas al recurrente hasta un máximo de mil quinientos euros en conjunto

para los honorarios de abogado de ambas partes recurridas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

2010/9998

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 9 febrero 2010. Ponente: D. Antonio Martí García

En atención a la autoliquidación e ingreso

Cuotas mensuales por débitos a la Seguridad Social

Inadmite el TS el recurso de casación interpuesto contra sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Valencia de la Tesorería General de la SS, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución desestimatoria a su vez de la solicitud de devolución de ingresos indebidos. Declara la Sala, entre otros pronunciamientos, que es doctrina reiterada de este Tribunal que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración son las cuotas mensuales, en atención a que se auto liquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos, doctrina plenamente aplicable al presente supuesto, en el que lo que se reclama es la devolución de cuotas abonadas a la Seguridad Social. En el caso examinado, ninguna de las cuotas mensuales rebasaría la cantidad de tres millones de pesetas -18.000 euros-, teniendo en cuenta que la liquidación impugnada abarca los meses de febrero de 2001 a enero de 2005, por lo que extendiéndose el período liquidado a 48 meses, razonablemente ninguna de las cuotas mensuales podría ser superior al límite exigido para el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina

es excepcional y subsidiario respecto a la casación propiamente dicha.

Cuando no es posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional, por razón exclusivamente de la cuantía litigiosa -artículo 86.2.b) de la LRJCA - la Ley permite -artículo 96 - que puedan ser recurridas con la finalidad primaria de unificar la doctrina ante la existencia de fallos incompatibles.

Por tanto, como establece el apartado 3 del artículo 96, sólo son susceptibles de aquel recurso las sentencias contra las que no quepa el recurso de casación ordinario y, además, siempre que su cuantía exceda de tres millones de pesetas (18.000 euros).

También es preciso tener en cuenta que, en aplicación de la regla contenida en el artículo 41.3 de la LRJCA, en los casos de acumulación o de ampliación de pretensiones -es indiferente que tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional- aunque la cuantía del recurso venga determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquella, no comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de casación, a lo que debe añadirse que, con arreglo al artículo 42.1.a) de la misma Ley, para fijar el valor de la pretensión se tendrá en cuenta el débito principal (cuota), pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél.

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa, aunque la Sala de instancia fijó la cuantía en 65.019,64 euros, dicho importe responde a la totalidad de la cantidad solicitada por la parte ahora recurrente, por el período comprendido de febrero de 2001 a enero de 2005, correspondiente a devolución de ingresos indebidos como consecuencia de la integración en la base de cotización adicional por horas extraordinarias de un concepto retributivo denominado "Horas de viaje".

Es doctrina reiterada de este Tribunal que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración son las cuotas mensuales, en atención a que se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos, doctrina plenamente aplicable al presente supuesto, en el que lo que se reclama es la devolución de cuotas abonadas a la Seguridad Social. En este sentido, entre otras, las

sentencias de 24 de junio de 2001, 6 de junio de 2002, 16 de octubre de 2002, 23 de julio de 2003, 17 de septiembre de 2003, 1 de octubre de 2003, 22 de octubre de 2003, 17 de diciembre de 2003, 23 de marzo de 2004, 12 de abril de 2004, 21 de abril de 2004, 4 de mayo de 2004, 25 de mayo de 2004, 1 de junio de 2004, 10 de junio de 2004, 15 de junio de 2004, 22 de junio de 2004, 13 de julio de 2004, 20 de julio de 2004, 14 de septiembre de 2004, 21 de septiembre de 2004, 23 de noviembre de 2004 y 19 de enero de 2005, dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina.

En el caso examinado, ninguna de las cuotas mensuales rebasaría la cantidad de 3.000.000 de pesetas (18.000 euros), teniendo en cuenta que la liquidación impugnada abarca los meses de febrero de 2001 a enero de 2005, por lo que extendiéndose el período liquidado a 48 meses, razonablemente ninguna de las cuotas mensuales podría ser superior al límite exigido para el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso de casación.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, procede la imposición de las costas a la parte recurrente, fijándose en 1.800 euros para el Letrado de la parte recurrida, en atención a la naturaleza y entidad del asunto y al criterio de esta Sala para supuestos similares.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Procurador Dª Natalia del Moral Aznar, en nombre de "FCE Bank" contra la sentencia de 6 de noviembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso contencioso administrativo núm. 1515/05, que se declara firme; con condena en costas de la recurrente de conformidad a lo expuesto en el último fundamento jurídico.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.



EL DERECHO

Año XVII. Número 2823

Madrid, 27 de abril de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

RESEÑA

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



2009/276012

TS Sala 1ª, Sentencia 5 noviembre 2009.
Ponente: D. Encarnación Roca Trías

Nulidad de testamento por falta de capacidad de la testadora

El TS desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que declaró la nulidad del testamento litigioso y de sus nombramientos al carecer de capacidad la testadora por estar afectada por un alcoholismo crónico y por la captación de su voluntad por su hijo. Señala la Sala que el Notario debe apreciar la capacidad del testador, pero este no es un juicio definitivo, puesto que se viene manteniendo la posibilidad de destruir la presunción de capacidad que se deriva de las afirmaciones notariales.

2009/283141

TS Sala 1ª, Sentencia 3 diciembre 2009.
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Validez de institución hereditaria ante el desconocimiento de la condición impuesta

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a los demandados al considerar que éstos no conocían la condición estipulada en el testamento otorgado por la causante referida a su cuidado y asistencia y por ello imposible era cumplirla, no afectando por ello a la validez de la institución de herederos efectuada por la causante.

2009/283149

TS Sala 1ª, Sentencia 9 diciembre 2009.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Falta de ejecutividad de pagaré al no constar lugar de emisión

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el ejecutante cambiario contra la sentencia de la AP que revocando la de instancia admite la

oposición a la ejecución, al no constar en el pagaré el lugar de emisión del mismo, siendo este un requisito indispensable cuya ausencia provoca la falta de ejecutividad del título.



2009/283157

TS Sala 2ª, Sentencia 20 noviembre 2009.
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Absolución de los delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa

Interpone recurso de casación la condenada en la instancia como autora de un delito contra la salud pública, y de delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa, y, en segunda sentencia, absuelve a la recurrente de dichos delitos continuados. Señala el TS, entre otros pronunciamientos, que la invalidez de las conversaciones telefónicas utilizadas como primer elemento probatorio para fundamentar la autoría de la hoy recurrente y la confusión en que incurrió la Sala de instancia al apreciar el testimonio de la testigo, así como la declaración dubitativa y ambigua de ésta en lo que atañe a la autoría de la acusada, impide considerar a ésta como la autora de los delitos de falsedad y estafa, al no haberse enervado su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

2009/283165

TS Sala 2ª, Sentencia 18 noviembre 2009.
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Absolución del delito de apropiación indebida por no existir desplazamiento patrimonial

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a sentencia que absolvió al acusado del delito de apropiación indebida que se le imputaba. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que el relato fáctico de la sentencia no es coincidente con el que presentó el Ministerio Fiscal en el enjuiciamiento. En las conclusiones de la acusación se refería que el acusado había incorporado a su patri-

monio la mercancía que le había sido entregada, en tanto que en el hecho probado de la sentencia no se refiere esa incorporación. Al no existir desplazamiento patrimonial no existe presupuesto fáctico para la aplicación del tipo penal de la apropiación indebida.



2010/4808

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 28 enero 2010.
Ponente: D. Juan José González Rivas

Carácter pensionado de la concesión de la medalla de plata al mérito policial

El TS declara la indebida admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia que declaró ajustadas a derecho las resoluciones denegatorias de las reclamaciones de los actores recurrentes sobre la percepción de una pensión aneja a la medalla de plata al mérito policial concedida por Orden Ministerial a funcionarios del entonces Cuerpo Superior de Policía integrantes de la Brigada Central de Información con carácter honorífico y a título colectivo, habida cuenta que, conforme a reiterada jurisprudencia, se trata de una cuestión de personal que no afecta al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, por lo que no es susceptible de acceso a la vía casacional de unificación de doctrina, al tratarse de la inclusión de los recurrentes en el ámbito de aplicación de la concesión de la medalla de plata al mérito policial que tiene carácter pensionado.

2009/327321

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 23 diciembre 2009. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Extensión de efectos de la sentencia que reconoce el componente singular del complemento específico

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración

General del Estado contra los los Autos dictados en pieza separada de extensión de efectos de la sentencia, por la que se reconoció el derecho de los actores a percibir el componente singular del complemento específico abonado a los Especialistas de Seguridad del Banco de España y Escolta de Caudales Públicos en la cuantía asignada en el Catálogo de Puestos de Trabajo vigente desde el mes de junio 1997 o desde la incorporación a sus puestos de trabajo en el caso de que éste fuera superior a dicha fecha, pues ninguno de los dos argumentos esgrimidos por la recurrente es válido para poder acoger las infracciones denunciadas en esta casación, ya que, en lo que se refiere al primero, debe decirse que el texto del art. 110 LJCA no incluye la exigencia de que se trate de "actos masa". Y en lo que se refiere al segundo de los argumentos, cabe concluir que la identidad determinante de la extensión debe ser medida con los mismos criterios que son enumerados para ese mismo presupuesto en el recurso de casación para la unificación de doctrina, esto es, que será de apreciar cuando exista una sustancial igualdad en los hechos, fundamentos y pretensiones de las situaciones que sean objeto de contraste.



2009/300337

TS Sala 4ª, Sentencia 13 octubre 2009.
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Rescate de los derechos consolidados en un plan de pensiones

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que, revocando la de instancia, excluyó de la movilización de los derechos consolidados que al actor le correspondían en el Fondo de Pensiones del banco codemandado, la parte de provisión matemática constituida por la capitalización de las aportaciones no imputables fiscalmente.

La Sala declara que la fecha determinante de la legislación aplicable en orden a fijar el importe de los derechos consolidados y a sus posibilidades de movilización viene marcada por el día en que se produjo la extinción de la relación laboral y, en este caso, la normativa vigente incluía en los derechos consolidados la cuota parte de las provisiones matemáticas del fondo de capitalización y de las reservas patrimoniales que integran el margen de solvencia; por otro lado, la mencionada normativa no permite que sea la negociación colectiva la que fije la forma de cuantificar los derechos consolidados, como erróneamente los recurridos sostienen, por tanto, se confirma la sentencia dictada por el juzgado.