



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 2786

Madrid, miércoles 27 de enero de 2010



2009/276006

TS Sala 1ª, Sentencia 5 noviembre 2009. Ponente: D. Francisco Marín Castán

De los centros de educación especial

Responsabilidad parcial en el accidente de una alumna con minusvalía psíquica

Se plantea la posible responsabilidad civil de dos sociedades cooperativas andaluzas, respectivamente titulares de un colegio de educación especial y de un centro de la naturaleza, dos profesores del primero y una monitora del segundo, ante la caída de una de las alumnas que padece una disminución psíquica pero sin limitación física alguna. La Sala estima parcialmente el recurso de casación, señalando que no advierte culpa o negligencia por parte de los profesores del colegio, puesto que no se encontraban en el lugar del accidente en el instante en el que se produjo, y dicha ausencia estuvo justificada. Entre otros motivos, califica de imprudente la actuación de la monitora, por encontrar causalidad entre la conducta de la misma y el hecho dañoso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante de este recurso de casación versa sobre la posible responsabilidad civil de dos sociedades cooperativas andaluzas respectivamente titulares de un colegio de educación especial y de un centro de la naturaleza, dos profesores del primero y una monitora del segundo, con obligación de indemnizar en su caso a cargo de la aseguradora de cada uno de los dos centros, por las lesiones y secuelas de una joven de dieciséis años, que padecía una disminución psíquica del 34% (de leve a moderada) sin limitación física alguna, sufridas a consecuencia de una caída de espaldas desde el pretil de un puente a un pequeño arroyo en la finca donde el centro de la naturaleza desarrollaba su actividad, caída con ocasión de la cual la joven sufrió un traumatismo craneoencefálico, con fractura de vértebra cervical 7ª que invadió el canal raquídeo, quedándole como

secuela una tetraplejía de nivel C6 C7 con material de osteosíntesis en la columna y perjuicio estético muy importante.

La demanda, interpuesta por la madre de la joven en su propio nombre y derecho y como representante legal de su hija entonces menor de edad y luego incapacitada, se presentó el 18 de marzo de 2002 contra las sociedades cooperativas, profesores, monitora y aseguradoras ya mencionados, fue desestimada en primera instancia e, interpuesto recurso de apelación por la demandante, el tribunal de segunda instancia lo desestimó confirmando la sentencia apelada.

Fundamentos de la sentencia de primera instancia son, en esencia, los siguientes:

a) Los hechos sucedieron el último de los tres días dedicados por el colegio a la actividad en el centro de la naturaleza.

b) La joven estaba integrada en un grupo de diez alumnos mayores que ella, sin ninguna limitación física y algunos con un grado de disminución psíquica muy superior al de ella.

c) La joven practicaba equitación anteriormente, así como actividades con los boy-scouts, y conocía el camino que atravesaba el puente desde días e incluso años anteriores.

d) La salida del grupo hacia la granja de ordeño por ese camino se produjo sin que lo supieran los dos profesores demandados, encargándose de los jóvenes la monitora demandada.

e) No cabe apreciar culpa alguna en profesores o monitora ni tampoco relación de causalidad entre su conducta y el daño, porque la caída se produjo por causas desconocidas y "todo aconteció de forma inmediata e instantánea", ya que la joven "se sentó y cayó", de suerte que la presencia de los dos profesores junto a la monitora nada habría podido evitar.

f) En consecuencia lo sucedido debe calificarse como caso fortuito conforme al art. 1105 CC.

La sentencia de apelación, por su parte, contiene el siguiente relato de hechos probados: "la mañana de aquel día Dª Virginia se persona en el edificio donde se alojan los alumnos para llevarlos a la actividad del ordeño como estaba previsto. La profesora Dª Celia fue al aseo antes de partir con el grupo. El profesor D. Luis fue a acompañar a otro alumno a llamar por teléfono antes de salir, y Dª Virginia le dijo a otra profesora del grupo, Dª Adriana, que le avisara a Celia de que iba saliendo con el grupo, lo que así hizo en cuanto se la encontró. Iniciaron el camino y al llegar a la altura del puente se cruzaron con el monitor D. Conrado que preguntó a Dª Virginia por las llaves. Y fue en ese momento en que intercambiaron ese breve diálogo cuando se produjo el accidente. Debe destacarse que la reacción de Juana de sentarse en el pretil del puente y la caída al arroyo no tuvo solución de continuidad, desarrollándose todo en un mismo acto, de forma súbita e instantánea, posiblemente como consecuencia del propio

SUMARIO

TS

CIVIL

Responsabilidad parcial en el accidente de una alumna con minusvalía psíquica 1

Inexistente consideración como indebidos de honorarios de abogados 4

PENAL

Engaño suficiente en delito de estafa acreditado en prueba documental 4

ADMINISTRATIVO

Nulidad parcial de la regularización practicada al club de fútbol por retenciones de trabajo personal 5

Necesidad de publicación en los diarios oficiales las normas urbanísticas de los planes de ordenación urbana 10

SOCIAL

Adecuada cantidad abonada por el FOGASA por insolvencia empresarial 13

Disfrute de billete gratis de ida y vuelta como condición más beneficiosa 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

impulso al sentarse y la escasa anchura del pretil, de 25 de centímetros tan solo. Y decimos que posiblemente este fue el motivo de la caída porque no se ha aportado a los autos ningún hecho, razón o causa que explique por qué a Juana se le fue el cuerpo hacia atrás cuando se sentó y cayó al arroyo, -en la propia demanda se dice que '... se sentó en el pretil del puente y por causas que se desconocen cayó desde el puente al arroyo...'-, por lo que ante la ausencia conocida de algún acontecimiento, factor, fuerza o impulso exógeno, hemos de convenir que la caída no tuvo otra causa que el propio desequilibrio sufrido por Juana en el momento de sentarse en el estrecho y bajo pretil".

Sobre tales hechos el tribunal hace, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) No cabe apreciar imprudencia alguna en los dos profesores del colegio, ya que uno acompañó a un alumno a telefonar y la otra fue al cuarto de baño justamente antes de partir hacia la granja de ordeño, quedándose el grupo mientras tanto en el hall al cuidado de una tercera profesora y de la monitora del centro de la naturaleza.

b) Cuando esta última decide salir con el grupo porque puede pasarse el momento apropiado del ordeño, la profesora que ha ido al cuarto de baño no se entera hasta que se lo comenta la otra profesora, y el profesor le pide a la monitora que le espere.

c) Sin embargo, cuando los dos profesores alcanzan al grupo ya se ha producido la caída de la joven.

d) Sí cabe apreciar imprudencia en la monitora por salir con el grupo de alumnos sin esperar a los dos profesores, ya que "las características del grupo de jóvenes alumnos con discapacidad hace preciso actuar siempre con una estricta y rigurosa observancia de las condiciones de seguridad y control del grupo, por lo que era más prudente no partir sin que estuviesen presentes todos los responsables del cuidado y protección de los menores disminuidos".

e) Tal imprudencia debe calificarse de leve porque, en primer lugar, era inminente la incorporación de los dos profesores al grupo y, en segundo lugar, el traslado al establo a pie "no constituye ninguna actividad de riesgo o peligro que exija la adopción de medidas de control y vigilancia de especial significación".

f) Sin embargo, aplicando la jurisprudencia sobre la causalidad adecuada o eficiente no cabe apreciar relación de causalidad entre la imprudencia de la monitora y el resultado dañoso, pues la actuación de la joven al sentarse en el pretil del puente "fue tan súbita, repentina e imprevisible que nadie la hubiese podido impedir".

g) "Como la caída fue instantánea, parece obvio que por muchas personas adultas, por más profesores que hubiese allí, nadie hubiese podido evitar que cayese hacia atrás".

h) "Se trató de un repentino e incontrolable acto de la joven con simultáneo desequilibrio y caída al vacío".

i) Aunque "podría argumentarse que si Juana se sentó en el pretil fue porque la monitora se paró en el puente cuando su compañero le preguntó por unas llaves", sin embargo ese mínimo tiempo "ni puede estimarse un acto imprudente ni tendría virtualidad suficiente para ser la causa adecuada o eficiente del mal causado".

j) Las fotografías del puente unidas a las actuaciones revelan que el paso por él no reviste peligro alguno.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la actora-apelante mediante un solo motivo fundado en infracción de los arts. 1902 y 1903 CC, y en uno de los tres escritos de oposición al recurso, el presentado conjuntamente por los dos profesores del colegio, se plantea como cuestión previa, al amparo del art. 483.2 LEC de 2000, su inadmisibilidad.

SEGUNDO.- La inadmisibilidad propuesta por dicha parte recurrida debe ser rechazada porque, fundada en que el recurso se aparta de los hechos que la sentencia impugnada declara probados al omitir algunos, dar por probados otros que la sentencia no tiene por tales o discrepar de declaraciones fácticas del tribunal sentenciador, lo que en realidad se hace en el escrito de oposición es presentar como cuestiones puramente de hecho las que en realidad comportan, junto a un hecho, un juicio de valor. Así sucede, por ejemplo, con la alegada discrepancia que se refiere a si el paso por el puente entrañaba o no algún riesgo, cuestión en la que efectivamente son hechos las características del puente pero no la valoración del riesgo inherente a pasar por él; o con la alegada afirmación como

probados de hechos que no son tales, pues la recurrida se refiere a si el grupo de alumnos tenía que ir acompañado en todo momento por dos profesores del colegio, cuestión que pertenece al juicio de valor sobre las medidas organizativas adecuadas a ese grupo de alumnos. Si a ello se une, en fin, que la omisión en el recurso de alguna circunstancia de hecho afirmada por la sentencia recurrida se subsana fácilmente mediante la transcripción de sus hechos probados en el fundamento jurídico anterior de esta sentencia de casación, la conclusión no puede ser otra que la admisibilidad del recurso porque, en esencia, lo que somete a la consideración de esta Sala es si, dados los hechos que desde la sentencia de primera instancia se vienen declarando probados, debe o no estimarse la demanda contra todos o algunos de los demandados por haber infringido la sentencia de apelación los arts. 1902 y 1903 CC al aplicarlos a tales hechos.

TERCERO.- La parte recurrente sostiene que se han infringido los arts. 1902 y 1903 CC por diversas razones que, en esencia, son las siguientes:

a) Las características de los alumnos entrañaban un mayor riesgo, y por eso se distribuían en grupos homogéneos, a cada uno de los cuales se adscribían dos profesores del colegio con independencia de que en las actividades del centro de la naturaleza también estuvieran presentes sus monitores.

b) Hubo negligencia de los profesores del colegio porque no estaban presentes cuando la joven se cayó desde el puente.

c) La responsabilidad de la monitora del centro de la naturaleza es evidente porque decidió unilateralmente dirigirse a los establos con los alumnos sin esperar a los dos profesores.

d) La responsabilidad de profesores y monitora, fundada en el art. 1902 CC, se extiende a sus respectivos centros por aplicación del párrafo cuarto del art. 1903 del mismo Cuerpo legal; e) además, hay una responsabilidad propia del centro de la naturaleza, fundada en el citado art. 1902, ya que el puente, por sus características, entrañaba un riesgo indiscutible si se tiene en cuenta que el centro también era visitado por grupos de alumnos con algún tipo de discapacidad; f) hubo relación de causalidad según los criterios de im-

putación objetiva, pues resultaba predecible el daño derivado de un accidente y el incremento de un riesgo; y g) la existencia de protecciones en el puente habría evitado la caída de la joven, y la presencia de los dos profesores habría impedido que se sentara en el pretil.

CUARTO.- El motivo así planteado deber se estimado en parte, no en cuanto pretende se declare responsables a los dos profesores del colegio y, con base en ello, a la sociedad cooperativa andaluza titular del centro, pero sí en cuanto pretende se declare la responsabilidad del centro de la naturaleza y de su monitora.

En cuanto a los primeros, esta Sala comparte el juicio del tribunal sentenciador que no advierte culpa o negligencia alguna en su actuación porque, de un lado, el grupo de alumnos emprendió la marcha hacia el establo por iniciativa de la monitora del centro de la naturaleza en un momento en el que ambos se encontraban ausentes, esto es, sin su conocimiento; y de otro, su ausencia estaba justificada, ya que uno de los profesores había acompañado a un alumno a llamar por teléfono, cumpliendo el deber de vigilancia que le correspondía dadas las especiales características de los alumnos del grupo, y la otra había ido al cuarto de baño por el tiempo imprescindible antes de la actividad programada. No consta que la referida monitora les anunciara su propósito de adelantarse con el grupo y, en cambio, sí consta que en cuanto advirtieron su marcha hicieron todo lo posible por alcanzarlos, de suerte que razonablemente no tenían por qué pensar que la monitora iba a tomar esa iniciativa por sí sola. Desde el punto de vista de la imputación objetiva su exoneración se fundaría en el principio de confianza, en este caso la razonable creencia de que la monitora no emprendería la marcha con el grupo sin su presencia.

Descartada la incardinación de la conducta de los dos profesores demandados en el art. 1902 CC, queda descartada la responsabilidad de la cooperativa titular del colegio fundada en el párrafo cuarto del art. 1903 del mismo Cuerpo legal, pues esta última responsabilidad se predica en el recurso como derivada única y exclusivamente de la de aquéllos y no de la de ninguna otra persona ni, tampoco, como fundada en el propio art. 1902 por un fallo de las medidas organizativas del colegio para actividades de sus alumnos en el centro de la naturaleza.

Diferente juicio merece, sin embargo, la actuación de la monitora de este último centro. Esta Sala comparte desde luego la apreciación de una imprudencia en su actuación por la sentencia recurrida, pues imprudente es emprender la marcha con un grupo de alumnos de características especiales, que se encuentran siempre a cargo de dos profesores de su colegio, sin esperar a éstos, lo que dificulta sobremedida el control y vigilancia del grupo. Pero avanzando un paso más en el juicio valorativo, esta Sala considera que también hubo relación de causalidad entre la conducta de la monitora y el hecho dañoso, pues si bien es cierta la imposibilidad de afirmar con absoluta certeza que la presencia de los dos profesores con el grupo habría impedido que la joven se sentara en el pretil del puente, y con ello se cayera de espaldas, también lo es la imposibilidad de afirmar con absoluta certeza que la presencia de esos dos profesores no lo habría impedido, por ejemplo siguiendo con el grupo de alumnos hacia el establo mientras la monitora se detenía para hablar con otro monitor o indicando al grupo que no se detuviera precisamente sobre el puente.

Se trata, por tanto, de un problema siempre difícil de cursos causales hipotéticos que debe resolverse conforme a criterios de imputación objetiva entre los que resulta aplicable al caso el del incremento del riesgo, indudable en este caso al emprender la marcha el grupo de alumnos bajo la dirección de una sola persona, cuando debían ser tres, y al detenerse el grupo precisamente sobre el puente, cuando no había ninguna necesidad de hacerlo y el haberlo hecho antes o después de pasar puente no entrañaba peligro alguno. No puede compartirse, por tanto, el juicio del tribunal sentenciador sobre la ausencia de nexo causal, y esta Sala considera, por el contrario, que el resultado dañoso sí fue causado por la conducta negligente de la monitora al no poder descartarse con seguridad o probabilidad rayana con la certeza que la presencia de los dos profesores del colegio con el grupo no habría impedido el daño.

La responsabilidad de la monitora fundada en el art. 1902 CC determina la del centro de la naturaleza conforme al párrafo cuarto del art. 1903 del mismo Cuerpo legal, aunque también tiene razón la parte recurrente al afirmar la responsabilidad del propio centro fundada en el art. 1902, ya que, examinadas por la Sala las fotografías incorporadas a las actuaciones, tampoco se comparte el juicio del tribunal sentenciador sobre la falta de peligro del paso por el puente.

Lo cierto es que, pese a la escasa longitud de éste y a su anchura normal, sus pretils eran excesivamente bajos (65 cms. según la sentencia de primera instancia asumida por la de apelación) y estrechos (25 cms.), so-

bre todo si se tiene en cuenta que el centro era visitado por alumnos con disminución psíquica cuyo comportamiento es más imprevisible, y todo ello exigía, en previsión de riesgos innecesarios, la sustitución de esos pretils por otros de mayor altura que, sin romper la armonía natural del entorno, como por ejemplo los de madera con barras entrecruzadas, redujeran lo más posible el riesgo de caídas al arroyo.

QUINTO.- Conforme al art. 487.2 LEC de 2000 la estimación en parte del recurso determina la casación parcial de la sentencia recurrida para, como se desprende de todo lo antedicho, declarar la responsabilidad civil solidaria, frente a la demandante, de la monitora del centro de la naturaleza, de la sociedad cooperativa andaluza titular de este centro y de la aseguradora de esta última, manteniendo la desestimación de la demanda respecto de los demás demandados.

SEXTO.- Como quiera que la sentencia recurrida confirmó la desestimación total de la demanda acordada en primera instancia sin tratar de los daños y perjuicios indemnizables, corresponde ahora a esta Sala determinarlos y cuantificar la indemnización correspondiente.

No hubo controversia entre las partes sobre el tiempo de curación de las lesiones, 250 días de los cuales 83 fueron de hospitalización, ni sobre las secuelas, tetraplejía de nivel C6-C7; también está admitido que antes de los hechos enjuiciados la víctima padecía una disminución o discapacidad psíquica del 34%, dato que la aseguradora hizo valer en su contestación a la demanda para poner objeciones a las partidas indemnizatorias por incapacidad permanente, gran invalidez y daños morales. Por lo que se refiere a las partidas indemnizatorias por gastos justificados, la aseguradora se opuso a los de práctica de equitación para fortalecer el tronco, porque la víctima ya daba clases de equitación con anterioridad; adquisición de material para discapacitados, por estar exenta de IVA; y retribución de una asistente para el hogar, porque la madre de la víctima ya la tenía contratada con anterioridad.

Para cuantificar las indemnizaciones tanto la actora como la aseguradora del centro de la naturaleza están conformes con la aplicación del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación del anexo incorporado a la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor por el apdo. 3 de la D.Ad. 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Dada tal conformidad y la ya reiterada doctrina de esta Sala que admite la aplicación del sistema con carácter orientativo a la indemnización de daños y perjuicios

ajenos al ámbito de la circulación de vehículos de motor (SSTS 10-2 y 20-12-06), se seguirá el referido sistema, con la particularidad de que las cuantías no serán las correspondientes al año 2002, como se proponía en la demanda, presentada el 18 de marzo de tal año, ni tampoco al año 2000, como alternativamente se proponía en el informe adjunto a la contestación de la aseguradora, sino las correspondientes al año 2001, ya que el hecho dañoso se produjo el 9 de junio de 2000 pero la víctima invirtió 250 días en su curación, de suerte que la tetraplejía irreversible debe fijarse cronológicamente al tiempo del alta médica, ya en febrero de 2001, conforme a la doctrina de las dos sentencias del Pleno de los magistrados de esta Sala de 17 de abril de 2007 seguida por otras muchas posteriores como las de 5 de marzo y 20 de abril de 2009.

Además debe tenerse en cuenta que si bien en el recurso de casación se sigue pidiendo la misma suma indemnizatoria que en la demanda, 1.019.832'21 euros, la propia actora recurrente ya la había reducido a 1.014.406'40 euros en sus conclusiones al final del juicio, del mismo modo que la perito autora del informe acompañado con la demanda rectificó sus págs. 4 y 7 en el sentido de sustituir la puntuación de 98 para la valoración de las secuelas por la de 96. Así, el contenido del disco correspondiente a la quinta parte de grabación del juicio acredita que el Letrado de la parte actora, con base en el resultado de la prueba pericial médica y aceptando 96 puntos en lugar de 98, redujo la cantidad de 241.692'50 euros por secuelas de la Tabla III a 236.760 euros, y la cantidad de 90.652 euros, correspondiente a "10% factor corrector sobre las secuelas instauradas" por estar la víctima en edad laboral, a 90.159'68 euros, manteniendo todas las demás partidas indemnizatorias por lesiones y secuelas que, sumadas a las así rectificadas, arrojarían un total de 1.003.311'50 euros que, sumados los gastos ascendentes a 11.094'91 euros, daría como resultado esa cifra de 1.014.406'40 euros irrebasable por el principio de congruencia.

Pues bien, conforme al resultado de la prueba pericial médica y aplicando las cuantías y valor del punto correspondientes al año 2001 (Resolución de 30 de enero de 2001 publicada en el BOE de 9 de febrero siguiente), la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes a lesiones y secuelas se fija en 889.146'42 euros por los siguientes conceptos: 4.270'56 euros por los 83 días de hospitalización; 6.981'66 euros por los 167 días improductivos sin estancia hospitalaria; 230.535'93 euros por los 96 puntos en que se valoraron las secuelas; 43.225'48 euros por el importante perjuicio estético; 137.302'91 euros por la incapacidad permanente absoluta que inhabilita para cualquier ocupación o actividad; 68.651'45 euros por daños mo-

rales complementarios; 274.605'82 euros por gran invalidez; 102.977'18 euros por perjuicios morales de familiares; y 20.595'43 euros por adecuación de vehículo propio.

No se aplica el factor corrector del 10% propuesto en la demanda sobre las secuelas instauradas por no estar la víctima en edad laboral, pero tampoco se hacen las reducciones propuestas en su día por la aseguradora alegando la disminución psíquica de la víctima, porque, de un lado, no le suponía ninguna limitación física y, de otro, su grado de leve a moderado no constituía un grave impedimento para encontrar trabajo, especialmente al amparo de las normas específicamente protectoras de personas en su misma situación.

A la referida cantidad de 889.146'42 euros habrán de sumarse los gastos justificados por rehabilitación (2.103'51 euros), adaptador manual para escribir (34'80 euros), grúa de bañera hidráulica (1.173'48 euros), silla para bañera (51'09 euros) y asistente para el hogar de septiembre de 2000 a septiembre de 2001 (7.212'15 euros), pues aunque la madre de la víctima tuviera contratada a una asistente con anterioridad, las circunstancias en que quedó su hija exigían una ayuda reforzada en el hogar. No se acogen en cambio los gastos correspondientes a clases de equitación para fortalecer el tronco porque según los hechos probados consta que la víctima ya practicaba la equitación antes de los hechos enjuiciados, acogiéndose en este punto la oposición de la aseguradora.

En consecuencia, el total de la indemnización de los daños y perjuicios se cifra en 899.721'45 euros.

SÉPTIMO.- Conforme a los arts. 1108 y 1100 CC el centro de naturaleza y su monitora deberán pagar el interés legal de la citada cantidad desde la interposición de la demanda. Y conforme al art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en su redacción según la D. Ad. 6ª. 2 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995, la aseguradora codemandada, que ha incurrido en mora al no haber pagado ni ofrecido cantidad alguna a la perjudicada (regla 3ª), la indemnizará por este concepto en el interés anual de 899.721'45 euros igual al interés legal del dinero vigente el 9 de junio de 2000 incrementado en dos puntos, y a partir del 10 de junio de 2002 en un interés anual del 20 por 100 de esa misma cantidad hasta su completo pago (reglas 4ª y 6ª).

La determinación de los intereses a cargo de la aseguradora por tramos responde a la doctrina de esta Sala sentada a partir de la sentencia del Pleno de sus magistrados de 1 de marzo de 2007 (rec. 2302/01) y aplicada por la sentencia del siguiente día 5 (rec. 1412/00) y otras posteriores (SSTS 17-3-08, 1-7-08 y 20-4-09). Y la obligación de la aseguradora

ra de pagar tales intereses se funda en la más reciente doctrina de esta Sala que no considera causa justificada o no imputable a la aseguradora, encuadrable en la regla 8ª del referido art. 20, la mera indeterminación de la suma indemnizatoria o del sujeto responsable cuando, como en este caso, la aseguradora ni siquiera haya pagado al perjudicado el importe que considere mínimo (SSTS 17-10-07 y 24-7-08), no pudiendo considerarse causa justificada, desde luego, la comunicación del asegurado al asegurador negando su responsabilidad por el daño (STS 30-6-09), pues esta negativa afecta única y exclusivamente a las relaciones internas entre ambos pero no puede trasladarse a su responsabilidad frente al perjudicado.

OCTAVO.- Conforme a los arts. 394.1 y 398.2 LEC de 2000 las costas de las instancias no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes: las de la segunda instancia, porque el recurso de apelación de la parte actora tenía que haber sido estimado en parte; y las de la primera instancia, porque la demanda no se estima totalmente y, en cuanto a los codemandados absueltos, éstos han consentido desde la sentencia de primera instancia su no imposición a la parte actora.

NOVENO.- Conforme al citado art. 398.2, tampoco procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

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

FALLO

1º.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la demandante Dª Gracia, en su propio nombre y derecho y en representación de su hija Juana, contra la sentencia dictada con fecha 7 de marzo de 2005 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación núm. 653/05.

2º.- Casar en parte la sentencia recurrida, en cuanto confirma la desestimación de la demanda respecto de todos los demandados.

3º.- En su lugar, estimando parcialmente la demanda interpuesta en su día por dicha recurrente, condenar a los demandados Dª Virginia, El Molino de Lecrin Sociedad Cooperativa Andaluza y Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros, solidariamente, a indemnizar a la parte actora en la cantidad de ochocientos noventa y nueve mil setecientos veintiún euros con cuarenta y cinco céntimos (899.721'45 euros), la cual devengará el interés legal con cargo a los dos primeros demandados desde la interposición de la demanda mientras que con cargo a la aseguradora codemandada devengará un interés anual igual al interés legal del dinero vigente el 9 de junio de 2000,

incrementado en el 50 por 100, desde el propio 9 de junio de 2000, y un interés del 20 por 100 desde el 10 de junio de 2002, todo ello hasta el pago completo de la referida suma indemnizatoria.

4º.- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus demás pronunciamientos, es decir en cuanto confirma la desestimación de la demanda respecto de los demás codemandados y en cuanto no impone especialmente a ninguna de las partes las costas de ambas instancias.

5º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Francisco Marín Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.

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

2009/217414

TS Sala 1ª, Sentencia 18 septiembre 2009. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Inexistente consideración como indebidos de honorarios de abogados

Declara el TS no haber lugar a la impugnación de la tasación de costas formulada por el recurrente, frente a la practicada en el presente proceso por considerar indebidos los honorarios minutados por el abogado. Mantiene el Tribunal que no pueden ser considerados como indebidos los honorarios del letrado incluidos en la tasación de costas por el hecho de que el condenado a su pago goce del beneficio de justicia gratuita, al quedar obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniera a mejor fortuna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los honorarios de Letrado incluidos en la tasación de

costas no pueden ser considerados indebidos por el hecho de que el condenado a su pago goce del beneficio de justicia gratuita, ya que según el artículo 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, éste quedará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniera a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del artículo 1967 del Código Civil. De ahí que sea procedente la práctica e la tasación, sin perjuicio de la falta de exigibilidad actual del pago de las costas a cargo de quien goza del beneficio, como ocurre en el caso del ahora impugnante.

SEGUNDO.- Procede por ello la desestimación de la impugnación formulada sin especial declaración sobre las costas causadas en el incidente.

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 la impugnación de la tasación de costas formulada por la Procuradora Dª Esperanza Álvaro Mateo, en nombre y representación de D. Juan Enrique, frente a la practicada en el presente proceso por considerar indebidos los honorarios minutados por el Abogado Sr. Felix, sin especial declaración sobre costas de este incidente.

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.- Antonio Salas Carceller.- Firmado y Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/245684

TS Sala 2ª, Sentencia 23 septiembre 2009. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Engaño suficiente en delito de estafa acreditado en prueba documental

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de estafa. El TS comprueba que ha existido prueba que ha sido valorada y que las conclusiones condenatorias están dentro de la racionalidad de la actividad juzgadora, pues la Sala ha expuesto con profusión de argumentos y valoraciones en qué basa su convicción condenatoria; se refiere a los contactos, la puesta en escena y las informaciones falaces sobre la situación de los inmuebles y su posibilidad de ser subastados. Además, sostiene que todo ello se apoya sobre sólidos elementos documentales consistentes en contratos, recibos y reconocimientos de deuda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente Roque formaliza un único motivo por estimar que se ha vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

1.- Compartiendo las citas sobre el contenido esencial del derecho desarrollado al largo de una numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, nos centraremos en el análisis de los argumentos que se refieren a esta causa concreta y que se desarrollan de forma minuciosa hasta convertirse

en una oposición total a la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora por considerarla irracional y fuera de las pautas de la lógica.

2.- El núcleo de la disidencia se focaliza en dos cuestiones, por un lado no está acreditado por prueba alguna que el recurrente firmara ningún documento y, por otro, que resulta increíble que una persona entregue a unos desconocidos, en menos de dos años, agosto de 1999 a enero de 2001, más de ciento cincuenta millones de pesetas sin recibir nada a cambio y sin que formule

ninguna queja ante esta realidad. Además, añade que los contratos adolecen de la más mínima apariencia de validez al carecer de fecha e incluso del precio, además de otros muchos otros defectos que desarrollará en el motivo.

Añade, como complemento, que el recurrente es una persona que se dedica a realizar obras y reformas en la zona turística de la isla y que apenas sabe leer y escribir. Insinúa una posible confabulación entre el querellante y el otro acusado.

3.- Los elementos probatorios en que se ha basado la Sala parten de la declaración del querellante que es un ciudadano alemán que lee en una revista de su país que un apartamento iba a ser subastado en el sur de la Isla de las Palmas de Gran Canaria a donde se traslada.

La importante cantidad de dinero que finalmente entregó a los acusados procedía de la venta de una sociedad en su país de origen. Se toma en consideración que entabló contacto con los acusados a través de un amigo, que le presentó al otro acusado que le puso en relación con el recurrente.

4.- Siguiendo con la valoración de los elementos de prueba afirma la sentencia que fueron los acusados los que le hablaron de las posibilidades de adquirir algunos bungalows que iban a ser subastados. La sentencia adquiere un relieve probatorio más alto al afirmar que se ha tenido en cuenta que los acusados entregaban al querellante documentos oficiales de Hacienda y del Juzgado con lo que el querellante creía, según sus propias palabras en el plenario que todo estaba en orden y así fue entregando hasta 152.300.000 a lo largo de tres años.

Si tenemos en cuenta que siempre alegaban que los trámites judiciales estaban siendo muy lentos, circunstancia que se ha constatado de forma rotunda, nada tiene de extraño que el denunciante fuere entregando cantidades mientras se terminaban las incidencias judiciales.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

SEGUNDO.- El motivo primero que debe tener un trato prioritario por razones sistemáticas, denuncia error en la apreciación de las pruebas derivado de documentos que evidencian la inocencia del recurrente.

1.- Para sustentar la viabilidad del motivo invoca los siguientes documentos:

- Folios 45 a 59. Documento notarial núm. 13 presentado con la querrela.

- Folio 221. Comparecencia judicial de los letrados del querellante y del otro recurrente.

- Folios 282 a 284 declaración judicial del acusado en el acto del juicio oral.

Descartando el carácter documental de las declaraciones personales en el curso de la investigación o en el momento del juicio oral, debemos concentrar nuestro análisis en los otros dos apartados que hemos transcrito con anterioridad.

2.- El documento notarial citado recoge un reconocimiento de deuda por parte del otro acusado, en el que participa éste, a título personal y también las empresas que pertenecen al querellante y querellado.

El recurrente señala que no aparece su firma, lo que no le exime de su participación en el curso de los acontecimientos pero no vincula en cuanto a la valoración probatoria de este documento y su acierto o error en relación con el necesario engaño suficiente y causal necesario para la existencia de estafa.

3.- También se considera relevante la comparecencia de los abogados de ambas partes firmantes del documento solicitando la declaración del otro recurrente, prevista para el día 11 de marzo de 2004, invocando que ambas partes están en conversaciones para llegar a un acuerdo. Este documento solo sirve para acreditar que las cantidades eran debidas y que precisamente respondía a las expectativas de adquirir algún inmueble en subasta.

Las partes son libres de realizar intentos para solventar las cuestiones económicas pero ello no transforma la naturaleza de los hechos que son objeto de enjuiciamiento ni su realidad por encima de las conveniencias de los interesados.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

TERCERO.- El motivo segundo se canaliza por la vía del error de derecho, denunciando la indebida aplicación del artículo 248.1 del Código Penal.

1.- Mantiene que se trata de una cuestión de índole civil sin perfiles penales. Nos encontramos ante relaciones contractuales que denotan la existencia de una deuda civil. No se extiende en mayores argumentaciones.

2.- A la vista de lo que antecede, solo nos resta remitirnos al relato de hechos probados en el que se afirma que el recurrente es precisamente el que entra en contacto con el denunciante y que esgrimiendo su profundo conocimiento del mundo de las subastas judiciales logró convencerle para que invirtiera en la adquisición de inmuebles por esta fórmula. Haciendo una valoración subjetiva del ánimo de enriquecimiento ilícito la sentencia lo complementa afirmando que se convenció al perjudicado de

que tenían poderes para adjudicárselos, lo que era falso e incluso alguno de los bienes nunca hubiera podido subastarse porque no estuvo embargado. El núcleo del engaño radica en este pasaje que no puede ser alterado en el cauce de impugnación que ha elegido la parte recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

CUARTO.- El motivo tercero denuncia la vulneración del principio constitucional de la presunción de inocencia.

1.- En definitiva estima y mantiene que de toda la prueba existen, cuya validez no impugna, se deriva la existencia de una relación mercantil y nunca de maniobras defraudatorias. Es decir, vuelve a repetir argumentos anteriormente expuestos.

2.- La Sala ha expuesto con profusión de argumentos y valoraciones en qué basa su convicción condenatoria. Se refiere a los contactos la puesta en escena y las informaciones falaces sobre la situación de los inmuebles y su posibilidad de ser subastados. Además sostiene que todo ello se apoya sobre sólidos elementos documentales consistentes en contratos, recibos y reconocimientos de deuda. La participación del recurrente en los contratos esta fuera de toda duda ya que así lo acreditan los documentos que la Sala invoca.

Por ello debemos de concluir que ha existido prueba que ha sido valorada y que las conclusiones condenatorias están dentro de la racionalidad de la actividad juzgadora.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Roque y Severino, contra la sentencia dictada el día 3 de octubre de 2008 por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2ª en la causa seguida contra los mismos por delito estafa. 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. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- José Antonio Martín Pallín.

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

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/275456

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 18 noviembre 2009. Ponente: D. Emilio Frias Ponce

A efectos del IRPF

Nulidad parcial de la regularización practicada al club de fútbol por retenciones de trabajo personal

El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el club de fútbol y en su lugar revoca la sentencia de la Audiencia Nacional y estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo, en el sentido de anular también la regularización practicada en relación a las retribuciones variables del ejercicio de 1991, y a la procedencia de la devolución de las retenciones indebidamente efectuadas por los pagos efectuados a entidades no residentes por el concepto de cesión de derechos de imagen, asimismo declara la nulidad del art. 149,1, d) Reglamento del IRPF 2384/1981, en el inciso que disponía con respecto a las cantidades a retener por retribuciones variables "cuyo importe no podrá ser inferior al de todas las percepciones obtenidas durante el año anterior, siempre que no concurran circunstancias que hagan presumir una notoria reducción en las mismas". La Sala, a diferencia del criterio mantenido por la AN, considera que en la relación laboral de los deportistas existe un límite mínimo de indemnización garantizado al trabaja-

dor, siendo este límite el que sirve a efectos del Impuesto de la Renta para reconocer la exención parcial, como estimó la inspección, pero no un límite máximo, lo que impide aceptar la tesis de la recurrente que pretende extender la no sujeción y la exención a toda la indemnización pactada o a las retribuciones dejadas de percibir, a falta de pacto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Comenzando por el examen del recurso de casación interpuesto por la entidad Real Madrid, Club de Fútbol, se aprecia que son nueve los motivos que articula.

El primero, al amparo de lo previsto en el art. 88.1. letra d) de la Ley Jurisdiccional, al producir la sentencia impugnada infracción de los artículos 9 y 24 de la CE, y del art. 604 de la LEC de 1881.

El segundo, al amparo de lo previsto en el artículo 88, apartado 1, letra c), de la Ley Jurisdiccional, por haberse quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, causando indefensión a la parte, al adolecer la sentencia impugnada de la motivación necesaria con infracción, entre otros, del artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; artículo 67 de la Ley de la Jurisdicción; art. 359 de la LEC y artículos 24 y 120.3 de la CE.

El tercero, al amparo del art. 88, apartado 1, letra c), de la Ley Jurisdiccional, por haberse quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, causando indefensión a la parte, al incurrir la sentencia impugnada en incongruencia omisiva y por error, con infracción del artículo 24 de la CE, en relación con lo dispuesto en los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción y 359 de la LEC.

El cuarto, al amparo de lo previsto en el artículo 88, apartado 1, letra c), de la Ley Jurisdiccional, por haberse quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, causando indefensión a la parte, al vulnerar la sentencia el principio de proscripción de la reformatio in peius, con infracción del art. 24 de la CE.

El quinto, al amparo de lo previsto en el artículo 88, apartado 1, letra d), de la Ley Jurisdiccional, por haberse infringido por la sentencia impugnada los artículos 25, 114 y 118.2 de la LGT al calificar los contratos celebrados como simulados sin existir prueba alguna al respecto.

El sexto, al amparo del artículo 88.1d) de la Ley Jurisdiccional, por haberse infringido por la sentencia impugnada los artículos 4 y 10 del Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, por el cual se regula el procedimiento para la realización de devoluciones de ingresos indebidos de naturaleza tributaria.

El séptimo, al amparo del art. 88.1d) de la Ley Jurisdiccional, en relación con los defectos formales alegados en el escrito de demanda, por vulnerar la sentencia impugnada el artículo 60 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Inspección.

El octavo, al amparo del artículo 88.1d) de la Ley Jurisdiccional, en relación con el tratamiento tributario a efectos de retenciones a cuenta del IRPF de las cantidades satisfechas en concepto de indemnización por despidos calificados de improcedentes a deportistas y técnicos con los que se mantenía una relación laboral especial sujeta al Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de deportistas profesionales, por vulnerar la sentencia impugnada el art. 10 a) de la LGT de 1963, con relación al art. 10.1.a) del Real Decreto 2384/81; el art. 3.4 de la Ley 44/1978, los artículos 8 y 10.1.a) del Real Decreto 2384/81 y el art. 9.1.d) de la Ley 18/1991, todos ellos en relación con el art. 15.1 del Real Decreto 1006/1985, y la jurisprudencia mantenida en las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de febrero y 6 de febrero de 2002.

El noveno, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, en relación a la deuda exigida por retenciones a cuenta del IRPF a consecuencia de incrementar la base de retención en su día calculada con las retribuciones variables percibidas por los trabajadores en el ejercicio anterior, por vulnerar la sentencia impugnada las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto, infracción del art. 118 de la LGT así como de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2000 y de 31 de enero de 2003.

SEGUNDO.- Dado el carácter formal del séptimo motivo esgrimido procede analizar previamente el mismo, en el que se denuncia la infracción de los apartados 1, 4 y 6 del Reglamento de Inspección (RGIT), por haber sido dictado el acto de liquidación por órgano manifiestamente incompetente, al firmar la Jefa de la Oficina Técnica de la ONI, cuando la competencia correspondía al Jefe de la ONI, y la infracción del apartado 4 del art. 60 del RGIT, al resultar el expediente incompleto y no haberse ordenado que se completara, al no haberse puesto de manifiesto a la

parte el informe emitido por la Dirección General de Tributos sobre la tributación de la contraprestación por la cesión de derechos de imagen de deportistas y al que se refiere el acuerdo de liquidación; contener los informes complementarios de los actuarios referencias erróneas a hechos en los que la recurrente no participó, y por no haberse incorporado al expediente la documentación sobre la comprobación preferente a que habían estado sometidos los pagos efectuados por el Club al extranjero, en relación con la contraprestación satisfecha a las sociedades no residentes cedentes de los derechos de imagen de jugadores.

La sentencia impugnada mantiene que la competencia de la Jefa de la Oficina Técnica viene dada por la atribución de categoría de Inspector Jefe al Jefe de la misma, a todos los efectos previstos en el RGIT, a través de las modificaciones de la Resolución de 24 de marzo de 1992 operadas en ese mismo año y en 1994, rechazando los defectos formales invocados, por no haber causado indefensión a la interesada.

El motivo debe ser desestimado.

En relación con la supuesta incompetencia alegada, esta Sala, en sentencias de 1 de julio de 2008, rec. de cas. 5.296/2002, y de 15 de octubre de 2009, rec. de cas. 7150/03, entre otras, ha reconocido la competencia de la Jefa de la Oficina Técnica para dictar liquidaciones, no obstante lo establecido en el artículo 60 del RGIT, dado que esta normativa debía completarse con la Resolución de la Agencia Tributaria de 24 de marzo de 1992, dictada al amparo de la habilitación del art. 103, apartado 11.5, de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, en la redacción dada por la disposición adicional 17ª de la Ley 18/1991, después de la modificación operada en el número 3 del apartado 12 añadido por la resolución de 16 de diciembre de 1994, que atribuyó la consideración de Inspectores Jefes al Jefe de la ONI y sus Adjuntos, entre los que se incluye el Jefe de la Oficina Técnica de la ONI.

Por otra parte, carece de relevancia que en el expediente puesto de manifiesto al obligado tributario en fase de inspección, faltase el informe emitido por la Dirección General de Tributos sobre la tributación de la contraprestación por la cesión de derechos de imagen de deportistas, así como la documentación sobre la comprobación preferente a que estuvieron sometidos los pagos efectuados por el Club al extranjero; pues estos antecedentes no le impidieron efectuar la defensa, con todas las garantías, del criterio que postulaba, debiendo predicarse lo mismo respecto de los presuntos errores cometidos en los informes complementarios.

TERCERO.- Despejados los obstáculos de tipo formal procede seguir

el orden de los motivos que articula el Club recurrente.

Los seis primeros motivos tienen relación con las retenciones a cuenta del IRPF exigidas sobre los pagos efectuados a sociedades cesionarias de los derechos de imagen de los jugadores y técnicos del Club.

En el primer motivo la parte sostiene que la Sala de instancia ha incurrido en arbitrariedad al valorar la prueba, pues, a la hora de resolver el tema de la calificación de las rentas pagadas a las sociedades cesionarias de los derechos de imagen de sus jugadores y técnicos, se limita a transcribir los fundamentos jurídicos contenidos en otra sentencia dictada para otro Club de Fútbol (que considera que se tratan de rendimientos de trabajo, por no haberse acreditado la realidad de las cesiones a tercero de la explotación del derecho a la imagen, y por revertir los pagos efectuados a los deportistas) trasladando dicho pronunciamientos al caso, sin efectuar razonamiento alguno sobre los hechos debatidos en el recurso y sobre la identidad entre los hechos obrantes en uno y otro proceso, cuando en este supuesto la entidad aportó todos los contratos de cesión de los derechos de imagen de los jugadores y técnicos efectuada por las sociedades tenedoras de dichos derechos, y los contratos de cesión de los derechos de los jugadores a las sociedades fueron aportados al expediente por los propios jugadores o por las autoridades fiscales de los países de residencia de las referidas sociedades a requerimiento de la inspección, no constando, por otra parte, que los pagos a las sociedades revertieran en este caso a los jugadores.

En definitiva, se aduce que existe una ponderación arbitraria de la prueba, porque las conclusiones que alcanza la sentencia en cuanto a la valoración de la prueba no se concilian con los elementos probatorios existentes en el expediente, incidiendo también en una falta de motivación, en incongruencia por error, y vulnerando el principio procesal de la interdicción de la reformatio in peius, como se denuncia en los motivos segundo, tercero y cuarto.

Falta de motivación (motivo segundo) al no existir razonamiento ni justificación que explique cómo, habiéndose aportado los contratos y obrando los mismos en el expediente, se llega a la conclusión de que la entidad deportiva recurrente no aporta, ni acredita la existencia de los contratos de cesión, primero, de los jugadores a la sociedad interpuesta o cesionaria, y segundo, de los contratos celebrados entre esa sociedad y el Club, no manifestando tampoco la Sala de instancia en qué concretos elementos probatorios basa la afirmación contenida en la sentencia relativa a que las cantidades satisfechas por el Club a las sociedades que le ceden los derechos de imagen de sus jugadores y técnicos revierten al

patrimonio de éstos.

Incongruencia por error (motivo tercero), porque la sentencia impugnada no sólo asume los argumentos de las sentencias que cita para aplicarlos al caso debatido, sino porque también asume sus presupuestos de hecho como si fueran los hechos probados de autos, y todo ello sin efectuar el más mínimo razonamiento que justifique la conexión de los hechos obrantes en cada proceso.

Vulneración del principio de proscriptión de la reformatio in peius (motivo cuarto), porque además la sentencia, al hacer suyos los pronunciamientos contenidos en otra sentencia dictada en relación a otro recurrente en base a otros hechos que no son los de autos, ha asumido la conclusión alcanzada por aquella sentencia de existencia de simulación en la actuación seguida por las partes intervinientes en la cesión de los derechos de imagen, cuando el acto de liquidación entiende que la naturaleza propia de los contratos suscritos debía de ser la de gestión de cobro por las sociedades en nombre y por cuenta de los jugadores, al no poder disociarse la cesión del derecho de imagen de los deportistas y técnicos de su contrato laboral.

CUARTO.- Ciertamente, la sentencia impugnada, después de exponer en el Fundamento Séptimo, la cuestión que se debatía en las actuaciones, que no era otra que la de determinar si existía obligación de retener en los pagos efectuados a las sociedades cesionarias de los derechos de imagen de sus jugadores, reflejando las posturas mantenidas, se atiene a lo resuelto en casos anteriores, reproduciendo lo declarado en la sentencia de 13 de junio de 2002.

Esta sentencia admite los negocios jurídicos sobre disposición de determinados aspectos del derecho de imagen, entendiéndose que si está afecto a la actividad profesional del jugador por no estar cedido la renta obtenida constituye un rendimiento de trabajo, pero que si existe cesión a un tercero de la explotación del derecho la renta será rendimiento del capital mobiliario. Sin embargo, tras ello, afirma que en el caso allí examinado existía "aparición de cesiones", que no respondía a unas realidades contractuales, lo que era indicativo de la existencia de una simulación.

Asimismo, hemos de reconocer que no era suficiente esta argumentación para rechazar el motivo de impugnación aducido en el presente caso después del planteamiento general de la cuestión sometida a debate y de la doctrina que sienta, en cuanto era preciso analizar las circunstancias del caso a efectos de determinar si concurrían los mismos presupuestos, lo que no hizo la Sala, incurriendo, más que en una apreciación arbitraria de la prueba, o en una incongruencia por error, en una falta

de motivación, al no exponer las razones por las que debía aplicarse la doctrina que sienta también al caso debatido, todo lo cual obliga a estimar el segundo motivo de casación, lo que comporta la necesidad de analizar las actuaciones ante lo que dispone el art. 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional.

QUINTO.- En el expediente administrativo la entidad aportó los contratos celebrados con las sociedades, que afectaban en la Sección de Fútbol a H.G.; L.G., S.M.H.; S.P.; A.R.; B.D.R.; M.A.L.; P.P.; L.A.M.; M.G.F. e Z.I.L.; y en la Sección de Baloncesto a L.G.J.; B.A.J.; S.A. y C.C.J.

A su vez, la Inspección al objeto de determinar la relación existente entre los jugadores y las sociedades practicó distintos requerimientos de información sobre los contratos de cesión de los derechos de imagen de los jugadores a las sociedades y circunstancias que concurrían, dirigiéndose también a las autoridades fiscales de los países de residencia de las sociedades, en los casos permitidos, llegando a las siguientes conclusiones, que se reflejan en el informe ampliatorio al acta de disconformidad.

1.- Tanto en la cuenta de explotación del Club declarada en el Impuesto sobre Sociedades como la que se refleja en la Memoria Oficial las cantidades abonadas a las sociedades por cesiones al Club del derecho a la utilización de la imagen se contabilizan en la cuenta de gastos de personal, en la subcuenta, otros gastos.

2.- A partir de la temporada 1988/89 el Real Madrid comienza a abonar en las cuentas bancarias de sociedades residentes y no residentes la adquisición de los derechos de imagen, estando algunas domiciliadas en paraísos fiscales.

3.- La cesión del derecho de imagen a través de sociedades está vinculada a la existencia de una relación laboral.

4.- En relación con el jugador de baloncesto J.C.C. se constata la existencia de dos contratos laborales; el aportado por el Club y el aportado por la Asociación de Clubes de Baloncesto, figurando en este último la cantidad abonada por el Club a sociedad interpuesta por la cesión de la imagen del jugador.

5.- En los casos de los jugadores nacionales, se constata que:

a) B., C. y J.L.L.G. firman el contrato de cesión de sus derechos de imagen suscrito entre el Club y la sociedad en representación de ésta.

b) Existen jugadores que ocupan cargos representativos en la sociedad. Así B. es administrador único de Juana I de Castilla, S.A.; F.M., administrador único de Nanfer-

1.S.L., F.L.G., Consejero de Ing Sponsoring (U.K.) Ltd, y J.L.L., Presidente de la compañía mercantil Contract and Consulting, S.A.

6.- No se pudo obtener información de los jugadores P., I.Z. y S., al no haber contestado a los requerimientos de la Inspección.

7.- En relación con H. la sociedad interpuesta IMAN no es propietaria de los derechos de imagen del jugador cedidos al Club.

8.- No se ha detectado que los jugadores y entrenadores extranjeros que han presentado declaración por el IRPF en España perciban cantidad alguna por la cesión de sus derechos de imagen.

■

"...se denuncia que en la regularización practicada, no obstante considerar la Inspección que las rentas satisfechas a las sociedades constituían rendimiento de trabajo, lo que determinaba la obligación de retención a cuenta, no se deducen las retenciones indebidamente efectuadas por la entidad recurrente en los pagos hechos a entidades no residentes por el concepto de cesión de derechos de explotaciones comercial de la imagen."

■

9.- Algunos jugadores declaran aportar los derechos sobre su imagen de forma gratuita, como H.S. y S., haciéndolo otros por cantidades mínimas, meramente simbólicas, L., F.M. y M. o por cantidades diferidas en el tiempo, B., J.L.L. y C.

10.- No se ha podido constatar que la sociedad interpuesta impute al jugador como ingreso la renta obtenida por la cesión de la imagen al Club. Cuando se trata de sociedades domiciliadas en el extranjero trasladan sus ingresos a paraísos fiscales u otros ámbitos fuera de tributación, y cuando se trata de sociedades españolas tampoco imputan sus ingresos al jugador o imputan cantidades mínimas

en comparación con la renta obtenida.

11.- No existe explotación comercial de la imagen de los jugadores y técnicos.

Estos antecedentes sirvieron a la Inspección para entender que las cantidades abonadas a las sociedades retribuían servicios deportivos calificados de trabajo por cuenta ajena en el ámbito laboral, teniendo la consideración de rendimientos de trabajo personal en el ámbito fiscal, por falta de consistencia o de contenido real en muchos casos de las cesiones de la imagen de los jugadores o técnicos a las sociedades y de éstas al Club, o por la falta de prueba de una transmisión previa de los derechos de imagen a favor de las sociedades, conclusión que comparte la Sala, bien se acepte el planteamiento del Jefe de la inspección, bien el del actuario, que apreció simulación por la instrumentalización meramente formal de las entidades cesionarias, sin que pueda apreciarse la existencia de una reformatio in peius al no producirse variación en los hechos tomados en consideración ni consecuencias más gravosas para la parte. De esta forma, la Sala sigue la doctrina sentada en casos similares en dos sentencias de 25 de junio de 2008 y en las de 1 y 10 de julio de 2008 y 15 de septiembre de 2009.

SEXTO.- En cambio, el sexto motivo debe ser estimado.

En el mismo se denuncia que en la regularización practicada, no obstante considerar la Inspección que las rentas satisfechas a las sociedades constituían rendimiento de trabajo, lo que determinaba la obligación de retención a cuenta, no se deducen las retenciones indebidamente efectuadas por la entidad recurrente en los pagos hechos a entidades no residentes por el concepto de cesión de derechos de explotaciones comercial de la imagen.

El criterio de la sentencia, que niega el ajuste por tratarse de dos conceptos impositivos distintos, afirmando, no obstante, que el Club tiene derecho a la devolución de las cuotas ingresadas por el concepto de Impuesto sobre Sociedades (obligación real) mediante el inicio a instancia de parte del correspondiente procedimiento de devolución de ingresos indebidos, no puede compartirse ya que la Inspección tenía obligación de reconocer de oficio el derecho a la devolución de lo ingresado indebidamente, si al final de las actuaciones así resultaba del expediente, ante lo que disponía el art. 53.2 del Reglamento General de la Inspección de Tributos, lo que concuerda con lo que establecían los artículos 4 y 10 del Real Decreto 1163/1990.

SÉPTIMO.- El octavo motivo plantea el tema de si las indemnizaciones satisfechas a los deportistas

profesionales con ocasión de despidos improcedentes se encontraban o no sujetas a retención a cuenta del IRPF, de acuerdo con la legislación vigente.

La entidad recurrente abonó, por dicho concepto, un total de 90.005.000 ptas. en 1990; 72.500.000 ptas. en 1991 y 55.000.000 ptas. en 1992, no practicando retención alguna al considerar que tales indemnizaciones no estaban sujetas al Impuesto. Sin embargo, la Inspección estimó no sujeta al Impuesto sólo la retribución correspondiente a dos mensualidades del último año por año de trabajo a que se refiere el art. 15 del Real Decreto 1006/85, de 26 de junio, por lo que sometió a retención al exceso de lo percibido, 53.116.710 ptas. en 1990, 61.657.664 ptas. en 1991 y 55.224.381 ptas. en 1992, cantidades que además elevó al íntegro.

El TEAC, en cambio, consideró la totalidad de la indemnización como sujeta de retención, aplicando el tratamiento fiscal previsto por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 a las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato por parte del empresario en las relaciones laborales de alta dirección.

Finalmente, la Sala de instancia confirma el criterio del TEAC, dada la similitud o analogía de situaciones entre el personal de alta dirección y los deportistas profesionales aunque declara improcedente efectuar, una vez anulada la elevación al íntegro, una aplicación global del principio de proscripción de la reformativo in peius, pues ello implicaría desconocer la exención parcial reconocida en la vía de gestión.

En el motivo de casación se denuncia, en primer lugar, la ilegalidad del art. 10.1.a) del Reglamento del Impuesto vigente en los años 1990 y 1991, y que afecta a las indemnizaciones satisfechas en dichos periodos, en cuanto establece "ex novo" una serie de límites a la regla general de no sujeción contenida en el art. 3.4 de la Ley 44/1978, al considerar como rentas no sujetas las indemnizaciones por despido "hasta el límite máximo que, con carácter obligatorio, señale la legislación vigente".

Esta limitación se considera contraria a los principios de jerarquía normativa y reserva de Ley.

Subsidiariamente, se mantiene la imposibilidad de aplicar analógicamente las condiciones de extinción propias del personal de alta dirección a los deportistas profesionales, ya que a diferencia del Real Decreto 1382/1985, por el que se regula la relación de carácter especial de alta dirección, que no establece ningún límite, indemnizatorio ni mínimo ni máximo de carácter obligatorio en el régimen extintivo de los contratos, el Real Decreto

1006/85, de 26 de junio, por el que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, sí establece una indemnización obligatoria para el supuesto de despido calificado de improcedente, siendo ésta la pactada y, a falta de pacto, el límite mínimo de dos mensualidades de sus retribuciones periódicas y la remuneración dejada de percibir como límite máximo, todo ello para concluir que la sentencia vulnera lo dispuesto en el art. 3.4 de la Ley 44/78 y en el 10.1a) del Reglamento de 1981, para las indemnizaciones satisfechas en 1990 y 1991, y el art. 9.1d) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, para las indemnizaciones satisfechas durante 1992, al referirse la no sujeción al límite máximo obligatorio que señale la legislación vigente, en el primer caso, y la exención a partir de 1992 a la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores o en su normativa reglamentaria de desarrollo.

OCTAVO.- No cabe aceptar la ilegalidad del art. 10.1.a) del Reglamento del Impuesto de 1981, ya que se limitó a desarrollar el texto del artículo 3.4 de la Ley del Impuesto, de 8 de septiembre de 1978, que establecía que no se considerarán rentas "las indemnizaciones que constituyan compensación de las pérdidas o deterioros de bienes o derechos que no sean susceptibles de integrar el hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio", precisando en su apartado 1 que se considerarán incluidas entre las indemnizaciones a que se refiere la letra e) del art. 8 anterior:

"a) Las que se deriven de traslado, despido o cese del sujeto pasivo, hasta el límite máximo que, con carácter obligatorio, señale la legislación vigente". Posteriormente la Ley 18/1991, en su art. 9.1d), estableció una nueva regulación para las situaciones que se creasen a partir de su entrada en vigor, y señala para las surgidas con anterioridad el régimen contenido en la disposición adicional undécima, explicitando el sentido que debía darse al art. 3.4 de la Ley 44/1978 y despejando las dudas surgidas en orden a la legalidad del art. 10.1.a) del Reglamento de 1981, determinando de forma expresa que el límite a tener en cuenta es el establecido por el Estatuto de los Trabajadores para el despido improcedente.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de diciembre de 1995, entre otras, reconoció la no sujeción al impuesto de las indemnizaciones laborales hasta el límite en que las leyes las conceden con carácter obligatorio y la sujeción al impuesto en todo lo que rebase de aquellos límites, sea de forma graciable o pactada, en virtud del art. 14 de la Ley 44/1978, por contraposición al art. 3.4 de la propia Ley, en relación, este último precepto, con los arts. 8. e) y 10 del Reglamento del Impuesto de 1981, sin que en

momento alguno se plantease la ilegalidad del citado Reglamento.

Asimismo, en las sentencias de 22 de julio de 1999, 31 de enero y 31 de marzo de 2000, al analizar la aplicación de la disposición adicional 11 de la Ley 19/91, y las distintas situaciones en las que podía encontrarse el sujeto pasivo, no se cuestiona la validez del art. 10.1.a) del Reglamento de la Ley de 1978 de 3 de agosto de 1981.

NOVENO.- Procede ahora pronunciarnos sobre el criterio que sienta la Audiencia Nacional, y que como hemos anticipado declara que la totalidad de las indemnizaciones por despido satisfechas a técnicos y jugadores deben estar sujetas al IRPF (aunque ordena respetar lo acordado por la Inspección). Considera, en efecto, que la cuestión suscitada quedó zanjada por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995, que se centró en determinar el tratamiento fiscal de las indemnizaciones por cese anticipado de la relación laboral especial de alta dirección, al establecer que del análisis del art. 11 del RD 1382/1985, regulador del régimen especial del personal de alta dirección, se desprendería la inexistencia de límites indemnizatorios mínimos o máximos al fijar simplemente indemnizaciones a falta de pacto o en defecto del mismo, por lo que las indemnizaciones que por el cese de este personal se percibieran debían permanecer sujetos al IRPF.

Entiende la Audiencia Nacional que dada la similitud o analogía existente en lo que atañe a la materia extintiva entre el personal de alta dirección y el deportista profesional debe tener validez la citada doctrina del Tribunal Supremo en el caso que nos ocupa, porque tampoco en el art. 15.1 del RD 1006/1985 existe límite máximo ni mínimo establecido con carácter obligatorio.

No podemos compartir este criterio.

En el art. 15.1 referido se establece que "en caso de despido improcedente, sin readmisión, el deportista profesional tendrá derecho a una indemnización, que a falta de pacto se fijará judicialmente, de al menos dos mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidas durante el último año, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, por año de servicio. Para su fijación se ponderarán las circunstancias concurrentes, especialmente la relativa a la remuneración dejada de percibir por el deportista a causa de la extinción anticipada de su contrato".

La primera cuestión a dilucidar, a la hora de interpretar el art. 15.1, radica en determinar si la indemnización mínima de dos meses por año

de servicio es aplicable en todo caso, esto es, tanto cuando se haya pactado entre club y deportista la indemnización, como cuando, a falta de ese pacto, la indemnización se fije judicialmente o, por el contrario el mínimo sólo puede operar en el caso de fijación judicial de la indemnización, de forma que podrían empleados y deportistas pactar una indemnización inferior o, incluso, la inexistencia de la misma.

El segundo tema controvertido versa sobre si el legislador fijó límite máximo.

Pues bien, si nos atenemos al precedente que supuso el RD 318/1981, se observa que su art. 10.1 estableció que la indemnización por despido improcedente comprendería un mínimo de dos mensualidades por año de servicio, sin que en ningún caso la cuantía total pudiera superar la suma de las retribuciones fijadas a percibir por el trabajador hasta la conclusión del contrato.

El mismo mínimo legal pasa luego al RD 1006/85, pero omite cualquier referencia al máximo, al confiar al juez, si no existe pacto, la fijación de la indemnización ponderando las circunstancias concurrentes, por lo que no tiene que coincidir con la retribución a que tendría derecho el deportista en el caso de que no hubiera mediado despido, pues esto no lo estableció la norma.

Por otra parte, una interpretación literal del precepto lleva a entender que la imposición del mínimo de dos mensualidades de retribución se efectúa de manera indiscriminada respecto a ambos casos de fijación de la indemnización, el contractual y el judicial, al no distinguir entre uno y otro, ya que solo establece que, a falta de pacto, será el Juez quien deba fijar la indemnización, no que sea en este último caso cuando se aplique el mínimo de dos mensualidades, ya que gramaticalmente lo que se expresa entre comas, tiene un mero valor explicativo de lo que precede. En cambio, del tenor de la norma no se desprende que se haya querido fijar un límite máximo obligatorio.

Además, dado el carácter tuitivo que el Derecho del Trabajo dispensa al trabajador hay que entender que no resulta lícito un pacto indemnizatorio por debajo del mismo. El propio Real Decreto 1006/85, en su Preámbulo, define como objetivo inspirador del mismo el "trasladar el mayor número posible de criterios procedentes de la normativa laboral común al ámbito de esta relación especial, sin olvidar las peculiaridades que se derivan de la práctica deportiva", y de ahí que el art. 21 invoque al Derecho Laboral común como el derecho supletorio en la regulación de la relación laboral de los deportistas.

Finalmente, no cabe extrapolar la doctrina que defiende el Tribunal

Supremo en relación con el personal de alta dirección a la relación especial de los deportistas profesionales, pues aún siendo ambas relaciones laborales de carácter especial responden a situaciones diferentes, siendo muy diferente la redacción de los preceptos. Así, en el RD 1382/85 las relaciones del personal de alta dirección no existe una cantidad máxima o mínima de indemnización, por lo que habrá que estar a lo que se pacte por las partes, actuando, en defecto de lo anterior, la cantidad de 20 días de salario por año de servicio, lo que es lógico porque el alto directivo se relaciona en un plano de quasi igualdad con el empleador, y de ahí que se establezca como derecho supletorio la legislación civil o mercantil y sus principios. Por el contrario, en la relación laboral de los deportistas, sí existe un límite mínimo de indemnización garantizado al trabajador, siendo este límite el que sirve a efectos del Impuesto de la Renta para reconocer la exención parcial, como estimó la Inspección, pero no un límite máximo, lo que impide aceptar la tesis de la recurrente que pretende extender la no sujeción y la exención a toda la indemnización pactada o a las retribuciones dejadas de percibir, a falta de pacto.

Hay que tener en cuenta que la propia norma, en este aspecto, hace alusión a las circunstancias concurrentes, no ciñéndose a la remuneración dejada de percibir, por lo que nada impide fijar una indemnización superior.

Por lo expuesto, procede desestimar el motivo y confirmar el criterio de la Inspección.

DÉCIMO.- El último motivo de casación hace relación a las diferencias detectadas por la Inspección en los tipos de retención aplicados sobre los rendimientos de trabajo abonados a tres de sus trabajadores en 1991, en lo que afecta a las retribuciones variables, al no haberse tenido en cuenta lo previsto en el art. 149.1.d) del Real Decreto 2384/81, de 3 de agosto, que partía de todas las percepciones obtenidas durante el año anterior.

Se aduce que este precepto fue reproducido casi en términos exactos, tanto por el art. 46.2 del Real Decreto 1841/91, de 30 de diciembre, como por el art. 78.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 214/99, de 5 de febrero, y que el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de mayo de 2000, declaró la ilegalidad del citado art. 78.2 en cuanto al último inciso que establecía que "el importe de las retribuciones variables previsible no podrá ser inferior al de los obtenidos durante el año anterior, salvo que concurren circunstancias que permitan acreditar de manera objetiva un importe inferior", por establecer una presunción cuyo establecimiento está reservado a la Ley por mandato del art. 118 de la Ley General Tributaria.

A juicio de la recurrente, esta ilegalidad puede predicarse igualmente respecto de los desarrollos reglamentarios del Impuesto sobre la Renta anteriores, porque el mencionado art. 78.2.1 en la parte en que fue declarado nulo, reproducía casi en su totalidad el art. 149.1.d) del Reglamento de 1981, en la parte referente a la obligación de inclusión de las retribuciones variables previsible.

Ciertamente esta Sala, en la sentencia de 24 de enero de 2006, rec. de casación 5/04 declaró nulo el mismo inciso del art. 46.2.2 del Reglamento de 1991, por no existir diferencias sustanciales en el contenido, y en las sentencias de 31 de enero y 11 de noviembre de 2003 y 10 de mayo de 2007 que se referían a una infracción tributaria por inaplicación del art. 149.1.d) del Reglamento de 1981, se estiman los recursos, ante la doctrina sentada en relación con el inciso del segundo párrafo del apartado 2, regla 1ª, del art. 78 del Real Decreto 214/99, reconociendo que si la entidad hubiera impugnado en casación la liquidación diferencial de cuotas en concepto de retenciones, la Sala le hubiera estimado el motivo, por lo que se hacía aplicación de los mismos fundamentos de la sentencia de 19 de mayo de 2000 al art. 149.1.d) del Reglamento de 1981, como también se reconoció en la sentencia de 18 de septiembre de 2006, rec. de casación 3624/91, sin que sea relevante la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 2001, pues se refiere al art. 78.2 del Reglamento de 1999, pero en la redacción dada por el artículo 8 del Real Decreto 1968/1995.

En esta situación, ha de estimarse el motivo debiendo reconocerse la improcedencia de la regularización practicada por la Inspección en este punto, al ser nula de pleno derecho también la normativa en que la misma se asentaba, lo que así se declarará, en cumplimiento de lo que establece el apartado 3 del art. 27 de la Ley Jurisdiccional.

UNDÉCIMO.- Queda por resolver el recurso del Abogado del Estado, que afecta a la anulación de las sanciones.

Invoca un único motivo, al amparo del art. 88.1.d), por infracción de los artículos 77.1 y 79.a de la Ley General Tributaria, en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 25/95, así como del art. 77.4.d de la propia Ley, en la redacción resultante de la aludida modificación, todo ello en relación con los preceptos que se refieren a los supuestos que dieron lugar a las infracciones cometidas.

A juicio de la representación estatal existían elementos y circunstancias más que suficientes para la procedencia de las sanciones que se impusieron, negando que resultara aplicable la causa de exoneración contenida en el art. 77.4.d) de la

LGT, tanto respecto de la falta de retención por las indemnizaciones por despidos, como en relación al defecto de los tipos en las retribuciones variables.

DUODÉCIMO.- Con carácter previo, ha de examinarse la alegación de inadmisibilidad del recurso que formula la entidad Real Madrid, por entender que la cuantía del mismo es inferior a la establecida en el art. 86.2b) de la Ley Jurisdiccional, ya que si bien el importe total de las sanciones ascendía a 86.359.061 ptas. (75 % sobre 115.145.415 ptas.) en realidad existía una acumulación de sanciones en relación a cada una de las declaraciones mensuales presentadas en los ejercicios inspeccionados, sin que ninguna de ellas, individualmente considerada, supere el límite de 25.000.000 de ptas., que daría acceso a la casación.

■

"Finalmente, no cabe extrapolar la doctrina que defiende el Tribunal Supremo en relación con el personal de alta dirección a la relación especial de los deportistas profesionales, pues aún siendo ambas relaciones laborales de carácter especial responden a situaciones diferentes, siendo muy diferente la redacción de los preceptos."

■

A estos efectos, señala que en el ejercicio 1990 la cuota liquidada según el Acta levantada, por el concepto de indemnizaciones, era de 29.878.149 ptas. y la sanción impuesta de 22.408.612 ptas., por lo que, aún obviando que el periodo de liquidación era mensual, claramente el recurso resulta inadmisibile.

Por lo que se refiere al ejercicio 1991 considera que los periodos de pagos de liquidaciones se produjeron en los periodos de mayo y junio, ascendiendo la cuota a 43.009.435 ptas. y la sanción a 32.257.076, resultando también inadmisibile el recurso, como sucede en el ejercicio de 1992, en el que las fechas de pago fueron los meses de enero y junio, ascendiendo la cuota a 38.642.954 ptas. y la sanción a 28.982.216 ptas.

En cuanto a la sanción impuesta por el concepto de retribuciones variables, señala que la cuota ascendió a 3.614.877 ptas., imputable en su totalidad al ejercicio de 1991.

Sin embargo, a la hora de resolver la causa de inadmisibilidad alegada, ha de tenerse en cuenta que el TEAC anuló la improcedencia de la elevación al integro, acordándose las siguientes sanciones en pesetas en ejecución de la resolución dictada.

19901991199214.341.51120.734.64716.519.862

Al no exceder ninguna de ellas la cuantía mínima exigida para el acceso a la casación es patente la inadmisibilidad que se postula en primer lugar.

DECIMOTERCERO.- Por las razones expuestas procede declarar la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado con imposición de costas a la parte recurrente, con el límite cuantitativo de 600 euros, en lo que afecta a la minuta del Letrado de la parte recurrida, y estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la entidad Real Madrid, Club de Fútbol, debiendo alcanzar, en consecuencia, la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto también a la regularización practicada por las diferencias detectadas en los tipos de retención practicados en relación con las retribuciones variables, que se anula, y a la devolución de las retenciones indebidamente efectuadas por los pagos realizados a entidades no residentes por el concepto de cesión de derechos de imagen, que se declara procedente, acordando la Sala no conforme con el Ordenamiento Jurídico y, por tanto, nulo de pleno derecho, el art. 149.1.d, del Reglamento 2384/1981, de 3 de agosto, que establecía con respecto a las cantidades a retener por retribuciones variables "cuyo importe no podrá ser inferior al de todas las percepciones obtenidas durante el año anterior, siempre que no concurren circunstancias que hagan presumir una notoria reducción en las mismas".

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

FALLO

Primero.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de la entidad Real Madrid, Club de Fútbol, contra la sentencia de 8 de mayo de 2003 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Segundo.- Declarar que la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 29 de noviembre de

1999 debe alcanzar también a la regularización practicada en relación a las retribuciones variables del ejercicio de 1991, que se anula, y a la procedencia de la devolución de las retenciones indebidamente efectuadas por los pagos efectuados a entidades no residentes por el concepto de cesión de derechos de imagen, que así se ordena.

Tercero.- Declarar, en cumplimiento del artículo 27.3 de la Ley Jurisdiccional, la nulidad de pleno derecho del artículo 149.1d) del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas 2384/1981, de 3 de agosto, en el inciso que disponía con respecto a las cantidades a retener por retribuciones variables "cuyo importe no podrá ser inferior al de todas las percepciones obtenidas durante el año anterior, siempre que no concurren circunstancias que hagan presumir una notoria reducción en las mismas".

Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el artículo 72.2 de la Ley Jurisdiccional.

Cuarto.- Declarar la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la referida sentencia de 8 de mayo de 2003, con imposición de costas a la parte recurrente, con el límite cuantitativo que se indica en el último Fundamento de Derecho.

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

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

2009/276060

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 14 octubre 2009. Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

Por tratarse de disposiciones de carácter general

Necesidad de publicación en los diarios oficiales las normas urbanísticas de los planes de ordenación urbana

El TS desestima los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de La Roca del Vallés y por la Generalidad de Cataluña contra la STSJ de Cataluña que

anuló, por carecer de un planeamiento eficaz que pueda servir de cobertura jurídica, los acuerdos de la corporación local por los que se aprobaron definitivamente el estudio de detalle y el proyecto de compensación de la unidad de actuación 6, así como el proyecto de urbanización si se hubiera publicado.

La Sala desestima el recurso al mantener su doctrina en la que expone que para la vigencia y eficacia de los instrumentos de ordenación urbanística es ineludible, como exigencia derivada del principio de publicidad de las normas, la publicación de sus normas urbanísticas, de manera que, para la vigencia y eficacia del planeamiento urbanístico, no es suficiente con la publicación del acuerdo de aprobación definitiva del plan de que se trate, sino que junto a ese acuerdo, han de ser publicadas las normas urbanísticas u ordenanzas que también han sido aprobadas definitivamente. Por último, la Sala considera que la disposición adicional 4ª, 6 Ley 10/2004 no resulta aplicable al supuesto examinado, pues ante la constatación de la contradicción entre la citada disposición transitoria, aprobada por el Parlamento catalán, y lo establecido en el art. 62, 2 Ley 30/1992, ha de resolverse confiriendo prevalencia a ésta porque la materia sobre la que versa, de eficacia de las normas, no viene atribuida a la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de los comparecidos como recurridos aduce la inadmisibilidad de los recursos de casación por las mismas razones que ya fueron tenidas en cuenta por esta Sala para inadmitirlos en cuanto impugnaban los pronunciamientos de la sentencia relativos a la declaración de nulidad del acuerdo municipal aprobatorio del Proyecto de Compensación de la Unidad de Actuación núm. 6 del Plan General de Ordenación Urbana y del Proyecto de Urbanización de la misma, de manera que examinaremos ambos recursos de casación exclusivamente en cuanto combaten el pronunciamiento de la sentencia recurrida declarativo de la nulidad de pleno derecho del acuerdo municipal aprobatorio del Estudio de Detalle de la citada Unidad de Actuación.

SEGUNDO.- Centrado así el objeto de nuestro análisis, hemos de señalar que el Tribunal a quo ha justificado su declaración de nulidad del Estudio de Detalle precisamente por la falta de eficacia del Plan General de Ordenación Urbana al no haberse publicado sus normas urbanísticas cuando el Ayuntamiento aprobó, con carácter definitivo, el indicado Estudio de Detalle, que, con expresión

acuñada por la jurisprudencia de esta Sala, constituye el último eslabón de los instrumentos de ordenación.

El razonamiento de la Sala sentenciadora es diáfano, al expresar que la falta de vigencia del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de La Roca del Vallés cuando se aprobó definitivamente el Estudio de Detalle, que desarrollaba dicho Plan General, es determinante de la nulidad de pleno derecho de ese Estudio de Detalle por carecer de eficacia aquél, mientras que respecto del propio Estudio de Detalle, como planeamiento de desarrollo o derivado, la consecuencia es la nulidad de pleno derecho por carecer de soporte normativo, según el concepto incorporado al artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que sanciona con nulidad radical o de pleno derecho los vicios o defectos de las disposiciones de carácter general, a diferencia de los actos administrativos que pueden incurrir en nulidad radical o mera anulabilidad de acuerdo con lo establecido en los artículos 62.1 y 63 de la misma Ley, preceptos interpretados por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de fechas 21 de septiembre de 2001 (r.c. 924/97), 23 de septiembre de 2003 (r. c. 380/99, fundamentos jurídicos noveno a undécimo) y 28 de abril de 2004 (r.c. 7051/01).

TERCERO.- El conflicto, que ahora llega a nuestro conocimiento, arranca, como tantos otros dirimidos por esta Sala del Tribunal Supremo, de un diferente modo de entender la exigencia constitucional de publicidad de las normas (artículo 9.3 de la Constitución), recogida tanto en el artículo 2.1 del Código civil como en el artículo 52.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Es decir, nos encontramos ante una cuestión relativa a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, cuya materia ha reservado la Constitución (artículo 149.1.8ª) a la competencia exclusiva del Estado, quien, en uso de la misma, además de los referidos preceptos del Código civil y de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, promulgó el artículo 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, preceptos todos que han sido entendidos e interpretados por la Administración autonómica recurrente, e incluso durante algún tiempo por la propia Sala de instancia, de forma distinta a como los venía interpretando y aplicando esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, como lo demuestran las Sentencias dictadas por ésta con fecha 10 de abril de 1990, 11 de julio de 1991, 29 de octubre de 1991, 8 de febrero de 1999 (r.c. 2271/93), 21 de julio de 1999 (r.c. 2589/93), 9 de febrero de 2000 (r.c. 2996/94), 10 de abril de

2000 (r. c. 5410/94), 20 de septiembre de 2000 (r.c. 4994/95), 27 de julio de 2001 (r.c. 8876/96), 12 de noviembre de 2001 r.c. 4749/97), 24 de diciembre de 2002 (r.c. 1503/96), 12 de noviembre de 2008 (r.c. 6115/04), 29 de mayo de 2009 (r.c. 457/05) y 15 de junio de 2009 (r.c. 1586/05), entre otras.

La diferencia de criterio, como se deduce del examen de la citada jurisprudencia, obedece a que, mientras esta Sala considera que la exigencia de publicación, establecida en todos esos preceptos estatales, requiere que se publiquen en los diarios oficiales las normas urbanísticas de los planes de ordenación urbana por tratarse de disposiciones de carácter general, la Administración autonómica y el Ayuntamiento recurrentes sostienen que, en virtud de lo establecido en el artículo 89 del Texto Refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, para la vigencia y eficacia de los instrumentos de ordenación (planeamiento urbanístico), basta con la publicación íntegra del acuerdo de aprobación definitiva de aquéllos, como además, aseguran, venía establecido también en los artículos 44 de la Ley del Suelo de 1956, 56 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 124.1 y 131 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, de los que aquel precepto autonómico no es sino reproducción.

Pues bien, a pesar de este parecer, reiteradamente mantenido por la Administración autonómica recurrente y secundado inicialmente por la propia Sala de instancia, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha asumido, de manera uniforme y constante, la tesis contraria al entender, por las razones expresadas en las sentencias antes citadas, a las que pueden añadirse las de fechas 20 de mayo de 1999 (r.c. 3150/93), 8 de julio de 1999 (r.c. 4644/93), 26 de septiembre de 2001 (r.c. 924/97) y 28 de abril de 2004 (r.c. 7051/01), que para la vigencia y eficacia de los instrumentos de ordenación urbanística es ineludible, como exigencia derivada del principio de publicidad de las normas recogido en los referidos preceptos legales, la publicación de sus normas urbanísticas, de manera que, para la vigencia y eficacia del planeamiento urbanístico, no es suficiente con la publicación del acuerdo de aprobación definitiva del plan de que se trate.

Esta doctrina la mantenemos y reproducimos ahora, una vez más, antes de proceder al examen de cada uno de los motivos de casación alegados por ambas Administraciones recurrentes, bajo la premisa, ya expuesta, de que, en contra de lo que aquéllas opinan, la cuestión a dirimir no es otra que la relativa a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas y, por consiguiente, idéntica en cualquier ámbito material del orde-

namiento jurídico y no sólo en el urbanístico o de régimen local, títulos estos a los que, como veremos, lo reducen indebidamente una y otra Administración recurrentes a través de varios de los motivos de casación que invocan, cinco de ellos iguales.

CUARTO.- Comenzaremos por examinar los motivos de casación esgrimidos al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y así la representación procesal de la Administración autonómica alega, en el sexto, que la Sala de instancia quebrantó las formas esenciales del juicio con indefensión para ella al no haberla emplazado para que pudiese comparecer en el juicio, a pesar de que en él se estaba dirimiendo la eficacia de un Plan General aprobado por la Comisión de Urbanismo de Barcelona del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad.

El motivo debe ser desestimado porque arranca de una premisa inexacta, cual es el defecto de emplazamiento, cuando lo cierto, como se desprende del examen de los autos, es que, por decisión expresa de la Sala de instancia, la Administración autonómica fue emplazada el día 17 de febrero de 2005, a pesar de lo cual no compareció.

La representación procesal del Ayuntamiento recurrente también alude a ese defecto de emplazamiento al final de su motivo quinto, pero, con independencia de que no cabe la invocación de indefensiones ajenas, valga lo dicho acerca de la inexactitud de esa aseveración.

QUINTO.- En el quinto del Ayuntamiento y séptimo de la Administración autonómica se denuncia el defecto de motivación de la sentencia recurrida con infracción por ello de lo establecido en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al no explicar el diferente tratamiento jurídico de la falta o defecto de publicación de las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana, pues, mientras éste se considera simplemente ineficaz, el Estudio de Detalle se declara nulo de pleno derecho.

Estos motivos de casación no pueden prosperar por las razones que dejamos expuestas en el precedente fundamento jurídico segundo de esta nuestra sentencia, al haber diferenciado perfectamente la Sala de instancia las consecuencias derivadas del defecto de publicación de las normas urbanísticas y la que su ineficacia produce respecto del ordenamiento urbanístico derivado o de desarrollo, que no es otra que la nulidad radical por adolecer del adecuado soporte normativo.

SEXTO.- Iniciando ahora el análisis de los motivos de casación esgrimidos al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Juris-

dicción, lo hacemos con el primero que una y otra Administración recurrente aducen por la aplicación indebida de lo establecido en el artículo 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y la consiguiente inaplicación de lo establecido en el artículo 89 del Texto Refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, sin haber suscitado previamente la oportuna cuestión de inconstitucionalidad de éste.

Como hemos dicho, la cuestión ahora suscitada, al igual que en otros casos precedentes resueltos por esta Sala del Tribunal Supremo, no es otra que el de la publicación de las disposiciones de carácter general para que adquieran eficacia.

Al resolver tal cuestión, el Tribunal a quo deja expresa constancia de que lo hace de acuerdo con la doctrina jurisprudencial interpretativa del requisito de publicación de las normas para que puedan tener vigencia, doctrina a la que antes hemos aludido, según la cual no es suficiente la publicación sólo del acuerdo de aprobación definitiva del planeamiento de que se trate sino que también han de ser publicadas sus normas urbanísticas u ordenanzas.

Esta tesis jurisprudencial, elaborada a partir de la interpretación sistemática de los preceptos relativos a la eficacia de las normas en nuestro ordenamiento jurídico, no implica, contrariamente a lo sostenido por ambas Administraciones recurrentes, que haya que plantear previamente cuestión de inconstitucionalidad del artículo 89 del referido Texto Refundido del ordenamiento urbanístico catalán, ya que éste se limita a señalar que los instrumentos de ordenación urbanística serán inmediatamente ejecutivos una vez publicada su aprobación definitiva, sin abundar en más detalles, lo que no es obstáculo a la interpretación de la Sala sentenciadora, acorde con la doctrina jurisprudencial consolidada, según la cual la aprobación definitiva, al serlo de las normas urbanísticas, exige o requiere la publicación también de éstas para dar cumplimiento no sólo a lo establecido en el artículo 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, sino también a lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en definitiva, al principio de publicidad de las normas garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, de modo que la Sala de instancia ni ha aplicado indebidamente el indicado artículo 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local ni ha dejado de aplicar lo dispuesto en el artículo 89 del Texto Refundido autonómico aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, sino que lo ha hecho con la única interpretación posible del ordenamiento jurídico relativo a la eficacia de

las normas, por lo que ambos motivos de casación no pueden prosperar.

SÉPTIMO.- En el segundo motivo de casación de una y otra parte recurrente se achaca a la Sala de instancia, nada más ni nada menos, que la infracción de los artículos 148.1. 3ª de la Constitución y 9.9 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que atribuyen a la Comunidad Autónoma de Cataluña la competencia en materia de urbanismo.

Estos motivos de casación también deben decaer porque, como expusimos en el fundamento jurídico tercero de esta nuestra sentencia, no se trata de examinar si la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene competencias en materia urbanística y de ordenación del territorio, que la Sala sentenciadora no le discute, sino si para la eficacia de las normas, sea cualquiera su contenido, es necesaria su publicación, por lo que, obviamente, no se está enjuiciando materia urbanística sino la eficacia de las normas jurídicas, sean o no urbanísticas, y, por consiguiente, el Tribunal a quo no desconoce con su decisión las competencias urbanísticas que la Comunidad Autónoma de Cataluña ostenta ex artículos 148.1.3 de la Constitución y 9.9 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

OCTAVO.- Ambas Administraciones recurrentes aseguran, en su tercer motivo de casación, que la Sala de instancia ha conculcado el artículo 3.1 del Código civil y la doctrina constitucional que se cita porque ha realizado una interpretación del artículo 89 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, contraria al sentido propio de sus palabras.

Estos motivos tampoco pueden prosperar porque, según hemos expresado en el precedente fundamento jurídico sexto, la referida norma autonómica, reproduciendo además la literalidad del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, no implica, en contra de lo que opinan una y otra Administración recurrentes, que la publicación sólo deba hacerse del acuerdo de aprobación definitiva, sino que junto a ese acuerdo, según lo ha entendido y declarado sin excepciones la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, han de ser publicadas las normas urbanísticas u ordenanzas que también han sido aprobadas definitivamente.

NOVENO.- En el cuarto motivo de casación, las representaciones procesales de ambas Administraciones recurrentes sostienen que la Sala de instancia ha infringido los artículos 163 de la Constitución, 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la doctrina del Tribunal Constitucional que se cita, y,

además, ha vulnerado los derechos a una tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.1 y 2 de la Constitución), así como el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), por haber inaplicado lo dispuesto en el artículo 89 del Texto Refundido de los textos vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, sin haber planteado la oportuna cuestión de inconstitucionalidad de dicho precepto ante el Tribunal Constitucional, que es el único medio de que los jueces puedan dejar de aplicar una norma con rango de Ley.

Ambos motivos de casación, al igual que los demás examinados hasta ahora, deben ser desestimados porque ni esta Sala del Tribunal Supremo ni la Sala de instancia, al decidir ésta conforme a la doctrina jurisprudencial emanada de aquélla, ha inaplicado el aludido precepto autonómico, como no inaplicó en su día lo establecido en el precepto que éste reproduce (artículo 56) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, del que aquél es mera reproducción, sino que han realizado la única interpretación posible del mismo acorde con el resto de los preceptos del ordenamiento jurídico relativos a la publicación y eficacia de las normas jurídicas, llevando a cabo, por tanto, una auténtica interpretación sistemática e integradora en el sentido ya expuesto en los fundamentos jurídicos sexto a octavo de esta misma sentencia.

DÉCIMO.- Finalmente, en el quinto motivo de casación de la Administración autonómica recurrente, y en ello se basa también in fine el primero del Ayuntamiento, se aduce que la Sala sentenciadora ha infringido lo dispuesto en los artículos 9 y 163 de la Constitución, 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 del Código civil y el principio iura novit curia, al no haber aplicado, aunque no hubiese sido invocado por los litigantes, lo establecido en la Disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/2002, de 14 de marzo, en cuanto estableció que: "la publicación en un diario oficial, por la Administración de la Generalidad o por el Ayuntamiento competente, de las normas urbanísticas de las figuras de planeamiento urbanístico aprobadas definitivamente por la Administración de la Generalidad antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002 convalida la tramitación y la aprobación de las disposiciones y actos de aplicación que se hayan dictado al amparo de su aprobación definitiva, ya que la falta de publicación previa de las disposiciones y actos mencionados únicamente comporta, si procede, su anulabilidad. Este mismo efecto de convalidación tiene la publicación de normas urbanísticas en un diario

oficial antes de la entrada en vigor de la presente Ley”.

Esta norma, con rango de ley, fue publicada y entró en vigor después de haber quedado el proceso, sustanciado en la instancia, pendiente para votación y fallo pero antes de que, el día 27 de junio de 2005, la Sala de instancia dictase sentencia, de manera que, de ser aplicable al conflicto suscitado, el Tribunal a quo, después de hacer uso de la facultad conferida por el artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debería haberla tenido en cuenta para resolver.

El planteamiento de las Administraciones recurrentes nos impone el deber a nosotros de examinar si el precepto contenido en la aludida disposición transitoria es o no aplicable para resolver la cuestión controvertida, pues, de serlo, habría que anular la sentencia recurrida para que el Tribunal a quo sometiese a la consideración de las partes dicha tesis al amparo del citado artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional.

UNDÉCIMO.- Antes de entrar a examinar la aplicabilidad o no del mencionado precepto, recogido en la aludida disposición transitoria, hemos de señalar que el mismo fue recogido por la Disposición Transitoria octava, apartado sexto, del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, con la mera sustitución del término convalidar por el de validar, para haber terminado siendo modificado por Ley 2/2007, de 5 de junio (DOGC 12/06/2007), de modo que la aludida Disposición Transitoria tiene la siguiente redacción final: “La falta de publicación previa de las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente por la Administración de la Generalidad antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002 no es motivo de nulidad de pleno derecho de las disposiciones y actos de aplicación que se hayan dictado al amparo de su aprobación definitiva, siempre y cuando se haya publicado el anuncio de la aprobación de los mencionados instrumentos. La publicación en el DOGC de las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002 valida la tramitación y la aprobación de las disposiciones y actos de aplicación que se hayan dictado al amparo de su aprobación definitiva y les da plena eficacia desde la fecha de publicación en el DOGC del anuncio de la aprobación definitiva de los mencionados instrumentos”.

En definitiva, de la reseñada evolución legislativa del precepto, se deduce la decidida voluntad del legislador catalán de validar disposiciones y actos de desarrollo o ejecución de planes urbanísticos, cuyas normas

urbanísticas no fueron publicadas en su día, siempre que el nuevo acuerdo aprobatorio se hubiese publicado y se publicasen después también sus normas urbanísticas cuando tales instrumentos de planeamiento se hubieran aprobado definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley catalana 2/2002, en la que se dispuso la publicación de las correspondientes normas urbanísticas.

Es llamativa la sustitución por el legislador del término convalidar por el de validar, aunque haya podido obedecer a que en la terminología al uso la expresión convalidar sólo se aplica a los actos anulables pero no a los nulos de pleno derecho y por ello precisamente se ha recurrido a la ficción de que la falta de publicación previa de las normas urbanísticas de un instrumento de planeamiento no es motivo de nulidad de pleno derecho de las disposiciones o actos de aplicación de aquél, regla que contradice lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992 y la doctrina jurisprudencial consolidada relativa a las causas de nulidad radical y anulabilidad, recogida, entre otras, en Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1999 (r.c. 3150/93), 8 de julio de 1999 (r.c. 4644/93), 26 de septiembre de 2001 (r.c. 924/97) y 28 de abril de 2004 (r.c. 7051/01), ya citadas anteriormente.

También nos consta que, en sentencias posteriores a la recurrida, las Secciones Segunda y Tercera de la Sala de instancia vienen haciendo una interpretación diversa del aludido precepto autonómico, de manera que en unos supuestos no se admite el efecto convalidador y en otros se acepta.

DUODÉCIMO.- Pesa, por tanto, sobre esta Sala del Tribunal Supremo la tarea de resolver si el precepto en cuestión es aplicable para considerar válidos los instrumentos de ordenación derivados o de desarrollo aprobados definitivamente cuando el planeamiento del que traen causa carecía de vigencia o eficacia por no haber sido publicadas sus normas urbanísticas, siempre que, con posterioridad a su aprobación definitiva y antes de la entrada en vigor de la Ley catalana 2/2002, se hubiesen publicado en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña dichas normas urbanísticas.

DECIMOTERCERO.- Para dar solución a tal cuestión hemos de repetir, una vez más, que no estamos ante el título competencial relativo al urbanismo, como indebidamente lo entiende la representación procesal de la Administración autonómica recurrente, al expresar literalmente en el inicio del motivo quinto de casación, que “la Generalidad de Cataluña en virtud de la competencia exclusiva en materia de urbanismo,

prevista en el artículo 148.1.3 de la Constitución y el artículo 9.9 del Estatuto de Autonomía, aprobó la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo, y posteriormente la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, de modificación de la anterior”, pues, si bien es cierto que ello es así, la cuestión relativa a la eficacia de las normas jurídicas es común a todo el ordenamiento estatal, integrado al respecto por los preceptos constitucionales y legales repetidamente citados en esta sentencia, sin que el Estatuto de Autonomía de Cataluña, como no podía ser de otra forma, haya asumido la materia relativa a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, que viene exclusivamente atribuida al Estado por el artículo 149.1.8ª de la Constitución, en uso de la cual ha establecido la necesaria publicación de las normas para que éstas adquieran eficacia.

En consecuencia, una disposición de carácter general, promulgada en desarrollo o ejecución de otra norma de rango superior carente de vigencia o eficacia, no resulta meramente anulable sino nula de pleno derecho, según ha venido declarando la doctrina jurisprudencial con apoyo en lo establecido por el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, precepto este promulgado por el Estado en uso de su competencia exclusiva en materia de aplicación y eficacia de las normas jurídicas, por lo que nos encontramos ante un conflicto en el que, conforme a lo establecido en el artículo 149.3 de la Constitución, la norma estatal prevalece sobre la de la Comunidad Autónoma en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de ésta.

Esta ha sido la solución dada por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en materia de contratación administrativa, de información pública de los instrumentos de ordenación urbanística o de derechos y deberes de los propietarios de suelo, entre otras en nuestras Sentencias de fechas 28 de diciembre de 2006, 27 de marzo de 2007, 27 de febrero de 2008, 9 de diciembre de 2008 (r.c. 7459/04) y 23 de septiembre de 2009 (r.c. 2865/05), según las cuales, cuando no es posible una interpretación de la norma autonómica que la haga conciliable con la legislación básica, la resolución de la controversia debe apoyarse en la aplicación de esta última en tanto que norma básica dictada por el legislador estatal en el ejercicio de competencias exclusivas, conforme a los postulados tendentes a propiciar una interpretación vertebrada e integradora del ordenamiento jurídico.

Pero es más, la misma solución ha sido expresamente postulada por la propia Administración autonómica recurrente en materia de deberes de los propietarios de suelo urbano sin

urbanización consolidada, en contra del parecer sostenido por la Sala de instancia, como se refleja en las Sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fechas 22 de noviembre de 2007 (r.c. 10.196/03, fundamento jurídico primero), 28 de enero de 2008 (r.c. 996/04), 19 de mayo de 2008 (r.c. 4731/04), 2 junio de 2008 (r.c. 3442/04), 10 de noviembre de 2008 (r.c. 7021/04), 23 de julio de 2009 (r.c. 1573/05) y 23 de septiembre de 2009 (r.c. 2865/05).

DECIMOCUARTO.- De aceptarse la tesis de la convalidación de las disposiciones urbanísticas de ejecución o desarrollo, propugnada por las Administraciones recurrentes, a pesar de que aquéllas nacieran desprovistas de norma habilitante por no haber ganado eficacia y vigencia ésta por no haberse publicado sus normas urbanísticas, se estaría confiriendo efectos retroactivos a unas disposiciones de carácter general en contra de lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución, que consagra la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, en cuanto el planeamiento de desarrollo implique deberes para los ciudadanos con anterioridad a la fecha de la publicación de las normas urbanísticas del plan de cobertura.

No estamos, sin embargo, ante un supuesto equivalente a los enjuiciados por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 163/1995, 173/2002 y 58/2004, porque no se trata de dirimir si la Disposición Transitoria promulgada por el Parlamento de Cataluña es o no válida y acorde con la Constitución, sino ante la constatación de que, dado que el conflicto (como hemos repetido) no es urbanístico ni de ordenación del territorio, sino de eficacia de las normas, la contradicción entre la citada disposición transitoria, aprobada por el Parlamento catalán, y lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, ha de resolverse confiriendo prevalencia a ésta porque la materia sobre la que versa no viene atribuida a la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma.

Para solucionar los conflictos de leyes está plenamente consolidada en los sistemas jurídicos la técnica de la primacía o prevalencia, y así se aplica entre el ordenamiento comunitario europeo y los derechos internos de los Estados de la Unión, método previsto en el citado artículo 149.3 de la Constitución cuando la materia no viene atribuida a la competencia de las Comunidades Autónomas, sin necesidad, en este caso, de plantear cuestión de inconstitucionalidad de las normas en conflicto, dado que no se trata de una tacha de inconstitucionalidad sino de simple contradicción entre normas, que sólo admite la aplicación de una, por lo que se debe aplicar la prevalente,

que, en este caso, es la estatal al no tratarse de una materia atribuida a la competencia exclusiva de Comunidad Autónoma.

Es cierto que esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 24 de septiembre de 2008 (r.c. 2114/06), se hizo eco de lo establecido en la controvertida Disposición Transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, pero, además de haberlo sido a mayor abundamiento, pues la razón de decidir fue que la sentencia, por la que se impugnó el Plan, devino firme y consentida y que las licencias no fueron impugnadas, representa un solo pronunciamiento del que, en lo que pudiese contradecir lo que acabamos de exponer en la que ahora dictamos, nos apartamos expresamente.

DECIMOQUINTO.- Al no ser aplicable para decidir la cuestión litigiosa, sometida al juicio del Tribunal de instancia, lo dispuesto en la Disposición Transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, dicha Sala no venía obligada, en virtud de lo establecido en el artículo 1. 7 del Código civil y el principio *iura novit curia*, a someter, conforme a lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley de esta Jurisdicción, dicha tesis a la consideración de las partes ni tampoco a plantear, según prevén los artículos 163 de la Constitución y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de la indicada Disposición Transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley catalana 10/2004, ni del artículo 89 del Texto Refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, deber del que nosotros nos consideramos también excusados debido a la interpretación que hemos llevado a cabo de ambos preceptos y del ordenamiento constitucional, según se establece en el apartado tercero del propio artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

DECIMOSEXTO.- La desestimación de todos los motivos de casación aducidos por ambas Administraciones recurrentes comporta la declaración de no haber lugar a sus respectivos recursos, con imposición a aquéllas de las costas procesales causadas por partes iguales, según dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien, como permite el apartado tercero de este mismo precepto, procede limitar su cuantía, por el concepto de honorarios de abogado de los comparecidos como recurridos, a la cifra de trescientos cincuenta euros a cargo de cada una de las Administraciones recurrentes, dada la actividad desplegada por el Letrado de los recurridos al oponerse a los indicados recursos de casación.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artí-

culos 86 a 95 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Que, rechazando las causas de inadmisión alegadas por la representación procesal de los recurridos y con desestimación de todos los motivos de casación al efecto aducidos y pretensiones formuladas por ambas Administraciones recurrentes, debemos declarar y declaramos que no ha lugar a los recursos interpuestos por la Procuradora D^a Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación del Ayuntamiento de La Roca del Vallés, y por la Letrada de la Generalidad de Cataluña, en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña, contra la sentencia pronunciada, con fecha 27 de junio de 2005, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalu-

ña en el recurso contencioso-administrativo número 9 de 2001, con imposición a ambas Administraciones recurrentes de las costas procesales causadas por partes iguales, hasta el límite de trescientos cincuenta euros para cada una por el concepto de honorarios de Abogado de los comparecidos como recurridos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gamella.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.



2009/251624

TS Sala 4^a, Sentencia 17 septiembre 2009. Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Adecuada cantidad abonada por el FOGASA por insolvencia empresarial

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los trabajadores demandantes frente a sentencia que confirmó las cantidades abonadas por el FOGASA -por insolvencia empresarial- en concepto de vacaciones no disfrutadas y parte proporcional de pagas extraordinarias.

La Sala señala que los recurrentes se equivocan al considerar que se ha calculado mal la cantidad a pagar, pues entienden que no se puede tomar como módulo salarial para determinar los días adeudados el salario con el prorrateo de las pagas extraordinarias y luego, a la hora de abonar los días pendientes, aplicar el módulo del SMI sin inclusión de dichas pagas; en este sentido el recurso carece de interés casacional ya que la sentencia recurrida se atiene a la doctrina ya unificada de esta Sala la cual establece que la expresión salario mínimo puede utilizarse para designar, tanto el SMI en sentido estricto, como los denominados salarios mínimos adicionales, que son los que en cada caso surgen como consecuencia de añadir a aquel mínimo, conceptos como las pagas extraordinarias; prueba de ello es la nueva redacción del art. 33,1 ET donde se incluye expresamente la parte proporcional de las pagas extraordinarias en el salario mínimo interprofesional diario, reforma no aplicable al caso de autos por razones de vigencia temporal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores prestaron servicios para la empresa Galler Textiles SA que dejó pendientes de pago las cantidades reconocidas en las sentencias obrantes en las actuaciones, habiéndose dictado auto declarando la insolvencia empresarial por lo que los actores solicitaron las

prestaciones al Fondo de Garantía Salarial que les reconoció el derecho a percibir las cantidades que figuran en las resoluciones de 17 de enero de 2006.

Las cantidades adeudadas lo eran por vacaciones no disfrutadas y por parte proporcional de las pagas extraordinarias del año 2004.

Disconformes con las mismas, los actores formularon demanda que fue desestimada por la sentencia de instancia que considera correcto dividir el importe total del crédito entre el salario diario con parte proporcional de pagas extraordinarias y multiplicar el cociente -que son los días de salario debidos- por el duplo del salario mínimo interprofesional, lo que dará -dice el Juzgado- la cifra máxima de la que puede responder el Fondo. Recurrieron en suplicación los actores denunciando que "El Organismo demandado no puede por una parte pretender, por un lado, tomar como módulo salarial para determinar los días adeudados el salario con el prorrateo de las pagas extraordinarias y además, a la hora de abonar los días pendientes aplicar el módulo del salario mínimo interprofesional sin inclusión de dichas pagas". La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de mayo de 2008 ha desestimado el recurso basándose en una sentencia anterior de la misma Sala de 1 de febrero de 2001 (rec. 6965/00).

Recorre la parte demandante en casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la de esta Sala de 16 de mayo de 1995 (rec. 2517/94), en donde el crédito reconocido comprendía salarios ordinarios y pagas extraordinarias, en la que se sostiene que las pagas extraordinarias son un crédito salarial incluido en la prestación de garantía a cargo del organismo demandado, pero revisa lo que debe entenderse por "salario mínimo interprofesional" a los efectos de calcular el límite absoluto del duplo de dicho salario en el espacio temporal de 120 días.

SEGUNDO.- Como señalan los actores, la cuestión planteada en suplicación y en la que se insiste ahora en casación para la unificación de doctrina, es que "el organismo demandado no puede pretender, por un lado, tomar como modelo salarial para determinar los días adeudados el salario con el prorrateo de los pagos extraordinarios y además a la hora de abonar los días pendientes aplicar el módulo del salario mínimo interprofesional sin inclusión de dichas pagas".

En definitiva, remitiéndose a la citada sentencia de contraste, entiende que el límite de garantía del FOGASA establecido en el auto 33.1.2 del ET, consistente en "la cantidad resultante de multiplicar el duplo del salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días", debe calcularse tomando como salario mínimo interprofesional, no el estricto fijado en los correspondientes Reales Decretos, sino el resultante de añadirse a éste la parte proporcional de pagas extraordinarias.

TERCERO.- Siendo esto así, el recurso carece de interés casacional,

causa de inadmisión que en este trámite se convierte en causa de desestimación, lo que a su vez determina la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, pues la recurrida, al reafirmarse en su doctrina anterior al respecto, se remite y cita expresamente la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 1995 (Rec. 2517/94), que es precisamente la señalada para contrastar, cuya doctrina aplica correctamente, de modo que, lejos de existir contradicción, la ahora recurrida se atiene a la doctrina ya unificada de esta Sala.

La parte recurrente olvida que nuestra mencionada sentencia, después de señalar que cuando el art. 33.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que el FOGASA abonará a los trabajadores en caso de insolvencia del empresario los salarios pendientes de pago, dentro de este concepto están incluidas desde luego las pagas extraordinarias, pues en virtud de los preceptos citados y de su propia función retributiva son conceptos de naturaleza salarial aunque con una periodicidad en su abono superior a la mensual, de modo que se trata de un crédito salarial incluido en la prestación de garantía a cargo del organismo demandado, matiza luego, con objeto de evitar que esa garantía no exceda del límite del duplo del salario mínimo interprofesional correspondiente a 120 días, lo siguiente: "No desconoce la Sala que con anterioridad se había entendido que el límite del duplo del salario mínimo interprofesional debía fijarse añadiendo al establecido en las correspondientes normas el importe de la parte proporcional de las pagas extraordinarias (sentencia de 13 de octubre de 1986).

Pero este criterio debe ser revisado de conformidad con las orientaciones más recientes de la doctrina unificada (sentencias de 26 de mayo, 2, 5, 21 de octubre, 10 y 11 de diciembre de 1992 y 28 de enero de 1993, entre otras muchas).

Esta doctrina establece que la expresión salario mínimo se utiliza con diverso alcance en la legislación laboral, ya que con ella se designa tanto el salario mínimo interprofesional en sentido estricto, que define un tope general de este carácter, como los denominados salarios mínimos adicionales, que son los que en cada caso -es decir, de forma variable para cada sector profesional o, incluso, para cada trabajador- surgen como consecuencia de añadir a aquel mínimo los conceptos que enumeran los Decretos anuales de fijación (artículo 2 del Real Decreto 8/1991, de 11 de enero), entre ellos las pagas extraordinarias.

Estos salarios mínimos profesionales o individuales no se confunden con el salario mínimo interprofesional y así se advierte claramente de la redacción de las correspondientes disposiciones cuando establecen que a los salarios mínimos interprofesio-

nales -sólo variables en función de la edad del trabajador-"se adicionarán" los conceptos mencionados. Es cierto que el artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores establece el derecho de los trabajadores a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año.

Pero la generalidad de este reconocimiento no es suficiente para entender comprendidas dichas pagas dentro de la noción de salario mínimo interprofesional, ni su garantía de una percepción mínima anual se confunde con éste". Esta doctrina se ha establecido en relación con la determinación de la cuantía del subsidio asistencial por desempleo, pero resulta plenamente aplicable en el presente caso, ya que el concepto legal interpretado es el mismo y también lo es en lo esencial la función de la norma: establecer el límite aplicable a una prestación pública que ha de tener en cuenta mínimos de ámbito interprofesional. Este límite del duplo del salario mínimo interprofesional."

Buena prueba de que éste era el sentido de la doctrina jurisprudencial invocada es que el legislador modificó el párrafo segundo del núm. 1 del art. 33 y en la nueva redacción dada al mismo por el art. 12 del RD-Ley 5/06, de 9 de junio, para incluir expresamente la parte proporcional de las pagas extraordinarias en el "salario mínimo interprofesional diario", reforma no aplicable al caso de autos por razones de vigencia temporal.

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 D. David, D. Indalecio, D^a Tania, D. Rafael, D^a Casilda, D. Luis Carlos, D. Basilio, María, D^a María Cristina, Florián, D. Matías, D. Victorino, D. Alejandro, D. Efraín, D. Jenaro, D. Rómulo, D^a Frida, D. Juan Enrique, D^a Santiago, D^a Carina, D^a Lorenza, D. Demetrio, D^a María Antonieta, D. Iván, D^a Encarnación, D. Roque, D^a Purificación, D. Juan Francisco, D^a Bárbara, D. Clemente, D. Ignacio, D^a Leocadia, Mari Juana, D. Román, D. Juan Luis, D. Casimiro, D. Gustavo, D^a Estrella, D^a Reyes, D. Raúl, D. Jesús Carlos, D. Cesáreo, D. Ildefonso, D. Rodrigo, D^a Custodia, D. Pedro Antonio, D^a Palmira, D^a Araceli, D^a Josefina, D^a Yolanda, D. Emiliano, D^a Enriqueta, D. Leopoldo, D^a Rita, D^a Carmela, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 20 de mayo de 2008, dictada en el recurso de suplicación núm. 2082/2007. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- Juan Francisco García Sánchez.

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

2009/259270

TS Sala 4^a, Sentencia 20 octubre 2009. Ponente: D. M^a Lourdes Arastey Sahnún

Disfrute de billete gratis de ida y vuelta como condición más beneficiosa

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada contra sentencia que, en materia de conflicto colectivo, declaró el derecho de los trabajadores afectados al disfrute de un billete gratis de ida y vuelta de la compañía aérea Spanair con plaza confirmada con carácter anual, extensible a los beneficiarios del empleado.

La Sala señala que la situación de los trabajadores afectados va más allá de una mera condición más beneficiosa y ello porque, entre otras cosas, el convenio de empresa no deja lugar a dudas sobre la especial condición fijada para los trabajadores que habían pertenecido a la plantilla de Spanair, que son los afectados por este conflicto colectivo; así, mientras que para el resto del personal de la recurrente se establece el derecho a disfrutar de los beneficios, condicionados a los términos y vigencia del acuerdo entre las dos mercantiles, para los antiguos trabajadores de la compañía aérea se produce un explícito reconocimiento del derecho a mantener las mismas condiciones anteriores a la subrogación, sin condición de ningún tipo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa demandada se alza en casación contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 2008 (autos 128/2008), por la que, con desestimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario planteada por dicha parte, se estima la demanda de conflicto

colectivo, interpuesta por la FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE DE CC.OO. (FCT-CC.OO.), declarando el derecho de los trabajadores afectados al disfrute de un billete gratis de ida y vuelta de la Cía. Aérea Spanair con plaza confirmada (ID 00) con carácter anual extensible a los beneficiarios del empleado, con lo que se anulaba la decisión empresarial de suprimir tal derecho.

El recurso de casación se acoge exclusivamente al apartado e) del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, a cuyo amparo se desarrollan tres motivos distintos.

SEGUNDO.- El primero de los motivos indicados sirve a la parte recurrente para denunciar la infracción del art. 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación al art. 93 del Convenio Colectivo de Newco Airport Services, S.A.. Se insiste, de este modo, en la excepción de litisconsorcio pasivo que fue rechazada por la sentencia de instancia, sosteniendo la parte recurrente que debió ser llamada a juicio la compañía aérea Spanair, S.A. porque, siempre a juicio de quien recurre, de no ser oída ésta, la sentencia recurrida vendría de imposible ejecución. Se sostiene que, al no ser la recurrente una compañía aérea, no puede conceder los billetes reclamados.

Centrada la cuestión en este aspecto de la configuración de la "litis", ha de analizarse si entre los legitimados pasivamente se habría de incluir también a la compañía aérea a la que la parte recurrente se refiere. Para ello sería preciso que el objeto del litigio sólo pudiera hacerse efectivo de ser aquella traída también al proceso. Como recuerda la STS (Sala 1^a), de 24 de marzo de 2003 (rec. 790/1998), "la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes sino además por incompatibles".

Por ello, la jurisprudencia exige, para su apreciación, "que entre los litisconsortes exista un nexo común o, lo que es lo mismo, una comunidad de riesgo procesal (SSTS de 30 de junio de 1967, 6 de diciembre de 1977, 24 de noviembre de 1998, 28 de diciembre de 1999 y 20 de di-

ciembre de 2005), nacida de vinculaciones subjetivas resultantes de los derechos deducidos en juicio, de modo que pueda preverse que todos ellos quedarán afectados por la resolución (SSTS de 4 de junio de 1999 y 30 de septiembre de 1999) de manera directa y no meramente refleja (SSTS de 2 de abril de 2003, y 18 de junio de 2003, 22 de abril de 2005 y 21 de marzo de 2006, recurso núm. 2627/99)" (STS, Sala 1ª, de 7 de septiembre de 2006 - rec. 4442/1999 -).

A la luz de tales criterios, la solución a esta primera cuestión suscitada en el recurso ha de ser negativa, en los mismo términos en que ya se expresó la Sala de instancia. El conflicto planteado por la parte social surge de la decisión de la demandada adoptada en enero de 2008 de suprimir el derecho a un billete aéreo gratuito anual. Es la discrepancia del Sindicato demandante con tal decisión la que suscita la controversia litigiosa. Basta ello para concluir con la afirmación de que el debate se entabla exclusivamente entre la parte social y quien actúa como empleador en el momento en que la decisión impugnada se produce. Ni la demanda pretende obtener beneficio alguno de la compañía aérea, que la recurrente quiera incorporar al proceso, ni existe vinculación laboral entre los trabajadores afectados por el presente conflicto y dicha compañía aérea. Se trata de una decisión empresarial producida una vez superada con creces el proceso de subrogación de plantilla entre aquéllas, cuando la única empleadora es, sin duda alguna, la demandada y, por tanto, es respecto de ésta de quien se pide el mantenimiento de una condición que se venía disfrutando vigente ya la citada subrogación.

Discrepamos del criterio del Ministerio Público que, en su preceptivo informe, sostiene que el motivo debería prosperar y decretarse la nulidad de la sentencia. Parte el Ministerio Fiscal de la afirmación de que la sentencia recurrida omite pronunciarse sobre la excepción procesal ahora analizada; sin embargo, no sólo consta su desestimación de modo expreso en el fallo de la misma, sino que dedica la Sala de la Audiencia Nacional el Fundamento de Derecho segundo a dar respuesta a la excepción. Por tanto, lo que ahora la parte demanda hace es reiterar esa excepción procesal que vio desestimada en la instancia.

Por todo lo dicho desestimamos el primer motivo de casación.

TERCERO.- Por el mismo cauce antes ya señalado, se denuncia en el segundo motivo del recurso la infracción de la doctrina sentada por esta Sala en las sentencias de 22 de noviembre de 2005 (rec. 3899/2004) y 27 de octubre de 2005 (rec. 697/2004), así como el art. 93 del convenio colectivo de empresa y los arts. 44 y 82.3 del Estatuto de los trabajadores.

A su vez, en el último de los motivos del recurso se alega la infracción de los arts. 3.1 c), 8.1 y 44 del Estatuto de los trabajadores, en relación con el art. 1278 del Código Civil. Añade a ello la invocación de sentencias de dos Tribunales Superiores de Justicia (Cataluña, 1 de febrero de 2001, y Comunidad Valenciana, 21 de septiembre de 1999), que, por no constituir doctrina jurisprudencial, hemos de obviar.

Dada la íntima relación entre los dos motivos que barajan idénticos conceptos, se hace conveniente una respuesta unitaria a los mismos.

Argumenta la parte recurrente que el precepto convencional mencionado no hace referencia a la entrega de billetes gratuitos a los trabajadores y afirma que aquélla se venía realizando "de forma libérrima" por la empresa. Se niega por la empresa que pueda hablarse de una condición más beneficiosa pues pese a su reiteración en el tiempo, no supone, a su entender, "constatación de la voluntad inequívoca de consolidado de un beneficio establecido con carácter continuado, invariable, permanente y personal integrante del nexo contractual existente entre ambas partes".

La cita que el recurso hace de las dos sentencias de esta Sala antes reseñadas no permite compartir su argumentación contraria a la decisión de la sentencia recurrida. Ciertamente en ellas se daba respuesta a una pretensión análoga, sobre derecho a obtener billetes de avión gratuitos (o con descuento), en relación a trabajadores que habían pertenecido a una compañía aérea - Iberia - y que pasaron a prestar servicios para otra empresa, dedicada, como la ahora recurrente, al llamado servicio de "handling" en los aeropuertos. Ahora bien, en aquellos supuestos se trataba de analizar si los trabajadores mantenían los derechos que habían tenido reconocido en el convenio colectivo que les era de aplicación cuando prestaban servicios para la compañía aérea, teniendo cuenta que la nueva empleadora no había reconocido nunca el beneficio postulado.

Lo que esta Sala indicó entonces era que el derecho en cuestión, establecido en el convenio colectivo de Iberia, no podía ser calificado como un derecho consolidado de los trabajadores, en el que la empresa hubiera de subrogarse en atención al negocio jurídico por el que se produjo la asunción de aquella plantilla.

En el presente caso existen diferencias sustanciales. La ahora recurrente ha venido reconociendo siempre el derecho al disfrute del billete gratuito anual a los trabajadores que habían pertenecido a Spanair, por más que tal derecho surgiera precisamente del negocio jurídico por el que se llevó a cabo la subrogación. Por ello no estamos, como se dice en el recurso, ante casos idénticos de trabajadores que "quieren seguir

manteniendo los derechos de billetes que tenían" en la compañía aérea de origen, sino ante trabajadores a quienes la nueva empleadora les reconoció el derecho a ese beneficio. Así resulta del hecho probado tercero de la sentencia recurrida que no se ataca en esta alzada.

Ocurre, además, que ese reconocimiento se vio ratificado por la suscripción del I Convenio Colectivo de Newco Airport Services, S.A. (BOE de 20 de febrero de 2006), en cuyo capítulo destinado a la acción social se incluye el art. 93 cuyo párrafo segundo tiene la literalidad siguiente: "Los trabajadores de La Empresa disfrutaran del beneficio o acuerdo comercial en materia de billetes otorgado por la compañía Spanair, S. A., mientras se mantenga vigente el mencionado acuerdo. Los trabajadores de La Empresa subrogados de la compañía Spanair, S. A., mantendrán las condiciones que disfrutaban en la misma en materia de beneficio a billetes en el momento de producirse la subrogación".

El texto del precepto convencional no deja lugar a dudas sobre la especial condición fijada para los trabajadores que habían pertenecido a la plantilla de Spanair, que son los afectados por este conflicto colectivo. Así, mientras que para el resto del personal de la recurrente se establece el derecho a disfrutar de los beneficios que surjan del convenio que une a la empresa con Spanair, estando tales beneficios condicionados a los términos y vigencia del acuerdo entre las dos mercantiles; para los antiguos trabajadores de la compañía aérea se produce un explícito reconocimiento del derecho a mantener las mismas condiciones anteriores a la subrogación, sin condición de ningún tipo.

Lo reclamado en la demanda no trae causa de la existencia de la subrogación, sino de la actitud de la empresa que, con independencia de cual hubiera sido el espectro de obligaciones asumidas en el momento en que se hizo cargo de parte de la plantilla de Spanair, aceptó y satisfizo el derecho al billete gratuito ahora litigioso. Como señalaba nuestra sentencia de 3 de marzo de 2009 (rec. 13/2008), "la condición más beneficiosa requiere, como elementos configuradores, una voluntad inequívoca empresarial de otorgar una ventaja o beneficio, lo que, normalmente, se explicita por el tiempo durante el que se consiente el disfrute de los mismos y que hace el que se incorporen al nexo contractual, adquiriendo, a partir de ahí, un carácter de intangibilidad que impide el que puedan ser suprimidos, unilateralmente, por la empresa".

Pero es que, además, en 2006 la empresa acabó incorporando el beneficio al clausulado del primer convenio colectivo de empresa, con explícita expresión de la situación de aquellos trabajadores inicialmente

incluidos en el proceso de subrogación, elevando con ello la fuerza vinculante de la obligación.

Ha de negarse que la sentencia hubiera incurrido en infracción alguna del invocado art. 44 del Estatuto de los trabajadores, sobre el que, además, han sido numerosas las sentencias de esta Sala que han venido negando la aplicación al traspaso de personal en los aeropuertos. Por el contrario, sí es plenamente acorde la sentencia recurrida con lo que disponen los demás preceptos que se citan por la parte recurrente.

La conclusión que se alcanza es que la situación de los trabajadores afectados va más allá de una mera condición más beneficiosa incorporada al contrato de trabajo de cada uno de los trabajadores del colectivo afectado, para caer de lleno en la vigencia e imperatividad de un derecho impuesto por el convenio colectivo, aunque ni en uno ni en otro caso la condición reconocida a los trabajadores pudiera ser dejada sin efecto por la voluntad unilateral de una de las partes. Procede, por todo lo dicho, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, con condena a la pérdida del depósito dado para recurrir.

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

FALLO

Que, desestimando el recurso de casación interpuesto por Newco Airport Services, S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada el 4 de noviembre de 2008, en los autos 128/2008 seguidos por conflicto colectivo, a instancia de la FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE DE CC.OO. (FCT-CC.OO.), en los que también han sido parte la FEDERACIÓN ESTATAL DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE DE U.G.T., la CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (C.G.T.) y la UNIÓN SINDICAL OBRERA (U.S.O.), debemos confirmar y confirmamos la misma, con pérdida del depósito dado para recurrir.

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.

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



RESEÑA

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

TS CIVIL

2009/229002

TS Sala 1ª, Sentencia 30 julio 2009.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Nulidad radical de contrato de franquicia de tratamiento capilares

Estima en parte el TS el recurso de casación interpuesto por las entidades actoras contra sentencia dictada por la AP, confirmatoria de la de instancia desestimatoria de sus pretensiones derivadas de contrato de franquicia de tratamientos capilares y estimó en parte la reconvencción, declarando la nulidad de los contratos operados entre las partes. Indica la Sala que la nulidad ha de ser total y no parcial pues la cláusula restrictiva que impide la libertad de fijación del precio por la franquiciada tiene también como consecuencia la determinación del canon de explotación a pagar. Sin embargo, da la razón a la parte recurrente en cuanto a que nos hallamos ante unos contratos de tracto sucesivo que han venido ejecutándose durante unos años, por lo que procede la liquidación de los efectos económicos existentes al tiempo de extinguirse la relación jurídica, debiendo condenarse a la franquiciada al abono de los cánones de explotación adeudados.

2009/245658

TS Sala 1ª, Sentencia 30 octubre 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Declaración de vía pecuaria como camino de carácter público

Desestima la Sala del TS los recursos de casación y de infracción procesal deducidos por el propietario del terreno por el que discurre la cañada contra la resolución de la AP que declaró la vía pecuaria como camino de carácter público. Pretendiendo el actor una acción declarativa de dominio sobre dicho camino se rechaza tanto por inspirarse en normas posteriores al tiempo de constituirse la relación de hecho, como por pretender la aplicación de normas administrativas, o por citar, como vulneradas, normas genéricas.

TS PENAL

2009/245678

TS Sala 2ª, Sentencia 27 octubre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Delito de atentado y faltas de lesiones

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito de atentado y cuatro faltas de lesiones. Constata el TS que no hay exlimitación en el caso que examinamos, ya que fueron los acusados quienes se abalanzaron sobre los agentes golpeándoles reiteradamente, teniendo que avisar a unidades de apoyo, personándose en el lugar dos dotaciones de la policía local y una de la guardia civil, teniendo los agentes que reducirlos por la fuerza, y ello por la agresividad empleada por los acusados y por los familiares que les acompañaban, que trataban de obstaculizar la labor de los agentes, interponiéndose entre éstos y los acusados, lo que motivó que alguno de ellos también resultara lesionado.

2009/245675

TS Sala 2ª, Sentencia 20 octubre 2009.
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Delito contra la salud pública: organización

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge el formulado por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada en causa seguida por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece que la acción típica debe calificarse de consumada, pues ninguna duda cabe a tenor del relato histórico de que el grupo de los acusados formaban parte de una organización de narcotraficantes que era propietaria o, al menos, poseedora, de la droga con propósito patente y manifiesto de dedicarla al tráfico, bien en España o en otros países europeos, a cuyo fin se organizó y planeó el plan de transporte marítimo.

Formula voto particular el magistrado D. Diego Ramos Gancedo.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/234794

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 6 octubre 2009.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne

Legalidad del Reglamento del CGPJ 1/2008 sobre indemnización en concepto de asistencia por participación en tribunales de oposiciones

El TS desestima el rec. contencioso-administrativo interpuesto por el Ministerio de Justicia contra el acuerdo del Pleno del CGPJ que aprueba el Reglamento 1/2008, sobre indemnización en concepto de asistencia por participación en tribunales de oposiciones y otros procesos de selección relativos a la carrera judicial, pues la legalidad del reglamento descansa en que la regulación que establece, no es otra cosa que una compensación que el CGPJ hace con cargo a su propio presupuesto en favor de quienes pasan a realizar funciones examinadoras y de valoración en los tribunales de acceso y promoción a la Carrera Judicial y Fiscal, cuya regulación compete al CGPJ, por vía reglamentaria, como complemento indispensable a la regulación que se establece en los arts. 301 a 315 LOPJ, en relación con la Disp. Adic. 2ª L 15/03, en una interpretación amplia del art. 110,2.p 1 y 2 y apartado a) de dicha LOPJ.

2009/251573

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 30 septiembre 2009. Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

Nulidad de las ayudas autonómicas en materia de asistencia social penitenciaria por exceder el límite territorial

El TS desestima el recurso de casación sostenido por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra la sentencia pronunciada por el TSJ que estimando el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, anuló la Orden del Departamento de Justicia, Empleo

TS SOCIAL

2009/234818

TS Sala 4ª, Sentencia 15 septiembre 2009.
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

Denegación de IPP por contingencias comunes a trabajador autónomo

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado frente a sentencia que declaró al demandante -afiliado al RETA- afecto de una IPP. La Sala señala que la normativa que regula el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos no recoge el derecho de dichos trabajadores a la IPP derivada de enfermedad común y, por tanto, no puede concederse una prestación legalmente inexistente.

2009/234810

TS Sala 4ª, Sentencia 14 julio 2009.
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Inexistente vulneración de libertad sindical

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante frente a sentencia que rechazó la existencia de vulneración de su derecho a la libertad sindical en la negociación y aprobación del V Convenio del personal laboral de la Junta de Castilla-La Mancha. La Sala señala que solamente cuando el sindicato actor alcanzó el grado de representación suficiente podría tener derecho a ejercer la actividad sindical de negociación, por tanto, el derecho a la negociación colectiva no se ha vulnerado en este caso porque el sindicato demandante, cuando se negoció y se suscribió el V Convenio Colectivo y se constituyó la Comisión Paritaria prevista en el mismo, aún no ostentaba la condición de "más representativo" a nivel autonómico y, una vez obtenida tal representación, no consta que se hayan tomado acuerdos concretos sobre materias reservadas a la negociación colectiva estatutaria.