



# 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 2849

Madrid, lunes 28 de junio de 2010



## TS PENAL

2010/14226

TS Sala 2ª, Sentencia 18 febrero 2010. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Al incumplir la orden de exhibición de libros contables dictada por el juez civil

### Delito de desobediencia grave a la autoridad

*Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de desobediencia, societarios y apropiación indebida. El TS dicta segunda sentencia por la que se condena al acusado como autor de un delito de desobediencia grave a la autoridad, pues no resulta de recibo el argumento relativo a la inexistencia, en las previsiones contempladas en el art.501 LEC actualmente derogada, de otras consecuencias del incumplimiento de la orden de exhibición de libros distintas de la reparación de los perjuicios causados al actor con esa conducta, teniendo en cuenta que ese precepto civil ni excluía la comisión del ilícito penal ni, lógicamente, debía expresamente contemplarlo para hacer posible su efectiva aplicación.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre, en su actuación como Acusación Particular, Samuel contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, por la que se absolvió al acusado, Luis Pedro de los delitos de desobediencia a la Autoridad, societarios y de apropiación indebida de los que era acusado.

Recurso al que se oponen en su integridad tanto el acusado absuelto en la instancia como el Ministerio Fiscal.

El recurrente apoya sus pretensiones con base en ocho diferentes motivos, de los que tres de ellos, el Cuarto, el Quinto y el Sexto, se refieren a quebrantamientos de naturaleza formal supuestamente cometidos en la confección de la Sentencia recurrida, por lo que, de acuerdo con este carácter y un correcto orden lógico procesal, deben ser examinados prioritariamente.

Y así:

A) En el motivo Cuarto se alude a una ausencia de claridad en el relato de Hechos Probados en el que se apoya la Resolución de instancia (art. 851.1 LECr), que el Recurso atribuye en esta ocasión tanto a su "ambigüedad e imprecisión como por la omisión de elementos esenciales que impiden conocer la verdadera realidad de lo acontecido".

Pues bien, no hace falta recordar que el primero de los supuestos de Casación por quebrantamiento de forma contenidos en el artículo 851.1 de la Ley procesal alude, en efecto, a la falta de claridad en la narración de los Hechos probados consignados en la Sentencia recurrida. Gravísimo defecto formal que, obviamente, determina la anulación de la Resolución que de tal irregularidad adolece, a fin de que se proceda a su nueva y correcta redacción.

Pero por las radicales consecuencias que conlleva, semejante defecto

"in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incomprensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado (SsTS de 15 de junio y 23 de octubre de 2001, entre muchísimas otras).

La oscuridad de comprensión ha de provenir, por tanto, de los propios términos y de la construcción semántica, gramatical o lógica de lo descrito, es decir, supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones.

Obligado resulta, por último, para la prosperidad de un Recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

En el presente caso, el recurrente denuncia, bajo este motivo y fundamento, esa supuesta falta de claridad por la confusión y oscuridad que generan, según él, los defectos antes transcritos.

Evidentemente, de un semejante planteamiento se aprecia la improcedencia del motivo alegado, pues no se está hablando propiamente de una oscuridad interna del relato de hechos, que impida su recta comprensión conduciendo a una situación de perplejidad respecto de su significado real, ya que además basta leer la narración para comprobar cómo, a pesar de cierta indudable complejidad del relato, el mismo resulta plenamente inteligible en cuanto a su contenido, sino que lo que en realidad se pretende es corregir el resultado histórico que el Tribunal "a quo" obtiene de su valoración de las pruebas practicadas.

Sin que tampoco estemos ante omisión o laguna que provoquen in-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Responsabilidad por lesiones causadas por una novatada 6

Improcedencia de la indemnización por lucro cesante en incapacidad permanente 7

#### PENAL

Delito de desobediencia grave a la autoridad 1

Reducción de penalidad en delito intentado de homicidio 4

#### ADMINISTRATIVO

Inexistencia de explicación argumentada sobre la desestimación de alegaciones 10

#### SOCIAL

Derecho a promociones sin absorción ni compensación 14

Consideración como contratos discontinuos de los temporales para la prevención y extinción de incendios 15

### RS

#### RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

comprensión en los hechos, pues esos denunciados vacíos fácticos, en relación con lo que el recurrente considera suficientemente probado, tampoco deriva en falta de claridad en la narración efectuada sin la inclusión de los extremos aludidos en el Recurso.

B) Por su parte, el motivo Quinto del Recurso, se refiere a la "falta de declaración positiva o relación de hechos probados en relación al acusado absuelto" (art. 851.2 LECr), pues, en su opinión, el Tribunal "a quo" "...elige entre todo el acervo probatorio existente en la causa sólo aquello que puede beneficiar al acusado."

La mera cita de tales argumentos, expuestos en apoyo de un cauce procesal que se establece para sancionar la total omisión del relato de hechos con la sola argumentación de que no se han acreditado suficientemente los denunciados por la Acusación, evidencia que éste no es el caso legalmente previsto, habida cuenta de que la narración, en este caso, es prolija y si no coincide con las tesis del recurrente ello no es resultado de omisión alguna sino, tan sólo, de que, respecto de algunos de ellos, de carácter incriminatorio, la Audiencia no los ha tenido por probados o ha concluido en una convicción probatoria distinta de la defendida por la Acusación.

C) Y, por último, el motivo Sexto, último de los de carácter formal, plantea la existencia de un defecto de incongruencia omisiva (art. 851.3 LECr), por ausencia de pronunciamiento del Tribunal "a quo" respecto de extremos tales como las irregularidades contables existentes en las cuentas sociales, la apropiación indebida que se dice cometida y la disolución de la sociedad interesada en las Conclusiones definitivas de la Acusación.

En relación con semejantes alegaciones ha de advertirse que la propia literalidad del precepto mencionado (art. 851.3 LECr) describe el defecto procesal como aquel que se comete cuando se omite toda respuesta a alguno de los puntos que hubieren sido objeto de acusación o defensa.

La doctrina jurisprudencial que ha venido a interpretar ese precepto (SsTS de 30 de enero y 3 de octubre de 1997, entre muchas otras) es insistente en proclamar la necesidad de la concurrencia de una serie de requisitos para la constancia de la

efectiva presencia del vicio denunciado.

Tales requisitos son:

a) Una verdadera omisión, laguna o ausencia de pronunciamiento sobre algún extremo, cometida por el Juzgador y que no pueda suplirse ni aún acudiendo, incluso con motivo del Recurso de Casación, al contenido implícito de su Resolución.

b) Que las pretensiones a que la omisión se refiera hayan sido planteadas, en tiempo y forma adecuados, por cualquiera de las partes.

c) Que las mismas versen sobre cuestiones jurídicas tales como la calificación de los hechos, la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la determinación de la pena o la de la responsabilidad civil consecuencia del ilícito enjuiciado, y no sobre la pretensión de que se dé respuesta a determinados aspectos de mero contenido fáctico.

Y como quiera que los extremos cuya supuesta omisión es objeto de denuncia en el presente caso sí que han obtenido respuesta suficientemente motivada, una vez más hemos de afirmar que el defecto formal alegado no es tal, toda vez que, como decimos, la Sentencia sí que ofrece una respuesta a la Acusación sobre los temas que plantea.

En cuanto a las irregularidades contables, proclamando, en efecto, su existencia, aunque negando que las mismas puedan atribuirse, de acuerdo con las pruebas disponibles, al acusado.

Para la apropiación indebida, afirmando que no existe prueba de que Luis Pedro se haya apoderado de cantidad alguna.

Y respecto de la disolución de la sociedad, excluyéndola, obviamente como consecuencia del sentido absolutorio de la Resolución.

Una vez más el recurrente pretende plantear como defectos formales lo que no es más que la expresión de sus discrepancias con las decisiones adoptadas por los Jueces "a quibus".

Procediendo, en consecuencia, la desestimación de estos motivos del Recurso de carácter formal y, con ella, la declaración de la ausencia de fundamento para la anulación de la Resolución de instancia y la devolución de la causa a la Audiencia de

origen para que, por el propio Tribunal que en su día la dictó, se proceda a la confección de una nueva Sentencia que le sustituya, subsanando los defectos alegados por el recurrente.

SEGUNDO.- En cuanto a los motivos Séptimo y Octavo, según el orden del Recurso, todos ellos se refieren, con cita del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a otras tantas vulneraciones de derechos fundamentales, como los siguientes:

A) El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por el perjuicio que se le causa, en el ámbito civil, al recurrente, como consecuencia de la conclusión absolutoria contenida en la Sentencia que se recurre.

En tal sentido hay que recordar que el mencionado derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución con carácter de derecho fundamental, en el sentido en el que aquí se alega, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el de obtener de los órganos jurisdiccionales una Resolución fundada en Derecho, es decir, que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una decisión o pronunciamiento jurídicamente motivados (SsTS de 18 de marzo de 1996 y 13 de noviembre de 1998, por ejemplo).

Ello significa que la tarea casacional ha de contraerse en los supuestos de mención del referido derecho fundamental, a la estricta comprobación de los contenidos argumentales de la Resolución recurrida, de la lógica de su discurso y del valor como respuesta fundada a las cuestiones suscitadas y sobre las que se pronuncia, pero sin que, en ningún caso, la utilización de esta vía pueda suponer ni entrar a valorar nuevamente el material probatorio disponible, sustituyendo el criterio a este respecto del Tribunal de instancia por el que aquí pudiera alcanzarse, ni examinar, más allá de su razonabilidad, la corrección del criterio del Tribunal de instancia a la hora de aplicar a los hechos la norma jurídica correspondiente, puesto que en este último caso no nos hallaríamos tanto ante una vulneración del derecho fundamental sino a la indebida aplicación de la Ley, a la que se refiere, para ser actuada por ese cauce casacional específico, el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Conviene, por tanto, precisar que no ha de confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible llevada a cabo por el Tribunal "a quo", a quien corresponde esa función, ni con la discusión acerca de la aplicación de la norma, ni, menos aún, con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

Y en este caso se constata cómo es del todo incierto que los Jueces "a quibus" vulnerasen el referido derecho fundamental pues, a la vista del contenido absolutorio de su decisión, debidamente fundado en Derecho a lo largo de su extensa motivación, las consecuencias "perjudiciales" que, según quien recurre, se le causaron en el orden patrimonial no son sino el lógico resultado de dicha absolución que, de ser considerada correcta tras el análisis de posteriores motivos, en especial del Primero del Recurso, en ningún caso podrían ser consideradas como injustamente lesivas para los intereses de Samuel sino, antes al contrario, plenamente conformes a Derecho.

En definitiva, y por lo que más propiamente se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, ha de reiterarse en que no existe infracción alguna, puesto que se ofrecen razonamientos sobrados para sustentar el Fallo absolutorio, por mucho que el mismo no coincida con las pretensiones del recurrente.

B) De otra parte, y por lo que se refiere a la denunciada vulneración del artículo 14 de la Constitución Española (motivo Octavo), en cuanto que consagra el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, tan sólo puede decirse que el recurrente, lejos de formalizar unos argumentos verdaderamente jurídicos y propios del Recurso de Casación, no hace más que referirse en unas escuetísimas once líneas a una crítica genérica de la tarea de los Tribunales de Justicia del orden penal, al considerar que éstos actúan con diferente diligencia y energía frente a delitos como los que en estas actuaciones son objeto de acusación, los "delitos de cuello blanco" según su expresión, y aquellos otros más "habituales" (sic), tales como los robos, alcoholemias...

La falta de rigor de tales alegaciones, tan carentes de sentido técnico como incorrectamente formuladas en el trámite procesal en el que se plantean y que evidentemente no pueden

ser aceptadas por esta Sala por su inexactitud, lleva a la inviabilidad del motivo.

Por consiguiente, de nuevo estamos ante motivos que deben desestimarse.

TERCERO.- A su vez, el motivo Tercero cuestiona por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECr), la conclusión fáctica de la Resolución recurrida, al considerar que la misma no se ajusta al contenido de diversos documentos obrantes en las actuaciones que no podrían ser ni desvirtuados ni ignorados por la Audiencia.

A tal efecto se designan la certificación del registro mercantil respecto de la sociedad Habitat (folios 46 y ss.), varios documentos relativos a las empresas Asem Asesoría, Excavaciones y Desmontes Hermanos Alonso, Diego Alonso Navarro, Arosa, Lucentum, y Vicente Escolano S.L. (folios 47 a 49 y 133 a 138), el Informe de Auditoría de cuentas anuales del ejercicio 1996, las declaraciones del contable de la sociedad Mario (folios 471 a 473), actas de entrada y registro en la sede social de la compañía y en el domicilio profesional del contable (folios 216 y ss.), las declaraciones de Mario y Luis Pedro recogidas en documento privado aportado a la Causa por la Acusación (folio 30), escritura de constitución de sociedad y certificación del registro mercantil referentes a Habitat Elche S.A. (folio 302) y de Piso Joven S.L., así como otros documentos mencionados en los motivos de carácter formal ya analizados.

Y a este respecto hay que comenzar diciendo que es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de

23 de junio y 3 de octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "litosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarian la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas y atendida la naturaleza y contenido de los diversos documentos en los que el motivo analizado en este momento pretende apoyarse, hemos de concluir en que los mismos no revelan, en realidad, errores evidentes e indiscutibles en los que habría incurrido la Sentencia de la Audiencia, cuando se pretende denunciar como tales, en resumen, los siguientes extremos:

a) La equivocación de la Audiencia al negar que el acusado fuera en realidad Administrador, de hecho y de derecho, de la Sociedad Habitat y que ejercía las funciones de tal y

controlaba efectivamente la Sociedad y su evolución y realidad jurídica ya antes de julio de 1996.

b) Que también yerra la recurrida al afirmar que la contabilidad se llevaba por el sistema de "planillas", cuando el contable tenía a la vista y en su poder las facturas físicas emitidas y recibidas, los cargos de bancos, etc.

c) Que igualmente no es cierto que Habitat y Piso Joven tuvieran el mismo domicilio social.

d) Y, por último, que del mismo modo es incierto suponer que la mayor parte de la documentación contable la tuviera en su poder el recurrente.

Pasando al análisis de tales alegaciones, y tras excluir dado su evidente carácter personal, por muy "documentadas" que se encuentren en las actuaciones, las declaraciones incluidas en la relación de documentos así como el Informe pericial que, igualmente, carece, en principio, de efectos casacionales en un motivo como el presente, por lo que respecta, a su vez, a los otros documentos cumple decir que, o bien los mismos no contradicen en realidad el contenido de los hechos declarados como probados en la instancia o, cuando aparentemente sí que lo hacen, son neutralizados por otras pruebas, de igual valor al menos, también obrantes en los Autos.

Así acontece, por ejemplo, con los documentos relativos a la condición de Administrador del recurrido, al que se oponen, en cuanto al real ejercicio de las funciones propias de ese cargo con anterioridad a 1996, diversas declaraciones prestadas en Juicio y datos objetivos extraídos de la prueba practicada que, cuando menos, ponen en cuestión tal extremo, o, por otro lado, respecto del procedimiento, mediante "planillas", por el que se llevaba a cabo la contabilidad de la empresa, que fue pericialmente descrito, sin ser además contradictorio con la existencia de unas facturas que la propia recurrida reconoce en su relato fáctico, o, incluso, con las certificaciones registrales relativas a los domicilios sociales de las empresas de referencia, cuya virtualidad formal no excluye la versión de la Audiencia en el sentido de que, en la práctica, la documentación contable fuera trasladada a otro lugar, como afirman las declaraciones prestadas al respecto, y al igual que ocurre, finalmente, con la posesión de documentación contable por parte del recurrente, que es lógica inferencia del hecho, tenido por acreditado, del traslado de la misma a un local controlado por Samuel.

En consecuencia y toda vez que los documentos citados no alcanzan la consideración de litosuficiencia necesaria, son contradichos por otros materiales probatorios de eficacia probatoria semejante y, de otro lado,

su contenido tampoco se opone, en ciertos aspectos, a la narración de hechos aprobada por los Jueces "a quibus", sobre esas mismas pruebas u otras igualmente válidas y susceptibles de valoración, tenidas en cuenta por esos Juzgadores, también este motivo se desestima.

CUARTO.- Finalmente, los motivos Primero y Segundo del Recurso contienen la denuncia de diversas infracciones en la aplicación de la Ley (art. 849.1 LECr) en relación con la absolución por los delitos societarios de negativa a facilitar información al socio (art. 290 CP), falsedad contable (art. 291 CP) y abuso de posición de dominio (art. 293 CP), apropiación indebida (arts. 249 y 250.1 6 CP) y desobediencia a la Autoridad (art. 556 CP), así como por la inaplicación de los artículos 28 y 31 del Código Penal, en orden a la negativa a la disolución de la Sociedad y a declarar la responsabilidad penal de su Administrador.

El cauce casacional aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos anteriores de esta Sala, supone la comprobación por el Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que ha de partir, en todo caso, de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

Y en este punto hay que señalar cómo el fracaso del anterior motivo, que pretendía precisamente la rectificación del relato de hechos, impide definitivamente siquiera tomar en consideración la posibilidad de condena del recurrido por los delitos societarios y de apropiación indebida objeto de acusación, toda vez que, según los términos de dicha narración, no concurren en la conducta acreditada en Juicio del allí acusado, y aquí recurrido, los elementos necesarios para afirmar la existencia de tales ilícitos.

Al igual que acontece con la aplicación de los artículos 28 y 31 del Código Penal que habría de suponer la previa declaración de la existencia de tales delitos, lo que en esta ocasión, como queda dicho, no ha llegado a producirse.

Obstáculo que, no obstante, desaparece respecto del delito de desobediencia a la Autoridad del artículo 556 del Código Penal, cuya aplicación a los hechos enjuiciados, sin necesidad de rectificación alguna de éstos, sí que procede, toda vez que en la narración fáctica de la recurrida y respecto de este concreto extremo

leemos: “En fecha de 16 de enero de 1997, se extendió diligencia de exhibición de libros y al no tener lugar la citada exhibición por parte del Sr. Luis Pedro, se le requirió nuevamente y se le apercibió de la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal o de un delito societario del artículo 293 del referido texto legal. El día 15 de mayo de 1997 el Sr. Luis Pedro, que fue citado nuevamente, no compareció a la diligencia de exhibición.”

Por su parte, el referido precepto cuya aplicación se interesa por el recurrente castiga a “Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.”

A partir de tales hechos y descripción típica la Audiencia alcanza la conclusión absolutoria, de acuerdo con la motivación ofrecida en los Fundamentos Jurídicos Primero a Tercero de su Resolución, al afirmar que ni la decisión del Juez civil, y por ende su mandato, eran conformes a Derecho, en concreto a las previsiones del artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas, ni su incumplimiento por el requerido puede tener trascendencia penal, puesto que el artículo 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en aquel momento tan sólo prevé como consecuencia del incumplimiento de la exhibición de libros el que el inculpidor sea “responsable de los daños y perjuicios que se originen al actor, el cual podrá reclamarlos juntamente con la demanda principal”.

En definitiva, que “...el Juez de Primera Instancia no debió acceder a la exhibición de libros contables...” y que “En lugar alguno se prevé que la negativa u oposición a exhibir documentación pueda dar lugar a que por el Juez se aperciba de desobediencia a la autoridad judicial...”

Pero semejante argumentación no puede tener acogida en modo alguno por esta Sala, habida cuenta de que, sin negar que concurren los elementos externos de dicha infracción, tales como la existencia de la orden, la competencia del órgano del que emanó, su carácter expreso, terminante y claro y la manifiesta oposición al cumplimiento de su destinatario, corrige indebidamente y sin competencia para ello la decisión de un órgano judicial de diferente orden jurisdiccional, que alcanzó firmeza al no ser siquiera objeto de Recurso y a pesar de lo cual el acusado incumplió frontalmente sin acudir a mecanismo jurídico de clase alguna, tras ser formal y debidamente requerido para ello con el apercibimiento expreso correspondiente y, por tanto, con concurrencia de todos los requisitos exigidos por la doctrina de esta Sala para la comisión de un ilícito como éste, atentatorio contra el ejer-

cicio de la Autoridad y el debido respeto a sus mandatos.

De igual modo que tampoco resulta de recibo el argumento relativo a la inexistencia, en las previsiones contempladas en el artículo 501 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, de otras consecuencias del incumplimiento de la orden de exhibición de libros distintas de la reparación de los perjuicios causados al actor con esa conducta, teniendo en cuenta que ese precepto civil ni excluía la comisión del ilícito penal ni, lógicamente, debía expresamente contemplarlo para hacer posible su efectiva aplicación.

Cumplidos todos los elementos típicos de la infracción, tan sólo una exclusión legal expresa, lo que aquí no acontece, podría exonerar de la responsabilidad en el ámbito penal al autor de una conducta semejante, que no supone sino una forma como cualquier otra de incumplimiento desobediente a la Autoridad.

Razones todas ellas por las que, en definitiva, este último motivo se estima parcialmente, considerando como efectivamente cometido el delito de desobediencia a la Autoridad, debiéndose dictar la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se reoan las consecuencias jurídicas derivadas de una tal estimación.

QUINTO.- A la vista del contenido parcialmente estimatorio de la presente Sentencia, deben ser declaradas de oficio las costas ocasionadas por este Recurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Samuel contra la Sentencia dictada, el día 20 de enero de 2009, por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante (con sede en Elche), en la que se absolvió al acusado Luis Pedro de los delitos societarios, de apropiación indebida y desobediencia a la Autoridad de los que era acusado.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

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

Tolivar.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 9 de Elche (actual 1ª instancia número cinco) con el número 56/2002 y seguida ante la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, por delito societario, apropiación indebida y desobediencia a la autoridad judicial, contra Luis Pedro con DNI núm. 000, nacido el día 23 de diciembre de 1938, en Elche (Alicante), hijo de Eduardo y de Josefina, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 20 de enero de 2009, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

#### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Cuarto de los de la Resolución que precede y de acuerdo con las razones que allí se exponen, deben calificarse los hechos descritos en la Sentencia de la Audiencia como constitutivos del delito de desobediencia a la Autoridad del artículo 556 del Código Penal, del que es autor el acusado Luis Pedro.

Procede, por consiguiente y ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (art. 66.1 6º CP), la imposición a dicho acusado de la pena mínima prevista en el precepto citado, de seis meses de prisión.

TERCERO.- Como consecuencia de semejante resultado condenatorio, deberán serle impuestas al condenado las costas correspondientes causadas en la instancia, en concreto una quinta parte de todas ellas, resultante de la cuota que le corresponde frente a las cinco imputaciones delictivas formuladas ante la Audiencia de las que cuatro han quedado definitivamente absueltas, con inclusión en las mismas de las ocasionadas por la

Acusación particular que tan definitiva intervención ha tenido en las presentes actuaciones para el pronunciamiento que pone fin a la causa (arts. 123 CP y 241 LECr).

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

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado, Luis Pedro, como autor responsable de un delito de desobediencia grave a la Autoridad, ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndole así mismo el pago de una quinta parte de las costas causadas en la instancia, con la inclusión en ellas de las correspondientes a la Acusación Particular.

Manteniendo, por otra parte, el resto de pronunciamientos, de sentido absolutorio, de la resolución de la Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

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

2010/14236

TS Sala 2ª, Sentencia 18 febrero 2010. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Por aplicación de eximente incompleta de toxicomanía

### Reducción de penalidad en delito intentado de homicidio

*Se estiman los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y el acusado contra sentencia dictada en causa seguida por delito intentado de homicidio. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a reducir la pena de prisión impuesta al recurrente, ya que se le ha aplicado una eximente incompleta de toxicomanía, lo que implica que ha de reducirse la pena al menos en un grado; y como se ha aminorado también en*

otro grado por haberse quedado el delito en fase de tentativa, resulta obvio que el techo punitivo de la pena es de cinco años.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz dictó sentencia, el 12 de febrero de 2009, en la que condenó a Pedro Enrique como autor responsable de un delito de homicidio intentado, con la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de toxicomanía de larga evolución, a la pena de 6 años y 6 meses de prisión, y a que indemnizara a la víctima en la cantidad de 300.000 euros.

Los hechos objeto de la condena, descritos de forma sucinta, se resumen en que, en la madrugada del día 12 de enero de 2008, el acusado Pedro Enrique, ahora recurrente, se dirigió al domicilio situado en la dirección 000 núm. 000 de Badajoz con el fin de alcanzar a Arcadio, con quien acababa de tener un incidente en una casa abandonada ubicada en una calle próxima. Al llegar a la puerta de la vivienda de Arcadio le increpó para que bajara a la calle. Arcadio no accedió a abandonar la casa al impedirse su madre. Sí bajó, en cambio, su amigo Eduardo, que le acompañaba en el interior de la vivienda, y quien, ante lo intempestivo de la hora y el clima de tensión que se estaba generando, decidió marcharse para su domicilio. Cuando Eduardo salió a la vía pública, el acusado comenzó a agredirle, golpeándole repetidamente con un instrumento contundente de cierta masa y consistencia (probablemente un cenicero de mármol), con el que le ocasionó un golpe a la altura de la cabeza que le produjo un traumatismo craneo-encefálico severo, con fractura del macizo craneo-facial y hemorragia intracraneal. Esta lesión implicó un riesgo directo e inmediato de pérdida de su vida, de modo que fue preciso aplicarle un tratamiento médico-quirúrgico urgente con el fin de evitar el fallecimiento.

Como consecuencia de la agresión, le han quedado a la víctima numerosas secuelas. Entre ellas: parálisis de la mitad izquierda del cuerpo, incontinencia de esfínteres y dificultades para la comunicación verbal por la traqueotomía que se le tuvo que practicar. Está pendiente de que se valoren otros síndromes motores y psiquiátricos.

Al acusado se le apreció un trastorno de personalidad de tipo límite y dependencia fisiológica a sustancias psicoactivas.

Han recurrido la defensa del acusado y el Ministerio Fiscal. El primero formuló dos motivos por infracción de ley, y el segundo uno sólo por infracción legal al considerar que ha sido erróneamente impuesta la pena.

A) Recurso de Pedro Enrique

SEGUNDO.- En el primer motivo, formalizado por la vía de la infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la Constitución, denuncia el recurrente la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. A tal efecto, argumenta que no concurre el dolo homicida porque la acción iba dirigida contra Arcadio, frente al cual - afirma- sí concurriría el "animus necandi", pero no puede decirse lo mismo en lo que se refiere a la víctima real, Eduardo, pues con respecto a éste en concreto no tenía dolo homicida, ya que no quería agredirlo, si bien acabó golpeándolo - señala- de forma absurda y accidental a la salida del edificio debido al estado límite en que se hallaba el acusado.

La lectura del motivo muestra de forma clara que el recurrente no se refiere realmente a una posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues admite que perpetró la agresión y que además lo hizo con ánimo de matar, toda vez que especifica que sí se daría el elemento subjetivo del "animus necandi" "en el caso de que los golpes se los hubiera propinado a quien quería, esto es, a Eduardo.

Es patente por tanto que reconoce haber ejecutado los actos agresivos y haberlos llevado a cabo además con dolo homicida, si bien dirigiéndolos erróneamente contra quien no era el enemigo a quien pretendía agredir sino a otro a quien habría confundido con él por haber salido de la misma casa y hallarse el acusado en una situación límite. Con lo cual la cuestión suscitada más que de naturaleza fáctica relacionada con el derecho a la presunción de inocencia, es de carácter jurídico, centrándose en la relevancia que puede tener un error in personam cuando se ejecuta una acción homicida en la que se acaba malhiriendo a un sujeto diferente de aquel a quien se pretende matar, debido a una confusión en la identificación de la víctima.

Estos errores in personam, que son una modalidad de los errores in objecto, carecen de relevancia a efectos punitivos cuando la víctima no tiene una condición que la cualifica especialmente como sujeto pasivo del delito en el tipo penal. Y esta cualificación no se da en el caso que nos ocupa, pues el agredido no goza de ninguna condición especial que justifique un incremento de tutela de la norma punitiva, sino que se está ante un sujeto pasivo común, circunstancia que convierte en penalmente indiferente que la agresión fuera dirigida contra la víctima real o contra otra distinta no cualificada como era la que buscaba la conducta homicida del acusado.

Se cumplimenta, pues, de todas formas el tipo penal al darse todos sus elementos y no opera desde lue-

go el art. 14 del texto punitivo, dado que no ha concurrido un error que recaiga sobre hechos relevantes constitutivos de la infracción penal. En este caso resulta indiferente la identidad concreta de la víctima, al ser suficiente para la subsunción de la conducta en la norma que se agrede con ánimo homicida a una persona.

A este respecto, la jurisprudencia tiene establecido que el error en la persona es meramente accidental, salvo que, excepcionalmente, la agresión contra el sujeto pasivo convirtiera el hecho en un delito diferente (SSTS 3-6-1988 y 599/1998, de 5-5).

Así las cosas, ha de convenirse con el Ministerio Fiscal que concurren todos los elementos del delito intentado de homicidio, al haber pretendido el acusado causar la muerte de una persona con ánimo homicida. A diferencia de lo que arguye el recurrente, es suficiente con que la agresión homicida se ejecute por error sobre otro que también tiene la condición de persona no cualificada, al concurrir un ataque doloso contra el bien jurídico de la vida humana, aunque su titular, debido a un error, fuera distinto que el que tenía el acusado en mente como objetivo.

Se desestima, en consecuencia, este primer motivo.

TERCERO.- A distinta conclusión ha de llegarse con respecto al segundo motivo, basado en la infracción de ley, con cita del art. 849.1 de la LECr. y 70.1.2 del C. Penal. Pues aquí sí concurre un error de derecho en la aplicación de las normas relativas a la cuantificación de las penas.

En efecto, y tal como arguye también el Ministerio Fiscal, que cuestiona junto con la defensa este extremo de la sentencia, al acusado se le ha aplicado una eximente incompleta de toxicomanía, lo que implica que ha de reducirse la pena al menos en un grado (art. 68 del C. Penal); y como se ha aminorado también en otro grado por haberse quedado el delito en fase de tentativa (art. 62 del C. Penal), resulta obvio que el techo punitivo de la pena es de cinco años. Ello obedece a que la pena inferior en un grado del delito de homicidio comprende de cinco años a diez años menos un día de prisión, y la pena inferior a esta última abarca desde dos años seis meses y un día de prisión a cinco años de prisión.

Así las cosas, ha de concluirse que la pena impuesta en la sentencia de instancia es incorrecta por excesiva, habida cuenta que se impuso una pena de 6 años y 6 meses de prisión cuando lo máximo imponible eran cinco años de prisión.

Se estima, por consiguiente, este segundo motivo de impugnación, que también fue alegado como base de su recurso por el Ministerio Fiscal, y se anula la pena impuesta por

la Audiencia, con declaración de oficio de las costas de esta instancia.

B) Recurso del Ministerio Fiscal

CUARTO.- El Ministerio Público ha aducido como único motivo de impugnación la infracción de ley relativa a la incorrecta cuantificación de la pena, motivo al que ya se le ha respondido en el fundamento anterior estimándose su argumentación y la nueva horquilla punitiva que postulaba. En vista de lo cual, nos remitimos al fundamento precedente con el fin de no reiterarnos. Ello entraña la estimación de su recurso, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

#### FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de Pedro Enrique e íntegramente el formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, de fecha 12 de febrero de 2009, que condenó al recurrente como autor de un delito de tentativa de homicidio, con la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de toxicomanía, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Luciano Varela Castro.- Alberto Jorge Barreiro.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil diez.

El Juzgado de Instrucción número 2 de Badajoz, instruyó sumario 2-08, por delito de homicidio en grado de tentativa, contra Pedro Enrique, nacido el día 18-11-1965, hijo de Francisco y de Antonia, natural de Badajoz y con DNI núm. 001 y lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz, cuya Sección Segunda dictó sentencia en fecha doce de febrero de dos mil nueve, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

#### ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tal como se argumentó en la sentencia casacional, debe reducirse en un grado la pena impuesta en la primera instancia al acusado. Por lo cual, atendiendo a la gravedad del hecho, y en concreto al elevado peligro inminente de muerte del agredido y a las gravísimas secuelas que le quedan (ver el primer fundamento de derecho), se considera que la pena ha de ubicarse en la franja superior de la horquilla punitiva.

Y como además desde la perspectiva de las circunstancias personales consta que ha sido condenado en otras ocasiones -si bien los antecedentes penales no computan en este caso a los efectos de reincidencia-, dato que refleja un mal pronóstico desde el prisma de la prevención especial, se considera que ha de imponerse una pena, tal como postula el Ministerio Fiscal, de 4 años y 11 meses de prisión. Queda así corregido el error punitivo de la sentencia de instancia, en la que se le impusieron 6 años y 6 meses de prisión.

## PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Condenamos a Pedro Enrique como autor responsable de un delito de tentativa de homicidio, con la eximente incompleta de toxicomanía, a la pena de 4 años y 11 meses de prisión, con la misma pena accesoria impuesta en la primera instancia. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Luciano Varela Castro.- Alberto Jorge Barreiro.

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

funciones de voluntario en la Cruz Roja y recibió la orden de acudir junto con otros compañeros y bajo supervisión de un marinero que estaba realizando el servicio militar a un pantalán para achicar agua de las lanchas de salvamento, momento en que el citado marinero, con ánimo de gastarle una novatada, le indicó que se asomara a ver unos peces, y empujándolo, lo tiró al agua, sufriendo diversas lesiones. La actuación del marinero fue sancionada con la pérdida de días de descanso. Años después de los hechos, se le diagnostica a Daniel signos de denervación del nervio peroneo común, con atrofia de los músculos tibiales, siendo intervenido quirúrgicamente, quedándole diversas secuelas.

La demanda se formula al amparo del art. 1903 del Código Civil, en relación con el art. 1902 del mismo texto legal.

La Sentencia de Instancia desestimó la demanda al considerar que se trataba de una novatada causada a un voluntario por otro voluntario, fuera de sus funciones laborales o en el ámbito del servicio en el que estaba empleado, y como tal imprevisible para quienes deben responder en beneficio de los perjudicados. Entiende la Sentencia que tampoco se puede hablar de una responsabilidad "in vigilando" ni "in eligiendo" en la medida en que no se ha acreditado que el agresor realizara comportamientos similares con anterioridad de los que pudiera desprenderse la previsibilidad de hechos futuros semejantes.

Recurrida en apelación por la parte actora, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias desestimó el recurso y confirmó la Sentencia de Primera Instancia con el argumento de que, con independencia de la condición de soldado o voluntario del agresor, no se puede concluir que una entidad responda en todo caso de cualquier hecho dañoso que se produzca en su recinto como sucede con aquellos hechos derivados de actividades realizadas por el agresor que no le estaban encomendadas en sus funciones, sin que hubiera quedado acreditada la culpa "in vigilando". Señala la Audiencia que la objetivación que se ha producido en materia de responsabilidad civil no puede entenderse en un sentido absoluto de forma que se excluya el elemento subjetivo culpabilístico. En definitiva, descarta que hubiera conexión entre el daño y la actividad desarrollada al servicio de Cruz Roja.

SEGUNDO.-D. Daniel formula recurso de casación que articula en torno a dos motivos. En el motivo primero denuncia la infracción de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil. Considera el recurrente que han sido infringidos por cuanto el agresor se encontraba realizando tareas encomendadas por la Cruz Roja cuando sufrió de forma imprevista la novatada, concretamente achicando el agua

de las lanchas de salvamento, y que en la medida en que la agresión tuvo lugar en las instalaciones de la Cruz Roja, esta entidad debía responder de los daños que le fueron ocasionados al haber incurrido en la llamada culpa "in vigilando". En el segundo motivo, alega, en relación con dichos preceptos, error de derecho en la valoración de la prueba, puesto que está suficientemente acreditado que la actuación se produjo en el ejercicio de sus funciones y que además dio lugar a una sanción disciplinaria, no siendo la única ocasión en la que el agresor produjo daños cuando al servicio de la Cruz Roja, por lo que acreditada la culpa "in vigilando" de esta entidad, procedía entrar a analizar el resto de cuestiones planteadas en la demanda.

TERCERO.- Ambos se van a analizar conjuntamente pues si bien el segundo se refiere al error en la valoración de la prueba, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal y no en el de casación, se configura como complemento del primero, conformando en lo sustancial un único alegato sobre las consecuencias que, no habiendo sido objeto de discusión en ambas instancias, van a servir para resolver la cuestión suscitada de admitirse la infracción que ha sido denunciada en el primero y asumir la Sala la instancia, por referirse a las consecuencias lesivas sufridas por el recurrente.

Lo que se plantea es si existió nexo causal entre las lesiones causadas al actor y una acción u omisión imputable a la Cruz Roja Española, circunstancia negada por la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que aquellas traen causa del hecho de haber sido arrojado desde el pantalán por D. Luis cuando se encontraba prestando servicios para la demandada, al margen de su condición de voluntario o soldado que, a juicio de la sentencia, carece de relevancia a estos fines.

El argumento desestimatorio de la demanda se resume en las siguientes dos conclusiones:

1ª) El agresor no había realizado actos análogos al denunciado.

2ª) El hecho no se produce en el ámbito ni en lugar propio de las actividades que le fueron encomendadas por la demandada, consistente en achicar el agua de las lanchas de salvamento, ni era previsible tampoco su realización.

Por tanto, la resolución del recurso se contrae a verificar la significación jurídica dada por el tribunal de instancia a los hechos consignados en la sentencia recurrida, para lo cual se debe partir de lo que la doctrina jurisprudencial exige para que se pueda declarar la responsabilidad por hecho ajeno regulada en el artículo 1903 del Código Civil: la existencia de una relación de dependencia entre



2010/61554

TS Sala 1ª, Sentencia 14 mayo 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

## Responsabilidad por lesiones causadas por una novatada

*El TS estima el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, estimó la demanda, en la que se pedía una indemnización a la Cruz Roja y su aseguradora, por los daños y perjuicios causados cuando el demandante -ahora recurrente- desarrollaba funciones de voluntario en la Cruz Roja y con ánimo de gastarle una novatada fue empujado al agua sufriendo diversas lesiones.*

*Aprueba la Sala que se debe partir de lo que la doctrina jurisprudencial exige para que se pueda declarar la responsabilidad por hecho ajeno regulada en el art. 1903 CC, esto es, la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y aquel a quien se atribuye la responsabilidad, y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con ocasión de ella, así como la culpabilidad por acción o por omisión del agente, y la falta de prueba de haberse empleado toda la diligencia para evitar el supuesto dañoso. Señala el Tribunal que una novatada, en ocasiones, como la enjuiciada, puede causar lesiones o secuelas graves a quien la sufre, sin que encaje exactamente entre las tareas que fueron encomendadas al agresor por la Cruz Roja. El menor no pudo realizar su trabajo al haber sido empujado de forma intencionada por el agresor y esta persona no actuaba de forma autónoma sino sometido al cuidado y dirección de los mandos de la demandada, a cuyo cargo estaba el procurar las medidas apropiadas para que la orden de trabajo se cumplimentara en la forma para la que habían sido instruidos sus empleados, sin riesgo alguno para ellos, lo que no hizo.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Daniel demandó a la Cruz Roja Española y Mapfre In-

dustrial S.A. una indemnización por los daños y perjuicios causados el día 30 de julio de 1995, cuando, entonces menor de edad, desarrollaba

el sujeto agente y aquel a quien se atribuye la responsabilidad, y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con ocasión de ella, así como la culpabilidad por acción o por omisión del agente, y la falta de prueba de haberse empleado toda la diligencia para evitar el supuesto dañoso (STS 10 de octubre 2007); dependencia que no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas (SSTS 3 de abril 2006; 6 de mayo 2009, entre otras).

Y si bien es cierto que una novatada, en ocasiones, como la enjuiciada, puede causar lesiones o secuelas graves a quien la sufre, no encaja exactamente entre las tareas que fueron encomendadas al agresor por la Cruz Roja (si así fuera estaríamos en el ámbito del artículo 1902 CC), también lo es que se ha desconocido por la demandada lo que el artículo 6:102 de los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil denomina "el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión", citado en la Sentencia de 6 de marzo de 2007, o, lo que es lo mismo, se ha infringido el deber de vigilancia de las actividades llevadas a cabo por uno de sus voluntarios, militar o no, en el desarrollo y cumplimiento de la función que le había sido encomendada de achicar agua de los botes de la propia Cruz Roja, que estaban en el pantalán listos y a su disposición, puesto que los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención.

Lo cierto es que el menor no pudo realizar su trabajo al haber sido empujado de forma intencionada por el agresor y que esta persona no actuaba de forma autónoma sino sometido al cuidado y dirección de los mandos de la demandada, a cuyo cargo estaba el procurar las medidas apropiadas para que la orden de trabajo se cumplimentara en la forma para la que habían sido instruidos sus empleados, sin riesgo alguno para ellos, lo que no hizo.

Como consecuencia de ello y en virtud de la concurrencia de un nexo causal entre ambos elementos, se produjo el resultado dañoso, susceptible de generar una responsabilidad civil por hecho de otro, en aplicación del artículo 1903 del Código Civil, que presupone una presunción de culpa que únicamente desaparece cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, en este caso la diligencia dirigida a evitar sucesos como el acontecido, en un

medio previsible como en el que acontece.

CUARTO.- La estimación del recurso determina que esta Sala deba asumir la instancia y resolver sobre la pretensión formulada en la demanda de que se condene a la demandada y a su aseguradora, a satisfacer los daños y perjuicios ocasionados a la actora, teniendo en cuenta que las lesiones traen causa de los hechos ocurridos en junio de 1995 y que el trastorno anatómico producido en partes blandas fue poco a poco comprimiendo el tronco del nervio hasta ocasionar la parálisis del mismo. Como informa el perito Y. "otra causa no es factible en este historial".

Para la fijación de la suma indemnizatoria que corresponde por incapacidad temporal y lesiones permanentes derivadas del siniestro, se ha de partir de la doctrina sentada por esta Sala a raíz de las SSTS de 17 de abril de 2007, luego recogida en SSTS de 9 de julio de 2008, de 10 de julio 2008 y de 23 de julio de 2008, de 18 de septiembre de 2008, de 30 de octubre de 2008, y de 9 de marzo de 2010, conforme a la cual el momento del accidente determina únicamente el régimen legal aplicable para la concreción del quebranto, debiéndose estar para su cuantificación al valor del punto en el momento que se produce el alta definitiva.

El criterio de la parte actora de servirse del baremo vigente a fecha de la demanda (año 2004) tanto para fijar la puntuación que corresponde por las lesiones y secuelas como para su valoración económica, no se compadece con la doctrina expuesta, siendo lo procedente estar para lo primero al sistema legal vigente a fecha del siniestro y luego realizar su valoración económica con arreglo a las cuantías que para todo el año 2003 publicó la resolución de la DGS de fecha 20 de enero de 2003 (BOE 24 de enero), al ser en este año cuando se produjo el alta definitiva.

Con arreglo a estos parámetros, para la indemnización correspondiente a la incapacidad temporal es preciso significar que pese a lo dicho en el dictamen pericial emitido por el Dr. Y. acerca del periodo de baja (se indica como fecha de inicio el 20 de agosto de 2000 y como día de finalización por alta definitiva el 10 de octubre de 2003), el deber de congruencia, que impide conceder por ningún concepto más de lo solicitado, obliga a no rebasar la duración aceptada en la demanda. En consecuencia, por los 1063 días de baja reclamados, en los que consta acreditado que el actor estuvo impedido para sus ocupaciones habituales (30 días, desde la fecha del accidente, ocurrido el 30 de julio de 1995, hasta el 30 de agosto de 1995; y otros 1033 días, desde el 12 de septiembre de 2000 hasta el 2 de julio de 2003, que se acepta como fecha del alta definitiva), a 44,652 euros/día (según actualización de la Tabla V para el año

2003) corresponde una indemnización de 47.465,07 euros.

En lo referente a la indemnización por lesiones permanentes, resulta determinante para la concreción de este quebranto corporal que son únicamente dos las secuelas que en el dictamen pericial se ligan inequívocamente con el accidente: paresia nervio peroneo común o ciático-popliteo-externo y perjuicio estético leve. Su respectiva valoración (10 y 2 puntos) se considera razonable, siendo igualmente procedente fijar la puntuación total mediante la suma de ambas puntuaciones de conformidad con lo previsto en el apartado Segundo del Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, en su redacción vigente a fecha del siniestro (anterior a la reforma del 2003) y jurisprudencia que lo interpreta (por todas, STS de 23 de abril de 2009). En consecuencia, aplicando las cuantías de la Tabla III del baremo vigente a fecha del alta (año 2003), para una víctima de 16 años a fecha del siniestro, se obtiene un valor del punto de 785,72 euros, que multiplicado por los 12 puntos totales, arroja la cantidad de 9.428,65 euros. Esta cantidad debe incrementarse en un 10% por el factor corrector de la Tabla IV correspondiente a perjuicios económicos causados a víctima, en edad laboral pero sin ingresos acreditados, lo que totaliza la cantidad de 10.371,51 euros por lesiones permanentes.

En su virtud, la indemnización a satisfacer a la parte actora por los anteriores conceptos es de 57.836,58 euros, con más los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a cargo de la aseguradora demandada desde el día 1 de agosto de 2003 (D. 30), fecha en que el asegurado tomó conocimiento del daño y pudo y debió transmitirlo a la entidad que lo aseguraba, sin que esta hubiera cumplimentado las obligaciones que la norma le impone.

QUINTO.-La estimación del recurso en los términos expuestos, supone lo siguiente:

1º) La casación de la Sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 2 de mayo de 2006 y la revocación de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Avilés de 16 de diciembre de 2005.

2º) La estimación parcial de la demanda formulada por D. Daniel González frente a la Cruz Roja Española y Mapfre Industrial, SA, a quienes se condena solidariamente al pago de 57.836,58 euros, con más los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a cargo de la aseguradora desde el día 1 de agosto de 2003 hasta su completo pago, y,

3º) No hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales de ninguna de las instancias, como tampoco respecto de las causadas por el recurso de casación.

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

#### FALLO

Declarar haber lugar al recurso formulado por la representación procesal de D. Daniel contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 2 de mayo de 2006, y acordamos lo siguiente:

Primero.- Casar dicha Sentencia, y revocar la dictada en primera instancia por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Avilés de 16 de diciembre de 2005;

Segundo.- Estimar en parte la demanda formulada por la representación procesal de D. Daniel frente a Cruz Roja Española y Mapfre Industrial, SA quien condenamos a indemnizarla en la suma de 57.836,58 euros, con más los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a cargo de la aseguradora desde el día 1 de agosto de 2003 hasta su completo pago.

Tercero.- No hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las dos instancias, ni en los recursos por infracción procesal y de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trías.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

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

2010/62019

TS Sala 1ª, Sentencia 29 marzo 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Falta de prueba directa sobre su cuantía

### Improcedencia de la indemnización por lucro cesante en incapacidad permanente

*El TS acuerda desestimar el recurso de casación interpuesto por la parte actora dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, condenó al Consorcio de Compensación de Seguros, con motivo de la incapacidad perma-*

nente total para el ejercicio de su profesión habitual sufrida como policía municipal, al ser golpeado por un automóvil sustraído a su propietario al practicar una detención. Reclama el demandante, ahora en casación, el importe reflejado en los autos de fijación de cantidad máxima.

Rechaza el Tribunal el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por no admitir el sistema de valoración la indemnización íntegra de lucro cesante, en tanto que el TC rechaza que el resarcimiento de lucro cesante constituya una exigencia constitucional en el ámbito del régimen de responsabilidad civil por daños a las personas producidos en la circulación de vehículos de motor. Señala la Sala en relación con la indemnización de lucro cesante en el supuesto de incapacidades permanentes, que falta uno de los presupuestos que han sido establecidos por esta Sala para la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores. No se ha realizado, en efecto, prueba directa sobre la cuantía de lucro cesante ya que la parte se limita a afirmar que la pensión concedida supone una reducción del 45 por ciento de sus ingresos futuros.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El 18 de noviembre de 1997 el demandante, policía municipal, fue golpeado por un automóvil sustraído a su propietario al practicar una detención y sufrió lesiones, de las que tardó en curar 364 días, de los que 264 días estuvo impedido, y secuelas, a consecuencia de las cuales fue declarado en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual.

2. Mediante auto de 25 de julio de 2000 se fijó como cantidad máxima a reclamar por el actor a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros la suma total de 14 420 055 pesetas (1 765 632 pesetas por lesiones, 360 200 pesetas por días de impedimento y 10 983 009 por incapacidad permanente total, sumas incrementadas en un 10% como factor de corrección). Mediante auto de 2 de octubre de 2000 se añadió la cantidad de 4 051 492 correspondientes a secuelas.

3. El actor demandó al Consorcio de Compensación de Seguros reclamando el importe reflejado en los autos de fijación de cantidad máxima y, dado que por sentencia de 4 de octubre de 2000 del Juzgado de lo Social se le reconocía una base reguladora anual de 4 328 396 pesetas con efectos económicos de fecha 1 de febrero de 2000, el lucro cesante deri-

vado de la incapacidad permanente total desde el día 1 de febrero de 2000 hasta la fecha de jubilación, a los 65 años, al ascender la pensión de invalidez únicamente al 55% de la base reguladora.

4. La sentencia de la primera instancia condenó al Consorcio al pago del contravalor en euros de la cantidad de 18 741 547 pesetas, más intereses moratorios del artículo 20 LCS desde la fecha de la reclamación previa, pero no reconoció indemnización por concepto de lucro cesante.

5. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia fundándose, en síntesis, en que:

(a) El sistema de valoración de los daños corporales derivados de la circulación no autoriza la estimación económica del daño por encima de los límites de las tablas y no es aplicable al caso lo dispuesto en la STC 181/2000 por no concurrir culpa relevante del conductor a tenor de la sentencia penal, del auto de cuantía máxima y de la falta de prueba.

(b) Los intereses a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros, actuando como fondo de garantía, solo corren a partir de la reclamación extrajudicial, conforme al artículo 20.9.ª y 6.ª III LCS.

6. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la parte actora, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Enunciación de motivo primero. El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula: "Al amparo del número 1 del artículo 477 LEC, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se denuncia en este motivo la infracción de los artículos 1104 y 1106 CC, en relación con el artículo 1902 del mismo texto legal, por su falta de aplicación, por parte de la sentencia recurrida, y ello al objeto de apreciar y valorar una responsabilidad más amplia que la concedida, en cuanto a un resarcimiento económico completo, en el que quede plenamente reponido el patrimonio del perjudicado, y que no es otro que aquel estado en que se encontraría si el acto lesivo no se hubiera producido, es decir, el lucro cesante del que el recurrente ha sido privado." Dicho motivo se funda, en síntesis, en que concurre culpa relevante del conductor, pues el hecho tuvo su origen en la sustracción dolosa de un vehículo, cosa que obliga a indemnizar el daño causado incluyendo el lucro cesante.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Aplicación de la doctrina constitucional sobre la indemnización de lucro cesante. La STC 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la LRCSCVM (factor

de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias), entre otras razones, por no poder ser atendida la pretensión de resarcimiento de las víctimas o perjudicados con arreglo a la prueba suministrada en el proceso. El TC, aceptando que en los sistemas de responsabilidad objetiva cabe limitar la determinación del daño objeto de resarcimiento, considera que la inconstitucionalidad declarada afecta únicamente a los supuestos en los cuales se acredite que el conductor responde en virtud de culpa relevante.

En virtud de esta STC se ha incorporado al Anexo LRCSCVM una explicación para la Tabla V que exceptúa de su aplicación el caso en "que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada." Se entiende que en este caso el importe de la indemnización vendrá determinado por los perjuicios efectivamente probados, si son superiores.

Se ha planteado la duda de si los pronunciamientos de inconstitucionalidad que efectúa el TC, los cuales literalmente sólo afectan al apartado B) de la Tabla V del Anexo, pueden aplicarse a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV, aparentemente idénticos. El motivo de casación que estamos examinando se funda en la aplicación a los supuestos de incapacidad permanente de la doctrina de inconstitucionalidad sentada por el TC para los supuestos de incapacidad temporal en relación con el lucro cesante.

A juicio de esta Sala, debe desestimarse este motivo, pues la jurisprudencia constitucional, en cuantas ocasiones se ha planteado por la vía del recurso de amparo la extensión de la doctrina formulada en relación con la Tabla V a las restantes tablas ha considerado que la interpretación judicial contraria a la expresada extensión no incurre en error patente ni en arbitrariedad (SSTC, entre otras, 42/2003, 231/2005). La STC 258/2005 declara que "el evento generador de la responsabilidad civil, la muerte de una persona, como el sujeto acreedor al pago, los padres, son distintos a los dispuestos en aquella, donde el evento es la lesión corporal con efectos de incapacidad temporal y el sujeto acreedor el propio accidentado." Esta jurisprudencia constitucional, según se desprende de la última cita, tiene una justificación en que la naturaleza del lucro cesante desde el punto de vista de la imputación objetiva al causante del daño es distinta en el supuesto de la Tabla V, pues se trata de un perjuicio ya producido, frente a los supuestos de las Tablas II y IV, en que se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo, y en que la Tabla II el perjudicado no es la víctima, sino un perjudicado secundario. Resulta, pues, que el TC rechaza que

el resarcimiento de lucro cesante constituya una exigencia constitucional en el ámbito del régimen de responsabilidad civil por daños a las personas producidos en la circulación de vehículos de motor.

De esto se sigue la improcedencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por no admitir el Sistema de valoración la indemnización íntegra de lucro cesante según la prueba practicada ante el tribunal en los casos de incapacidad permanente y la necesidad de que la antinomia planteada entre el principio de reparación integral del daño (que juega no sólo en el ámbito de su determinación, sino también en el de su cuantificación) y la cuantificación insuficiente de lucro cesante mediante la aplicación de los factores de corrección sea resuelta en el ámbito de la legalidad ordinaria, en la medida en que lo permitan los límites tabulares establecidos en el Sistema de valoración.

Esta es la cuestión que el recurrente plantea en el motivo segundo de casación.

CUARTO.- Enunciación de motivo segundo. El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: "Al amparo del número 1 del artículo 477 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se denuncia en este motivo, la infracción del artículo 1 apartados 1 y 2, en relación con los criterios (regla 7.ª, apartado 1.º) para la determinación de la responsabilidad y la indemnización contenidos en el Anexo, relativo al "sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación" de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por su indebida aplicación a los hechos aducidos en la demanda con respecto a la exclusión del lucro cesante como daño a indemnizar al recurrente y ello teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional al respecto." Dicho motivo se funda, en síntesis, en que (a) la reparación de lucro cesante es compatible con el resarcimiento del perjuicio corporal y patrimonial básico con arreglo a la STC 181/2000; (b) el "baremo" no asegura la total indemnidad de los daños ocasionados al recurrente especialmente en cuanto al lucro cesante que le ocasiona su situación de incapacidad permanente total, por lo que, a tenor de la jurisprudencia constitucional, hay que buscar el total resarcimiento de la víctima por medio de una valoración de las ganancias dejadas de percibir al margen del baremo. El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- La indemnización de lucro cesante en el supuesto de incapacidades permanentes.

A) Como el Pleno de esta Sala tiene declarado, la solución a la cues-

ción relativa a la indemnización de lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en las situaciones de incapacidad permanente, viene facilitada por el tenor literal de las reglas tabulares.

La Tabla IV, en efecto, se remite a los "elementos correctores" del apartado primero, número 7, del Anexo y establece un porcentaje de aumento o de reducción "según circunstancias". La intención original del legislador pudo ser la de referirse específicamente a los elementos calificados expresamente como correctores en el Anexo, primero, 7.

Sin embargo, la literalidad del texto va mucho más allá, de tal suerte que una interpretación sistemática obliga a abandonar la mens legislatoris (intención de legislador) y entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser solo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño; por consiguiente, también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima. Concurren diversas razones para ello:

(a) La remisión de la Tabla IV se hace en general a los elementos correctores del "apartado primero, 7, del Anexo", cuyos conceptos figuran incluidos en un único apartado, el cual está dividido en tres incisos (separados por un punto y seguido), de los cuales el segundo y el tercero hacen referencia a circunstancias que tienen un sentido corrector, aunque solo las incluidas en el párrafo tercero son calificadas como elementos correctores de aumento o de disminución.

(b) Las circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima, a las que se refiere el Anexo, primero, 7, en el segundo inciso, por definición no pueden haber sido previstas de modo específico en las Tablas, sino solo genérico, y tiene este carácter el factor de corrección que se refiere genéricamente a los elementos correctores.

(c) El texto de la Tabla IV en que se contiene la remisión a los elementos correctores del "apartado primero, 7, del Anexo" contiene una -descripción- de los criterios y elementos correctores (así lo explica el Anexo, segundo, Tabla II, aplicable a la Tabla IV), por lo que es lícito entender que no se trata de una mera cita sujeta a la calificación formal contenida en el texto objeto de la remisión, sino una descripción integrada por el conjunto de criterios contenidos en el texto que se invoca, de tal suerte que la naturaleza de elemento corrector puede predicarse de cualquiera de las circunstancias mencionadas en él, aunque no sea directamente

calificado como -de aumento- o -de disminución-.

(d) La expresión -factores correctores-, que puede considerarse semánticamente equivalente a -elementos correctores-, aparece a lo largo de las tablas II, IV y V para referirse en general a circunstancias relacionadas con los diversos conceptos que se recogen en el Anexo primero 7, y no solo a los calificados como elementos correctores, por lo que es lícito concluir que todas aquellas circunstancias son susceptibles de ser considerados como factores o elementos correctores.

La singularidad de la Tabla IV de permitir no solo la disminución, sino también el aumento, y de no establecer limitación cuantitativa alguna en la ponderación del factor de corrección por concurrencia de elementos correctores del Anexo, primero, 7, en contraposición al principio seguido en las demás Tablas (donde sólo se admite la consideración de elementos de reducción de la indemnización con un límite cuantitativo), tiene su justificación sistemática en la aplicación del principio de indemnidad total de la víctima de secuelas permanentes, especialmente en los casos de gran invalidez, dada la gravedad de los supuestos y la dificultad de prever con exactitud todas las circunstancias.

En suma, el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

B) De lo razonado se sigue que el factor de corrección de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero, 7, debe aplicarse siempre que:

1) Se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.

2) Éste no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos, ya que la falta de vertebración de la indemnización por este concepto de que adolece la

LRCSCVM no impide que éste se tenga en cuenta.

A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:

3) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos.

4) La aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.

5) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

6) El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicable la Tabla IV.

C) La aplicación de esta doctrina el caso examinado conduce a la conclusión de que debe ser desestimado el motivo, pues falta el primero de los presupuestos que han sido establecidos por esta Sala para la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores. No se ha realizado, en efecto, prueba directa sobre la cuantía de lucro cesante. La parte se limita a afirmar que la pensión concedida supone una reducción del 45% de sus ingresos futuros.

Este porcentaje, referido a la totalidad del lucro cesante, no puede considerarse como revelador de una grave desproporción, si no va acom-

pañado de una prueba acerca del nivel de compensación que, en relación con las cantidades que componen la indemnización, especialmente por la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos y, parcialmente, por incapacidad permanente total, supone la capitalización de la pensión en relación con la expectativa de ingresos futuros de la víctima según sus circunstancias y esperanza de vida y, tratándose de una situación de incapacidad permanente total, de la posibilidad estadística de obtención de otro trabajo por parte del interesado, entre otros extremos y circunstancias relevantes.

La parte demandante solicitó que se fijase la suma correspondiente en ejecución de sentencia y afirmó en la demanda que podría determinarse mediante un informe actuarial, pero dicha prueba no fue propuesta en el proceso. La fijación de la suma objeto de la pretensión de indemnización no podría diferirse para la ejecución de sentencia, en contra de lo que dispone el artículo 219 LEC.

Por otra parte, dada la necesidad que esta Sala ha establecido de probar, como presupuesto de la existencia de lucro cesante susceptible de indemnización, la existencia de la grave desproporción en su compensación mediante la indemnización concedida, es necesaria la prueba de dichas circunstancias si lo que se pretende es que se declare la existencia del derecho a la indemnización con la finalidad de que la liquidación sea realizada en un pleito posterior, pues, según el artículo 219.3 LEC, esta posibilidad solo es aplicable si, probado el fundamento de la pretensión cuya declaración se solicita, se trata únicamente de resolver problemas de liquidación concreta de las cantidades.

SEXTO.- Enunciación de motivo tercero. El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula: "Al amparo del número 1 del artículo 477 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se denuncia la infracción del artículo 20 LCS, en sus reglas 4.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, y ello por su falta o indebida aplicación." Dicho motivo se funda, en síntesis, en que el artículo 20.9.<sup>a</sup> LCS establece que el Consorcio de Compensación de Seguros incurrirá en mora, siempre que la indemnización deba satisfacerse como fondo de garantía, únicamente cuando hayan transcurrido tres meses desde la fecha en que tuviera lugar la reclamación sin que por parte del Consorcio se haya satisfecho la obligación.

Sin embargo, añade que no dice nada sobre la fecha inicial desde la cual han de computarse los intereses moratorios, por lo que se debe entender como dies a quo (día inicial) para el cómputo de los intereses el de la fecha del acaecimiento del siniestro y no el de la fecha de la reclamación extrajudicial como afirma la senten-

cia recurrida, pues así resulta al artículo 20.6.ª LCS, que también es aplicable al Consorcio según el artículo 20.9.ª LCS, tal como lo han entendido las Audiencias Provinciales que cita. El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Dies a quo de la mora del Consorcio de Compensación de Seguros cuando actúa como organismo de garantía. El dies a quo (día inicial) para el cómputo de los intereses por mora de la aseguradora, en el caso de que resulte obligado el Consorcio de Compensación de Seguros como organismo de garantía, no puede ser el de la fecha de producción del siniestro, sino el momento en que se dirige la reclamación contra él, pues así resulta de una adecuada interpretación de lo dispuesto en el artículo 20.9.ª LCS, según el cual "cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el Consorcio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo.

En lo restante cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y, sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo." Carecería de sentido establecer el nacimiento de la mora con relación al momento de reclamación de la indemnización y excluir la obligación de satisfacer el importe mínimo para después fijar la cuantía de los intereses de demora desde el momento del siniestro.

El precepto que establece esta previsión para los aseguradores en general (artículo 20.6.ª LCS), en efecto, está en relación con el que fija el momento de nacimiento de la mora en relación con la falta de abono de la indemnización o del importe mínimo desde el momento del siniestro (artículo 20.3.ª LCS), pues se presume que la obligación de indemnizar para el asegurador ordinario surge desde el momento del siniestro en virtud del contrato, salvo circunstancias excepcionales de incumplimiento contractual o desconocimiento por el asegurador (artículo 20.6.ª II y III LCS), mientras que en el caso del Consorcio la obligación surge ope legis (por efecto de la ley) con carácter subsidiario para subvenir a situaciones de falta de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria cuya comprobación depende normalmente de circunstancias posteriores al momento del siniestro.

De esto se sigue que la declaración del artículo 20.9.ª LCS en el sentido de que en lo restante será íntegra-

mente aplicable el propio artículo tiene sentido en relación con la cuantía del interés de demora, con el dies ad quem (día final) o término del plazo para el cómputo de los intereses y con la aplicación al Consorcio de las causas de justificación que excluyen la demora, pero no en cuanto a la determinación del dies a quo (día inicial) para el expresado cómputo.

En el caso examinado el Consorcio de Compensación de Seguros intervino como fondo de garantía por haber sido el vehículo objeto de sustracción por parte del causante del daño, que fue condenado penalmente.

OCTAVO.- Desestimación del recurso. La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394 LEC, en relación con el 398 LEC. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José Miguel contra la sentencia de 13 de octubre de 2004 dictada por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación núm. 7/2004, cuyo fallo dice: "Fallamos.

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 8 de septiembre de 2003 del Juzgado de Primera Instancia número Siete de los de Madrid dictada en el procedimiento del que dimana este rollo, confirmando dicha resolución y condenando al recurrente D. José Miguel, al pago de las costas de esta segunda instancia".

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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. Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/21774

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 3 febrero 2010. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Requisitos de la motivación y la congruencia

### Inexistencia de explicación argumentada sobre la desestimación de alegaciones

*Ha lugar a la casación planteada contra la sentencia que desestimó el recurso interpuesto frente a la Resolución del Consejo de Gobierno por la que, con motivo de la tala de árboles realizada sin autorización administrativa en unas fincas, se acordó imponer multa a la hoy recurrente, así como la obligación de reparar los daños causados, mediante la restauración y repoblación de los terrenos, pues la Sala de instancia se limitó a rechazar las alegaciones, o a descartar que las infracciones denunciadas tuvieran virtualidad anulatoria, pero lo hizo de forma apodíctica, sin razonar en modo alguno su conclusión ni, por ende, dar ninguna explicación argumentada sobre las razones por las que esas alegaciones eran desestimadas, sin cumplir dicha respuesta los requisitos de la motivación y la congruencia.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación núm. 4709/2005 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictó en fecha de 20 de octubre de 2003 en el recurso contencioso-administrativo núm. 92/1998, por medio de la cual se desestimó el formulado por la entidad "Comercializadora de Fincas S.A." contra Resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía adoptada en su sesión de 25 de noviembre de 1997 por la que, con motivo de la tala de árboles realizadas sin autorización administrativa en las fincas de su propiedad ubicadas en el paraje Los Manantiales, del término municipal de Villanueva de los Castillejos; en el paraje El Cuco, términos municipales de Sanlúcar de Guadiana y de Villanueva de los Castillejos; y en el paraje La Pizarra, términos municipales de Sanlúcar de Guadiana y de El Granada, acordó:

"1º Sancionar a Comercializadora de Fincas S.A. (COFISA) con multa de cincuenta millones de pesetas (50.000.000.- de pesetas).

2º Imponerle, asimismo, la obligación de reparar los daños causados, mediante la restauración y repoblación de los terrenos, eliminando previamente todo cultivo agrícola, que deberá realizarse dentro del primer periodo hábil para la replantación o siembre, a contar desde el día de la notificación de la presente resolu-

ción. Dicha repoblación se efectuará de acuerdo con un Plan Técnico que garantice el mantenimiento y conservación de las masas creadas.

En dicho plan, que deberá ser aprobado por la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva, previa presentación por la Sociedad sancionada, se establecerán las especies idóneas para la repoblación.

3º. Ordenar que por la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva se inicie el procedimiento para la practica de la nota marginal en el Registro de la Propiedad sobre la finca o fincas afectadas por dicha obligación".

SEGUNDO.- La parte demandante impugnó dicha Resolución en vía contencioso administrativa, solicitando en su demanda la estimación del recurso "admitiendo la caducidad, acordando la nulidad o inexistencia de infracción, se anule el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 25 de noviembre de 1997, por no ser conforme a derecho, dejándolo sin efecto". Se basó para ello, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1º. Con carácter preliminar alegó la caducidad del procedimiento, al entender que, aun considerando como plazo máximo para dictar Resolución el de un año previsto en el Decreto andaluz 143/1993, de 7 de septiembre, que en su Anexo II fija tal plazo para resolver los expedien-

tes sancionadores en materia forestal, resulta que cuando el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía dictó la Resolución sancionadora, el 25 de noviembre de 2007, ya había transcurrido dicho plazo, pues el expediente se inició por Resolución del Delegado Provincial en Huelva de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de 4 de noviembre de 1996.

2º. En segundo lugar, adujo que la resolución sancionadora incurrió en nulidad al adoptarse sin tener en cuenta y valorar el escrito de alegaciones que había presentado, lo que le había dejado en situación de indefensión.

En efecto, decía la recurrente, había presentado un escrito de alegaciones dentro del plazo de 15 días que se concedió por Acuerdo del Consejo de Gobierno en sesión de 15 de octubre de 1997, en atención a que se había efectuado una segunda propuesta de resolución que agravaba de forma especial la responsabilidad de la recurrente, pues le imputaba una infracción adicional, no recogida en la primera propuesta de resolución y se incluía, también ex novo, la aplicación de varias circunstancias agravantes.

La notificación del oficio concediendo plazo de 15 días para alegaciones la recibió el 24 de octubre de 2007 y el escrito de alegaciones se presentó el 12 de noviembre de 2007 en la Delegación de la Consejería de Medio Ambiente. Esa Delegación no remitió el escrito a la Consejería de Medio Ambiente hasta el día 5 de diciembre, lo que explica que en la resolución recurrida se haga referencia, por error, a que no se había presentado escrito de alegaciones y, como consecuencia, no se procediera a su examen.

3º. Invocó asimismo la actora la falta de competencia de la Delegación Provincial para incoar el expediente, pues, a su juicio, en atención a la calificación de los hechos y la propuesta de sanción, la competencia para la iniciación y el nombramiento de Instructor correspondía al Consejo de Gobierno de la Comunidad.

4º. Denunció, por otra parte, la ausencia de motivación justificativa del rechazo de las alegaciones de descargo presentadas durante la tramitación del expediente (al margen de la ausencia de examen de la alegación últimamente presentada, a la que acabamos de referirnos supra), desoyendo incluso los consejos del Sr. Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica, quien había advertido sobre la necesidad de que las alegaciones presentadas fueran “explícitamente rebatidas y contraargumentadas” en aras del principio de contradicción y motivación.

Estas alegaciones versaban, fundamentalmente, sobre la concurrencia de los hechos y su encaje en la in-

fracción descrita en la norma, sobre las que alegó: que las encinas cortadas estaban secas, al resultar afectadas por una epidemia; que faltaba rigor en el conteo del número de árboles talados; que las diligencias de averiguación y comprobación de los hechos imputados se habían efectuado sin su conocimiento y constancia escrita, lo que había sido causa de indefensión; y la inexistencia de infracción por cambio de uso por la plantación de olivos efectuada en sustitución de las encinas, dado que la plantación de olivos se efectuó en los enclaves de uso agrícola existentes en el interior de las fincas que no resultaban afectados por la masa forestal. Por último, alegó la inexistencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad.

TERCERO.- La sentencia de instancia, ahora combatida en casación, descartó en primer lugar la caducidad del expediente sancionador, señalando lo siguiente (FFJJ 2º a 4º): “El primero de los argumentos impugnatorios de la parte actora hace referencia a la caducidad en la que ha incurrido la Administración demandada al tramitar el expediente administrativo sancionador superando los plazos reglamentariamente establecidos al efecto.

La Administración demandada en defensa de la legalidad del acto impugnado rechaza las pretensiones anulatorias de la parte actora razonando su oposición. El Decreto Autonómico 143/1993 de 7 de septiembre (BOJA núm. 311 de 21 de octubre) dispone: Artículo único.

1. De acuerdo con la disposición adicional tercera de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada en el Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de agosto, se establecen los plazos de resolución y los efectos de la falta de resolución expresa de los procedimientos que se relacionan en el Anexo I de este Decreto de conformidad con su contenido.

2. Cuando se trate de procedimientos relacionados en el anexo II de este Decreto iniciados de oficio y no susceptibles de producir efectos favorables para el interesado, se entenderán caducados a solicitud de aquél o de oficio, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo establecido para resolver para cada uno de ellos. Si la paralización fuese por causa imputable al interesado el plazo para resolver quedaría interrumpido.

Y en el Anexo II se establece que el plazo máximo de resolución de los expedientes sancionadores en materia forestal por infracción a lo dispuesto en la Ley 2/1992, Forestal de Andalucía, será de un año y el efecto que se determina es el de la caducidad. Examinado lo actuado en el expediente administrativo comprobamos que la incoación del expediente sancionador tuvo lugar con fecha 20

de noviembre de 1996 (folio 85 del expte.). Y la notificación de la resolución sancionadora se practicó el 1 de diciembre de 1997 (folio 442). Así pues, la última notificación se llevó a cabo cuando aún no había transcurrido el plazo de los treinta días hábiles desde la finalización del periodo del año establecido para su tramitación al que se ha hecho referencia.

En consecuencia, el argumento anulatorio examinado no puede ser compartido al no concurrir la caducidad alegada”.

A continuación, la Sala rechazó las alegaciones de la recurrente sobre el tema de fondo, referido a la procedencia de la sanción impuesta (FFJJ 5º y 6º), y en el FJ 6º descartó asimismo las alegaciones de carácter formal, diciendo, sucintamente, lo siguiente: “No resultando admisibles a los fines anulatorios pretendidos la alegación de incompetencia, que ciertamente no concurre en el supuesto que analizamos.

Tampoco resultan admisibles las alegaciones relativas a los defectos formales que se indican, pues ninguno de estos produce la finalidad anulatoria pretendida. Quedando de este modo descartadas las alegaciones anulatorias que en este sentido se han pronunciado”.

Y acto seguido, la sentencia rechazó las alegaciones de la parte actora en torno al trámite de audiencia, diciendo al respecto, tan sólo, esto (FJ 7º, en el que también se desestimaron diversas alegaciones referidas al tema de fondo): “La tramitación del procedimiento sancionador se ha realizado sin las irregularidades anulatorias invocadas y con respeto al principio de audiencia al interesado lo que elimina cualquier alegación de posible indefensión. Que descartamos”.

CUARTO.- Contra esa sentencia la entidad mercantil “TRISASUR, S. A.”, ha formulado recurso de casación, en el que articula tres motivos:

Primero.- Al amparo de la letra c) del artículo 88.1 de la LJCA, por incongruencia omisiva y falta de motivación, con infracción de los artículos 67.1 LJCA y 218.1 LEC, al no dar la sentencia respuesta suficiente, en los términos exigidos por el artículo 24.1 de la CE a las irregularidades procedimentales invocadas, y singularmente al no haber dado la Sala respuesta alguna a la alegación concerniente al hecho de que la resolución administrativa sancionadora no tuvo en cuenta el escrito de alegaciones que presentó frente a la segunda Propuesta de Resolución.

Segundo.- Al amparo de la letra c) del artículo 88.1 de la LJCA, también por falta de motivación y de nuevo con infracción de los artículos 67.1 LJCA y 218.1 LEC, que ahora se refiere a los argumentos utilizados

por la Sala para no tener en cuenta las conclusiones de los Informes de Investigación, incorporados en la fase de prueba y realizados por profesores de los Departamentos de Agronomía y de Ingeniería Rural de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos y de Montes de la Universidad de Córdoba, informes que fueron ratificados judicialmente, sin que fueran objeto de repreguntas por la Administración demandada, y que confirmaban que las encinas taladas estaban enfermas al resultar afectadas por una plaga.

Esta enfermedad, alega la recurrente, tenía importantes consecuencias en cuanto a la incardinación en el tipo del injusto, pues la conducta imputada ya no sería la prevista en el artículo 80.1 como infracción especialmente grave, ni concurrirían las circunstancias agravantes del artículo 83, pues el reproche de la tala de árboles no puede ser el mismo según se trate de árboles enfermos o sanos, y tampoco la obligación de repoblar puede tener el mismo alcance, especialmente cuando la causa de la enfermedad está en el suelo, sin que todo esto haya sido objeto de examen y suficiente motivación en la sentencia, lo que convierte su valoración en arbitraria.

Tercero.- Al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA por caducidad del procedimiento, por vulneración del artículo 43.4 de la Ley 30/1992, aplicable en su redacción primitiva anterior a la reforma operada por Ley 4/1999.

Entiende que la fecha de iniciación para el cómputo de la caducidad es la de la última denuncia, producida el 1 de octubre de 1996, y a la fecha de la resolución, 25 de noviembre, había transcurrido más de un año y 30 días previsto como plazo de caducidad.

QUINTO.- Con carácter previo al examen de esos motivos de casación, hemos de rechazar las causas de inadmisión planteadas por la Sra. Letrada de la Junta de Andalucía, pues el recurso contiene una crítica de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, desplegada en términos suficientes para dar lugar a su examen y además los motivos están correctamente formulados con arreglo a la técnica casacional, citándose de forma expresa (y coherente con los motivos a que se acogen) las normas jurídicas de Derecho estatal (que no autonómico) que se reputan infringidas en cada motivo.

SEXTO.- Entrando ya en el examen del recurso, hemos de decir que no le falta razón a la parte recurrente cuando denuncia la falta de motivación de la sentencia de instancia, por lo que respecta a las alegaciones que se formularon en la demanda acerca de los defectos formales o procedimentales en que incurrió la Administración en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

Como hemos visto, la Sala se limitó a rechazar esas alegaciones, o a descartar que las infracciones denunciadas tuvieran virtualidad anulatoria, pero lo hizo de forma apodíctica, sin razonar en modo alguno su conclusión ni, por ende, dar ninguna explicación argumentada sobre las razones por las que esas alegaciones eran desestimadas.

Obvio es que una respuesta de esta clase no cumple los requisitos de la motivación y la congruencia, e infringe, por ello, el artículo 24.1 de la Constitución Española. Ello nos obliga a la estimación del motivo.

SÉPTIMO.- En consecuencia, la estimación de este primer motivo conduce a que la sentencia deba ser casada y anulada, siendo entonces procedente que entremos a resolver el tema de fondo referido a esas infracciones formales en la tramitación del expediente sancionador, en los términos en que se planteó en la instancia (artículo 95.2.d de la LRJCA). Ahora bien, ocurre que el tercer motivo de casación, en el que se plantea la caducidad del expediente sancionador, debe ser también estimado, pues, ciertamente, por las razones que apuntaremos a continuación, dicho expediente caducó, por lo que nos centraremos en esta concreta cuestión, con la consiguiente innecesariedad de estudiar las demás.

OCTAVO.- A la fecha en que se tramitó el expediente concernido, era de aplicación el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), en su redacción original, que establecía:

“Cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento”.

Y en relación a la normativa reguladora del plazo para la tramitación del procedimiento, era aplicable la regulación autonómica prevista en el Decreto 143/1993, de 7 de septiembre, de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía, relativo a normas sobre procedimientos administrativos de la Consejería de Agricultura y Pesca, que preveía la caducidad de los procedimientos recogidos en el Anexo núm. II por el transcurso del plazo máximo para resolver, incluyendo entre los procedimientos de ese Anexo II los expe-

dientes sancionadores en materia forestal al amparo de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, y previendo un plazo máximo de resolución de un año (a la aplicabilidad de este reglamento autonómico nos hemos referido en nuestra sentencia de 2 de marzo de 2009, RC 9845/2004).

NOVENO.- Partiendo de lo anterior, y comenzando nuestra respuesta por el estudio de la discrepancia surgida respecto de la fecha de inicio del expediente, debemos indicar que no es acertada la tesis de sentencia, según la cual el “dies a quo” se inicia desde la fecha de la notificación del acuerdo de iniciación, ni la de la parte recurrente, según la cual se inicia a la fecha de la última denuncia, sino que la fecha de inicio es la del acuerdo de iniciación del procedimiento, como establece el artículo 11.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS), al indicar que “ Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia “.

Por tanto, le fecha del inicio es la Resolución del Delegado Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva de 4 de noviembre de 1996. No es acertada la tesis de la sentencia porque, como hemos razonado en nuestra sentencia de 27 de abril de 2004 (RC 7333/2001), el artículo 57.1 de la LRJPA dispone que

“Los actos de las Administraciones Públicas (...) producirán efectos desde la fecha en que se dicten “, y aunque en el párrafo siguiente dice que “la eficacia del acto quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación... “, ocurre que en los actos de iniciación de un expediente sancionador su contenido no exige la demora de su eficacia, ni está supeditada a la notificación. A este respecto, el artículo 16.2 del RPS, a cuyo tenor “cursada la notificación (de la resolución de iniciación) el Instructor del procedimiento realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias...”, no puede ser interpretado en el sentido de que la efectividad de aquél se supedita a su notificación, sino que expresa simplemente un orden formal de actuación.

Carecería de sentido, por ejemplo, que el órgano instructor no pudiera adoptar las medidas provisionales a que se refiere el artículo 15, párrafo segundo, del RPS antes de haber sido cursada al interesado la notificación de la iniciación del procedimiento.

Así se deduce por lo demás de la recta inteligencia del artículo 6.2 del RPS que, al establecer como causa

de archivo del expediente “el transcurso de dos meses desde la fecha en que se inició el procedimiento sancionador sin haberse practicado la notificación de éste”, demuestra que la inactividad en ese periodo corre en perjuicio de la Administración, en un caso como causa de archivo y en otro como causa de caducidad, pues sería ilógico que la inactividad administrativa fuera computable a unos efectos y no a otros; un retraso en la notificación de la iniciación del expediente de menos de dos meses evitará el archivo, pero debe computarse en la duración total del expediente administrativo a efectos de la caducidad.

Consecuencia de cuanto acabamos de decir es que también yerra la parte recurrente cuando sostiene que el dies a quo es la fecha de la última denuncia, que fija en el 1 de octubre de 1996.

De todas maneras, apuntemos que las primeras actuaciones que se produjeron en el procedimiento fueron las denuncias realizadas por los Agentes de Medio Ambiente de la Consejería, con fechas 19 y 26 de septiembre y 3 de octubre de 1996, en que fueron registradas en la Delegación Provincial en Huelva.

Desde esa fecha hasta el acuerdo de iniciación del procedimiento, el 4 de noviembre, la Administración realizó una serie de actuaciones internas tendentes a la comprobación de los hechos denunciados, su trascendencia, toma de fotografías sobre los terrenos, lo que se tradujo en tres informes valorativos complementarios de fecha 30 de octubre de 1996, suscritos por D. Doroteo.

Todas estas actuaciones administrativas que mediaron desde la denuncia hasta el acuerdo de iniciación no formaban parte del procedimiento sancionador propiamente dicho, sino que se incardinaban en las llamadas “actuaciones previas” previstas en el artículo 12 del RPS, y fueron realizadas con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurrían circunstancias que justificasen la iniciación del procedimiento sancionador, orientándose a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.

Por lo demás, para acabar con nuestro razonamiento sobre el error en el argumento de la recurrente, diremos que no se puede considerar como iniciación la fecha de la denuncia porque el artículo 13 del RPS fija un contenido mínimo al acto administrativo de iniciación del procedimiento sancionador, en el que incluye además de los hechos y la identificación de las personas presuntamente responsables (contenido propio de la denuncia) otros extre-

mos tales como el nombramiento de Instructor y Secretario, la determinación del órgano competente para la Resolución, posibles medidas de carácter provisional y cautelar a adoptar y la indicación de los derechos de defensa de las personas inculpadas, extremos éstos ausentes en los escritos de los Agentes de Medio Ambiente, que sólo contienen la información propia de un escrito de denuncia.

DÉCIMO.- Respecto del plazo de finalización, “dies ad quem”, la sentencia incurre en un nuevo error, en la interpretación del artículo 43.4 de la LRJPA, en su primitiva redacción de 1992 -aplicable por razones cronológicas al recurso- al sumar, al plazo de un año previsto en la normativa autonómica, un nuevo plazo de 30 días.

Respecto de este plazo de 30 días, hemos dicho en nuestra reciente sentencia de 10 de junio de 2009, RC núm. 590/2005, que entender que el citado artículo 43.4 añade, al plazo de tramitación y resolución, otro de 30 días hábiles, y que la fecha resultante de la suma de ambos sería la determinante de la caducidad, no se ajusta ni a la letra ni al espíritu del precepto en cuestión.

Por ministerio de la ley, la caducidad de este tipo de procedimientos (esto es, de los “procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos”), se entenderá producida por el simple transcurso del plazo establecido para resolver (“se entenderán caducados”, dice de forma expresa el precepto). Cuestión distinta es la relativa a la declaración de tal caducidad y el consiguiente, y material, “archivo de las actuaciones” administrativas desarrolladas, ya que, según el mismo precepto continúa señalando, tal declaración se producirá “a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada”.

A ello no se opone la redacción dada al artículo 20.6 del RPS ya que, cuando en el mismo se hace referencia a que “transcurridos seis meses desde la iniciación,... se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4”, debe entenderse interpretando el precepto reglamentario de conformidad con el legal, que se inicia el plazo de 30 días (por ello se requiere que sean hábiles) para que la Administración materialice la caducidad producida por ministerio de la ley; esto es, para que se proceda a emitir una declaración de caducidad así como a archivar las actuaciones.

Interpretación que conecta con el párrafo segundo del citado artículo 20.6 del RPS, que dispone que “transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a soli-

cidad del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones”.

Y tampoco se puede oponer a ello, añadimos ahora, la propia redacción del epígrafe 2 del artículo único del Decreto autonómico 143/1997, al señalar “Cuando se trate de procedimientos relacionados en el Anexo II de este Decreto iniciados de oficio y no susceptibles de producir efectos favorables para el interesado, se entenderán caducados a solicitud de aquel o de oficio en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo establecido para resolver cada uno de ellos”, pues el alcance de este precepto reglamentario autonómico debe interpretarse en el sentido indicado respecto del Reglamento estatal aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en relación al artículo 43.4 de la LRJPA.

UNDÉCIMO.- Corolario de cuanto hemos expuesto es que considerando como fecha de inicio del expediente el 4 de noviembre de 1996, el plazo finalizaba el 4 de noviembre de 1997, por lo que a la fecha de adopción del Acuerdo sancionador por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el 25 de noviembre de 1997, el procedimiento había caducado. Según lo expuesto, procede estimar este tercer motivo de casación, lo que conlleva la consiguiente estimación del recurso contencioso-administrativo (artículo 95.2.d LRJCA) y la anulación de la resolución sancionadora impugnada en el proceso.

DÉCIMO SEGUNDO.- Ahora bien, hemos de hacer, llegados a este punto, una precisión relativa al epígrafe 2º del acto recurrido, que contiene la orden de reposición del arbolado.

Nuestro examen sobre esta concreta cuestión comenzará señalando que dicha medida, que se incardina en la restauración de la situación alterada como consecuencia de la tala arbórea efectuada, es una medida legal diferente de la estrictamente sancionadora, pero compatible con la misma, de conformidad con el artículo 130.2 de la LRJPA que señala a tal fin la compatibilidad de las “responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario...”. Compatibilidad que, a nivel constitucional incluso se expresa en el artículo 45.3 de la Constitución Española que dispone que

“Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”. Esta compatibilidad está prevista específicamente en la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, que en

su artículo 89 dispone que “no tendrá la consideración de sanción”, entre otras medidas, “las obligaciones que corresponden a los autores o partícipes de las infracciones o responsables subsidiarios en la reparación e indemnización de los daños como consecuencia de los hechos configurados como infracción en la presente Ley”.

Por su parte, en el ámbito forestal, la reposición del arbolado como consecuencia de las talas ha sido una consecuencia normal tanto en el supuesto de talas amparadas por licencia como en las realizadas al margen de ella -talas clandestinas- como se preveía el artículo 233 del Reglamento de la Ley de Montes, aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero, al disponer:

“Las cortas a hecho o de aclareos intensivos en fincas de particulares llevan aparejada la obligación, por parte del dueño, cualquiera que fuere la forma de propiedad o de las servidumbres establecidas de repoblar de arbolado, en el plazo de dos años, el terreno en que aquéllas se realizaron y la de respetar el vedado al pastoreo de las superficies aprovechadas, por el tiempo que, a juicio del Distrito Forestal, sea preciso para evitar que el ejercicio de aquél pueda causar daño al vuelo creado”.

El mismo Reglamento señala en su artículo 432 que “los dueños de montes particulares poblados de especies de crecimiento lento que realicen... o...no dieren cuenta de..., llevasen a cabo..., variasen..., o no dejen transcurrir el plazo..., o que en cualquier caso y especie no respeten las condiciones que se señalen en las autorizaciones..., pagarán como multa del tanto al triple del valor de los productos ilícitamente cortados y vendrán obligados, además, a repoblar los terrenos afectados, siéndoles de aplicación en caso de incumplimiento, lo dispuesto en el artículo 438 “.

En este sentido, pues, la independencia de la sanción de multa y la orden de repoblación en el ámbito forestal se ha declarado por este Tribunal Supremo en SSTS como la de 22 de abril de 1999 (RC núm. 4620/1993).

En esta sentencia de modo expreso se niega la consideración de la obligación de repoblar como ejercicio de la potestad sancionadora, señalándose que “entiende esta Sala que si bien la obligación de repoblar el suelo forestal tiene un contenido gravoso para el afectado, no puede equipararse en buena técnica jurídica con la sanción impuesta por haberse cometido una infracción administrativa.

Así lo ha interpretado en ocasiones anteriores esta Sala en la Sentencia que alega el recurrente de 24 de enero de 1991 y en las mencionadas por ella.

En consecuencia, si bien como se ha dicho antes debe apreciarse alguna oscuridad en la redacción literal del precepto aplicable del Reglamento de Montes, oscuridad ésta que no es ajena a ciertos defectos de técnica jurídica en que incurrió el autor del Reglamento, esta Sala viene obligada a la interpretación de las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas según prescribe el artículo 3.1 del Código Civil “.

De conformidad con ello, se llega a la conclusión de que “cabe apreciar asimismo que se trata solo de una obligación aneja a la sanción principal”.

Pero aceptado -legal, reglamentaria y jurisprudencialmente- que la imposición de obligación de proceder a la repoblación, aun establecida en una resolución con la que se concluye un procedimiento sancionador, no es consecuencia del ejercicio de tal potestad sancionadora, ello, sin embargo, no quiere decir que tal imposición quede al margen de -o no le afecte- la corrección jurídica del expediente o procedimiento en el que la misma ha sido impuesta; en consecuencia, en un supuesto como el de autos, en el que hemos declarado la caducidad del procedimiento en el que la obligación de repoblación forestal fue impuesta, la misma ha perdido su soporte procedimental, y, por tanto, también, su validez y eficacia.

Esto es, al margen de que tal potestad no cuente con la naturaleza jurídica de potestad sancionadora, sin embargo, la misma, igual que esta potestad, también se ve afectada por la caducidad del procedimiento decretada, y carece de viabilidad jurídica en un marco procedimental que ha concluido de dicha forma, dada su extemporaneidad.

Otro tanto cabe decir del Epígrafe 3º de la Resolución impugnada, relativo a la iniciación del procedimiento para la inscripción de la obligación de repoblación en el Registro de la Propiedad, pues se trata de una medida complementaria, tendente a reforzar la publicidad ante terceros de la obligación de reposición, y se trata de una medida prevista en el artículo 99.3 de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, y que está intrínsecamente unida a tal obligación, por lo que por su propia naturaleza igualmente ha de resultar afectada por la caducidad del expediente sancionador, que despliega sus efectos respecto de todos los ámbitos en el mismo decididos.

En definitiva, tal como ya hemos razonado, la caducidad del procedimiento sancionador determina junto a la improcedencia del ejercicio de la potestad sancionadora, la improcedencia de las todas las órdenes

que la Administración imponga para llevar a cabo la restitución de las fincas a su situación forestal originaria, así como la inscripción de tal obligación en el Registro de la Propiedad, extremos estos de la Resolución impugnada que debemos igualmente anular.

DÉCIMO TERCERO.- Procede, por todo lo expuesto, estimar el presente recurso de casación y, consiguientemente estimar el recurso contencioso-administrativo anulando en su integridad la Resolución impugnada en la instancia; y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas de la citada instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación. Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

#### FALLO

1º. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil “Trisatur S.A.” (antes “Comercializadora de Fincas S.A.”) contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso contencioso-administrativo número 92/1998, que ahora queda anulada y sin efecto.

2º. Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 92/1998 interpuesto -entonces- por la entidad mercantil “Comercializadora de Fincas S.A.” contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, adoptado en su sesión de 25 de noviembre de 1997, la cual anulamos en su integridad.

3º. No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Oropulido López.- Rafael Fernández Valverde.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.



2010/53623

TS Sala 4ª, Sentencia 9 marzo 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

## Derecho a promociones sin absorción ni compensación

*Estima el TS los recursos de casación formulados por los sindicatos accionantes contra sentencia que rechazó la demanda de conflicto colectivo frente al grupo eléctrico demandado sobre derecho a que las promociones previstas convencionalmente en curso de devengo se produzcan en sus propios términos.*

*Explica la Sala que la figura de la compensación y absorción tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta, lo que implica la existencia de dos fuentes diferentes, pero no procede cuando, como es el caso, el incremento salarial depende de la aplicación de los propios mandatos del convenio colectivo o del contrato individual, siendo evidente, a juicio del Tribunal, que con la técnica que pretende emplear la empresa demandada se neutralizan los ascensos, pues absorbe el incremento de su importe en el salario base, detrayéndolo del complemento de actividad.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Por la "Sección Sindical de CCOO en el Grupo ENDESA" se interpuso, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, demanda de conflicto colectivo contra todas las empresas del mencionado Grupo ENDESA. A esta demanda se adhirió posteriormente la "Sección Sindical de UGT en el Grupo ENDESA". Postulaban ambos demandantes que se declarara "que las promociones en curso de devengo a que se refiere la Transitoria...(2ª del Segundo Convenio Marco del Grupo ENDESA)...se produzcan en sus propios términos, sin absorción o compensación alguna."

La mencionada Sala de instancia resolvió el proceso en su Sentencia de 2 de diciembre de 2008 -cuyo relato histórico hemos dejado literalmente transcrito en el lugar oportuno de la presente, y a ello nos remitimos-, y razonó lo que estimó oportuno en pro de la desestimación de la demanda, cuyo pronunciamiento desestimatorio acabó emitiendo.

Contra la reseñada Sentencia de instancia han interpuesto las dos expresadas actoras sendos recursos de casación, en su modalidad de común o tradicional, articulándolos ambas en un solo motivo a través del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), y citando las dos como infringida la Transitoria 2ª del

Segundo Convenio Marco del Grupo ENDESA en relación con la Transitoria 2ª del Convenio Colectivo de la compañía "Sevillana de Electricidad, S.A.", así como los arts. 1284 a 1286 del Código Civil y la doctrina de esta Sala contenida en la Sentencia de 10 de octubre de 2005 (rec. 180/04); y UGT, además, el art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET). En consecuencia, ambos recursos permiten un tratamiento unitario.

**SEGUNDO.**- Para mayor claridad en la comprensión del problema que el recurso plantea, es conveniente comenzar por hacer referencia, lo más resumidamente posible, al relato histórico de la resolución combatida, transcrito, en su íntegra literalidad, en otro lugar de la presente:

Los trabajadores de "Sevillana de Electricidad, S.A." que pasaron a integrarse en el Grupo ENDESA y que tenían una antigüedad anterior a diciembre de 1995, tenían derecho -conforme a los arts. 23 y 24 del Convenio de aquella- a un ascenso de categoría por el mero transcurso del tiempo en su categoría de origen, generándose asimismo el derecho al salario base de la categoría de destino (hechos probados 1º y 2º). Pero el Convenio de 1997 estableció un sistema de clasificación profesional que derogaba al anterior, y, para no perjudicar los derechos de los aludidos trabajadores que estuvieran en curso de promoción, este último Convenio

estableció lo siguiente en su Disposición Transitoria Segunda: "Para los trabajadores ingresados antes del 31 de diciembre de 1995 se proroga exclusivamente en sus efectos económicos y con carácter personal el contenido de los artículos 23 y 24 del Convenio Colectivo 93/94 hasta el momento en que perfeccionen todos los ascensos y/o asimilaciones, a los que hubieran tenido derecho conforme a la categoría que ostentaba el trabajador en la fecha de firma del Convenio Colectivo 95/96 y al sistema previsto en los citados artículos del Convenio 93/94.- Los efectos económicos del párrafo anterior se aplicarán incrementando, cuando proceda, el salario base individual, sin que afecte a la clasificación profesional del trabajador, teniendo en cuenta las bases económicas establecidas en las tablas de referencia contenidas en el anexo IX, incrementadas cada año con el crecimiento pactado en cada Convenio Colectivo para las tablas salariales del anexo I". (hecho probado 3º).

Una vez integradas las antiguas empresas -entre ellas Sevillana de Electricidad- en el actual Grupo ENDESA, perdieron su vigencia los respectivos convenios de aquellas pasando a regirse todo el Grupo por los llamados "Convenios Marco" del mismo, sin perjuicio de las remisiones que a algunos de los preceptos de los convenios de origen pudieran hacer los referidos Convenios Marco.

Pues bien, el art. 12.4 del Primer Convenio Marco estableció que "La promoción en curso de devengo a la firma de este Convenio Marco se regirá por el sistema establecido en el Convenio Colectivo de origen".

A este Primer Convenio le sucedió el Segundo, que es el que regía las relaciones de los trabajadores afectados por el conflicto en el momento al que la demanda se refiere (incluso hoy día existe un Tercer Convenio, que no interesa aquí). Viene redactada en los siguientes términos la Disposición Transitoria 2ª del Segundo Convenio Marco: "El personal que, a la fecha de la firma del presente convenio marco, no hubiere hecho efectiva la promoción en curso de devengo a que hace referencia el artículo 12.4 del Primer Convenio Marco del Grupo Endesa, podrá optar por la que le correspondiera por el convenio de origen o por el presente convenio, comenzando el cómputo del plazo, en este supuesto, a partir del 1 de enero de 2001". (h.p. 4º).

El Grupo Endesa ha venido respetando la promoción económica de los trabajadores concernidos, partiendo de que la misma representa una "garantía de mínimos", procediendo al incremento salarial de la categoría superior solo si en la fecha del término promocional no alcanzaba el trabajador el importe del salario correspondiente a la categoría a la que ascendía; en otro caso, no

abonaba, además, la diferencia salarial existente entre ambas categorías (h.p. 5º).

**TERCERO.**- En la fundamentación de la Sala "a quo" que sustenta su decisión desestimatoria de la demanda, se afirma (F.J. 3º) que "la primera consideración básica a tener en cuenta como pilar del razonamiento jurídico es que el derecho en curso de adquisición no tiene su origen en el Convenio Marco de Endesa. Nace en el Convenio del 93 de Sevillana de Electricidad, S.A. (artículos 23 y 24)". Pero esta afirmación no podemos compartirla, al menos con el alcance que se le atribuye en la resolución combatida cuando posteriormente se dice (F.J. 5º) que "aquí existen dos fuentes convencionales distintas: El Convenio colectivo de origen (el de Sevillana de Electricidad del 93, respetado por el del 97) y los Convenios Colectivos Marco del Grupo Endesa".

Tales afirmaciones requieren ser debidamente matizadas, puntualizándolas en el siguiente doble sentido: a) por un lado, aclarando que el derecho en curso de adquisición por parte de los trabajadores afectados por el conflicto, si bien tuvo en su día origen en los arts. 23 y 24 del Convenio de "Sevillana de Electricidad" del año 1993, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, tanto ese convenio como cualquier otro posterior de dicha empresa, perdieron su vigencia al haber sido sucedidos por la normativa convencional posterior, normativa ésta que, en el momento de interponerse la demanda que nos ocupa, era ya el Segundo Convenio Marco del Grupo Endesa. Por ello, el origen normativo actual del derecho que aquí se discute no es otro que el expresado Segundo Convenio Marco del Grupo Endesa; y b) como consecuencia de lo anterior, no son dos las fuentes convencionales que han dado lugar al derecho litigioso, sino única y exclusivamente el tan repetido Segundo Convenio Marco del Grupo Endesa, por más que el expresado derecho (cuya adquisición no surge de manera súbita, sino que se prolonga a lo largo del tiempo) comenzara a generarse bajo la vigencia del convenio de origen, al que se refirió después -por lo que aquí interesa- la Transitoria 2ª del Segundo Convenio Marco del Grupo Endesa.

Sentado lo anterior y habida cuenta de que el Grupo Endesa ha venido respetando la promoción económica de los trabajadores concernidos, partiendo de que la misma representa una "garantía de mínimos", procediendo al incremento salarial de la categoría superior solo si en la fecha del término promocional no alcanzaba el trabajador el importe del salario correspondiente a la categoría a la que ascendía; en otro caso, no abonaba, además, la diferencia salarial existente entre ambas categorías, conforme se relata en el hecho probado 5º de la resolución combatida, aparece con la suficiente claridad

que -en contra de lo que la Sala de instancia afirma- el Grupo empresarial demandado sí viene aplicando en determinados casos la absorción y compensación a la que se refiere nuestra Sentencia -cuya doctrina se cita como infringida por ambas recurrentes- de 10 de octubre de 2005 (rec. 180/04), en cuyo quinto fundamento jurídico razonábamos en los siguientes términos:

A este respecto, esta Sala tiene ya doctrina unificada, a través de la Sentencia de 9 de julio de 2001 (Recurso 4614/00), seguida por la de 18 de septiembre de 2001 (Recurso 4147/00) y por la de 2 de diciembre de 2002 (Recurso 949/02), en las que razona en el sentido de que el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores contiene un mandato legal de rancia tradición en nuestro Derecho según el cual "operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia". Como puso de manifiesto la Sentencia de ésta Sala de 10 de noviembre de 1.998, la figura de la compensación y absorción que en tal precepto se recoge tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta. Ello implica (...) la existencia de dos fuentes distintas, pero no procede cuando el incremento salarial depende de la aplicación de los propios mandatos de convenio colectivo o del contrato individual. Es evidente que con la técnica que pretende emplear la empresa, se neutralizan los ascensos, pues absorbe el incremento de su importe en el salario base, detrayéndolo del complemento de actividad. Ya ésta Sala en Sentencia de 26 de diciembre de 1.989 señalaba que la absorción de salarios juega, en principio, cuando se establece un cuadro nuevo de retribuciones, en virtud de acto normativo o convencional, pues se necesita de la existencia de dos situaciones que permitan la comparación".

En definitiva, también la Sentencia recurrida se desvió de nuestra reseñada doctrina, por lo que procede la estimación de los dos recursos contra aquélla interpuestos, lo que comporta, a tenor de lo prevenido en el art. 213.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, la obligación de decidir el debate planteado en la instancia, decisión que no puede ser otra que la estimatoria de la demanda. Sin costas (art. 233.2 del citado Texto procesal), ya que se trata de un proceso de conflicto colectivo.

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

#### FALLO

Estimamos los recursos de casación, interpuestos por la SECCIÓN SINDICAL INTEREMPRESAS DE C.C.O.O. EN EL GRUPO ENDESA y por la SECCIÓN SINDICAL EN EL GRUPO ENDESA DE U.G.T. contra la Sentencia dictada el día 2 de diciembre de 2008 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el Proceso 75/2008, que se siguió sobre conflicto colectivo, a instancia de la primera de las expresadas recurrentes (a la que se adhirió posteriormente la segunda de ellas) contra las empresas del GRUPO ENDESA. Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, y en su lugar, acordamos estimar la demanda en cuanto al fondo de lo pretendido. En su virtud, declaramos que las promociones en curso de devengo a que se refiere la Disposición Transitoria 2ª del Segundo Convenio Marco del Grupo ENDESA se producirán en sus propios términos, sin absorción o compensación alguna, debiendo las demandadas cumplir cuantas obligaciones se deriven para ellas de esta declaración. Sin costas.

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

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

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

2010/53620

TS Sala 4ª, Sentencia 25 marzo 2010. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

### Consideración como contratos discontinuos de los temporales para la prevención y extinción de incendios

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Comunidad de Madrid contra sentencia que declaró que el vínculo que le une a los trabajadores del servicio de extinción de incendios forestales demandantes es indefinido fijo discontinuo. Explica la Sala que la necesidad de prevención y extinción de incendios forestales responde a las necesidades normales y permanentes de la*

*entidad empleadora, viniéndose reiterando las campañas anual y cíclicamente en años sucesivos, no pudiendo cubrirse esa necesidad de trabajo a través del contrato eventual, porque no responde a necesidades extraordinarias por circunstancias de producción temporalmente limitadas, ni mediante contratos de obra o servicio determinado, porque no hay limitación temporal de la obra o servicio, sino reiteración en el tiempo de forma permanente de las tareas en determinados periodos que se repiten todos los años.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores han venido prestando servicios para la Comunidad de Madrid en las campañas de incendios forestales mediante contratos cuyas fechas de inicio y terminación cada año no son las mismas, pero que en su inicio y terminación oscilan entre junio y noviembre con algunas variaciones. Los trabajadores han sido contratados en las campañas que se especifican en el hecho probado primero de la sentencia de instancia, que, con estimación de la demanda, ha declarado que el vínculo laboral de los actores era fijo discontinuo desde el primer contrato. La sentencia recurrida ha confirmado esta decisión, desestimando el recurso de la Administración demandada, ponderando que estamos ante una actividad que se repite cíclicamente todos los años en fechas no exactas.

Contra este pronunciamiento recurre la Comunidad de Madrid, aportando como sentencia contradictoria la de la misma Sala de lo Social de Madrid de 18 de septiembre de 2006 que, en supuesto que presenta con el presente la necesaria identidad, confirma la desestimación acordada en la instancia de la pretensión de los actores, ponderando para fundar esta decisión la variabilidad de las planificaciones anuales del servicio en atención a las características de cada temporada.

SEGUNDO.- Debe, por tanto, apreciarse la contradicción que se alega y procede examinar la infracción que se denuncia de los artículos 12.3 y 15 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 20 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad y con el artículo 1 del Real Decreto 2720/1998. El motivo debe desestimarse, porque la doctrina de la Sala ya ha sido unificada en las sentencias de 19 enero de 2010 (recurso 1710/2009), 3 de febrero de 2010 (recurso 1710/2009) y 3 de marzo de 2010 (recurso 1527/09), que, reiterando la doctrina de la sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 2003, que revisó el criterio anterior de las sentencias de 10 de junio de 1994, 3 de noviembre de 1994 y 10 de abril de 1995, llega a la conclusión de que

la contratación adecuada para cubrir las necesidades anuales derivadas de las campañas anuales de prevención y extinción de los incendios forestales es el contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo, a tenor de lo previsto en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores, y ello en atención a haberse constatado una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, que se reitera en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados. Ello es así, porque la necesidad de prevención y extinción de incendios forestales responde a las necesidades normales y permanentes de la entidad empleadora y, en consecuencia, las campañas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos. Esa necesidad de trabajo no puede cubrirse a través del contrato eventual, porque la misma no responde a necesidades extraordinarias por circunstancias de producción temporalmente limitadas; tampoco puede atenderse mediante contratos de obra o servicio determinado, porque no hay limitación temporal de la obra o servicio, sino reiteración en el tiempo de forma permanente de las tareas en determinados periodos que se repiten todos los años. Frente a ello no cabe objetar ni las eventuales limitaciones presupuestarias de los organismos competentes, ni las posibles divergencias en las planificaciones anuales en función de las características naturales de cada temporada. Las primeras son un factor externo a las características del trabajo, que podrán tenerse en cuenta a otros efectos -como muestra el artículo 52.e) del Estatuto de los Trabajadores-, pero que no pueden alterar el tipo de contrato procedente. Las segundas podrán determinar en su caso la aplicación de formas de contratación de trabajo temporal extraordinario en función de las particularidades de determinadas temporadas, pero no justifican ese recurso al trabajo temporal cuando se trata, como en el presente caso, de una necesidad reiterada que se pone de relieve en las sucesivas contrataciones de los actores.

Por todo ello, procede, de conformidad con la propuesta del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de la entidad, con las consecuencias que de ello se derivan en orden a la imposición de costas, conforme al artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Consejería DE PRESIDENCIA E INTERIOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de febrero de 2009, en el recurso de suplicación



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2849

Madrid, 28 de junio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

núm. 4284/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 10 de abril de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Madrid, en los autos núm. 921/07, seguidos a instancia de Zulima, D. Elias, D. Gabriel, D<sup>a</sup> Camino, D<sup>a</sup> Eva y D<sup>a</sup> Macarena contra dicha recurrente, sobre derecho. Condenamos a la Administración recurrente

al abono de las costas del presente recurso, que consistirán en los honorarios de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

## 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.



2010/31638

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 22 marzo 2010.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Aplicación del plazo de prescripción del CC en reclamación de deficiencias constructivas de comunidad de propietarios

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a la entidad constructora demandada a reparar las patologías o deficiencias existentes en los elementos comunes de la comunidad de propietarios actora derivados de la ejecución de las obras realizadas por la demandada que resultaron acreditadas en el informe pericial. La Sala confirma que no ha prescrito la acción para exigir la responsabilidad derivada de la mala ejecución de la obra dado que el plazo aplicable no es el de dos años que establece la LOE sino el general de quince años del CC, ya que, debido al momento en que se realizaron las obras, es de aplicación el régimen previsto en el art. 1591 CC y no el de la LOE cuyas disposiciones no tienen carácter retroactivo.

2010/31647

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 26 marzo 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Inexistente intromisión ilegítima en el honor al limitarse a comunicar lo manifestado por testigo

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, acuerda confirmar la de primera instancia que desestimó la demanda ejercitada de protección del derecho al honor por considerar que no

es el procedimiento entablado el cauce adecuado a efectos de dilucidar la veracidad o no de las imputaciones que se realizan las partes, quedando constancia de la existencia de diversos procedimientos judiciales a efectos de depurar responsabilidades sobre los hechos, y por entender que las expresiones contenidas en el escrito de controversia remitido por el demandado a la policía de disconformidad con la retirada de efectivos de escolta y la posibilidad de que el actor pueda tener conocimiento de presuntos hechos delictivos, debe ser encuadrado como una crítica de la capacitación o valía profesional del actor sin intención de menosprecio y que se limita a comunicar lo manifestado por testigo protegido a quien el demandado prestaba escolta.



2010/14240

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 19 febrero 2010.  
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

### Absolución de delitos de estafa procesal y de falsedad en documento mercantil

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de estafa procesal y de falsedad en documento mercantil. Afirma la Sala que las mercancías habían sido entregadas a las personas que operaban bajo el nombre de una sociedad en formación, que, al parecer, finalmente establecieron. Carece de importancia que el trámite de la formación de la sociedad no hubiera comenzado, como sostiene la firma recurrente, porque lo cierto es que la mercancía se entregó a las personas que operaban con ese nombre en una relación de confianza con los acreedores y uno de ellos admitió la recepción de la mercancía.

2010/21706

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 16 marzo 2010.  
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

### Delito continuado de estafa con participación de director de sucursal bancaria

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de estafa. Afirma el TS que la actuación del ahora recurrente se vio favorecida y completada por el director de la oficina bancaria, sin cuya participación no hubiera podido llevar a cabo los hechos típicos. Ello aporta un matiz especial que no se puede desconocer, pues hubiera sido imposible, o con una posibilidad muy remota, que la entidad bancaria se hubiera visto sorprendida en otro caso por el acusado, ya que la intervención destacada del director de la sucursal coacusado, sin duda, hizo posible el triunfo del diseño defraudatorio.



2010/6490

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección 6<sup>a</sup>, Sentencia 5 febrero 2010.  
Ponente: D. José Manuel Steira Míguez

### Bautismo no alterado por declaración de apostasía

El TS ha lugar al recurso de casación instado frente a sentencia que confirmó la resolución del Director de la AEPD en la que se ordenaba al Arzobispado de Valencia que remitiera al reclamante certificación en la que se haga constar que ha atendido el derecho de cancelación ejercido por éste, pues los razonamientos que el Tribunal a quo hace para reputar los libros de bautismo ficheros, en los términos definidos en el art. 3,b)

LOPD no pueden ser aceptados por cuanto los datos personales recogidos en los libros de bautismo no son un conjunto organizado, sino que resultan una pura acumulación de éstos que comportan una difícil búsqueda, acceso e identificación, en cuanto no están ordenados, ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la parroquia donde aquél tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo.

Por tanto, no se configuran los libros de bautismo como una relación de católicos o personas pertenecientes a la religión católica, ni como un fichero o relación actualizada de aquéllos, por lo que carece de objeto pretender actuar sobre tales libros a efectos de hacer constar el abandono de la religión católica con el único objeto de actualizar una relación de miembros de dicha religión que no es tal. La declaración de apostasía por parte del interesado no altera la circunstancia de que aquel hecho del bautismo se produjo y el dato referido al mismo es exacto, suponiendo entonces el rechazo total de la fe cristiana conforme al canon 751, a los derechos del interesado, sin que esté prevista la práctica de anotación de la misma en el libro de bautismo o registro en cualquier otra forma en libros parroquiales.



2010/26515

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 25 febrero 2010.  
Ponente: D. Joaquín Samper Juan

### Aplicación a empresa de televisión de revisión salarial prevista convencionalmente

Estima en parte el TS el recurso de casación formulado por el comité de empresa accionante contra sentencia que rechazó la demanda colectiva sobre revisión salarial. Señala la Sala que la ausencia de previsión formal por parte del Gobierno no puede conducir a la inaplicación del pacto de revisión salarial concertado por los negociadores del convenio de la empresa de televisión demandada, que deberá producir sus efectos siempre que se acredite la existencia de una previsión real, acreditada mediante medios fiables que la evidencien inequívocamente.