



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVI. Número 2774

Madrid, lunes 28 de diciembre de 2009



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/245753

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 26 octubre 2009. Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

Aplicación de la legislación básica estatal reguladora de los deberes de titulares de suelo urbano

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona, la Generalidad de Cataluña y la entidad mercantil contra la STSJ y en su lugar, dicta otra por la que estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo por el que se aprobó definitivamente la modificación del Plan General Metropolitano para la renovación de áreas industriales de Poble Nou, únicamente en el sentido de declarar la nulidad en cuanto exige la cesión a favor del Ayuntamiento, de la edificabilidad resultante de aplicar, en las actuaciones de transformación, el coeficiente de 0.3 m2t/m2s; y en cuanto incrementa este coeficiente hasta el 0.5 % en los ámbitos en que se prevean actuaciones de transformación integradas de amplio alcance para cubrir demandas de infraestructuras de servicios técnicos, dotaciones de aparcamientos y en su caso viviendas de protección pública, pues se trata de determinaciones que no encuentran sustento en ninguno de los apartados del art. 14, 2 Ley 6/1998; y tampoco se ha justificado, ni alegado siquiera, que tengan cobertura específica en ninguna otra norma de rango estatal o autonómico.

La Sala estima el recurso al considerar que la discordancia entre lo dispuesto en el texto refundido de disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, que no contempla la cesión del aprovechamiento urbanístico, y lo establecido en el art. 14, 2 Ley 6/1998, que impone tal deber, ha de resolverse confiriendo prevalencia a este precepto estatal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En las presentes actuaciones se examinan de forma conjunta los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Barcelona, la entidad "22 arroba BCN, S.A." y la Generalitat de Cataluña contra la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña de 18 de noviembre de 2004 (recurso contencioso-administrativo 704/2000) en la que, estimando en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de

Ipugra SL, contra Acuerdo de la Subcomisión de Urbanismo del Municipio de Barcelona de 2.10.2000 por el que se aprobó definitivamente la Modificación del Plan General Metropolitano para la renovación de áreas industriales de Poble Nou, Distrito de Actividades 22 @ BCN (DOGC 5.10.2000), se declara la nulidad de la citada Modificación únicamente en los siguientes aspectos: a) en cuanto exige la cesión a favor del Ayuntamiento, de la edificabilidad resultante de aplicar, en las actuaciones de transformación, el coeficiente de 0.3 m2t/m2s; b) en cuanto incrementa este coeficiente

hasta el 0.5 % en los ámbitos en que se prevean actuaciones de transformación integradas de amplio alcance para cubrir demandas de infraestructuras de servicios técnicos, dotaciones de aparcamientos y en su caso viviendas de protección pública; y, c) en cuanto exige la cesión del diez por ciento del ámbito de la actuación, para cualquier operación de transformación, para su destino a equipamiento. Desestimando las demás pretensiones de la demanda.

Han quedado señaladas en el antecedente segundo las cuestiones y pretensiones que planteaba la demandante en el proceso de instancia así como las razones que expone la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo, que en buena medida no vienen sino a reproducir la fundamentación de un pronunciamiento anterior de la propia Sala y Sección 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Pues bien, conocidos tales antecedentes, procede que entremos ya a examinar los motivos de casación que aducen las tres partes recurrentes en casación, cuyo enunciado hemos recogido en los antecedentes tercero, cuarto y quinto. Ahora bien, por razones de sistemática nos ocuparemos en primer lugar de los motivos que se formulan al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.calle de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (motivos cuarto y quinto del escrito de la Generalitat de Cataluña) y luego abordaremos los restantes motivos de casación aducidos en los escritos de las tres partes recurrentes, que examinaremos de forma conjunta pues todos ellos no son en realidad sino variaciones o formulaciones apenas diferenciadas de un mismo argumento central impugnación.

SEGUNDO.- La Generalitat de Cataluña, en su motivo de casación cuarto, alega la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en particular, de los artículos 209.3 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 y 120.3 de la Constitución, por incurrir la sentencia en falta de motivación.

Pues bien, el motivo no puede ser acogido pues, con independencia de que los razonamientos expuestos en

SUMARIO

TS

CIVIL

Obligación de indemnizar de aseguradora en póliza de amortización de préstamo 8

Responsabilidad solidaria de gestor y partícipe por defectos en la construcción 11

PENAL

Concurrencia de dolo de matar en hechos calificados como tentativa de asesinato 12

Absolución de delito de malversación impropia de caudales públicos 13

ADMINISTRATIVO

Aplicación de la legislación básica estatal reguladora de los deberes de titulares de suelo urbano 1

Destrucción de la presunción de exactitud del acuerdo del jurado expropiatorio 3

SOCIAL

Acumulación de acciones para reclamación de complemento por IT y otros conceptos salariales 14

Incompetencia del orden social para acreditar méritos a efectos de concurso administrativo 15

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

la sentencia sean o no acertados -de ello nos ocuparemos en los apartados siguientes- lo cierto es que la Sala de instancia justifica la decisión de estimar en parte el recurso contencioso-administrativo y expone las razones por las que, a su entender, son contrarias a derecho las determinaciones de la Modificación del Plan General Metropolitano que resultan anuladas en la parte dispositiva de la sentencia. Es cierto que la sentencia expone tales razones a base de reproducir en su fundamento jurídico tercero buena parte de la fundamentación de otra sentencia anterior de la propia Sala y Sección 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -sentencia de 6 de mayo de 2004 (recurso contencioso-administrativo 531/2000)- en la que se resolvía un litigio semejante; pero, siendo ello así, y con las explicaciones complementarias que se ofrecen en el fundamento cuarto de la sentencia ahora recurrida, lo cierto es que la decisión debe considerarse suficientemente motivada, no pudiendo apreciarse en ella, por tanto, el defecto de motivación que se le reprocha.

Tampoco puede ser acogido el motivo quinto del escrito de la Generalitat de Cataluña en el que se alega nuevamente la infracción de los citados artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución por incurrir la sentencia en incongruencia interna, esto es, incongruencia entre la parte dispositiva y los argumentos utilizados para su fundamentación. No existe en realidad tal contradicción o incongruencia interna de la sentencia. Sucede, sencillamente, que la representación de la Generalitat no comparte la interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley autonómica 2/2002, de 14 de marzo, sostenida por la Sala sentenciadora; pero se trata sólo de una discrepancia de parecer sobre el significado y alcance de dicho norma transitoria, sin que ello signifique que la sentencia albergue una contradicción interna en este punto.

TERCERO.- Los restantes motivos de casación aducidos, tanto los del Ayuntamiento de Barcelona (motivos primero, segundo y tercero) como los formulados por la representación de la entidad 22 arropa BCN, S.A. (motivo único) y por la Generalitat de Cataluña (motivos primero, segundo y tercero), responden, como ya hemos apuntado, a un mismo argumento central de impugnación, si bien alguno de ellos (el motivo tercero del Ayuntamiento y el segundo de la Generalitat) requeri-

rán que les dediquemos una consideración específica.

En este grupo de motivos de casación al que ahora nos referimos se alega la infracción de los artículos 3, 5 y 14.2 y disposición transitoria primera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo y valoraciones, así como del artículo 47 de la Constitución y de la jurisprudencia aplicable, sosteniendo los recurrentes que tales preceptos han sido vulnerados porque la sentencia recurrida afirma que no es aplicable al caso el artículo 14 de la Ley 6/1998, que regula los deberes de los propietarios de suelo urbano distinguiendo según que dicho suelo esté o no consolidado, por haber entendido la Sala de instancia que el único precepto aplicable es el artículo 120 del texto refundido de disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio; y que tampoco sería de aplicación al caso, por ser norma posterior, lo dispuesto en la Ley autonómica 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña.

Y, en efecto, la sentencia recurrida termina anulando las determinaciones de la Modificación del Plan Metropolitano en las que se impone los deberes de:

a) Cesión a favor del Ayuntamiento, de la edificabilidad resultante de aplicar, en las actuaciones de transformación, el coeficiente de 0.3 m²t/m²s.

b) Incremento de este coeficiente hasta el 0.5 % en los ámbitos en que se prevean actuaciones de transformación integradas de amplio alcance para cubrir demandas de infraestructuras de servicios técnicos, dotaciones de aparcamientos y en su caso viviendas de protección pública.

c) Cesión del diez por ciento del ámbito de la actuación, para cualquier operación de transformación, para su destino a equipamiento.

En dos de los motivos de casación que estamos examinando (el motivo tercero del Ayuntamiento y el segundo de la Generalitat) se alega la vulneración de los artículos 3, 5 y de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y del artículo 47 de la Constitución, en cuanto se refiere a la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos y el necesario reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados del planeamiento

entre todos los propietarios afectados por actuación urbanística. Ahora bien, tanto la participación de la comunidad en las plusvalías como el reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados del planeamiento han de materializarse de conformidad con las previsiones legales tendentes a la realización de tales objetivos, por lo que para saber si aquellos principios han resultado vulnerados será necesario determinar primero el régimen legal de deberes a que están sujetos los propietarios y, en fin, si las determinaciones del planeamiento se ajustan o no a dicho régimen legal. Y ello obliga a determinar si en el caso que nos ocupa es aplicable el régimen de deberes previsto en el artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo y valoraciones, o si, como señala la sentencia recurrida, habrá de atenderse únicamente a lo dispuesto en el artículo 120 del texto refundido de disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia urbanística

Pues bien, queda desde ahora señalado que la interpretación que realiza la Sala de instancia, que antes hemos dejado reseñada, no es ajustada a derecho. Veamos.

CUARTO.- La cuestión que acabamos de enunciar ha sido ya examinada por esta Sala en diversas ocasiones, siendo muestra de ello, entre otras, nuestras sentencias de 28 de enero de 2008 (casación 996/04), 19 de mayo de 2008 (casación 4137/04), 2 de junio de 2008 (casación 3442/04), 10 de junio de 2008 (casación 7021/04), 23 de septiembre de 2008 (casación 4731/04), 10 de noviembre de 2008 (casación 7021/04) y 23 de julio de 2009 (casación 1573/05). De esta sentencia citada en último lugar extraemos los siguientes párrafos:

(...) Tercero.- Partiendo de que el artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, tiene el carácter de legislación básica (disposición final única de la Ley 6/1998), no cabe considerar que los deberes que el artículo 14.2 impone a los propietarios de suelo urbano que carezca de urbanización consolidada -y, en particular el deber de cesión del 10% del aprovechamiento (artículo 14.2.calle)- no son aplicables con el argumento de que el ordenamiento urbanístico autonómico vigente en Cataluña no contempla la subclasificación de suelo urbano no consolidado por la urbanización. Más bien al contrario, debe afirmarse que aquel

deber resulta de aplicación teniendo en cuenta se trata de un precepto básico para el estatuto del derecho de propiedad y que la disposición transitoria primera de la propia Ley 6/1998 establece que el régimen urbanístico del suelo previsto en ella es de aplicación, desde su entrada en vigor, a los planes y normas vigentes en dicho momento. Como declaráramos en la sentencia de 22 de noviembre de 2007 (casación 10106/2003), el motivo de casación debe prosperar porque la Sala sentenciadora, en virtud de una incorrecta interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley 6/1998, ha dejado de aplicar un precepto de los que regulan las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1 de la Constitución).

Sin que ello suponga ignorar las atribuciones de las Comunidades Autónomas a la hora de trazar los criterios de diferenciación entre el suelo urbano consolidado por la urbanización y el suelo urbano carente de urbanización consolidada, debe notarse que las sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional STC 164/2001, de 11 de julio, y 54/2002, de 27 de febrero, hacen esa indicación sobre el ámbito de decisión de las Comunidades Autónomas en este punto -que deberán ejercer "en los límites de la realidad"- al mismo tiempo que declaran conforme a la Constitución el distinto régimen previsto en la Ley 6/98 para esas dos categorías dentro del suelo urbano. Por ello, la efectividad de las determinaciones contenidas en una norma a la que expresamente se reconoce la consideración de básica no puede quedar supeditada a que el ordenamiento urbanístico autonómico regule la subclasificación de suelo urbano carente de urbanización, ya que se trata de una circunstancia de hecho determinante de unos deberes impuestos legalmente a los propietarios de suelo urbano, de manera que la ordenación de las clases de suelo prevista en el ordenamiento urbanístico autonómico de Cataluña no puede condicionar el cumplimiento de la norma básica contenida en el artículo 14 de la Ley 6/1998, del Suelo y Valoraciones que, como ya hemos señalado, es aplicable desde su entrada en vigor al suelo urbano (disposición transitoria primera).

A lo que cabe añadir que la constitucionalidad de la disposición transitoria primera de la Ley 6/1998, de la

que resulta la efectividad inmediata de los deberes urbanísticos que establece el artículo 14 de la misma Ley, ha sido expresamente declarada en la mencionada STC de 11 de julio de 2001.

En línea con lo anterior, y dejando a salvo una vez más el margen de apreciación que corresponde a las Comunidades Autónomas para la determinación del concepto de suelo urbano no consolidado por la urbanización -determinación que debe hacerse, no se olvide, en los límites de la realidad-, conviene recordar la doctrina establecida en sentencias de esta Sala -sentencias de 31 de mayo de 2006 (casación 1835/03), 26 de octubre de 2006 (casación 3218/03), 31 de enero de 2007 (casación 5534/0) 20 de marzo de 2007 (casación 6590/03) y 10 de abril de 2007 (casación 7342/03), en las que hemos señalado algunos criterios que permitan, a falta de norma autonómica específica, deslindar las categorías de suelo urbano consolidado y no consolidado. Sin necesidad de reiterarlas ahora, la existencia de tales pautas jurisprudenciales no viene sino a confirmar que la falta de definición en la legislación autonómica de Cataluña del concepto de suelo urbano carente de urbanización consolidada no puede impedir la aplicación de la norma estatal básica cuya efectividad inmediata ha sido expresamente querida por el legislador. Por lo demás, el Ayuntamiento recurrente pone de manifiesto en el último apartado de su escrito (alegación cuarta), y el dato no ha sido contradicho, que los terrenos incluidos en los polígonos de actuación del Plan Especial del Puerto de Badalona pertenecen a la categoría de suelo urbano carente de urbanización consolidada sin que tal condición en ningún momento haya sido cuestionada por el órgano que otorga la aprobación definitiva.

Cuarto.- La discordancia entre lo dispuesto en el texto refundido de disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, que no contempla la cesión del aprovechamiento urbanístico que estamos analizando, y lo establecido en el artículo 14.2.calle de la Ley 6/1998, que impone tal deber, ha de resolverse confiriendo prevalencia a este precepto estatal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.3 de la Constitución, dado que se trata de una norma básica en una materia, concretamente la de los deberes de los propietarios de suelo urbano, de la competencia exclusiva del Estado, cuyo cumplimiento no se puede eludir aunque en el ordenamiento urbanístico autonómico no se encuentre regulada la subclasificación del suelo urbano no consolidado por la urbanización.....

Trasladando esa doctrina al presente litigio, es claro que las determinaciones contenidas en el artículo 14 de la Ley/1998 son de entera apli-

cación al caso que nos ocupa, debiendo por ello concluirse que la sentencia recurrida es contraria a derecho, acogiendo los motivos de casación que afirman la efectiva y plena aplicabilidad de aquella norma.

QUINTO.- Lo hasta aquí expuesto supone, una vez declarado que la sentencia recurrida ha de ser casada, que debemos resolver lo que corresponde en los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción). Y para ello, según hemos visto, es obligado que nos atenamos a lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo y valoraciones, que en sus diferentes apartados impone a los propietarios de suelo urbano carente de urbanización, no consolidado, los deberes de cesión obligatoria y gratuita del suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local; cesión obligatoria y gratuita del suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya en el ámbito correspondiente a efectos de su gestión; cesión obligatoria y gratuita del suelo correspondiente al 10% del aprovechamiento del correspondiente ámbito (con posibilidad de que la legislación urbanística reduzca ese porcentaje máximo de cesión); distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento; costear y, en su caso, ejecutar la urbanización; y, en fin, edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento.

Así las cosas, hacemos enteramente nuestras las consideraciones que expuso la Sala de instancia -y sobre las que no ha existido controversia en casación- en relación con los costes de urbanización. Por lo demás, debe entenderse que, de las determinaciones del planeamiento controvertidas, es ajustada a derecho la que impone a los propietarios de terrenos comprendidos en el ámbito de la actuación la cesión del diez por ciento del aprovechamiento, para cualquier operación de transformación, para su destino a equipamiento, por ser dicha obligación de cesión plenamente incardinable en la disposición contenida en el artículo 14.2.calle de la Ley 6/1998, de 13 de abril.

Por el contrario, deben ser consideradas contrarias a derecho y declaradas nulas las determinaciones de la Modificación del Plan General Metropolitano por las que se exige la cesión a favor del Ayuntamiento de la edificabilidad resultante de aplicar, en las actuaciones de transformación, el coeficiente de 0.3 m²/m²s y se incrementa este coeficiente hasta el 0.5 % en los ámbitos en que se prevean actuaciones de transformación integradas de amplio alcance para cubrir demandas de infraestructuras de servicios técnicos, dotaciones de aparcamientos y en su

caso viviendas de protección pública. Se trata de determinaciones que no encuentran sustento en ninguno de los apartados del mencionado artículo 14.2 de la Ley 6/98; y tampoco se ha justificado, ni alegado siquiera, que tengan cobertura específica en ninguna otra norma de rango estatal o autonómico. Por tanto, debe ser desestimada la pretensión de Ipruga, S.A. de que se declare la nulidad de tales determinaciones.

SEXTO.- 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 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 artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de el Ayuntamiento de Barcelona, la Generalidad de Cataluña y la entidad "22 arroba BCN, S.A." contra la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña de 18 de noviembre de 2004 (recurso contencioso-administrativo 704/2000), que ahora queda anulada y sin efecto.

2. Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de representación de Ipruga S.A. contra el acuerdo de la Subcomisión de Urbanismo del Municipio de Barcelona de 2 de octubre de 2000 por el que se aprobó definitivamente la Modificación del Plan General Metropolitano para la renovación de áreas industriales de Poble Nou, Distrito de Actividades 22 @ BCN (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 5 de octubre de 2000), únicamente en el sentido de declarar la nulidad de la Modificación en los siguientes extremos:

a) En cuanto exige la cesión a favor del Ayuntamiento, de la edificabilidad resultante de aplicar, en las actuaciones de transformación, el coeficiente de 0.3 m²/m²s; b) en cuanto incrementa este coeficiente hasta el 0.5 % en los ámbitos en que se prevean actuaciones de transformación integradas de amplio alcance para cubrir demandas de infraestructuras de servicios técnicos, dotaciones de aparcamientos y en su caso viviendas de protección pública; con desestimación de las demás pretensiones de la demanda.

3. 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, lo pronunciamos, mandamos y firma-

mos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gamella.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Calvo Rojas, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Secretario, certifico.

2009/245769

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 27 octubre 2009. Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

Destrucción de la presunción de exactitud del acuerdo del jurado expropiatorio

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Cataluña, y en su lugar, estima parcialmente el recurso contencioso administrativo deducido contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Barcelona, que fijó el justiprecio en retasación, acuerdo que anula en cuanto a la determinación de la superficie de la finca. La Sala considera que el Tribunal de instancia no ha tenido en cuenta que la superficie expropiada es un elemento físico que no se altera por la retasación, por lo que ha de estarse al acuerdo inicial de fijación del justiprecio, que no ha de olvidarse fue objeto de las correspondientes decisiones judiciales firmes, en el que se establecía y tuvo en consideración una superficie de 1.468 m². No se valoran, por lo tanto, de manera lógica por la Sala de instancia el informe pericial, como tampoco valora de manera razonable la prueba pericial practicada en autos, cuando señala que el perito no razona técnicamente por qué los valores de las tablas numéricas, por los que opta, son más ajustados al valor real que el mercado asigna al tipo de suelo que los utilizados por el Jurado, que aparecen absolutamente faltos de justificación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Barcelona de 14 de julio de 1987 se fijó el justiprecio de la finca afectada, señalada con los núm. 000-núm. 001 del paseo 000 de Barcelona, expropiada por el Ayuntamiento, en la cantidad de 2.068.567 ptas., siendo confirmado por sentencias del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo, este último en sentencia de 9 de diciembre de 1996.

Solicitada la retasación con fechas 4 de abril de 1995 y 14 de febrero de 1996, el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa acordó, con fecha 15 de noviembre de 1999, fijar el justiprecio de retasación en la cantidad de 134.465.486 ptas., atendiendo al informe del vocal técnico que señala como aprovechamiento en suelo urbano en el ámbito de gestión fijado en el planeamiento de 1,8m²/m², tomando como fecha de referencia para determinar el valor de repercusión el 22 de marzo de 1996, con un valor en venta de la zona de 205.000 ptas./m² útil, con una relación m² útil/m² construido de 0,82 y un coste de construcción de 76.365 ptas./m²; siendo el valor de repercusión 205.000 x 0,82 /1,4 - 76.365 = 43.706 ptas./m². Superficie de 1.416,44 m². Valor del Suelo 1.416,44 x 43.706 x 1,8 = 111.432.468 ptas. Valor de las construcciones 16.593.400 ptas. Valor de las plantaciones 36.500 ptas.; todo ello más el 5% de afección supone el total de 134.465.486 pesetas.

No conforme con ello, la parte expropiada interpuso recurso contencioso administrativo en cuya demanda solicita que se fije el justiprecio de la expropiación en la cantidad de 326.420.909 ptas., más el 5% de afección, y los intereses de demora procedentes, o, subsidiariamente, para el caso de apreciar la plena legalidad de la aprobación definitiva de la MPMG, se declare que el justiprecio de retasación alcanza la cifra que resulte acreditada en periodo de prueba con base en lo expuesto en el fundamento de derecho III, más el 5% de afección y los intereses de demora legalmente procedentes.

Por sentencia de 16 de septiembre de 2005 se desestima el recurso, razonando la Sala de instancia que ha de tenerse presente que “en el ínterin de los meritados procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales por el Ayuntamiento de Barcelona se promovió la modificación del Plan General Metropolitano en lo relativo a la afectación del Primer Cinturón de Ronda, iniciándose por la elaboración del documento “Criteris per a la modificació de l’afectació del Primer Cinturó entre els carrers Sant Quintí i Rec Comptal”, siguiendo el 26 de febrero de 1991 con la aprobación inicial de la “Modificació del Plan General Metropolitano per a la reordenació de l’afectació del Primer Cinturó (entre els carrers Sant Quintí i Rec Comptal)” (en adelante, MPMG), una segunda aprobación inicial resultado de la reconsideración de la MPMG el 30 de septiembre de 1994, su aprobación provisional el 10 de marzo de 1995, y su aprobación definitiva mediante Resolución del Hble. Conseller de Política Territorial i Obres Públiques de 4 de octubre de 1995.

En dicha modificación del Plan General Metropolitano y en relación a la finca expropiada se sustituye la

calificación originaria de Sistemas Generales, en concreto, de Sistema Viario Básico (Clave 5ª) que ofrecía el PGM y que abarcaba la totalidad de la finca, por cuatro calificaciones, a saber:

— 633 m² (2.506 m²s) correspondiente a Zona Densificación Urbana Semi-intensiva (Clave 13b).

— 519 m² correspondiente a vias (Clave 5).

— 250 m² correspondientes a equipamientos (Clave 7), que se hace depender de la recuperación de “Can Girapells” en función de posibilidades razonables de rehabilitación (sic) y de su compatibilización con la red viaria (sic), sustituyéndose en otro caso por edificación de equipamiento con alineación de 20 m de anchura de viario. Sin embargo, en la ficha del plano normativo de zonificación de la Unidad de Actuación núm. 5 se asigna esa superficie (1.072 m²t) a Zona de Densificación Urbana Vivienda Social (Clave 13hs).

Por sentencia de esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera), de fecha 30 de noviembre de 2000, se estimó “el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de D. Desiderio, contra Resolución del Conseller de Política Territorial i Obres Públiques de 4-10-1995 por la que se aprueba definitivamente la “Modificación del Plan General Metropolitano para la Reordenación de la Afectación del Primer Cinturón entre las calles de Sant Quintí y Rec Comptal”, de Barcelona; Resolución y “Modificación” que declaramos nulas y sin efecto, por no ser conformes a derecho.”

Desde este planteamiento, señalando que ha perdido su objeto cualquier impugnación indirecta de dicha modificación urbanística y considerando que no consta que el Jurado tuviera en cuenta aquella modificación del Plan General Metropolitano de Barcelona, entiende la Sala de instancia que la prueba pericial practicada en el proceso no reúne ninguna de las cualidades que indica como precisas para poder desvirtuar el acuerdo del Jurado, razonando que “parte el arquitecto, designado para emitir el oportuno dictamen, para señalar como superficie de la finca expropiada una divergente de la tenida en cuenta por el Jurado, y ello pese a reconocer que al no haber tenido acceso al interior de las diversas fincas no ha podido comprobar cual de las superficies señaladas por las partes en el procedimiento expropiatorio se acerca más a la realidad. De otra parte para calcular el valor de repercusión del suelo expropiado acude al método de cálculo de valor residual y lo hace en base a unas tablas de valores para el cálculo del valor de venta y del valor de la construcción, pero sin razonar técnicamente por qué aquellos valores de las tales ta-

blas numéricas, por los cuales opta en su dictamen, son más ajustados al valor real que el mercado asigna a tal tipo de suelo que los utilizados por el Jurado para arribar a la fijación del justiprecio”. Resolviendo igualmente sobre el abono de los intereses de demora.

SEGUNDO.- Frente a dichos pronunciamientos se interpone este recurso de casación, en cuyo primer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, se alega que la sentencia conculca la exigencia de motivación suficiente y racional establecida en los arts. 120.3 de la Constitución y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el principio de proscripción de la arbitrariedad consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, con violación del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la indefensión.

Entiende que la sentencia incurre en dicho vicio por doble partida:

A) en cuanto declara la validez de la resolución del Jurado bajo el argumento de que no se han aplicado las determinaciones de la Modificación del Plan General Metropolitano de 1995, cuando del examen del expediente administrativo y de las resoluciones recurridas resulta la aplicación de dichas determinaciones, concretamente del aprovechamiento de dicho planeamiento por el Jurado.

B) En cuanto declara la validez de las resoluciones del Jurado bajo el argumento de que la valoración ofrecida por la prueba pericial practicada en los autos no expresa la razón de ciencia ni fundamentación en datos objetivos ni explicitación sobre bases técnicas de su divergencia respecto de los valores tenidos en cuenta por el Jurado, entendiendo la parte que, sin perjuicio de la rectificación de alguna apreciación, reúne todas las cualidades que la sentencia recrimina por inexistentes, lo que constituye una valoración irracional, ilógica y manifiestamente contraria a las reglas de la sana crítica del dictamen pericial emitido. Argumenta ampliamente sobre ambos extremos.

Conviene señalar que el requisito de motivación de las resoluciones judiciales no exige una respuesta pormenorizada y exhaustiva a todos los aspectos de las alegaciones de la parte y menos aun una determinada extensión del razonamiento, siendo suficiente con que se dé conocimiento de las razones en que se funda el pronunciamiento en la medida necesaria para que la parte pueda ejercitar con garantía los medios de impugnación que estime convenientes sin indefensión, así lo entiende la jurisprudencia, que se recoge, entre otras, en la sentencia de 7 de julio de 2004, que cita las de 21 de marzo y 14 de mayo de 2002, y que entre otras cosas señala que:

a) El derecho a la tutela judicial efectiva no exige que la resolución

judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión “la ratio decidendi” en orden a un eventual control jurisdiccional, pues se cumple la exigencia constitucional cuando la resolución no es fruto de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, como ha reconocido esta Sala y la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, F. 2, 100/1999, de 31 de mayo, F. 2, 165/1999, de 27 de septiembre, F. 3, 80/2000, de 27 de marzo, F. 4, 210/2000, de 18 de septiembre, F. 2, 220/2000, de 18 de septiembre, F. 2 y 32/2001, de 12 de febrero F. 5).

El Tribunal Constitucional ha precisado el alcance de la motivación de las sentencias, así en la 13/2001, de 29 de enero señala lo siguiente: “conviene recordar que el deber de los órganos judiciales de motivar sus resoluciones es una exigencia implícita en el art. 24.1 CE, que se hace patente en una interpretación sistemática de este precepto constitucional en relación con el art. 120.3 CE, pues en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado, y que responde a una doble finalidad:

a) De un lado, la de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley.

b) Y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos. Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la “ratio decidendi” que determina aquélla. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógicamente y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de

motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, 187/2000 FJ 2)."

Desde estas consideraciones generales se observa que en este caso, la parte recurrente lo que realmente plantea en este motivo no es el desconocimiento de las razones que han llevado a la Sala de instancia a los pronunciamientos de la sentencia recurrida sino que las razones dadas por la misma no son las que resultan de una razonable valoración de los documentos y prueba pericial que figuran en las actuaciones. Así, la parte reconoce que la sentencia declara la validez de las resoluciones del Jurado de Expropiación argumentando que en las mismas no se han aplicado las determinaciones de la Modificación del Plan General Metropolitano de 1995 y lo que cuestiona en este motivo es que del examen y valoración de las mismas resoluciones y otros documentos se desprende que sí se aplicaron tales determinaciones del planeamiento; y por otra parte, reconoce que la Sala de instancia declara la validez de dichas resoluciones del Jurado de Expropiación argumentando que la valoración ofrecida por la prueba pericial judicial practicada no expresa razón de ciencia, ni fundamentación en datos objetivos ni explicitación sobre bases técnicas sobre su divergencia respecto de los valores tenidos en cuenta por el Jurado, pero cuestiona dicha valoración de la Sala entendiendo que resulta irracional, ilógica y manifiestamente contraria a la reglas de la sana crítica, de manera que el planteamiento no refleja una falta de motivación sino la disconformidad con la misma por entender que no responde a una valoración razonable de los elementos de prueba por el Tribunal a quo.

De hecho el motivo se dedica en gran medida a realizar una amplia valoración de tales elementos de prueba para concluir, en primer lugar, que el Jurado, en las resoluciones impugnadas, atiende para la fijación del justiprecio al aprovechamiento establecido para dicha finca en la Unidad de Actuación número 5 de la Modificación del Plan General Metropolitano (MPGM) de 1995, añadiendo no obstante, dada la anulación de dicha MPGM por sentencia judicial que impide tenerlo en cuenta, una amplia argumentación sobre el aprovechamiento aplicable de acuerdo con el Plan General Metropolitano (PGM) de 1976, rechazando el de 1,8 m²/m² aplicado en su día, al fijar por acuerdo de 15 de julio de 1987 el justiprecio inicial, entendiendo que debe fijarse según alineaciones de vial según lo expuesto por el perito judicial; concluyendo igualmente y en segundo lugar, tras una amplia valoración respecto de los distintos elementos que determinan el justiprecio, superficie, valores en venta y en construcción y aprovechamiento,

que no resulta en absoluto cierta la afirmación de la sentencia, que considera arbitraria e injustificada, conforme a la cual el dictamen pericial no razona técnicamente porqué los parámetros que aplica son más ajustados que los de la resolución recurrida, sobretodo teniendo en cuenta que ésta parte de una premisa ilegal (aprovechamiento de la MPGM) y utiliza valores no justificados que en todos los casos son inferiores a los ofrecidos, con documentación de respaldo, por el perito judicial.

En tales circunstancias y teniendo en cuenta la doctrina antes expuesta, no es de apreciar el vicio de falta de motivación a que se contrae este motivo de casación, pues la sentencia da razón de sus pronunciamientos, suficiente para su conocimiento e impugnación por la parte, como de hecho se ha materializado en este recurso en los distintos motivos articulados y, por otra parte, no pueden tomarse en consideración en este motivo, las amplias alegaciones de la parte que vienen a cuestionar la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia por infracción de las reglas de la sana crítica, que como tal infracción del ordenamiento jurídico ha de hacerse valer a través de motivo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción y no de la letra c), como señalan numerosas sentencias (Ss. 17-9-2001, 18-11-2003, 8-2-2005, 6-7-2005).

Por todo ello este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- En el segundo motivo de casación, que como el resto se formulan al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se alega la infracción del art. 36.1 de la Ley de Expropiación Forzosa y el art. 136.a) del Reglamento de Gestión Urbanística, a los que remiten los arts. 58 de la misma Ley y 74.2 del REF, de acuerdo con la jurisprudencia que cita, por cuanto la sentencia sostiene que en la valoración el Jurado no aplica el planeamiento vigente a la fecha de solicitud de la retasación, a pesar de que sí lo aplica, realizando una interpretación de la fundamentación de dicha resolución contraria a la legalidad vigente tal y como la misma es interpretada jurisprudencialmente.

Como señala la propia parte recurrente en el último párrafo de este motivo, si la sentencia recurrida hubiera reconocido que la resolución del Jurado de 15 de noviembre de 1999 aplicó la MPGM para obtener el valor de retasación de la finca, no hubiera incurrido en la infracción denunciada en este motivo, pero en tal caso hubiera debido anular dicha resolución por ser aplicación de un planeamiento urbanístico declarado nulo. Esto supone que este motivo ha de ponerse en relación y examinarse conjuntamente con los motivos tercero y quinto, ya que el tercero se refiere a la infracción del art. 63.1 de la Ley 30/92, en relación con la ju-

risprudencia que cita, en cuanto la sentencia recurrida confirma la legalidad de la resolución del Jurado, que aplica para la valoración del justiprecio las determinaciones urbanísticas de la MPGM, está declarando como ajustado a Derecho un acto anulable por haberse dictado en aplicación de una disposición general declarada nula, y en el quinto se denuncia la infracción del art. 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el principio de proscripción de la arbitrariedad consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, con infracción del derecho a la tutela judicial, sin indefensión, establecido en el art. 24.1, por cuanto la sentencia recurrida declara la validez de las resoluciones del Jurado que se impugnan, interpretando que en las mismas no se han aplicado las determinaciones de la MPGM de 1995, para formular sus conclusiones valorativas, cuando dichas resoluciones dan fe de que el

■

"...el requisito de motivación de las resoluciones judiciales no exige una respuesta pormenorizada y exhaustiva a todos los aspectos de las alegaciones de la parte y menos aun una determinada extensión del razonamiento, siendo suficiente con que se dé conocimiento de las razones en que se funda..."

■

Jurado aplicó en las mismas dichas determinaciones, sosteniendo la Sala lo contrario de lo que prueban plenamente dichos documentos públicos.

La parte funda su posición, en estos tres motivos, en la consideración de que, contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia recurrida, el Jurado de Expropiación al fijar el justiprecio de retasación de la finca en la resolución de 15 de noviembre de 1999, confirmada en reposición por la 23 de febrero de 2000, aplicó las determinaciones de la Modificación del Plan General Metropolitano aprobada el 4 de octubre de 1995, argumentando al respecto sobre el contenido de dichas resoluciones y otras actuaciones del expediente, que ciertamente contienen datos y expresiones que pueden servir de apoyo a su planteamiento.

No obstante, son significativos los elementos que permiten mantener lo

contrario, así y frente a tal planteamiento se observa que la sentencia de instancia, cuando señala que "para nada consta en los autos que el Jurado tuviera en cuenta aquella modificación del Plan General Metropolitano de Barcelona antes referida", lo hace tras dar noticia de la anulación de dicha MPGM por sentencia de la propia Sala de 30 de noviembre de 2000 y señalar que por lo tanto, anulado dicho planeamiento pierde objeto cualquier impugnación indirecta, lo que supone aceptar que dicho planeamiento no era aplicable al caso y que no consta que así se haya producido a efectos de una eventual nulidad de la resolución del Jurado.

Y ello no es una valoración abstracta del Tribunal sino que responde a la cuestión ya planteada en el expediente sobre el planeamiento aplicable al caso para la determinación del justiprecio, que la parte no recoge ni valora adecuadamente al argumentar estos motivos de casación. Efectivamente, en el informe de la Directora de Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Barcelona de 18 de septiembre de 1998, tras señalar que la MPGM ha supuesto el cambio del sistema de actuación de expropiación por el de cooperación y la desafectación parcial de la finca para viales que antes era total, se indica que no se puede aceptar la valoración de nuevo de la finca en trámite de retasación con las afectaciones del nuevo planeamiento y refiere incluso la posibilidad de reversión, lo que se recoge en el acuerdo del Jurado de Expropiación de 13 de octubre de 1998, que traslada a los propietarios para que aleguen lo que a su derecho convenga, en el sentido de que si persisten en la expropiación la valoración ha de hacerse con la planificación que implicó la declaración de utilidad pública, es decir, el Plan General Metropolitano de 1976, indicando en dicho acuerdo que en ningún caso se produciría la valoración en retasación con las afectaciones del nuevo planeamiento y señalando la posibilidad de pedir reversión. Rechazado el planteamiento por la parte, que mantiene su hoja de aprecio, inicialmente de acuerdo con el Plan General Metropolitano de 1976 y en la solicitud de 14 de febrero de 1996 ya adaptada a la MPGM.

La Administración expropiante, que había planteado tales cuestiones, en su hoja de aprecio refiere como planeamiento la MPGM y la descripción de la finca conformando la totalidad de la UA 5, pero señala que la valoración se refiere a la afectación total de la finca para vial, que es lo que establecía el PGM antes de dicha modificación, tiene en cuenta la superficie de 1468 m², por ser la que se tuvo en cuenta por el Jurado en su valoración de 1987 y aplica la edificabilidad fijada por el planeamiento de 1,8m²/m², sin más precisión, sin embargo, en la misma hoja de aprecio y criticando la edificabilidad aplicada por el propietario, señala

que no se ajusta a una edificabilidad que corresponde a una zona 13b, que es la del entorno, en plena coincidencia con la que en su día se aplicó en el acuerdo del Jurado de 14 de julio de 1987, que alude a la consideración de la totalidad del solar con la edificabilidad de 1,8 m²/m² señalada en la norma 322 del Plan Metropolitano para zona semiintensiva de densificación urbana que es la señalada en el Plan para todo el entorno de la finca. Se produce la resolución del Jurado de 15 de noviembre de 1999, en la que se considera la superficie de 1416,44 m² y se aplica el aprovechamiento fijado en el planeamiento de 1,8m²/m², sin más precisión, siguiendo el informe del vocal técnico, sin más especificaciones, pero que evidencia una correlación con la valoración de la Administración expropiante, en cuanto considera la finca en su totalidad y de manera uniforme y no en relación con las distintas afecciones que resultan de la MPMG.

No resulta injustificado mantener que la valoración efectuada por la Administración expropiante, teniendo en cuenta la afectación total de la finca para vial, lo que solo se establecía en el PGM de 1976, y atendiendo a la edificabilidad establecida para el entorno, lo que es congruente con lo anterior en cuanto la afectación total para vial excluye la fijación de un aprovechamiento, que no sucede en el caso de las afectaciones establecidas en la MPMG, venía referida a las previsiones del PGM de 1976, valoración que en tales aspectos de aprovechamiento se reproduce en el informe del vocal técnico y en la resolución del Jurado de noviembre de 1999, por lo que resulta justificada la apreciación de la Sala de instancia en el sentido de que no consta que se tuvieran en cuenta las determinaciones de la MPMG, en contra de lo que se sostiene por la parte recurrente.

En todo caso es claro que la Sala parte de la consideración que la valoración del Jurado se realiza materialmente al amparo de las previsiones del Plan General Metropolitano de 1976, que la propia parte entiende de aplicación, pronunciamiento que es el relevante a efectos de casación en cuanto el recurso tiene por objeto la aplicación de la ley efectuada en la sentencia y no el acto administrativo impugnado, de manera que si, no obstante las referencias del acuerdo impugnado, su contenido material se ajusta a tales previsiones del PGM de 1976, el pronunciamiento de la Sala resultaría conforme Derecho, cuestión sobre la que han de proyectarse las pretensiones del recurrente que se defienden en los motivos de casación.

Todo ello determina la desestimación de estos tres motivos, el segundo porque, aun compartiendo las apreciaciones de la parte recurrente sobre la aplicación a la retasación del planeamiento vigente al momen-

to de su solicitud, la Sala descarta la aplicación al caso de la MPMG en razón de la anulación del mismo por sentencia de la propia Sala. El tercero porque la Sala de instancia, de acuerdo con lo anterior, excluye que las resoluciones del Jurado de Expropiación constituyan un acto de aplicación de la MPMG; y el quinto, porque la apreciación de la Sala de instancia sobre la no aplicación de las previsiones de la MPMG, resultan justificadas, según se ha visto, y no quedan desvirtuadas por la apreciaciones de la parte, siendo de tener en cuenta en lo que atañe a la invocación del art. 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los arts. 9.3 y 24 de la Constitución, que el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta, señalando la sentencia de 18 de julio de 2005, que se refiere a la de 2 de diciembre de 2003, que " la prueba de documento público no es superior a las otras -sentencias de 23 y 30 de julio de 1993, 4 de febrero de 1994, 24 de enero y 8 de febrero de 1995, 17 de marzo y 4 de septiembre de 1997 y 4 de abril de 2001 - y que, por otra parte, el contenido de los documentos públicos ha de relacionarse inexcusablemente con el resto de la prueba practicada -sentencias de 18 de mayo de 1984, 4 y 24 de febrero y 10 de diciembre de 1986, 6 de febrero y 10 de mayo de 1987 -. Aserto que deriva de entender que dichos documentos públicos no presentan prevalencia sobre otras pruebas que por sí solas no bastan para enervar la actividad probatoria conjunta, vinculando al Juez tan sólo respecto al hecho de su otorgamiento y su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a su apreciación con otras pruebas -sentencias de 24 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 27 de noviembre de 1985, 4 de julio de 1986, 10 de octubre de 1988, 18 de junio de 1992, 30 de noviembre de 1995 y 4 de abril de 2001, entre otras muchas- "

Por todo ello los motivos segundo, tercero y quinto deben ser desestimados.

CUARTO.- En el motivo cuarto se denuncia la infracción del art. 28.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, y la doctrina jurisprudencial que cita, sobre valoración de terrenos expropiados que carezcan de aprovechamiento en el planeamiento vigente, en relación con el art. 29.1 de dicha Ley y la jurisprudencia que cita, en la medida en que la sentencia recurrida, al confirmar la legalidad de la resolución del Jurado que aplica el art. 28.1 de la Ley 6/98, acepta la valoración de terrenos expropiados que dispongan de aprovechamiento en el planeamiento vigente, que no se corresponde con el supuesto de autos, en el que entiende aplicable el Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, para los terrenos expropiados

que siendo suelo urbano carezcan de aprovechamiento en el planeamiento, invocando la jurisprudencia existente al respecto, que remite al aprovechamiento de las parcelas próximas más representativas.

Ciertamente la cita del art. 28.1 de la Ley 6/98 en el acuerdo del Jurado de noviembre de 1999 no resulta congruente con todo lo expuesto anteriormente, en cuanto la aplicación de las previsiones del PGM de 1976, ante la falta de un aprovechamiento para la finca, condujo en la fijación del justiprecio inicial a la aplicación del aprovechamiento del entorno según la normativa entonces vigente, lo que de acuerdo con el art. 29 de la Ley 6/98, aplicable al caso según lo establecido en la disposición transitoria quinta de dicha Ley, ha de acomodarse a la media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal. Sin embargo, esa incongruencia, de acuerdo con lo que se ha expuesto antes, no es predicable de la sentencia recurrida, que es el objeto del recurso de casación y no el acto administrativo impugnado, que solo lo es en la medida en que se advierte en la sentencia las infracciones jurídicas denunciadas en los correspondientes motivos, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia para resolver aquellas cuestiones planteadas en la instancia, y no se produce porque la Sala de instancia, como hemos visto, descarta la aplicación de las previsiones de la MPMG, lo que necesariamente supone que la confirmación del aprovechamiento 1,8 m²/m² se produce en cuanto aplicación de lo dispuesto en el PGM y, por lo tanto, como aprovechamiento del entorno, dado que la finca en cuestión carecía de determinación al efecto por su condición se sistema vial básico, lo que precisamente dio lugar a la expropiación al amparo de lo dispuesto en el art. 69 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976.

En todo caso, para que el motivo resultara estimable sería preciso que la invocación del art. 29 de la Ley 6/98 por la parte recurrente lo fuera al efecto de hacer valer su aplicación, no siendo asumible su postura, que lejos de defender un concreto aprovechamiento del polígono fiscal en los términos de dicho precepto y alegar y justificar que dicho aprovechamiento del entorno sea distinto o no se corresponda con la media ponderada a que se refiere el art. 29, pretende, siguiendo el informe pericial, aplicar un aprovechamiento que ni siquiera se refiere al que resulte para la zona 13.b sino que, partiendo de que en la zona se asignan condiciones edificatorias propias de alineaciones de vial, atiende a la que correspondería a la concreta manzana que identifica y no a una parte significativa de la zona, como se hizo en el acuerdo inicial del Jurado de 14 de julio de 1987 acudiendo al criterio general de la norma 322 del Plan Metropolitano, que resulta aplicable

al caso para la zona, frente al criterio de edificaciones según alineaciones de vial que también se prevé para las parcelas en que concurran la circunstancias precisas que pretende la parte. Ha de significarse al respecto, que tal aprovechamiento no solo no fue objeto de impugnación en relación con aquel acuerdo sino que la parte ahora recurrente, según se recoge en la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 1996, que confirma en casación la de la Sala de instancia de 18 de abril de 1991 que a su vez declaraba la legalidad de dicho acuerdo, solicitaba que se aplicase la edificabilidad de 1,8 m²/m² según la norma 322 del Plan Metropolitano y así se mantuvo en dicha sentencia, por lo que va contra sus propios actos defender la aplicación de otras normas de dicho planeamiento, que es el mismo que se trata de aplicar en este caso, en una situación que a estos efectos no se modifica por el hecho de la retasación. Por otra parte, la corrección en la invocación de los preceptos efectuada en la resolución del Jurado no alteraría la aplicación del aprovechamiento en la cifra indicada (1,8 m²/m²), en cuanto perteneciente al entorno de la finca expropiada y no acreditándose que fuera otro el que corresponde al polígono fiscal.

Por todo ello, también este cuarto motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- El sexto motivo contempla la infracción del art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que la valoración de los dictámenes periciales se realice según las reglas de la sana crítica, según la jurisprudencia que cita, en relación con los arts. 24.1 y 9.3 de la Constitución, por cuanto la sentencia recurrida realiza una valoración del informe emitido por el perito judicial, con titulación de Arquitecto, que no se ajusta a las reglas de la sana crítica y es manifiestamente irracional, remitiéndose a lo ya dicho en la letra B) del motivo primero.

En el motivo séptimo se denuncia la infracción del art. 385.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que las presunciones legales son susceptibles de desvirtuación mediante prueba en contrario, con cita de jurisprudencia, por cuanto la sentencia recurrida realiza una valoración del dictamen pericial emitido en autos que infringe el criterio valorativo de la prueba de presunciones, pues la valoración que realiza impide que la prueba pueda desvirtuar la presunción de acierto de las resoluciones del Jurado, no obstante haber desacreditado la legalidad y acierto de la resolución recurrida.

En ambos motivos, con referencia al apartado B) del motivo primero, se cuestiona la valoración de la prueba, fundamentalmente pericial, realizada por la Sala de instancia, que entiende contraria a las reglas de la sana crítica, arbitraria e irracional, a efectos de desvirtuar la presunción

de acierto que la jurisprudencia viene reconociendo a las resoluciones de los Jurados de Expropiación, por lo que resulta conveniente su examen conjunto.

A tal efecto no está demás recordar que, como señala la sentencia de 26 de octubre de 2005, que cita las de 4 de marzo y 3 de mayo de 1999, es reiterada la jurisprudencia según la cual, los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa gozan de la presunción de veracidad, legalidad y acierto, por lo que sus decisiones merecen ser acogidas con el crédito y autoridad que se desprende de su doble composición técnica y jurídica, y de su permanencia y especialización, si bien siendo tal presunción de naturaleza *iuris tantum*, puede y debe ser revisada en vía jurisdiccional.

Dicha presunción de veracidad solo quiebra cuando en la adopción de sus acuerdos el Jurado incurre en errores notorios o en una desajustada apreciación de los datos fácticos probatorios o infracción de preceptos legales, no obstante, ha de tenerse en cuenta que, como señala la sentencia de 1 de febrero de 2003, la jurisprudencia también ha declarado que la aludida presunción lo es *iuris tantum* y, por consiguiente, puede ser desvirtuada mediante prueba que demuestre lo contrario (Sentencias de esta Sala y Sección de 27 de febrero y 25 de septiembre de 1999, 22 de enero y 8 de abril de 2000, 7 de abril, 21 de julio y 22 de septiembre de 2002); que como indica la sentencia de 18 de marzo de 2003 "es cierto que las resoluciones del Jurado gozan de una presunción de legalidad y exactitud en función de la imparcialidad de sus componentes y de su experiencia, pero también lo es que la prueba pericial practicada en el curso del proceso con todas las garantías exige cuanto menos un pronunciamiento por parte del Juzgador que permita evaluar su resultado en relación con la apreciación valorativa realizada por el Jurado"; y que según declara la sentencia de 25 de marzo de 2004, "esta debida ponderación de la prueba pericial, incluso en contra de la presunción de certeza que inicialmente atribuye la Ley a la valoración del Jurado, ha sido recordada recientemente por la Jurisprudencia de esta Sala, Sentencias de 21, 23 y 28 de marzo, 15 de abril y 16 de mayo de 2000."

Pues bien, examinando la cuestionada valoración de la prueba en relación con los elementos que conforman el justiprecio, que se recogen en la resolución del Jurado confirmada en la sentencia de instancia, ha de estarse al aprovechamiento aplicado de 1,8 m²/m², de acuerdo con cuanto se ha dicho antes al respecto para rechazar el planteamiento de la parte recurrente y las apreciaciones del perito procesal en que se apoya. Distinta ha de ser la respuesta en cuanto a la superficie expropiada, pues la Sala de instancia se limita a señalar que el

perito toma en consideración una superficie distinta a la contemplada por el Jurado, pese a reconocer que no ha tenido acceso al interior de las diversas fincas y por ello no ha podido comprobar cual de las superficies señaladas por las partes en el procedimiento expropiatorio se acerca más a la realidad, pero no tiene en cuenta que la superficie expropiada es un elemento físico que no se altera por la retasación, y que en el acuerdo inicial de fijación del justiprecio, que no ha de olvidarse fue objeto de las correspondientes decisiones judiciales firmes, se establecía y tuvo en consideración la superficie de 1.468 m², y así lo entendió la propia Administración expropiante, que en su hoja de aprecio aplicó tal superficie por ser la que tuvo en cuenta el Jurado en su acuerdo de 14 de julio de 1987. No se valoran, por lo tanto, de manera lógica por la Sala de instancia el informe pericial, que tampoco toma en consideración la superficie adecuada, en relación con los demás elementos de prueba del expediente, a la hora de establecer la superficie expropiada.

Otro tanto sucede en relación con el coeficiente 0,82, como relación m² útil/m² construido, que aplica el Jurado y que, como bien señala la parte recurrente, sólo tiene sentido y está prevista en relación con la aplicación del método residual sobre valores de viviendas de protección oficial, en cuanto los módulos se fijan en atención a la superficie útil, como resulta del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, no siendo aplicable en el caso de que el valor de repercusión se fije atendiendo a valores reales y por referencia a los metros construidos, según la fórmula $V_v = 1,4 (V_r + V_c) \times F_l$ que resulta del Real Decreto 1020/1993, que no contempla dicho coeficiente y que aplica el perito procesal.

Tampoco falta razón al recurrente en lo que atañe a los valores en venta y de construcción, pues la Sala no valora de manera razonable la prueba pericial practicada en autos, cuando señala que el perito no razona técnicamente por qué aquellos valores de tales tablas numéricas, por los que opta, son más ajustados al valor real que el mercado asigna al tipo de suelo que los utilizados por el Jurado, pues es claro que tal circunstancia deriva del hecho de que los valores tomados en consideración estén respaldados por datos objetivamente constatados y reflejados en los correspondientes informes o documentación; y es el caso que, frente a la más absoluta falta de justificación de tales datos en el acuerdo del Jurado y el informe del vocal técnico, que ninguna referencia hacen al origen y razón de los mismos, el perito judicial, en contra de lo que sostiene la Sala de instancia, señala que el valor en venta lo obtiene de la publicación del Ayuntamiento de Barcelona "El Mercat Immobiliari de Barcelona", que recoge el valor unitario medio de venta de viviendas en el barrio el Guinardó de 202.629 ptas./m², y el

valor de construcción de 81.893 Ptas./m² lo obtiene del coste indicado en el Boletín Económico de la Construcción, para casa de renta normal y primer trimestre de 1996, reproduciendo tales publicaciones en el anexo del informe, de manera que la valoración de la Sala no se corresponde con la que lógicamente se desprende del propio informe pericial, por lo que también en este aspecto ha de estimarse el motivo al incurrir en la infracción que se denuncia en el mismo.

No puede acogerse, sin embargo, la alegación de la parte en el sentido de que se tenga en cuenta y valore el aprovechamiento subterráneo de la superficie de la finca, que, además de que no fue objeto de valoración en el inicial justiprecio de 1987, no encuentra apoyo en el informe pericial,

■

"...la Sala de instancia se limita a señalar que el perito toma en consideración una superficie distinta a la contemplada por el Jurado, pese a reconocer que no ha tenido acceso al interior de las diversas fincas y por ello no ha podido comprobar cual de las superficies señaladas por las partes en el procedimiento expropiatorio se acerca más a la realidad..."

■

en el que se expresa que en una valoración urbanística no se acostumbra a valorar la posible explotación del subsuelo, por cuanto no depende de la calificación urbanística y es de un coste desconocido, pues puede disponer de unas características físicas que lo hagan inviable o carísimo, por lo que se considera siempre incluido en los valores correspondientes al resto del edificio sobre rasante, razones por las que no toma en consideración la explotación del subsuelo.

Por ello, aun cuando a petición de la parte en aclaraciones se indica una posible repercusión aplicable bajo rasante del 20% de la repercusión sobre rasante, previamente se advierte por el perito que en la normativa para Valoraciones Hipotecarias, que es la que de manera más precisa recoge métodos valorativos basados en el mercado real, no ha existido hasta la actualidad

el concepto de repercusión del solar para el subsuelo. No puede apreciarse en este aspecto del informe pericial una valoración ilógica o falta de razón de la Sala, que justifica el no reconocimiento del pretendido aprovechamiento bajo rasante, confirmando en tal aspecto la resolución del Jurado, cuya presunción de legalidad y acierto no queda desvirtuada en este sentido por el referido informe pericial.

Por todo ello estos dos motivos de casación deben ser estimados en los concretos aspectos indicados.

SÉPTIMO.- El motivo octavo se refiere a la infracción de la jurisprudencia según la cual en los procedimientos de retasación ha de estarse al valor de los bienes a la fecha de inicio del expediente de justiprecio de retasación, prohibiendo la retasación interna, por cuanto la sentencia recurrida justifica que los intereses legales, tanto del justiprecio originario como del justiprecio de retasación, sean suficiente compensación de la demora administrativa que justifica al retasación.

El motivo no puede prosperar, pues las valoraciones que la Sala de instancia efectúa acerca de la eficacia práctica de la fórmula retasatoria, no alteran la naturaleza del pronunciamiento sobre intereses que realiza, que se limita a distinguir las dos fases existentes, primer justiprecio, cuyos intereses legales habrán de calcularse hasta el día en que se formuló la solicitud de retasación, y justiprecio de retasación, que habrán de calcularse desde la fecha de solicitud hasta el momento de su completo abono, de manera que, al margen de tales indicaciones que la parte no discute e incluso considera reproducción de la doctrina legal, el pronunciamiento atiende a la condición de fijación de intereses de demora y en ningún caso puede identificarse con el concepto de retasación interna como actualización del justiprecio inicial, que no se ha producido en este caso en el que la retasación ha tenido lugar mediante la determinación de un nuevo justiprecio, siguiendo el procedimiento establecido al efecto, y por referencia a la fecha de solicitud de la retasación.

En consecuencia el motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- La estimación de los motivos sexto y séptimo en los términos establecidos en el sexto fundamento de derecho, llevan a resolver lo procedente en los términos en que aparece planteado el debate, según establece el art. 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, a cuyo efecto habrá de fijarse el justiprecio del suelo por el método residual y aplicando la fórmula $V_v = 1,4 (V_r + V_c) \times F_l$, que resulta de la norma 16 del Real Decreto 1020/1993, corrigiendo los factores tomados en consideración por el Jurado en los términos antes indicados, es decir, considerando la superficie expropiada de 1.468

m2, tomando como valor en venta 202.629 Ptas./m2, como valor de construcción 81.893 Ptas./m2 y suprimiendo la aplicación del coeficiente 0,82, manteniendo el aprovechamiento 1,8 m2/m2.

En consecuencia: $V_r = 202.629 \text{ Ptas./m}^2 / 1,4 - 81983 \text{ Ptas./m}^2 = 62.842 \text{ Ptas./m}^2$

$1.468 \text{ m}^2 \times 1,8 \text{ m}^2/\text{m}^2 \times 62.842 \text{ Ptas./m}^2 = 166.053.700 \text{ ptas. (s.e.u.o.)}$

Al valor del suelo así determinado habrán de añadirse las cantidades reconocidas en el acuerdo del Jurado, no cuestionadas, por valor de las construcciones, 16.593.400 ptas. y valor de las plantaciones, 36.500 ptas., más el 5% de premio de afectación y los intereses legales computados en la forma establecida en la sentencia recurrida que tampoco se cuestionan. Estimándose en tal sentido el recurso contencioso administrativo interpuesto por los expropiados.

NOVENO.- No ha lugar a hacer una expresa condena en las costas de este recurso ni de la instancia.

FALLO

Que estimando los motivos sexto y séptimo en los términos establecidos en el sexto fundamento de derecho, declaramos haber lugar al recurso de casación 6973/2005, interpuesto por la representación procesal de D. Desiderio contra la sentencia de 16 de septiembre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en el recurso 331/00, que casamos y anulamos; y en su lugar, estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha representación procesal contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Barcelona de 23 de febrero de 2000, que desestima el recurso de reposición contra el de 15 de noviembre de 1999, que fijó el justiprecio en retasación de la finca núm. 000-núm. 001 del paseo000 de Barcelona, acuerdo que anulamos por ser contrario al ordenamiento jurídico, estableciendo en su lugar como valor del suelo expropiado la cantidad de 166.053.700 ptas., al que habrán de añadirse como justiprecio de la retasación las cantidades reconocidas en el acuerdo del Jurado, no cuestionadas, por valor de las construcciones, 16.593.400 ptas. y valor de las plantaciones, 36.500 ptas., más el 5% de premio de afectación y los intereses legales computados en la forma establecida en la sentencia recurrida. Sin que proceda la imposición de costas de este recurso ni la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Agustín Puente Prieto.



2009/225058

TS Sala 1ª, Sentencia 15 julio 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Inaplicación de cláusula limitativa de derechos

Obligación de indemnizar de aseguradora en póliza de amortización de préstamo

El TS desestima los recursos de casación interpuestos por el asegurado demandante y la aseguradora demandada, confirmando la sentencia de la AP, que revocando la de instancia, condena a la segunda a satisfacer la correspondiente indemnización por la producción del siniestro asegurado en la póliza de amortización de préstamo. La Sala confirma que no se puede aplicar la cláusula limitativa de derechos, por no estar aceptada expresamente, mediante la que se determinaba que la perfección de la subrogación en la póliza sería efectiva desde la emisión del certificado individual. También es correcto satisfacer la cantidad asegurada a la entidad prestamista, aunque se haya ejecutado el bien hipotecado en garantía, por no haber satisfecho el importe del préstamo, y sin que proceda condenar a la aseguradora a satisfacer la indemnización por daños y perjuicios reclamada por el actor, al no haberse acreditado los mismos, ni debe abonar los intereses del art. 20 LCS, por estar justificada la mora en el pago como consecuencia de las dudas que plateaba el presente supuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - Resumen de antecedentes.

1. Una persona firmó una solicitud, fechada el 12 de abril de 1994, de adhesión a un seguro de amortización de préstamos hipotecarios concertado con Caja de Madrid Vida, S. A., de Seguros y Reaseguros. En la solicitud se expresa su número y el número del préstamo (NUM000), la duración del seguro (un año renovable), los datos personales del solicitante, el capital asegurado, los beneficiarios, la declaración sobre el estado de salud del solicitante, la autorización al médico de la compañía para que pueda requerir las informaciones precisas y la aceptación por el solicitante de las condiciones limitativas del seguro colectivo. En la solicitud no figura el importe de la prima. Al dorso del documento se contiene un extracto de las condiciones de la póliza suscrita entre la entidad bancaria que concede el préstamo, que es la primera beneficiaria, y la entidad aseguradora. En este clausulado, escrito en letra pequeña y sin firma del solicitante, se indica que la cobertura tomará efecto cuando se firme el certificado individual de seguro y se haya pagado la prima.

2. El certificado individual de seguro no fue emitido. El 20 de junio de 1996 el solicitante impuso un giro

postal por importe de 4559 ptas., a nombre de Caja Madrid Vida, S. A. de Seguros y Reaseguros, por «importe prima anual seguro de amortización préstamo hipotecario NUM000 ».

3. El solicitante demandó a la aseguradora por el importe del capital asegurado sosteniendo que al producirse el siniestro, el 24 de abril de 1996, fecha en la que se le declaró en situación de invalidez permanente y absoluta, producía efectos la solicitud de adhesión suscrita y le correspondía la indemnización como beneficiario secundario por haber sido ejecutado el préstamo por la entidad bancaria.

4. El Juzgado desestimó la demanda por entender que la falta de emisión del certificado de seguro en el pago de la prima privaba de efectos a la solicitud de adhesión.

5. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y condenó la aseguradora al pago de la suma asegurada al demandante, con exclusión de los intereses pendientes de abonar a la entidad bancaria, por entender, en síntesis, que (a) la cláusula que figuraba al dorso de la solicitud de adhesión no podía perjudicar al actor, por no cumplir las exigencias del artículo 3 LCS y por contradecir el texto de la solicitud de adhesión de cuyos datos se desprendía que surti-

ría efectos desde la fecha de la firma; (b) en los seguros de grupo basta con la firma de la solicitud para estar asegurado, estando obligada la empresa o el líder del grupo a comunicarlo a la aseguradora; (c) no es obstáculo a esta conclusión que no se haya abonado la prima, ya que fue a causa de la conducta de la aseguradora, que no la pasó al cobro a través de la entidad que constaba en el boletín de adhesión; (d) procedía rechazar la solicitud de abono de indemnización de daños y perjuicios por no haber sido acreditados.

6. Contra esta sentencia interponen sendos recursos de casación ambas partes, los cuales han sido admitidos al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

I. Recurso de casación interpuesto por D. Juan Alberto

PRIMERO . - Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Se ha producido infracción por inaplicación de los artículos 1, 80 y siguientes LCS .»

El motivo se funda, en síntesis, en que no debe abonarse cantidad alguna a la entidad bancaria, por cuanto la suma percibida por ella en la ejecución del procedimiento hipotecario excede la suma fijada como capital asegurado, la cual comprende según el documento de seguro el préstamo más los máximos intereses que pueda deber.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO . - Perjuicio y suma asegurada.

La desestimación del primer motivo de casación se funda en los siguientes argumentos:

a) El motivo se formula de forma defectuosa, pues se invoca un precepto genérico (artículo 1 LCS, STS 22 de julio de 2008, RC núm. 780/2002) y otros de carácter heterogéneo (artículo 80 y siguientes LCS, STS 25 de octubre de 2007, RC núm. 4820/2000) sin precisar cuál es el exactamente infringido.

b) Figurando la entidad bancaria como beneficiaria primaria del contrato de seguro, debe percibir como indemnización, siempre que estén comprendidas en el importe máximo de cobertura del seguro de amortización del préstamo hipotecario, que comprende en el caso examinado el capital y la suma máxima que se pueda deber por intereses, las cantidades pendientes por intereses no satisfechos en el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre el bien inmueble propiedad del deudor, pues se ha visto perjudicada al no obtener la percepción de las expresadas cantidades. El hecho de que la cantidad que la entidad bancaria obtuvo en el

procedimiento de ejecución hipotecaria sea superior a la suma asegurada no obsta a la existencia de un perjuicio padecido por la pérdida de los intereses todavía no percibidos, que es el perjuicio cubierto por el contrato de seguro, cuyo importe no excede de la suma asegurada. En efecto, la suma asegurada opera en caso de siniestro como importe máximo del perjuicio que debe ser cubierto con cargo al seguro, derivado de la imposibilidad de abonar, en todo o en parte, el capital del préstamo y los intereses devengados.

c) Habiéndolo estimado así la sentencia recurrida, cuando ordena realizar un cálculo matemático para determinar los intereses que restaban por pagar tras la ejecución hipotecaria para obtener así la suma que corresponde abonar a la entidad bancaria y cuando dispone que el resto se entregue al demandante, no se aprecia la infracción denunciada.

TERCERO. - Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los artículos 1088, 1254 y demás concordantes del CC, en relación con el 1101 del mismo cuerpo legal.»

El motivo se funda, síntesis, en que debe acordarse la indemnización por los daños y perjuicios solicitada, dado que la afirmación de la sentencia acerca de que los perjuicios no han sido acreditados carece de fundamento, pues deben tenerse en cuenta el valor de la vivienda sobre la que recayó el proceso de ejecución, con los incrementos experimentados, a lo que deben unirse los daños morales padecidos por el recurrente por su despojo y por los avatares de los distintos procesos seguidos.

En motivo debe ser desestimado.

CUARTO. - Prueba de los perjuicios.

Esta Sala tiene reiteradamente declarado que en el recurso de casación no puede solicitarse una revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, pues el recurso de casación versa únicamente sobre la existencia de infracciones en la aplicación del ordenamiento jurídico. La función de valoración de la prueba corresponde en exclusiva a los tribunales de instancia. Los errores en la valoración de la prueba sólo pueden ser alegados ante esta Sala por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y dentro de los estrechos cauces que éste permite. En el caso examinado la parte pretende mediante este motivo de casación combatir la apreciación de la prueba realizada por la Sala de apelación, pues afirma que carece de fundamento la afirmación de la sentencia recurrida acerca de que los

perjuicios no han sido acreditados, y trata de demostrar la afirmación contraria pretendiendo que esta Sala valore la existencia de diversos perjuicios de carácter económico y moral. El examen de los argumentos ofrecidos comportaría una nueva valoración de la prueba que excede de las potestades de casación que corresponden a este Tribunal.

QUINTO. - Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del artículo 20 LCS.»

El motivo se funda, en síntesis, en que no concurre causa justificada para la no-imposición de los intereses pues la aseguradora se fundó en la no-existencia del seguro con mala fe y temeridad.

El motivo debe ser desestimado.

SEXTO. - Intereses por demora de la aseguradora.

Según la jurisprudencia de esta Sala, superado el viejo aforismo in illiquidis non fit mora (no se produce mora cuando se trata de cantidades ilíquidas), debe excluirse la mora de la aseguradora únicamente cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial (entre otras, SSTS de 12 de marzo de 2001, 9 de marzo de 2006, 11 de diciembre de 2006, 7 de febrero de 2007, 11 de junio de 2007, 13 de junio de 2007, 22 de diciembre de 2008, RC núm. 1555/2003).

Por el contrario, carece de justificación la mera oposición al pago frente a la reclamación por el asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica no sólo en evitar el perjuicio para el asegurado o perjudicado que deriva del retraso en el abono de la indemnización, sino también en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación.

Por tanto, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso para vencer la oposición de la aseguradora, se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual, como declara reiteradamente la jurisprudencia, corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada.

En el caso examinado las circunstancias concurrentes llevan a aceptar como correctos los razonamientos de la sala de apelación, pues la dificultad de determinar los efectos de la solicitud de adhesión a una póliza de seguro colectivo que fue seguida de una notable demora en el abono de la prima del seguro justifican suficientemente el mantenimiento del litigio por la aseguradora, aunque no haya obtenido éxito en sus pretensiones.

II. Recurso de casación de Mapfre Vida, S. A.

PRIMERO. - Enunciación de motivo primero.

El motivo primero se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida, al desconocer la eficacia de la cláusula que vincula la perfección de la póliza a la emisión del certificado individual de seguro y pago de la primera prima, infringe el artículo 3 LCS y la doctrina sobre las cláusulas limitativas en los contratos de seguro, pues la cláusula controvertida aparece en una solicitud de adhesión y no en el certificado individual y no es una cláusula limitativa en virtud de la cual puedan verse mermados los derechos del asegurado, sino que se limita a especificar el momento de perfección de la póliza. Añade que, en todo caso, el reverso de la solicitud de adhesión recoge un extracto las condiciones generales de la póliza donde resultan destacadas como exclusiones y riesgos excluidos las cláusulas limitativas, las cuales, tratándose un seguro colectivo, han de ser aceptadas únicamente por el tomador.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO. - Cláusulas limitativas en el seguro colectivo.

A) Para examinar el presente motivo de casación, que versa sobre la validez de una cláusula a la que se imputa incumplir las exigencias formales impuestas a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, debe partirse de la hipótesis de la eficacia de la solicitud de adhesión para la perfección del contrato de seguro, cuestión que será examinada en el siguiente motivo de casación.

B) Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados deben cumplir, en orden a su validez, y como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, los requisitos de: (a) ser destacadas de modo especial; y (b) ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3 LCS, que se cita como infringido).

C) En los seguros colectivos o de grupo no hay coincidencia entre el tomador del seguro y el asegurado porque la póliza se contrata con la aseguradora por aquél para facilitar la incorporación de quienes forman parte del grupo, unidos por alguna circunstancia ajena a la mera voluntad de asegurarse, los cuales mani-

festan ordinariamente su voluntad de incorporarse mediante la firma de un boletín de adhesión y reciben una certificación individual expresiva de las condiciones del aseguramiento (STS 6 de abril de 2001, RC núm. 878/1996).

De acuerdo con el artículo 7.2 LCS (citado como infringido) en los casos de distinción entre el tomador y el asegurado las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. En los seguros colectivos (STS de 14 de junio de 1994) el tomador del seguro debe tener conocimiento y aceptar especialmente las cláusulas limitativas.

Sin embargo, la exigencia de transparencia contractual, al menos cuando la perfección del contrato está subordinada a un acto de voluntad por parte de solicitante, consistente en su adhesión al seguro colectivo, impone que el asegurador cumpla también con el deber de poner en conocimiento del asegurado dichas cláusulas limitativas con la claridad y énfasis exigido por la Ley y recabe su aceptación especial, para lo cual constituye instrumento idóneo la solicitud de adhesión que se prevé para este tipo de seguros (STS 18 de octubre de 2007, RC núm. 3806/2000).

D) Esta Sala viene distinguiendo respecto del contrato de seguro las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado de aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo.

La STS de 11 de septiembre de 2006, RC núm. 3260/1999, del Pleno de la Sala, siguiendo la doctrina fijada en la STS núm. 961/2000, de 16 octubre de 2000, RC núm. 3125/1995, declara que «la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato. Esta distinción ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala».

La citada STS de 11 de septiembre de 2006, dictada con un designio unificador, precisa, invocando la doctrina contenida en las SSTS 2 de febrero de 2001, 14 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2006, que deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada.

Determinado de este modo negativamente el concepto de cláusula limitativa, su determinación positiva,

con arreglo a los distintos ejemplos que suministra la jurisprudencia, debe hacerse por referencia al contenido natural del contrato derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter introductorio o definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora.

De estos criterios se sigue que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato.

El artículo 6.2 LCS (citado como infringido) establece que la solicitud de seguro no vinculará al solicitante, pero añade que la proposición de seguro por el asegurador vinculará al proponente durante un plazo de quince días. Por acuerdo de las partes, los efectos del seguro podrán retrotraerse al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición.

La jurisprudencia, interpretando estos preceptos, ha reconocido que es práctica usual en materia de seguros la formulación de una proposición de contrato, de tal suerte que, si ésta es aceptada durante el plazo establecido, la póliza emitida posteriormente retrotrae sus efectos a la fecha de la proposición (STS de 7 de septiembre de 1990).

En el caso examinado la cláusula controvertida tiene carácter limitativo de acuerdo con ese último criterio, puesto que ni de las condiciones particulares de la solicitud de adhesión ni de lo establecido en la LCS sobre el perfeccionamiento del contrato mediante la aceptación de la proposición de seguro por parte del asegurado puede admitirse como elemento de la reglamentación natural o usual del seguro diferir la entrada en vigor de la cobertura a un momento posterior a la firma del documento que determina su perfección, como ocurre en la cláusula controvertida, que difiere la cobertura al momento de emisión de la certificación individual del seguro y del pago de la primera prima.

E) De lo razonado en los anteriores apartados se infiere que la cláusula controvertida no cumple los requisitos de transparencia exigidos en el artículo 3 LCS, pues, siendo limitativa, figura al dorso del documento firmado por el asegurado en letra de pequeño tamaño y sin cumplir el requisito de ser destacada de modo es-

pecial y, en consecuencia, no puede ser tenida por válida.

TERCERO . - Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se funda, en síntesis, en que se infringe la jurisprudencia sobre la necesidad del certificado individual de seguro en las pólizas colectivas y en que esta necesidad es evidente en el caso examinado, por cuanto en la solicitud de adhesión no figuraba la prima, cuya aplicación es necesaria para reconocer el derecho a la indemnización, por lo que se incurre en una errónea interpretación de la eficacia que haya de darse a la solicitud de seguro a través del art. 81 LCS, vulnerando el artículo 6 LCS y la jurisprudencia. Se añade que la sentencia no ofrece explicación sobre el pago intentado extemporáneamente, tras la declaración de incapacidad, con la intención de justificar la existencia de una póliza inexistente.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO . - Valor de la solicitud de adhesión en el seguro colectivo y efectos de la falta de pago de la prima.

A) A efectos del artículo 6 LCS debe calificarse como propuesta aquella solicitud que actúa como verdadera oferta de contrato por hallarse recogidas en el documento las condiciones esenciales del contrato de seguro. Así ocurre si únicamente falta el consentimiento del tomador con las condiciones preestablecidas por la compañía para que pueda producirse la confluencia de voluntades que exige el artículo 1254 CC para la perfección del contrato (STS 25 de mayo de 1996, RC núm. 3097/1992, y 5 de julio de 2007, RC núm. 3031/2000).

Cuando existe una propuesta con estos requisitos, la declaración de voluntad del tomador del seguro dirigida al asegurador prestando su conformidad a la proposición tiene como efecto la perfección del contrato siempre que coincida con la oferta, presuponga la voluntad de contratar definitivamente, se haga efectivo su carácter recepticio respecto del asegurador y se haga en tiempo oportuno (STS de 14 de febrero de 2008, RC. 5110/2008).

De esta jurisprudencia debe deducirse la eficacia de la solicitud de adhesión en los seguros colectivos, si en ella figuran los datos esenciales para la validez del seguro y se hace efectivo su carácter recepticio respecto de la aseguradora, sin necesidad de que ésta emita el certificado individual de seguro.

En el caso examinado en la solicitud de adhesión figuran los elementos esenciales del contrato de seguro, excepto el importe de la prima, que constituye uno de los elementos esenciales de la póliza, pero este ele-

mento puede determinarse fácilmente mediante una simple operación aritmética aplicando al importe del préstamo o suma asegurada las tablas de la póliza del seguro colectivo al que se refiere la solicitud de adhesión.

B) La parte demandada ha atribuido especial importancia al hecho de la falta de abono de la prima por parte del asegurado. El artículo 15 LCS establece que si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Añade que, salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.

La jurisprudencia ha interpretado que la falta de pago de la prima con anterioridad al siniestro a que se refiere el artículo 15 LCS sólo puede producir el efecto de liberar de su obligación al asegurador en el caso de que la falta de pago sea imputable al tomador, pues así se infiere, en una interpretación sistemática, de la relación de este precepto con el inciso que lo precede, que alude a la culpa del tomador en el impago de la prima; y, en una interpretación lógica, de la finalidad que con él se persigue de eximir al asegurador del cumplimiento del contrato por razón del incumplimiento de la obligación principal del otro contratante (STS 4 de septiembre de 2008, RC núm. 1094/2002).

En el caso enjuiciado no se ha acreditado que se haya hecho pago alguno de la prima por parte del asegurado durante el primer año, pero, según relata la sentencia recurrida, esta omisión es imputable a la aseguradora, la cual no ha justificado haber remitido los oportunos recibos para el cobro, y además esta Sala observa que en otro proceso la aseguradora afirmó que había existido un desistimiento por parte del asegurado, aunque no logró probar su aserto.

En consecuencia, es forzoso concluir que concurren los presupuestos exigibles para la eficacia de la solicitud de adhesión como equivalente a la firma de la póliza en orden a la perfección del contrato.

Habiéndolo estimado así la sentencia recurrida, no se advierte la infracción que constituye el fundamento de este recurso.

QUINTO . - 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. 394.4 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 desestiman los recursos de casación interpuestos, por una parte, por la representación procesal de D. Juan Alberto y, por otra, por la representación procesal de Mapfre Vida, S. A., contra la sentencia de 1 de septiembre de 2004 dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo en el rollo de apelación núm. 167/2004, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Alberto frente a la sentencia que con fecha 14 de enero de 2004 dictó el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número seis de Oviedo y revocar dicha resolución. Se acoge en parte la demanda rectora de este procedimiento y se condena a la demanda Mapfre Vida Sociedad Anónima a abonar al actor la parte del capital asegurado, que asciende a un total de 9 078 750 pesetas, que se determine en ejecución de sentencia conforme a las bases establecidas en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

»No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias».

Mediante auto de 28 de septiembre de 2004 se acordó la aclaración de la sentencia en los siguientes términos:

«Se aclara y completa el fallo de la sentencia en el presente rollo de apelación en el sentido de que la indemnización establecida en favor del actor, y a cargo de la demandada, no devengará los intereses del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro sino que será de aplicación lo dispuesto en el art. 576 LEC ».

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

3. Se imponen las costas de los recursos de casación a las partes que respectivamente los han interpuesto.

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

2009/229016

TS Sala 1ª, Sentencia 30 septiembre 2009. Ponente: D. Román García Varela

Contrato de cuentas en participación Responsabilidad solidaria de gestor y partícipe por defectos en la construcción

Desestima el TS los motivos del recurso de casación esgrimidos por el contratista y partícipe en la promoción de diversas viviendas en las que aparecieron defectos de construcción. Estimada en la instancia la reclamación deducida por los propietarios, y confirmado el fallo en la AP, el TS rechaza el motivo relativo a la falta de legitimación pasiva pues, no obstante acreditado que estamos ante un contrato de cuentas en participación - entre los codemandados -, la jurisprudencia tiende a condenar solidariamente a gestor y partícipe. En cuanto a la indemnización por retraso, éste ha quedado debidamente acreditado. Y en cuanto a la petición de que la condena se extienda a la dirección facultativa, no es dable pretender un codemandado que se condene a otro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Cosme, D. Gervasio, D. Abilio, Dª Remedios, D. Marino y Dª Claudia, D. Damaso y Dª Cristina, D. Teofilo y Dª Lina, demandaron por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a D. Juan Pedro, D. Bernardino, D. Ezequiel, "URBANIZADORA SARRACÍN, S.L.", "CONSTRUCCIONES ARANGA, S.L." y "ACTIVIDADES URBANÍSTICAS CELTAS, S.L.", e interesaron las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

En el escrito inicial, presentado por varios propietarios de chalets pertenecientes a la urbanización denominada "El Covento", sita en la localidad de Sarracín (Burgos), que los demandados habían promovido, proyectado, construido y vendido, se esgrimen dos clases de acciones contra quienes actuaron como promotores, constructores, arquitectos y aparejadores, que son, por una parte, las derivadas de los contratos de compraventa, en virtud de los cuales las promotoras se comprometieron a vender los chalets según el proyecto de ejecución redactado por el arquitecto director de las obras, en atención a las numerosas diferencias entre lo proyectado y lo construido, así como a los defectos de ejecución que han aparecido en las edificaciones;

y, por otra parte, las acciones derivadas del artículo 1591 por los defectos ruinosos, con la solicitud de la condena, de forma principal, de las promotoras, y, de modo subsidiario, del resto de los participantes en el proceso de edificación, para el caso de que se apreciara la presencia de responsabilidad solidaria de todos ellos en las diferencias entre lo proyectado y lo ejecutado y en los defectos de ejecución advertidos.

El Juzgado rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por "ACTIVIDADES URBANÍSTICAS CELTAS, S.L." y acogió la demanda, y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de estimar la demanda formulada por la Procuradora Sra. Domínguez Cuesta contra "URBANIZADORA SARRACÍN, S.L.", "ACTIVIDADES URBANÍSTICAS CELTAS, S.L." y "CONSTRUCCIONES ARANGA, S.L.", con la condena a las dos primeras al cumplimiento de los contratos de compraventa en los términos previstos, así como, solidariamente con la constructora, a indemnizar a D. Marino y a Dª Claudia en la cantidad de 480.000 pesetas, a D. Teofilo y a Dª Lina en la cantidad de 365.039 pesetas por los perjuicios derivados del retraso en la entrega, y a reparar los vicios de construcción mencionados en el fundamento de derecho quinto, para responder la constructora únicamente de los que afecten a las viviendas, y absolviendo de las peticiones de la demanda a D. Juan Pedro, D. Bernardino y D. Ezequiel.

Las entidades "ACTIVIDADES URBANÍSTICAS CELTAS, S.L." y "CONSTRUCCIONES ARANGA, S.L." han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia por los motivos que se examinan a continuación.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 242 del Código de Comercio, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha considerado que el hecho de que fueran los representantes de "URBANIZADORA SARRACÍN S.L." quienes intervinieran en la redacción y firma de los contratos privados y solicitaran la licencia municipal de obras, no demostró que fuera la mentada compañía la que asumiera en exclusiva la gestión de la operación, pues pudieron hacerlo igualmente con el carácter de apoderados de "ACTIVIDADES URBANÍSTICAS CELTAS, S.L.", al figurar igualmente esta mercantil en el encabezamiento de los contratos privados; no obstante, según la parte recurrente, es evidente que fue sólo "URBANIZADORA SARRACÍN, S.L." quien contrató la construcción de las viviendas con la mercantil "CONSTRUCCIONES ARANGA, S.L.", y en la propia escritura de obra nueva y distribución de crédito

hipotecario unida con la contestación a la demanda de esta recurrente y aportada posteriormente en período de prueba en el ramo de la misma, se dice expresamente, con la firma de dicha escritura por "URBANIZADORA SARRACÍN, S.L." y "ACTIVIDADES URBANÍSTICAS CELTAS, S.L.", que ambas compañías mercantiles han llevado a cabo, por el sistema de cuentas en participación, siendo gestora "URBANIZADORA SARRACÍN, S.L.", la construcción de un conjunto de viviendas unifamiliares sobre la finca descrita bajo la letra a) del Expositivo I, con las debidas licencias administrativas y conforme al proyecto técnico del arquitecto D. Juan Pedro, que los comparecientes declaran como obra nueva - se desestima porque está acreditado en las actuaciones que "URBANIZADORA SARRACÍN, S.L." y "ACTIVIDADES URBANÍSTICAS CELTAS, S.L." figuran como propietarios al 50% del solar donde se edificaron las viviendas, en virtud de la cesión que la primera hizo a la segunda de dicha mitad indivisa, y que son las dos sociedades, representadas por sus legítimos representantes, las que otorgaron las escrituras públicas de compraventa a favor de los demandantes adquirentes, sin que aparezca demostrada la titularidad exclusiva de la promoción a favor de "URBANIZADORA SARRACÍN, S.L.", en oposición de la situación secundaria que en el contrato de cuentas de participación tiene aquella participante en las actuaciones del principal, de manera que los terceros que contraten contra estas entidades poseen acción contra una y otra.

Por otra parte, la doctrina científica ha tomado posición, respecto a las cuentas en participación, en el sentido de que el partícipe pasará a tener responsabilidad solidaria cuando se involucre en las negociaciones de la competencia del gestor, por analogía a lo dispuesto con relación a los socios comanditarios en el artículo 148.1 del Código de Comercio, cuyo criterio es aceptado por esta Sala (STS de 4 de julio de 1980).

TERCERO.- El motivo segundo del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación de los artículos 1254 y 1257 del Código Civil, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia ha condenado única y exclusivamente a "URBANIZADORA SARRACÍN, S.L." y "ACTIVIDADES URBANÍSTICAS CELTAS, S.L." al cumplimiento de los contratos de compraventa en los términos previstos, sin que tenga una explicación racional la condena solidaria de "CONSTRUCCIONES ARANGA, S.L.", junto con las dos mercantiles reseñadas, a indemnizar en las cantidades de 480.000 pesetas y 365.039 pesetas a dos de los demandantes por los perjuicios derivados en la entrega, siendo así que ésta debía realizarla la promotora conforme a los contratos pactados con di-

chos propietarios, y "CONSTRUCCIONES ARANGA, S.L." terminó la obra en el plazo pactado con la promotora, no siendo a ella imputable el retraso en la entrega a que se hace referencia - se desestima por razones de técnica casacional, ya que no es factible en casación considerar vulnerados preceptos tan genéricos que no pueda conocerse en que consiste la infracción, como son los artículos 1254 y 1257 del Código Civil, a no ser que se armonicen con los más específicos que para el caso contiene este Texto legal (entre otras, SSTS de 19 de diciembre de 2001, 25 de enero y 24 de octubre de 2000, y 4 de mayo de 1999).

Además, la indemnización de los perjuicios causados por el retraso en la entrega de las viviendas, que debió llevarse a cabo en el mes de diciembre de 1996 y se hizo en los meses de julio, agosto y septiembre de 1997, fue debida a que el arquitecto no certificó el final de la obra por las deficiencias que aparecían en la construcción.

CUARTO.- Los motivos tercero y cuarto del recurso, ambos con cobertura en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil censuran, respectivamente, infracción por inaplicación del artículo 1591 del Código Civil e infracción de la jurisprudencia del artículo 1591 y concordantes de este ordenamiento. Entiende la parte recurrente que la sentencia de apelación, al exonerar de responsabilidad a la Dirección Facultativa -arquitecto y aparejador- vulnera el artículo 1591 del Código Civil y su jurisprudencia, por tratarse de un supuesto de responsabilidad por vicios ruinosos, además de incurrir en una errónea valoración del acervo probatorio. Terminaba con la solicitud de que la condena solidaria debía extenderse tanto al arquitecto como a los aparejadores, por su deficiente labor de dirección e inspección de la obra objeto de litigio.

Ambos motivos han de ser desestimados por igual razón, dado que es doctrina reiterada de esta Sala que los demandados no pueden solicitar la condena de otros codemandados (SSTS de 15 de diciembre de 2000, de 4 de marzo de 2002, y 4 de octubre de 2004, entre otras) al carecer de legitimación por no ostentar la naturaleza de demandantes.

QUINTO.- La desestimación del recurso produce las preceptivas secuelas determinadas en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las costas.

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por las entidades "ACTIVIDADES URBANÍSTICAS

CELTAS, S.L.” y “CONSTRUCCIONES ARANGA, S.L.” contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos en fecha de once de mayo de dos mil, cuya resolución confirmamos, con imposición de las costas de este recurso 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; Roman García Varela; José Antonio Seijas Quintana; Encarnación Roca Trias. Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

1º. La mencionada arma blanca ha de ser apta para producir la muerte del agredido, como lo es, sin duda, un cuchillo de cocina.

2º. La parte del cuerpo golpeada con dicha arma ha de ser una zona vital, esto es, alguna de las que, por la clase de componentes corporales que alberga y pueden verse afectados, es importante en cuanto que alguna lesión allí producida puede ocasionar la pérdida de la vida. Desde luego lo son la cabeza, el cuello, el tórax y el abdomen. El costado, donde incidieron las tres cuchilladas dadas por el procesado, forma parte del tórax.

3º. La intensidad del golpe, que ha de ser la necesaria para alcanzar alguno de esos componentes existentes en esa zona vital. También concurre aquí este tercer elemento. Los hechos probados de la sentencia recurrida, algo que no se discute en el presente recurso, nos hablan de tres heridas aquí producidas: una de carácter superficial, que no sirve para inferir el dolo de matar, y otras dos válidas a tal fin, ambas heridas incisas; una de cuatro centímetros a nivel del cuarto espacio intercostal y otra de aproximadamente un centímetro en el décimo espacio intercostal; particularmente la primera de estas dos que, por sí sola, habría bastado para dejar de manifiesto la concurrencia de ese dolo de muerte.

Además, en la misma línea referida, nos encontramos con otro dato importante: como bien razona la sentencia recurrida, el acusado, tras los tres mencionados golpes, cesó en su ataque, pero no lo hizo voluntariamente, porque otras personas allí presentes lo sujetaron y le quitaron el cuchillo.

3. Contestamos ahora a algunas alegaciones concretas formuladas en el escrito de recurso:

A) La carencia de antecedentes penales en el procesado no puede servir para excluir el mencionado dolo de matar; es claro que quien no ha delinquido antes también puede agredir a otro para quitarle la vida.

B) Ciertamente es que el motivo de la disputa, la acusación del procesado contra la víctima de haberle quitado 20 euros, es algo desproporcionado con la gravedad del ataque aquí examinado. Pero la experiencia nos dice que son frecuentes tales desproporciones. Es también un dato irrelevante para indagar la intención del agresor.

C) Como bien dice la sentencia recurrida en el párrafo antepenúltimo de su fundamento de derecho 1º, hay que destacar que la intención del acusado fuera solo la de dar un susto al agredido. Para dar un susto no se desplaza una persona hasta un kilómetro para proveerse de un cuchillo y luego dar tres golpes en el costado con tal arma.

Hubo dolo de muerte.

Rechazamos así los motivos 1º y 2º del recurso del procesado Calixto.

TERCERO.- En el motivo 3º, por el cauce del art. 849 LECr, se aduce infracción de ley por no haberse aplicado la circunstancia atenuante 2ª del art. 21 CP en relación con el 20.2º.

Para resolver sobre este motivo, lo mismo que sucede con los otros dos que nos quedan por examinar, al hallarse basados los tres en el núm. 1º del art. 849 LECr, hay obligación de respetar los hechos probados de la sentencia recurrida, según conocida doctrina de esta sala fundada en el núm. 3º del art. 884 de dicha ley procesal.

Se pretende en este motivo 3º que el reconocimiento en la resolución aquí impugnada, realizado en el apartado final de tales hechos probados, de que Calixto en los momentos anteriores a estos hechos había consumido cocaína, tendría que haber tenido como consecuencias la aplicación de la mencionada circunstancia atenuante.

Pero ello no es posible, dado que en tal apartado final se añade lo siguiente: “sin que se haya acreditado que ello le afectase en relación con el hecho probado”. Y sabido es cómo no basta el mero consumo de una sustancia estupefaciente para la apreciación de alguna circunstancia atenuante, incluso aunque se haya producido en momentos inmediatamente anteriores a la comisión del delito, mientras no se acredite que quedaron de algún modo afectadas las facultades intelectivas o volitivas del sujeto, máxime cuando, como aquí, no se dice ni siquiera la cuantía de droga consumida.

Desestimamos este motivo 3º.

CUARTO.- El motivo 4º se funda también en el art. 849.1º LECr. Se pide la aplicación de la atenuante 3ª del mismo art. 21, “la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”.

La cuestión aparece correctamente solucionada en la parte última del fundamento de derecho 3º de la sentencia recurrida, a donde nos remitimos. Baste ahora poner de relieve que, de modo ostensible, faltó el requisito exigido en tal núm. 3º del art. 21, cuando se habla de que las causas o estímulos desencadenantes del comportamiento delictivo han de ser “tan poderosos” que hayan producido esa alteración que podría explicar (no justificar) la acción del procesado. Los hechos probados nos dicen que la discusión entre Calixto y la víctima, origen de la conducta punible de aquel, estuvo en la desaparición de veinte euros suyos que imputó a quien luego resultó agredido. Hay ciertamente una evidente desproporción entre ese motivo y la



TS Sala 2ª, Sentencia 21 septiembre 2009. Ponente: D. Joaquín Delgado García

Concurrencia de dolo de matar en hechos calificados como tentativa de asesinato

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por tentativa de asesinato. El TS constata la existencia de tres heridas producidas por el recurrente, y una de ellas, por sí sola, habría bastado para dejar de manifiesto la concurrencia de ese dolo de muerte. Además, nos encontramos con otro dato importante, como bien razona la sentencia recurrida, el acusado, tras los tres mencionados golpes, cesó en su ataque, pero no lo hizo voluntariamente, sino porque otras personas allí presentes lo sujetaron y le quitaron el cuchillo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a Calixto como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa acabada sin circunstancias modificativas, imponiéndole la pena de siete años y seis meses de prisión y la de prohibición de acercarse a la víctima por el mismo tiempo. Tras una discusión con Horacio, en una discoteca, relativa a la sustracción de veinte euros, se dirigió a su casa, situada a un kilómetro de distancia, cogió un cuchillo de cocina, regresó a dicho local, y, encontrándose la víctima de espaldas, le dio tres golpes en el costado izquierdo con dicha arma, sin que pudiera continuar la agresión por la intervención de otras personas que lo sujetaron y le quitaron el cuchillo.

Ahora recurre en casación por cinco motivos que hemos de desestimar de acuerdo con la impugnación del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- 1. Examinamos unidos en primer lugar los motivos 1º y 2º por tener un mismo contenido.

En el motivo 1º, que se funda en los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr, se alega infracción de precepto consti-

tucional, en concreto del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, impugnando la afirmación del dolo de matar que apreció la sentencia recurrida.

En el motivo 2º, ahora por la vía del art. 849.1º LECr, se dice que hubo infracción de ley por aplicación indebida del art. 139 y la consiguiente inaplicación del art. 148.1º, ambos del CP. Se pretende que no existió tentativa de asesinato sino un delito de lesiones.

Nos encontramos una vez más con la cuestión de averiguar cuál fue el dolo del sujeto de una agresión que causa daños físicos a una persona, si hubo dolo de matar o solo de lesionar. Para su solución hemos de hacer uso de la prueba de indicios para, partiendo de unos datos objetivos acreditados, llegar a conocer tal elemento subjetivo.

2. Esta sala, en casos como este de producción de daños físicos con arma blanca, sin excluir la utilización de otros elementos de juicio, viene diciendo que, como regla general, la inferencia del dolo de muerte se alcanza por la concurrencia de tres elementos:

posterior agresión mediante tres golpes con un cuchillo de cocina en el costado del otro.

También desestimamos este motivo 4º.

QUINTO.- En el motivo último, asimismo por el cauce del art. 849.1º, se alega la falta de aplicación de otra circunstancia atenuante, la 4ª del art. 21 CP, prevista para los casos de haber procedido el culpable antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

También el tema aparece bien resuelto en la sentencia recurrida, concretamente en la parte inicial de su fundamento de derecho 3º, al que nos remitimos.

Solo queremos poner de relieve aquí dos cosas:

1ª. Que no hubo confesión alguna de los hechos por parte de Calixto. Nada se dice al respecto en los hechos probados.

2ª. Que ni siquiera esperó voluntariamente a que llegara la policía. Por el contrario, se afirma como dato acreditado en la sentencia recurrida que fue retenido en el lugar de los hechos por uno de los testigos hasta que los agentes se hicieron cargo de la situación.

Rechazamos este motivo 5º.

SEXTO.- Por lo dispuesto en el art. 901 LECr, hay que condenar al procesado al pago de las costas de este recurso de casación, al haber sido desestimados todos los motivos alegados.

FALLO

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por Calixto contra la sentencia que le condenó por tentativa de asesinato, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya con fecha uno de julio de dos mil ocho, imponiendo a dicho recurrente el pago de las costas de esta alzada.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García José Ramon Soriano Soriano Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro Joaquín Delgado García

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

2009/217432

TS Sala 2ª, Sentencia 16 julio 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Absolución de delito de malversación impropia de caudales públicos

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito de malversación impropia de caudales públicos. El TS constata que, en compensación de su actuación profesional, en su condición de administrador judicialmente designado, que obviamente habría de ser función retribuida, el acusado pasó a percibir la misma cantidad que venía ingresando la persona que, con anterioridad, llevaba la administración de la empresa, lo que no era sino cumplir estrictamente lo ordenado desde un principio por el órgano jurisdiccional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Recurso interpuesto por la Acusación Particular contra la Sentencia, de contenido absolutorio, del Tribunal de instancia, reitera su pretensión de condena contra el acusado, por la comisión de un delito de los denominados como de "malversación impropia", en sendos motivos, basados ambos en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 8, 100, 101, 102, 114 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e incorrecta inaplicación de los artículos 432.1 y 435 del Código Penal, pues, según la recurrente, existen suficientes razones para atribuir al acusado la comisión del delito objeto de acusación y que estos últimos preceptos describen. Hay que comenzar recordando, por ello, que el cauce casacional utilizado (art. 849.1º LECr), de acuerdo con numerosos pronunciamientos de esta Sala, supone tan sólo la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo, y exclusivamente en los de este carácter, que integran el ordenamiento penal. Labor que, en todo caso, ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre 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 frente a este planteamiento inicial, acerca de lo que ha de ser la correcta formulación de unos motivos como los presentes, parece ignorar el

Recurso en el Segundo de ellos, con el que sostiene la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de malversación de los aludidos artículos 432.1 y 435 del Código Penal, los términos en los que se expresa el relato fáctico contenido en la Resolución de instancia cuando en ellos claramente se nos dice que, en compensación de una actuación profesional, en su condición de administrador judicialmente designado, que obviamente habría de ser función retribuida, como expresamente consta en las actuaciones que afirmó ya el Juzgado de lo civil que le nombró, el acusado pasó a percibir la misma cantidad que venía ingresando la persona que, con anterioridad, llevaba la administración de la empresa, lo que no era sino cumplir estrictamente lo ordenado desde un principio por aquel órgano jurisdiccional, al disponer, cuando le designó, que "la retribución del administrador sería la equivalente a la del administrador sustituido", de otro lado por un importe aparentemente tan poco excesivo, para lo que viene a ser habitual en unas tareas como éstas, como el de 1.800 euros mensuales. La circunstancia de que la anterior administradora, que venía percibiendo tal cantidad, realizase otras funciones gerenciales en la empresa y el que se afirme que todos sus ingresos lo eran por este último concepto y no por el de la administración, que lo desempeñaba de forma gratuita, constituye un dato quizá a tener en cuenta a la hora de establecer, en el correspondiente ámbito civil, la cuantía correcta que le correspondía por la realización de sus trabajos al acusado, pero en ningún caso para afirmar la comisión, por éste, de un delito de malversación.

Y todo ello más aún cuando en su liquidación de cuentas, al cesar pocos meses después de comenzar su ejercicio, el administrador judicial incluye, sin ocultación alguna, las cantidades totales cobradas por él como retribución, unos 12.000 euros aproximadamente, sin que conste queja o impugnación formal, en ese momento, por parte de la recurrente, como la Resolución de instancia señala con acierto.

Pues ello no quiere decir tampoco que la Audiencia haya antepuesto, de forma indebida, la exigencia de un requisito previo de las acciones civiles de impugnación de cuentas al ejercicio de la acción penal, como tan impropriamente se plantea en el motivo Primero del Recurso, con cita de preceptos de carácter procesal cuando, según ya se ha dicho, un motivo como el presente tan sólo puede apoyarse en la infracción de normas de orden sustantivo y nunca en aquellas de carácter procesal que hubieran podido resultar incumplidas en la tramitación de la Causa, lo que debería, en todo caso, dar lugar a motivos de distinta naturaleza, más relacionados, en general, con verdaderas infracciones de derechos constitucionales, como el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juicio con

garantías o al derecho de defensa, por ejemplo.

Lo que realmente la recurrida expresa, en relación con este extremo, es la inexistencia absoluta de conducta alguna de naturaleza punible para, tan sólo después de ello, recordar cómo el momento adecuado para que la sociedad acusadora planteara sus pretensiones habría sido, precisamente por el exclusivo carácter civil de la contienda, el trámite de la aprobación de las cuentas presentadas por el administrador cesante.

De igual modo que tampoco merece ser apreciado el otro argumento utilizado por la Acusación, de nuevo en su motivo Segundo, respecto de la incorrecta gestión llevada a cabo por el acusado, que habría motivado el retraso de un cobro de deuda sencillo de realizar, causando con ello los perjuicios correspondientes a esa falta de cobro, ya que, como resulta obvio, estaríamos, de nuevo, ante una contienda de carácter estrictamente privado, a propósito de la valoración que hubiera merecido la gestión profesional del administrador y sus consecuencias para la empresa, pero, en modo alguno, frente a la comisión de un ilícito penal como la malversación por la que se acusa.

Razones todas ellas por las que procede, en definitiva, la desestimación de ambos motivos de casación y, con ella, la del Recurso en su integridad.

SEGUNDO.- A la vista del contenido desestimatorio de la presente Sentencia, deben serle impuestas a la recurrente 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

No haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por la Representación de MULTITEC S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, el 4 de noviembre de 2008, que absolvió al acusado del delito de malversación del que venía siendo acusado por la recurrente. Se imponen a la recurrente las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, 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 Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- Joaquín Delgado García.

(...)



2009/166018

TS Sala 4ª, Sentencia 7 julio 2009. Ponente: D. Rosa María Virolés Piñol

Acumulación de acciones para reclamación de complemento por IT y otros conceptos salariales

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa demandada contra sentencia que rechazó la excepción de acumulación indebida de acciones en autos sobre reclamación de salarios y complemento de IT.

Señala la Sala que lo reclamado en el supuesto enjuiciado en concepto de IT es un mero complemento voluntario a cargo exclusivo de la empresa y amparado en convenio colectivo que, por más que incida en una prestación de seguridad social, no puede merecer la catalogación de tal y sí, en cambio, la de una contraprestación empresarial que mejora el verdadero subsidio o prestación previstos legalmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 27 y 28 de enero de 1992, 18 de julio, 14 de octubre, 17 de diciembre de 1997, 23 de septiembre de 1998, 30 de junio de 1999, 2 de julio y 28 de septiembre de 1999).

SEGUNDO.- Al examinar, en el presente caso, la concurrencia del requisito básico de la contradicción, necesariamente, tiene que llegarse a

la conclusión de que, el mismo, existe en el recurso de casación para la unificación de doctrina que se enjuicia.

En efecto, en la demanda inicial de las actuaciones, se solicitaba se condenara a la empresa demandada a abonar la cantidad de 7.685,56 € por el período reclamado entre enero a diciembre de 2006 y que dichas cantidades se incluyan en la nómina correspondiente “al objeto de que surtan efectos en el ámbito del pago de la Seguridad Social”. La sentencia de instancia (con su auto de aclaración) tras desestimar las excepciones de acumulación indebida de acciones y de falta de litisconsorcio pasivo necesario estimó “en lo esencial” la demanda, condenando a la empresa demandada a abonar a la actora la cantidad de 4.852,93 €, pronunciamiento confirmado en suplicación por la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de mayo de 2008 que ha desestimado los recursos de las dos partes litigantes.

La demandada planteó su recurso en relación únicamente con la existencia de una acumulación indebida de acciones y falta de litisconsorcio pasivo necesario, al entender que se trata no solo de una reclamación de cantidad, sino también del subsidio de incapacidad temporal, por lo que en su caso debieron ser demandados el INSS y la TGSS, planteamiento que ahora reitera en casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de fe-

brero de 2003 (rec. 2889/02) que declaró la nulidad de actuaciones repitiéndolas al momento de interposición de la demanda.

En ambos casos se reclaman cantidades por periodos en los que la parte demandante había estado en situación de Incapacidad Temporal. En la sentencia de contraste la reclamación se extiende a los meses de junio a diciembre de 2001 periodo en el que el actor estaba en IT, situación a la que había pasado el 11 de diciembre de 2000; y en la sentencia recurrida la reclamación se extiende a todo el año 2006 y la actora estuvo en IT entre el 4 y el 16 de marzo de 2006, y entre el 12 de mayo de 2006 al 11 de marzo de 2007 (fundamento segundo del auto de aclaración).

Siendo este, y no otro, el contenido sustancial de la pretensión de autos, a la que, tanto en la instancia como en vía de suplicación, se le dio una solución desestimatoria, es conforme al mismo que se ha de enfocar el juicio de contradicción entre la sentencia recurrida, y la propuesta como término de comparación.

En ambas sentencias se plantea una reclamación de cantidad por diferencias en conceptos salariales y, asimismo, por complemento de subsidio de incapacidad temporal a cargo de la empresa. Mientras la sentencia hoy recurrida entiende que pueden ejercitarse, acumuladamente, las acciones de reclamación salarial y de complemento de subsidio de incapacidad temporal, la sentencia propuesta como término referencial, estima, en cambio, que dicha acumulación de acciones no procede, por cuanto se trata, en estos casos, del ejercicio de dos acciones, una de reclamación salarial y la otra de prestación de Seguridad Social, por lo que existiendo, para esta última, la prohibición del art. 27-3 de la L.P.L., no cabe admitir la expresada acumulación de acciones.

Resulta evidente, por tanto, que cuestionándose en ambas resoluciones judiciales un mismo problema jurídico, atinente a la posibilidad, o no, de ejercitar, acumuladamente, la acción de reclamación salarial y la de reclamación del complemento del subsidio I.T. a cargo exclusivo de la empresa, las respuestas que dan, ambas sentencias en comparación, son, claramente contradictorias, por lo que procede adentrarse en el enjuiciamiento del problema de fondo planteado en el recurso, toda vez que los escritos de preparación e interposición del mismo cumplen, suficientemente, las exigencias formales requeridas por los arts. 219 y 222 del T. R. de la L.P.L. **TERCERO.-** La parte recurrente alega como infracción legal la de los arts. 27-3 del T. R. de la L.P.L., en relación con el art. 24.2º del Convenio Colectivo de aplicación, entendiéndose que al ejercitarse en la demanda de autos dos acciones, una relativa a conceptos salariales y, la otra, a complemento

de subsidio de incapacidad temporal a cargo exclusivo de la empresa, se produce una indebida acumulación de acciones, toda vez que la correspondiente a reclamación de prestación de Seguridad Social tiene su propia y específica tramitación, con intervención de las Entidades Gestoras correspondientes, por lo que no cabe su seguimiento a través del proceso ordinario de reclamación de cantidad.

En la sentencia recurrida y con valor de hecho probado firme se dice que lo reclamado por la trabajadora, demandante de autos, es una “reclamación de cantidad como consecuencia de salarios impagados y no abonados por la empresa demandada durante el año 2006 en la cantidad de 7.686,56 euros, más el 10% de interés por mora y el reconocimiento de derecho a que dichas cantidades se incluyan como integrantes en la nómina correspondiente al objeto de que surtan efectos en el ámbito del pago de la Seguridad Social”. Y si bien es cierto como asimismo se señala, que se formula globalmente una reclamación de cantidad, la misma se encuentra interrelacionada con un periodo en el que ha existido una serie de subsidios de Incapacidad Temporal.

Esta delimitación, ya incontrovertible, del objeto de la litis trabada entre las partes pone de relieve que la sentencia recurrida no ha incurrido en la infracción jurídica que se denuncia en el recurso, puesto que la controversia procesal ha quedado circunscrita a conceptos de los que, única y exclusivamente, ha de responder la empresa y en ningún caso las correspondientes Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Es cierto que junto a una reclamación de índole, netamente, salarial se adjunto otra relacionada - que no propiamente constitutiva- con una prestación de Seguridad Social, cual es la de un complemento por Incapacidad Temporal regulado en el Convenio Colectivo, y a cargo de la empresa. Pero esta última no tuvo por objeto más discusión que la referida a la reclamación de dicho complemento voluntario, pactado en Convenio Colectivo, a cargo de la empresa, sin que, de los términos de la discusión planteada en la instancia se llegue advertir, como luego parece querer pretenderse, otra controversia que la ceñida a si debieran, o no, acumularse las dos acciones ejercitadas y a si habría de admitirse la excepción de litis consorcio pasivo necesario, al no haber sido llamada a los autos la Entidad Gestora de la Seguridad Social correspondiente.

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 4 de abril de 2006 (rec. 333/2005), resolviendo supuesto sustancialmente idéntico (sentencia a su vez referida en la recurrida): “Ante tal planteamiento procesal no cabe la menor duda de que la doctrina correcta se

recoge en la sentencia ahora impugnada, toda vez que lo reclamado en concepto de Incapacidad Temporal no, sino, un mero complemento voluntario a cargo exclusivo de la empresa y amparado en Convenio Colectivo que, por más que incida en una prestación de Seguridad Social, no puede merecer la catalogación de tal y si, en cambio, la de una contraprestación empresarial que mejora el verdadero subsidio o prestación previstos legalmente para los casos de incapacidad temporal.

Aun en el supuesto, no expresamente planteado, de una discordancia en orden a la base reguladora de dicha prestación de Seguridad Social, tampoco la litis, en los términos que aparece planteada, extravasaría el ámbito de la relación jurídica que la trabajadora demandante de autos vino manteniendo con la empresa hoy recurrente.”.

Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, que ha de seguirse por razones de seguridad jurídica, y que determina que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida.

CUARTO.- Por cuanto se deja razonado, ha de desestimarse el recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir e imposición de costas a la parte recurrente, conforme a lo previsto en los arts. 227 y 233 del T. R. de la L.P.L. 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 unificación de doctrina promovido la Procuradora de los Tribunales D^a MARÍA ISABEL CAMPILLO GARCÍA, en nombre y representación de la mercantil BIHOTZ ALAI, S.L., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 6 de mayo de 2008, en recurso de suplicación núm. 761/2008, correspondientes a autos núm. 208/07 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao, en los que se dictó sentencia de fecha 24 de julio de 2007, deducidos por D^a Gloria, frente a la empresa BIHOTZ-ALAI, S.L. (Restaurante Aspalduko) sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Con pérdida del depósito al que se dará el destino previsto en la ley e imposición de costas a la parte recurrente.

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

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

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr.

Magistrado D. Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/166036

TS Sala 4^a, Sentencia 9 julio 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Incompetencia del orden social para acreditar méritos a efectos de concurso administrativo

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Xunta de Galicia contra sentencia que acogió la pretensión del veterinario accionante sobre declaración de relación laboral.

Señala la Sala que lo que el demandante pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar mediante una sentencia laboral un mérito a efectos de la puntuación en un concurso administrativo, es decir, obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal, que no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido reiteradísima resuelta en una larga serie de sentencias por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, versa sobre la competencia de la jurisdicción social para resolver sobre una acción declarativa de relaciones contractuales ya terminadas, que tuvieron lugar en un tiempo pasado. Quien demanda es un veterinario que prestó servicios a la Junta de Galicia en varias campañas anuales de saneamiento ganadero, desde el año 1995 al año 2000, sin que conste que accionara por despido al final de la última campaña desempeñada.

Lo que pretende la acción entablada en el presente proceso es que, por parte de la jurisdicción social, se califiquen y certifiquen como laborales los servicios prestados por el actor durante las referidas campañas de saneamiento ganadero. Y el interés que sostiene dicha acción es el de la constancia de tales servicios en los procedimientos administrativos (concursos de méritos o bolsas de trabajo) que se llevan o puedan lle-

varse a cabo en la Junta de Galicia para el desempeño de las funciones profesionales propias del actor.

La sentencia recurrida ha desestimado el recurso de suplicación formulado en su día por la Junta de Galicia, confirmando así la sentencia de instancia que, con estimación de la demanda, había declarado que la relación mantenida durante las repetidas campañas “es de carácter laboral”, condenado “a la demandada a estar y pasar por esa laboralidad de dichos períodos”.

La sentencia aportada para comparación, dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 21 de marzo de 2007 (R. 1795/06), ha llegado a la conclusión contraria en un asunto sustancialmente igual, aunque referida a veterinarios que prestaron servicios similares para la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León, considerando, en síntesis, que el allí actor carecía de acción para deducir una mera pretensión declarativa sobre un reconocimiento general de carácter laboral de una relación extinguida hace años, traduciéndose también esa falta de acción en una falta de jurisdicción.

Hay que apreciar, pues, la contradicción que se alega, por lo que procede entrar en el examen de la infracción que se denuncia de los artículos 17.1, 80.1.d) de la Ley de Procedimiento Laboral y del artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral.

Nuestras sentencias precedentes sobre la cuestión controvertida, incluida la invocada de contraste, dictadas como se dijo para resolver litigios planteados en términos sustancialmente iguales en la Comunidad Autónoma de Castilla-León, a diferencia de lo que decide la resolución aquí impugnada, han declarado la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida en este tipo de actuaciones. De la numerosa serie de sentencias en tal sentido son exponentes, entre otras muchas, además de la referencial, las SsTS 6-3-2007 (R. 4163/05), 13-11-2007 (R. 1928/06) y 27-11-07 (R. 2691/06).

A esta doctrina jurisprudencial, reiterada últimamente en otras resoluciones posteriores, referidas ya al mismo asunto planteado frente a la Comunidad Autónoma de Galicia (por todas: SsTS 30-3-2009 -dos-, R. 1626/08 y 1840/08; 13-4-2009, R. 1685/08; 21-4-2009, R. 2446/08; y 30-4-2009, R. 2214/08), hay que estar en la decisión del presente asunto, por lo que, pese a lo manifestado por el recurrido en su escrito de impugnación aunque de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, el recurso debe ser favorablemente acogido.

El argumento central de la tesis sostenida por la doctrina unificada se

contiene en el siguiente pasaje de nuestra sentencia de 13-11-2007 (R. 1928/06): “lo que se pretende en la demanda no es una declaración que proyecte sus efectos sobre el desarrollo de aquella relación ya hace tiempo terminada, sino que ... se realice una calificación de la misma en orden a acreditar puntuación en un concurso para el acceso a puestos de trabajo de la Administración autonómica”, pretensión cuyo conocimiento no “correspondería al ámbito propio de la jurisdicción social”.

En definitiva, en los términos muy parecidos de STS 27-11-2007, “lo que la parte demandada pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar mediante una sentencia laboral un mérito a efectos de la puntuación de un concurso administrativo”, función de mero instrumento certificante que “no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción”.

Esta discrepancia, en fin, tendría que resolverse mediante la impugnación del acto de certificación en vía administrativa y, en su caso, ante el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, que dejamos señalado en cumplimiento del art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la XUNTA DE GALICIA contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 20 de mayo de 2008, en el recurso de suplicación núm. 1689/05 interpuesto contra la sentencia dictada el 23 de febrero de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo, en autos seguidos a instancia de D. José Ramón contra referida administración autonómica, sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHOS, y, además de anular la sentencia de suplicación, resolviendo el debate planteado en ese trámite, también anulamos la de instancia, desestimando la demanda en los términos expuestos.

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

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

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



RESEÑA

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



TS
CIVIL

2009/225056

TS Sala 1ª, Sentencia 12 junio 2009.

Ponente: D. Vicente Luis Montes Penadés

Responsabilidad solidaria de administradores y sociedades del grupo

Rechaza el TS el recurso de casación planteado por los demandados contra sentencia que revocó el fallo de instancia y acogió las pretensiones de los compradores actores y declaró resuelto el contrato de compraventa, condenando de forma solidaria a la entidad demandada, a sus administradores y a otras sociedades del grupo por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Señala el TS que la responsabilidad de los administradores prescribe a los cuatro años del cese, y en el caso de autos no ha transcurrido dicho plazo. Rechaza el enriquecimiento injusto y el ejercicio abusivo del derecho por parte de la actora, ya que el desplazamiento patrimonial a favor de la misma quedó amparado por una justa causa, pues la tasación que se tomó como referencia del precio de remate no fue mejorada por la ejecutada y la adjudicación se produjo con subrogación en la otra hipoteca constituida en garantía del crédito de la madre de la actora.

2009/225057

TS Sala 1ª, Sentencia 17 septiembre 2009.

Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Partición de la herencia: sobre partición parcial no cabe rescisión por lesión

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la recurrente, contra la sentencia dictada por la AP, casa y anula la resolución, con revocación de la sentencia de primera instancia, desestima las pretensiones de la demanda en relación con la rescisión por lesión de la partición realizada en escritura de manifestación de herencia. Considera el Tribunal que debe ser acogida la pretensión del recurrente ante la infracción de los artículos del

Código Civil sobre la partición de la de herencia, al apreciar la sentencia rescindida sobre un negocio jurídico que no es partición.



TS
PENAL

2009/197669

TS Sala 2ª, Sentencia 16 julio 2009. Ponente: D.

Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Delito continuado de falsedad en documento público en concurso medial con un delito estafa

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito continuado de falsedad en documento público en concurso medial con un delito estafa. Subraya el TS que la inacción, cuando se está obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que en la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber -norma prohibitiva-, resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

2009/197670

TS Sala 2ª, Sentencia 15 julio 2009.

Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Delito de estafa a través de compraventa de vivienda

Se estima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que declara la existencia del expresado delito, ya que en los hechos probados se describe la realización de una compraventa, con precio cierto, y fijación de plazo, sujeto a la terminación del edificio, para la entrega por escritura pública y pago del resto del precio. La posterior venta a una sociedad inmobiliaria mediante escritura pública

produce un indudable perjuicio al perjudicado que se integra en la tipicidad del art. 251,2 CP 95, del que es autor el acusado y cooperador necesario el coacusado, quien conocía la existencia de la venta anterior y colaboró en la realización de la estafa.



TS
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

2009/217490

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 21 mayo 2009.

Ponente: D. Angel Agualló Avilés

Los trabajos en curso realizados por la empresa de abogados no tienen el carácter de existencia a efectos de su deducción

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional recaída en el recurso formulado contra la resolución del TEAC, que estimó parcialmente el recurso de alzada interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación presentada ante el TEAR de Madrid contra los acuerdos de liquidación, que confirmaban las propuestas de regularización contenidas en tres actas de disconformidad, relativas al impuesto sobre sociedades. La Sala confirma la resolución en la que se declara la improcedencia de calificar como existencias los trabajos en curso realizados por la actora, lo que impide admitir la dotación efectuada y, por tanto, la totalidad de la deducción aplicada por la sociedad. Por último señala que no cabe la periodificación de las retribuciones satisfechas por las vacaciones anuales ni por las cuotas de la Seguridad Social.

2009/225101

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 18 junio 2009.

Ponente: D. José Antonio Montero Fernández

Falta de justificación del requerimiento solicitado por la inspección previa denuncia del socio del contribuyente

El TS estima el recurso de casación formulado contra la sentencia del TSJ

de Madrid, y en su lugar se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo deducido contra acuerdo del TEAR, el que anula, así como la resolución de la AEAT por la que se autorizó a la Inspección de los Tributos a desarrollar actuaciones de obtención de información acerca de determinadas entidades bancarias o crediticia, al objeto de conocer los movimientos bancarios producidos durante los años 1990 a 1994 en las cuentas bancarias del recurrente. La Sala considera que el requerimiento no supera el juicio de idoneidad, dado que no queda justificado si la medida era adecuada e idónea para conseguir el fin constitucionalmente legítimo que habilita la posible intromisión en la intimidad personal del interesado, faltando, en definitiva, el sustrato causal, que ha debido de ofrecer la Administración, quien actuó como consecuencia de la denuncia de un tercero, con el que el contribuyente había compartido negocios y sociedades.



TS
SOCIAL

2009/229115

TS Sala 4ª, Sentencia 21 julio 2009.

Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

Antigüedad reconocida a zapadores ferroviarios

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por ADIF -Administrador de Infraestructuras Ferroviarias- demandado y acoge el formulado por el trabajador demandante frente a sentencia que reconoció al actor una antigüedad genérica en la red de 15 de julio de 1985, fecha de la incorporación al Regimiento de Zapadores Ferroviarios, pero rechazó la antigüedad específica postulada a efectos de concurso y cualesquiera otros derechos que hayan de resolverse y adjudicarse en concurrencia con terceros. La Sala señala que el art. 20 X Convenio Colectivo regula de forma expresa la antigüedad de los Agentes procedentes de Militares en Prácticas y dispone que se considerará como fecha de antigüedad en la Red la de incorporación a la Agrupación de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles o al Regimiento de Zapadores Ferroviarios y tal mandato prevalece sobre cualquier otra disposición o acuerdo anterior, sin que quepa apreciar cosa juzgada por sentencia de la AN, ya que tras ella se negoció un nuevo convenio; por último, se ha de reconocer al trabajador la antigüedad postulada a los efectos de concursos y cualesquiera otros derechos en concurrencia con terceros, desde el 15 de septiembre de 1986, esto es, dos años hacia atrás desde el licenciamiento.