



# 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 2775

Madrid, martes 29 de diciembre de 2009



## TS PENAL

2009/225083

TS Sala 2ª, Sentencia 16 septiembre 2009. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

### Por estrés postraumático sufrido como consecuencia de la agresión **Aumento de indemnización a víctima de asesinato en grado de tentativa**

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado, la Sala acoge el formulado por la acusación particular, ambos contra sentencia que condenó al primero por tentativa de asesinato. Entre otras, la acusación particular, impugna el tiempo que los hechos probados señalan que la víctima estuvo de baja laboral por causa del estrés postraumático sufrido como consecuencia de la agresión, y la duración del tratamiento psicoterapéutico que necesita aquélla. El TS acoge tales alegaciones y, en segunda sentencia, aumenta la indemnización a favor de la víctima ya que existe prueba documental fehaciente de que la víctima estuvo de baja laboral hasta el mes de diciembre, por lo que ha de tenerse en cuenta el mencionado tiempo de baja a efectos de cuantificar en este extremo las responsabilidades civiles.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del acusado Víctor

PRIMERO.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr. se alega indebida aplicación del art. 139.1 e inaplicación del art. 147 C.P.

Sostiene el motivo que el Tribunal sentenciador no debió condenar por un delito de asesinato en grado de tentativa, sino por un delito de lesiones, toda vez que en el relato de hechos no se incluye el elemento subjetivo correspondiente al delito de asesinato, esto es, el "animus necandi".

El elemento subjetivo del delito, es decir, lo que el acusado sabe, conoce, piensa, desea o persigue, no es un hecho del mundo exterior perceptible por los sentidos, y por lo tanto, no existe obligación de incluirlo en la declaración de "hechos probados" de la sentencia. Ello no significa que tan esencial elemento del tipo no tenga que estar acreditado, pero esa acreditación se lleva a cabo median-

te un juicio de inferencia que realizan los jueces a partir de los datos fácticos probados que figuran en el relato histórico de la sentencia y que se expone en la fundamentación jurídica de la misma al motivar la subsunción jurídica en el tipo penal aplicado.

En el acusado, el Hecho Probado constata que "El día 19 de diciembre de 2006 sobre las 14,35 horas en un marco de la relación conyugal gravemente deteriorada, cuando Camino comunicó al procesado que se disponía a asistir a una cita médica, éste manifestó su disconformidad al respecto. A continuación, mientras Camino subía al piso de arriba a cambiarse de zapatos para acudir al médico, el procesado armado con un cuchillo de cocina se escondió en el cuarto de baño de la planta baja de la vivienda, con la puerta entreabierta a la espera de que bajara su esposa, hasta que cuando Camino bajó la escalera y pasó por delante del baño, de forma sorpresiva e inesperada para ésta última, le asestó dos puñaladas en la espalda, pese a las cuales

Camino logró, perseguida por el procesado con el cuchillo en la mano, salir al jardín de la vivienda, en el que pidió auxilio a gritos a transeúntes y vecinos que la socorrieron, efectuándole las primeras curas de emergencia una vecina enfermera de profesión, siendo asistido posteriormente por una Unidad del SUMMA y trasladada al Hospital Universitario de Getafe. Como consecuencia de estos hechos Camino sufrió lesiones consistentes en dos heridas incisas a nivel de la región escapular con hemoneumotórax derecho asociado que precisó tratamiento médico y quirúrgico de hemoneumotórax, colocación de tubo de drenaje y de las heridas en región escapular mediante la sutura de las mismas".

Partiendo de estos datos, el Tribunal exterioriza su juicio sobre la concurrencia del "animus necandi" que aprecia en el acusado, y llega a la conclusión de que el procesado pretendió matar a su esposa, efectuando actos totalmente idóneos a tal fin, no consiguiendo su propósito por la rápida intervención, primero, de los vecinos que socorrieron a la víctima tras salir ella al jardín de la vivienda pidiendo auxilio y después de los servicios sanitarios y del Hospital de Getafe al que fue trasladada. "animus necandi" que se desprende con claridad de los siguientes elementos:

a) El tipo de arma utilizada, arma blanca, totalmente idónea para tal fin.

b) La zona vital del cuerpo en la que el procesado propinó las puñaladas "región escapular derecha".

c) La energía y contundencia de las puñaladas proferidas.

d) La entidad y gravedad de las lesiones ocasionadas que originaron un hemoneumotorax derecho asociado. Lesiones que como hemos visto afectan a una zona vital y hubieran podido causar la muerte de no haber recibido atención médica quirúrgica urgente.

e) La actitud posterior del procesado, después de apuñalar a su esposa por la espalda, intentando impedir que saliera del domicilio diciéndole "todavía no te he matado".

Ninguna tacha de irracionalidad cabe oponer a la conclusión a la que

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Exclusión de responsabilidad de administrador social **4**

Caducidad de acción de retracto de finca rústica **6**

#### PENAL

Aumento de indemnización a víctima de asesinato en grado de tentativa **1**

Delitos de hurto de uso y contra la seguridad del tráfico **4**

#### ADMINISTRATIVO

Sanción impuesta a la Ministra de fomento por una campaña institucional prohibida durante el periodo electoral **7**

Legalidad de las órdenes reguladoras del régimen de estimación objetiva del IRPF y el simplificado del IVA **9**

#### SOCIAL

Responsabilidad empresarial en el pago de prestación por jubilación parcial **13**

Paga extraordinaria de antigüedad en empresas de enseñanza privada sostenidas con fondos públicos **14**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

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

llegan los jueces de instancia de la concurrencia del dolo homicida en la actuación del acusado. Dolo homicida que no sólo concurre cuando existe en el agente una intención directa y decidida de matar (dolo de primer grado), sino también cuando el sujeto activo actúa con dolo eventual, pues esta Sala ha reiterado muchas veces que el elemento subjetivo del delito de homicidio no es sólo el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades, el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS de 8 de marzo de 2004).

Como se argumenta en la STS de 16 de junio de 2004 el dolo, según la definición más clásica significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera

que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, vida (véanse SS.T.S. de 8 de marzo de 2004, 10 de diciembre de 2004 y 14 de febrero de 2005, entre otras muchas).

Aplicando esta doctrina al supuesto examinado, debe concluirse que, atendida la mecánica comitiva del doble apuñalamiento y las circunstancias concurrentes que señala la sentencia, el acusado actuó si no con intención específica de quitar la vida a la víctima (dolo directo), cuando menos conociendo suficientemente el peligro concreto generado con su acción y la alta probabilidad de que se produzca la muerte y aceptando ese resultado como consecuencia natural y adecuada a la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima (dolo eventual).

O, dicho con otras palabras quien así golpea o lo hace con intención de matar (dolo directo de primer grado) o lo hace sabiendo que puede matar y aceptando este resultado para el caso de que llegara a producirse (dolo eventual), dolo homicida en cualquier caso, apto para integrar la figura de la tentativa de homicidio de los artículos 138, 16 y 62 CP, correctamente aplicados al caso (véase STS de 22 de marzo de 2003).

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- También por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr., se alega error de derecho por indebida aplicación del art. 138 del C.P. e inaplicación del art. 147 en relación con el 16.2 del mismo cuerpo legal, todo ello en base a que el Tribunal a quo debió aplicar la exención de responsabilidad criminal por desistimiento de la acción, conforme al art. 16 de la Ley Penal sustantiva.

El motivo debe ser desestimado.

El desistimiento voluntario de la ejecución ya iniciada no es compatible con la tentativa acabada, que tiene lugar cuando el agente practica todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, siendo así que en nuestro caso la conducta del acusado se integra en esta modalidad de la tentativa, pues el doble acuchillamiento, y las heridas que produjo, hubieran producido la muerte de la víctima de no ser intervenida quirúrgicamente de urgencia, tal y como indica la sentencia con carácter fáctico al valorar la prueba médico-forense.

Por ello, siendo completo el iter criminis, es irrelevante que el acusado, ni siquiera voluntariamente, sino ante los gritos de la mujer cuando llega al jardín y ante el conocimiento de los hechos ya por vecinos o transeúntes, no persista en el acuchillamiento. Incluso aún cuando ello -no tratar de seguir acuchillando- hubiera sido voluntario, que no lo fue (dada la presencia de terceros que acuden en auxilio ante los gritos de ella), no sería relevante.

El motivo entremezcla con el alegado desistimiento voluntario, otras consideraciones sobre las que pretende sustentar una actuación de arrepentimiento activo por parte del acusado "impidiendo la producción del resultado", que es la otra modalidad de exención de la responsabilidad por el delito intentado, y que concreta en el hecho de que aquél llamó por teléfono a la Policía pocos minutos después de haber apuñalado a su mujer "para que acudieran a asistir a la Sra. Camino", según se aduce en el motivo.

El arrepentimiento o desistimiento activo tiene lugar cuando el acusado, que ha realizado todos los actos que, objetivamente, deben producir el resultado, lo evita voluntariamente mediante su propio comportamiento, impidiendo dicho resultado. Es decir, cuando el culpable tiene intención de evitar el resultado y practica una conducta activa y eficaz para impedirlo.

Pues bien, partiendo de la intangibilidad de los hechos probados a que obliga la vía casacional, cabe señalar que en el "factum" no consta que la llamada a la policía fuera efectuada por el acusado para que acudieran a asistir a su víctima, sino para referir a los agentes policiales que "acababa de apuñalar a su esposa y que fueran a detenerle". No consta en el relato histórico una actuación del acusado tendente a auxiliar a su esposa, ni siquiera que se acercara a ella, cuando era atendida por los vecinos, que ya habían solicitado de la policía el auxilio médico; tampoco que requiriera de la Policía la asistencia de los servicios médicos de urgencia, sino que simplemente telefoneó para informar que había acuchillado a su esposa, por lo que no se aprecia aquí esa conducta firme, decidida, material y eficaz de que habla la STS de 15 de febrero de 2002, para estimar el arrepentimiento activo, por lo que el motivo debe desestimarse.

TERCERO.- También al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., se denuncia

infracción de ley por indebida aplicación del art. 139 C.P., al haberse apreciado la concurrencia de la alevosía, indebidamente, "toda vez que conforme a los hechos probados, no se eliminó las posibilidades de defensa de la Sra. Camino".

Precisamente la descripción de la mecánica comisiva que figura en los Hechos Probados, impone la desestimación del motivo. En efecto, siendo la esencia de la alevosía la actuación consciente del autor utilizando medios, modos o formas en la ejecución del hecho que eliminen toda posibilidad de defensa de la víctima, asegurando el resultado pretendido, el "modus operandi" en el caso actual se integra perfectamente en esta agravante, pues, como razona la sentencia, la acción del acusado escondiéndose con un cuchillo, en el cuarto de baño sito en la parte baja de la vivienda, a la espera de que su esposa bajara del piso de arriba, propinándole dos navajazos en la espalda de forma sorpresiva, con la finalidad de que aquélla no tuviera posibilidad de defenderse ni de evitar la agresión, integra la acción alevosa.

Recurso de la Acusación Particular

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.3 L.E.Cr. se alega incongruencia omisiva porque la sentencia condena al procesado a la prohibición de acercarse a la víctima, pero no fija la distancia mínima ni argumenta por qué no fija distancia mínima y, tampoco entra a resolver sobre la prohibición de residir en la Comunidad de Madrid o subsidiariamente en los municipios de Getafe y Alcorcón que había solicitado la acusación particular.

Como bien responde el Ministerio Fiscal al impugnar la primera censura la fijación de una distancia mínima se contempla en el art. 64.3 de la L.O. 1/2004 en relación con la adopción de la prohibición en su vertiente de medida cautelar, pero no se halla previsto nada en ese sentido en el régimen del C.P. para la pena de prohibición de aproximarse (arts. 48 y concordantes C.P.). Aunque con ello no se quiere significar que la imposición de una distancia vulnere el principio de legalidad en la ejecución de las penas (en el sentido de que no pueden éstas ser impuestas bajo otros parámetros o con otras circunstancias que las señaladas en la ley -art. 3.2 C.P. -), sí quiere decirse que el C.P. no exige el establecimiento de esa distancia mínima.

En relación con la segunda cuestión, también asiste la razón al argumento impugnativo expuesto por las partes recurridas, porque, efectivamente, la sentencia no impone la prohibición de residir solicitada por la acusación particular, deduciéndose que habiendo impuesto una pena de prisión de ocho años, más las prohibiciones de aproximarse y comunicar por 10 años dan cobertura a la seguridad de la víctima, sin que nada añada a ello la prohibición de residir. Cabría añadir, además, que en Alcorcón carece de sentido la prohibición ya que era donde residía anteriormente la víctima y que Getafe, donde reside ahora, se trata de una localidad que por su tamaño y población permite hacer efectivas esas prohibiciones impuestas sin necesidad de añadir la de residencia.

**QUINTO.-** El segundo motivo denuncia la vulneración de los arts. 17 y 24.1 C.E. por no haberse aplicado la prohibición de residencia en las localidades solicitadas por la acusación. No se explica por el recurrente en qué modo se infringe el invocado art. 17 de la Constitución que trata de las garantías del detenido.

El reproche expone que la seguridad y la tranquilidad de la víctima debe primar en orden a conseguir la eficacia de las penas privativas de derechos y la prohibición de residir en determinados lugares sobre todo donde se cometieron los hechos da mayor tranquilidad a la víctima y a los vecinos de esa localidad.

Pero fácilmente puede entenderse que si el Tribunal a quo ha impuesto al acusado la prohibición de acercarse a la víctima y de comunicarse con ella por término de diez años, es suficiente medida para la seguridad de ésta, y, además, resulta superflua la prohibición de residir al estarle ya prohibido al autor de los hechos toda aproximación a la perjudicada.

El motivo debe desestimarse.

**SEXTO.-** Los mismos preceptos constitucionales se dicen vulnerados por no haberse especificado en la sentencia la distancia mínima de aproximación del acusado a su víctima. El motivo es mera reiteración del primero, que ya ha sido resuelto, pero deberemos añadir aquí que, aún cuando por las razones precedentemente consignadas no existe la infracción del art. 48 que denuncia el recurrente, cabe convenir con el Fiscal en que pudiera ser conveniente fijar esa distancia mínima, cuando, de hecho, en la praxis, se viene haciendo así; máxime si se acude (tal como permite el art. 64.3 citado en referencia a las medidas cautelares y el art. 48.4 C.P. en referencia a las penas) al empleo en la ejecución de medios electrónicos o dispositivos técnicos (pulseras, por ejemplo) que para su programación precisan de la introducción del dato de distancia a partir de la cual salta el dispositivo. Por ello, la fijación de esa distancia no

supone, como antes se apuntaba, acudir a una aplicación analógica -proscrita en esta jurisdicción- del art. 64.3 citado, ya que el art. 48.4 en tanto permite usar estos medios de control electrónico implica la posibilidad de que esa distancia sea fijada. Ahora bien, la fijación de esa distancia (al igual que sucede por ejemplo con la pena de multa, impuesta en sentencia pero cuyo pago a plazos puede decidirse en ejecución) bien pudiera haber sido fijada por la Sala a quo en la sentencia; incluso después mediante un recurso de aclaración frente a la misma que no ha sido articulado; o, transcurridos esos momentos procesales, en fase de ejecución por la Sala a quo, y no tanto ahora por el TS directamente en sede casacional.

**SÉPTIMO.-** Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr., se protesta por la indebida aplicación de la atenuante de arrepentimiento del art. 21.5 C.P.

La sentencia aprecia esta circunstancia señalando que el procesado tras perpetrar la acción criminal contra la víctima llamó telefónicamente a la Comisaría de Getafe confesando su infracción. Y añade: es cierto que cuando el procesado llamó a la policía ésta ya estaba alertada de lo sucedido por las llamadas de los vecinos y personas que acudieron a auxiliar a la víctima (consta en las diligencias del atestado policial como en la comisaría de Getafe "a las 14,39 horas del día 19-12-2006, recibieron una llamada 112 comunicando agresión con arma blanca en la calle calle000 núm. 000) pero también lo es el que la llamada del procesado conforme dicha diligencia se produce a continuación lo que refleja una actitud directa y rápida después de cometer los hechos de confesar su infracción, sin que él tuviera conocimiento del inicio de las actuaciones policiales.

La norma legal no exige para apreciar la atenuante de confesión que ésta se produzca antes de que se inicie la actuación policial (que, como es sabido, se incluye en el concepto de "procedimiento judicial" que establece el precepto, como dice, entre otras muchas, la STS de 19 de octubre de 2005), sino que lo que se requiere es que el acusado efectúe la confesión del hecho "antes de conocer" la existencia de un procedimiento (o actuación policial) contra él.

En nuestro caso, la llamada telefónica a la Comisaría para confesar el hecho delictivo se produjo pocos momentos después del apuñalamiento, y aunque la Policía ya hubiera sido avisada de lo sucedido por una llamada de alguno de los testigos, el intervalo de tiempo entre ésta y la del acusado tuvo que ser escasísimo, pues los testigos policiales (y así lo recoge la sentencia) manifestaron que la llamada del acusado tuvo lugar cuando apenas se dirigían al lugar de los hechos.

En todo caso, no hay ninguna constancia de que el acusado cono-

ciera que la Policía ya había comenzado a actuar cuando confesó a ésta los hechos y pidió que fueran a detenerle. Ni tampoco le hubiera sido posible tener ese conocimiento, según se desprende del desarrollo de los sucesos. Por eso mismo, el Tribunal aprecia la atenuante porque "el procesado confesó en esencia su infracción antes de conocer que el procedimiento se dirigía contra él".

El motivo debe ser desestimado.

**OCTAVO.-** El siguiente motivo se formula por el cauce del art. 849.2 L.E.Cr., por error de hecho en la apreciación de la prueba que acreditan los documentos que se designan.

El reproche casacional se desarrolla en dos vertientes: sobre el tiempo de baja laboral de la víctima por causa del estrés postraumático sufrido como consecuencia de la agresión, y la duración del tratamiento psicoterapéutico que necesita aquélla.

Respecto de la primera cuestión se alega que los días de baja laboral por razón del estrés postraumático fueron 589, y no 21 como dice el Hecho Probado, aportando al efecto un Informe del Servicio Madrileño de Salud en el que se deja constancia de que la víctima continuaba de baja el 20 de diciembre de 2007 por "neumotórax-derecho-agresión" (Folio 122).

Es verdad que este documento no acredita que la causa de la baja laboral fuera el estrés postraumático, pero sí que estuvo de baja por razón de la agresión (sin más especificaciones sobre si lo fue por las lesiones físicas o las psíquicas). Y aquí debe hacerse mención a la llamada de atención del Ministerio Fiscal cuando advierte que si bien en el Informe Forense -folio 57- se alude en exclusiva a las lesiones físicas, de hecho el forense en marzo de 2007 recomienda que la víctima sea valorada por psicólogo forense, lo que significa la más que probable existencia de lesiones de esta naturaleza que fueron confirmadas con las periciales psicológicas obrantes a los folios 164 a 172 y 258 a 261 del rollo de Sala.

Existe, por consiguiente prueba documental fehaciente de que la víctima estuvo de baja laboral hasta el mes de diciembre de 2007 y en este punto deberá estimarse el motivo casacional, anulada la sentencia y especificándose en la que, seguidamente, dicte esta Sala, el mencionado tiempo de baja a efectos de cuantificar en este extremo las responsabilidades civiles.

Por el contrario la segunda de las pretensiones -que se recoja expresamente en el "factum" que el tratamiento que precisará de futuro será de dos años- no está documentalmente o fehacientemente acreditado, en tanto se trata de una previsión o cálculo futuro, y en cierto modo ya se halla recogido en la sentencia que

lo ha valorado para otorgar por ello indemnización. El "factum" dice:

"También Camino a consecuencia de los hechos sufre síndrome de estrés postraumático por el que se encuentra en tratamiento psicoterapéutico desde el mes de enero de 2007". Es decir, la afirmación o cálculo de la psicóloga sobre la futura duración del tratamiento ya se recoge en el "factum", no concretando cuánto tiempo exactamente será preciso pero sí afirmando que aún continúa el tratamiento y valorando la Sala a quo la indemnización que ha concedido por ello.

**NOVENO.-** Consecuencia de la estimación parcial del motivo examinado es la estimación también parcial del último motivo en el que se denuncia la incorrecta aplicación de los arts. 109, 110 y 115 C.P. sobre las responsabilidades civiles derivadas del delito. De manera que, sobre la base de un año acreditado de baja laboral, la indemnización por este concepto deberá fijarse en la cantidad de 24.768 euros, en lugar de los 1.083 euros fijados en la sentencia.

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, con estimación parcial de los motivos quinto y sexto, interpuesto por la representación de la Acusación Particular Camino; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, de fecha 16 de octubre de 2008 en causa seguida contra el acusado Víctor por delito de asesinato en grado de tentativa. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso, con devolución del depósito constituido en su día.

Asimismo, debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Víctor, contra indicada sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, 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. Juan Saavedra Ruiz.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de septiembre de dos mil nueve

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Getafe,

con el núm. 2 de 2007, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, por delito de asesinato en grado de tentativa contra el acusado Víctor, nacido en Madrid, el día 3 de abril de 1942, hijo de José María y Purificación, interno en el Centro Penitenciario de Madrid III (Valdemoro) y con D.N.I. núm. 001, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 16 de octubre de 2008, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

#### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Los mismos, con la excepción de que el tiempo de baja de la víctima fue de un año.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala y, en lo que no se opongan, los de la sentencia recurrida.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado Víctor como autor responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa con la concurrencia de la circunstancia mixta como agravante de parentesco y la atenuante de arrepentimiento espontáneo a la pena de 8 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, así como la prohibición de acercarse a la víctima Camino en la distancia que se fije en período de ejecución de sentencia, y de comunicarse con ella por un período de 10 años. Condenamos asimismo al procesado Víctor a que indemnice a Camino en la cantidad de 533 euros, por los 6 días de hospitalización, en la cantidad de 24.768 euros, por el año impenitivo, en la cantidad de 10.485 euros, por las secuelas, cicatrices y en la cantidad de 2.823 euros, por el estrés posttraumático, así como al pago de las costas de juicio incluyendo las de la acusación particular.

Manteniéndose el resto de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida no afectados por la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

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

2009/225089

TS Sala 2ª, Sentencia 15 septiembre 2009. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Vulneración del principio "non bis in idem"

## Delitos de hurto de uso y contra la seguridad del tráfico

*Se estima el recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada en proceso seguido por delitos de hurto de uso y contra la seguridad del tráfico. El Tribunal estima vulnerado el principio de que nadie pueda ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, pues la relación de hechos probados de las dos sentencias que fundamenta el recurso de revisión permite constatar la vulneración del principio señalado, y desde la perspectiva jurisprudencial la segunda sentencia es un hecho nuevo que pone de manifiesto un segundo enjuiciamiento por los mismos hechos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El Ministerio fiscal plantea el recurso de revisión solicitando la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valencia en autos seguidos con el número Procedimiento Oral 571/2005 por ser la segunda dictada y la más cercana cronológicamente y porque es la que ha vulnerado el principio de cosa juzgada. Los hechos relatados por el Ministerio fiscal como presupuesto de su recurso se contraen a la transcripción de los dos hechos probados de sendas sentencias dictadas en distintos procedimientos que se refieren a los mismos hechos que fueron objeto de dos enjuiciamientos, es decir, la vulneración del principio "non bis in idem".

2.- El recurso de revisión es un remedio extraordinario cuyo objeto es la revisión de sentencias firmes cuando la condena se ha producido por error. A su través se pretende enervar el efecto de cosa juzgada dejando sin efecto una condena impuesta con notorio error o equivocación. Por ello su finalidad es recuperar el enjuiciamiento la verdad material frente a la verdad formal declarada y con efectos de cosa juzgada.

Ciertamente la revisión de la sentencia solo procederá bajo supuestos excepcionales, previstos en el art. 954 de la Ley procesal, entre los que figura expresamente la vulneración del principio "non bis in idem", y la jurisprudencia de la Sala lo ha incluido en el número 4 del art. 954 dada la naturaleza constitucional del

principio que implica que nadie pueda ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos.

3.- La relación de hechos probados de las dos sentencias que fundamenta el recurso de revisión, permite constatar la vulneración del principio señalado. Desde la perspectiva jurisprudencial la segunda sentencia es un hecho nuevo que pone de manifiesto un segundo enjuiciamiento por los mismos hechos, procediendo haber lugar a la revisión y anular la segunda sentencia sobre los mismos hechos.

4.- Esa identidad de hechos, en una y otra sentencia, solo se constata respecto a los hechos del delito contra la seguridad del tráfico, por lo que es a esta condena a la que se contrae la nulidad de la revisión.

#### FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE REVISIÓN promovido por EL MINISTERIO FISCAL, contra Sentencia de 28 de febrero de dos mil cinco, dictada en el

Procedimiento Oral 571/2004, seguido en el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valencia que condenó al acusado Dimas por delito contra la seguridad del tráfico y debemos DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS LA NULIDAD DE LA REFERIDA SENTENCIA en el particular al que se refiere la presente revisión. Se declara de oficio las costas del presente procedimiento. Remítase testimonio de esta sentencia al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valencia. Notifíquese al Ministerio Fiscal, al acusado y al Juzgado de Instrucción núm. 12 Valencia, a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta José Manuel Maza Martín

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



2009/225068

TS Sala 1ª, Sentencia 18 junio 2009. Ponente: D. Vicente Luis Montes Penadés

## Inexistencia de causa de disolución en el momento de contraer la deuda Exclusión de responsabilidad de administrador social

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por uno de los administradores codemandados, desestimando el del otro administrador. Y en virtud de ello, respecto al primero, se revoca la sentencia de la AP que, modificando la absolutoria de instancia, le condenaba a satisfacer la deuda social por no haber disuelto la sociedad concurriendo causas legales para ello. La Sala determina que en el momento de contraer la deuda esa causa de disolución se había extinguido como consecuencia del acuerdo adoptado en la junta general de aumento de capital social, por lo que no se le puede exigir responsabilidad alguna. Respecto al otro administrador codemandado y también recurrente, la Sala confirma su condena a satisfacer la deuda al no ser oponible la prescripción alegada por no haberse inscrito el cese en el cargo en el registro mercantil, y por tanto, no ser oponible frente a terceros.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- 1.- El litigio.-

D. Hermenegildo demanda en 23 de diciembre de 1996 a D. Eusebio y a D. Dionisio, en su condición de Administradores solidarios de la compañía mercantil DYANTIN, S.L. Reclama la cantidad de 32.500.000 pesetas, más los intereses legales desde la interpelación judicial y las costas. La cantidad reclamada había

sido fijada por el Juzgado de lo Social de Zaragoza núm. 6 en el proceso 2229/94, con Sentencia de 3 de junio de 1994, que devino firme en 16 de septiembre de 1994, al considerarse improcedente el despido del ahora actor. En 19 de septiembre de 1994 se decretó la ejecución y el embargo de bienes de la sociedad condenada, que fue declarada insolvente provisional por Auto de 14 de febrero de 1995, al no hallarse bienes ni derechos embargables.

El actor ejercita la acción de responsabilidad del artículo 105.4 LSRL, al considerar que los demandados no habían promovido la disolución a pesar de concurrir las causas de los apartados c, d) y e) del artículo 104 LSRL.

## 2.- La instancia.-

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tudela núm. 2, dictada en 21 de julio de 1997, desestima la demanda al apreciar la excepción de prescripción, interpretando que el plazo es el del artículo 1968-2º CC.

La Sala de apelación estima el recurso, revoca la sentencia y estima la demanda, por lo que condena a los demandados al pago de la cantidad reclamada (195.328,93 euros) más los intereses legales desde la interposición judicial, con imposición de las costas de primera instancia.

La Sala de instancia aplica el artículo 949 CCom., por lo que rechaza la excepción de prescripción, si bien con algunas afirmaciones sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad. La Sentencia toma como punto de partida la fecha del 14 de febrero de 1995, en que se declaró la insolvencia de la sociedad deudora. Estima la Sala que del hecho de que no se encontraran bienes se deduce que la sociedad estaba incursa en la causa de disolución del apartado e) del artículo 104 LSRL.

En esa fecha, los administradores demandados figuraban inscritos como tales en el Registro Mercantil. D. Eusebio renunció en 17 de mayo de 1994, e incluso se recogió su cese en Acta notarial, pero destaca la Sala que la anotación en el Registro Mercantil de la renuncia se produjo en 3 de marzo de 1997, fecha que a juicio de la Sala de instancia ha de tomarse como referencia, "pues es el momento en que se acredita su cese frente a terceros".

**PRIMERO.-** Han interpuesto Recurso de casación los dos demandados. D. Eusebio presenta dos motivos. En el primero, se denuncia la infracción de los artículos 104 y 105 LSRL, en relación con los artículos 58.4 de la misma LSRL, 1218 y 1227 CC, 319 LEC y la doctrina jurisprudencial que cita. Sostiene el recurrente que en la fecha de su cese, 17 de mayo de 1994 la sociedad no estaba incursa en causa de disolución. En el segundo motivo se considera infringido el artículo 1184 CC, en relación con los artículos 45 y 105 LSRL, 108 RRM y la jurisprudencia que cita. La obligación de convocar la Junta que impone el artículo 105 LSRL, viene a decir, es una obligación de hacer, de la que ha de quedar liberado el deudor cuando haya devenido imposible legal o físicamente.

En el Recurso interpuesto por D. Dionisio solo ha sido admitido el se-

gundo motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 1968 CC, entendiéndose que el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad de los administradores es el de un año.

## I.- RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR D. Eusebio.-

**SEGUNDO.-** En el primero de los motivos se denuncia la infracción de los artículos 104 y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en relación con los artículos 58.4 de la misma LSRL, 1218 y 1227 del Código Civil, 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial que cita. Sostiene el recurrente que en la fecha de su cese, 17 de mayo de 1994, la sociedad no estaba incursa en causa de disolución.

En el segundo motivo de este Recurso se considera infringido el artículo 1184 CC, en relación con los artículos 45 y 105 LSRL, 108 RRM y la jurisprudencia que cita. La obligación de convocar la Junta que impone el artículo 105 LSRL, viene a decir, es una obligación de hacer, de la que ha de quedar liberado el deudor cuando haya devenido imposible legal o físicamente.

Aun cuando los motivos plantean distintas infracciones, el hilo discursivo los enlaza, hasta el punto de que suscita la conveniencia de un examen conjunto, pues se trata de demostrar que en el momento en que se revela la situación que se describe en el artículo 104.e) LSRL los administradores convocan y celebran una Junta Universal en 17 de mayo de 1994, en la que se adopta el acuerdo de aumentar el Capital social en la cifra de 44.000.000 pesetas, con lo que se remueve la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio a la mitad del capital social (artículos 104.e) en relación con el artículo 105.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). En esa misma Junta se acepta la renuncia del recurrente como Administrador, y se recoge en Acta notarial, como se reconoce en la sentencia recurrida (Fundamento Jurídico 4º), pero no se inscribirá hasta 3 de marzo de 1997, después de presentada la demanda. Por ello, cuando se dicta el Auto de insolvencia de la sociedad, en 14 de febrero de 1995, hace meses que el Administrador recurrente ha cesado, por lo que entiende el recurrente que se le condena en razón al incumplimiento por su parte de una obligación, la de convocar la Junta General conforme a lo dispuesto en el artículo 105.1 LSRL, de imposible cumplimiento. Ello le lleva a invocar como infringido el artículo 1184 del Código civil, en relación con los artículos 45 LSRL y 148 del Reglamento del Registro Mercantil.

Los motivos han de ser estimados.

La Sentencia recurrida es poco clara en punto a la razón determinan-

te de la condena del Administrador ahora recurrente. Dice, en el Fundamento Jurídico Tercero, que no se puede admitir el aumento de capital acordado en la Junta Universal de 17 de mayo de 1994 "toda vez que el Auto de insolvencia es de fecha casi un año posterior". Con ello está indicando que la situación de insolvencia que estima como causa de disolución, en base al artículo 104.e) LSRL es no la que se denota en las cuentas de 1993, sino la que se revela en el Auto de 14 de febrero de 1995.

Es entonces cuando surgiría la obligación del convocar en los plazos que indica el artículo 105.1 de la misma Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Con todo, la existencia y operatividad de tal obligación se debería regir no por la repetida Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que entró en vigor en 1 de junio de 1995, sino por la Ley de Sociedades Anónimas, que regía el supuesto en virtud de la remisión que el artículo 11 de la Ley de Sociedades Limitadas de 17 de julio de 1953 verificaba a la Ley de Sociedades Anónimas en punto al régimen de los Administradores, después de su modificación por el artículo 11 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, y puesto que la Disposición Derogatoria.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre dejó subsistente el artículo 11, entre otros, de la Ley 19/1995. Pero ello solo es relevante en cuanto conduce a la aplicación de los artículos 260.1.4º, 262.1, 262.2, I y II y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido), según el texto entonces vigente, con un régimen equivalente.

Pero si el estado de insolvencia, o la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas que han dejado reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital, a menos que se aumente o se acuerde su reducción, se ha de ubicar temporalmente en el Auto de 14 de febrero de 1995, cuando ya hace unos nueve meses que cesó como Administrador el recurrente, la responsabilidad por no convocar la Junta General para tratar de la disolución de la sociedad (o para acordar el aumento o reducción) no puede recaer sobre dicho ex) administrador que no la puede convocar, y se estaría en el caso de exigir el cumplimiento de una obligación de hacer que ha devenido imposible, lo que puede ser subsumido por analogía en la regla del artículo 1184 del Código civil, aunque en puridad se va más allá de aplicar el principio que se expresa con el brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*, pues quien no es ya administrador no está comprendido en el círculo de los obligados por ese deber, ni afectos por la responsabilidad subsiguiente, no tanto por imposibilidad sobrevenida de su obligación

cuanto por hallarse fuera del supuesto de hecho de la norma.

No es óbice a esta conclusión que no se hubiere inscrito el cese en el Registro Mercantil, ya que como tiene señalado esta Sala (SSTS 13 de abril de 2000, 2 de abril de 2002, 26 de mayo de 2006, 5 de marzo de 2009, etc.) el momento para determinar la extensión de la responsabilidad de los Administradores por las deudas sociales prevista en el artículo 262.5 LSA es el la inscripción de su cese por cualquiera de las causas legalmente establecidas en el registro Mercantil, pero esta doctrina ha de entenderse (SSTS 26 de mayo y 26 de junio de 2006, 5 de marzo de 2009, etc.) en el sentido de que la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe el cese de los Administradores por falta de inscripción en el Registro Mercantil (artículos 21.1 y 22.2 Código de Comercio) no exime de la concurrencia de los demás presupuestos exigidos para que surja la responsabilidad, entre los cuales una acción u omisión del administrador que le sea exigible, si bien el efecto que a la falta de inscripción del cese, a efectos de cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a exigir su responsabilidad, es el de no poder iniciar el cómputo del plazo de prescripción, y ello salvo carencia de buena fe en el tercero.

No cabe exigir responsabilidad de un administrador cesado cuando los hechos determinantes de tal responsabilidad se produjeron después de su cese, como ya en otras ocasiones ha dicho esta Sala (Sentencia de 10 de mayo de 1999).

## II.- RECURSO DE CASACION PRESENTADO POR D. Dionisio.-

**TERCERO.-** En el segundo motivo, único admitido, de este Recurso, se denuncia la infracción del artículo 1968.2 del Código Civil, entendiéndose que el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad de los administradores es el de un año. Desde que lo supo agravado, como dice el precepto que considera vulnerado.

El motivo ha de ser desestimado.

La Sala de instancia aplica correctamente el artículo 949 del Código de Comercio, precepto que rige el tema de la prescripción de las acciones de responsabilidad de los Administradores, tanto en el caso de las acciones a que se refieren los artículos 133 a 135 LSA cuanto los supuestos de la responsabilidad de los artículos 262.5 en relación con el 260.1 de la LSA, así como en el artículo 105.5 LSRL, según ha establecido, ya con claridad y de modo consolidado, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 26 de octubre de 2007, que recoge otras anteriores, como las de 26 de mayo de 2004, 22 de marzo, 13 y 22 de diciembre de 2005, 2 de febrero, 6 y 9 de marzo, 23 y 26 de junio, 9 y 27 de octubre y 28 de noviembre de 2006, 13 de febrero, 8



y 14 de marzo de 2007, 5 de marzo de 2009, etc.) Esta responsabilidad nace desde que, producido el conocimiento de la situación de insolvencia o de la concurrencia de alguna de las causas de disolución a que se refieren los apartados 3º, 4º, 5º o 7º del artículo 2601.1 LSA, (o artículo 104, letras e) a g) LSRL) han transcurrido los plazos que señalan los artículos 262.2, 262.4 y 262.5 LSA (o 105.1,4 y 5 LSRL) sin que se haya verificado la promoción de la Junta, de la disolución judicial o del concurso (según el texto actualmente en vigor) en los términos que allí se señalan, y prescribe a los cuatro años del cese, por cualquier causa, como Administradores, como dispone el artículo 949 del Código de Comercio, computándose desde la inscripción de su cese en el Registro Mercantil (SSTS 13 de abril de 2000, 2 de abril de 2002, 26 de mayo de 2006, etc.), doctrina que ha de entenderse (SSTS 26 de mayo y 26 de junio de 2006, 5 de marzo de 2009, etc) en el sentido de que la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe el cese de los Administradores por falta de inscripción en el registro Mercantil no exime de la concurrencia de los demás presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la existencia de dicha responsabilidad.

**CUARTO.-** La estimación, en un caso, de los motivos, en el Recurso interpuesto por D. Eusebio, implica la del mismo recurso, que, habiendo accedido al amparo del artículo 477.2.2º LEC, ha de ser resuelto en el sentido de casar la sentencia, dictando en su lugar otra ajustada a Derecho (artículo 487.2 LEC) sin imposición de las costas (artículos 398.2 LEC. En el caso del Recurso interpuesto por la representación de D. Dionisio, por el contrario, la desestimación del único motivo, implica la del propio Recurso, confirmando respecto de dicho recurrente la sentencia recurrida, con imposición de las costas (artículos 487.2, 398.1 y 394.1 LEC).

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

### FALLO

1.- **NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación de D. Dionisio, que ahora ejerce la Procuradora Dª Beatriz Ruano Casanova, contra la Sentencia dictada en 4 de octubre de 2004 por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, en el Rollo de Apelación 305/1997, dimanante de los Autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 299/1996 del Juzgado de Primera Instancia de Tudela núm. 2, sentencia que respecto de este recurrente se confirma en su integridad, imponiéndole las costas causadas por su Recurso de Casación.

2.- **HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de D. Eu-

sebio, que ahora ejerce el Procurador D. José Manuel de Dorremochea Aramburu, contra la misma Sentencia, que, en cuanto afecta a este recurrente, casamos y anulamos, sustituyéndola por otra con arreglo a los siguientes pronunciamientos:

(a) Desestimamos el Recurso de Apelación interpuesto por D. Hermenegildo contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Tudela núm. 2, en Autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 299/1996, sentencia que confirmamos en su integridad respecto del demandado D. Eusebio.

(b) Imponemos a D. Hermenegildo las costas causadas en apelación por la defensa de D. Eusebio.

(c) Sin expresa imposición de las costas causadas en el Recurso de Casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Vicente Luis Montes Penades.- Encarnación Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montes Penades, 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.

2009/234626

TS Sala 1ª, Sentencia 21 octubre 2009. Ponente: D. Román García Varela

### Cómputo del "dies a quo" Caducidad de acción de retracto de finca rústica

*Desestima la Sala del TS el recurso de casación deducido por el actor contra la sentencia que decretó la caducidad de la acción de retracto. Interesando el recurrente que se declare su condición de aparcerero y se proceda al retracto de la venta de la finca rústica que venía explotando, la Sala confirma el fallo de la AP al considerar que la acción deducida había, efectivamente, caducado. Señala el TS que el "dies a quo" para el ejercicio de la acción da comienzo cuando se tiene un conocimiento cabal de la transmisión. En este caso el recurrente tuvo conocimiento de tal*

*hecho y, si bien dicho conocimiento era mínimo, pudo y debió desplegar una mayor diligencia en orden a conocer los particulares de la venta. No habiéndose producido de este modo, debe considerarse caducado su derecho.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D. Patricio demandó por los trámites del juicio ordinario a Dª Erica y Dª María Angeles, y solicitó que se dictara sentencia donde se hicieran los siguientes pronunciamientos: 1º, la declaración de la condición de aparcerero en el demandante de la "Herencia de Santa Bárbara", en virtud de contrato de 15 de enero de 1981; 2º, la declaración de que asiste al actor el derecho de retracto sobre la cuota indivisa de la finca rústica descrita en el cuerpo del escrito inicial, objeto de compraventa; 3º, la declaración de D. Patricio como subrogado en la venta efectuada por Dª Erica a Dª María Angeles, en fecha de 18 de diciembre de 2001, por precio de 59.067 euros con 47 céntimos, en la forma de pago establecida en la escritura de compraventa, con asunción del importe de los gastos debidos y devengados por la compraventa entre las codemandadas; 4º, la condena a las litigantes pasivas a estar y pasar por dichas declaraciones, y a la entrega de la cuota indivisa de la finca litigiosa al actor; 5º, la declaración del derecho de Dª María Angeles a percibir, además del precio, los gastos debidos que haya acreditado; 6º, el libramiento de mandamientos al Registro de la Propiedad para la inscripción del derecho del actor; 7º, la devolución con cargo a la cuenta de consignaciones del Juzgado a Dª María Angeles de la cantidad de 6.563 euros con 5 céntimos, en concepto de precio satisfecho hasta la presentación de la demanda; y 8º, la imposición de las costas del litigio a las codemandadas.

El Juzgado rechazó íntegramente la demanda, al entender que la acción de retracto estaba caducada por ejercitarse fuera del plazo de sesenta días hábiles marcados por la Ley; y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia, con fundamento en que la fecha de recepción por el demandante del envío notarial, que participaba la fecha de inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad, constituye el plazo de inicio de los sesenta días para el ejercicio de la acción, por cuanto que ha permitido al retrayente la posibilidad de enterarse de la venta y, por consiguiente, constituye, un presunción "iuris et de iure" de que en tal momento la misma fue conocida por el retrayente.

El demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.3 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 24 de marzo de 2009,

lo admitió sólo respecto a los motivos segundo y tercero del escrito de interposición, en atención a que si bien no se acredita la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, si se efectúa en lo tocante a la oposición a la jurisprudencia de Tribunal Supremo.

**SEGUNDO.-** Los motivos segundo y tercero del recurso -uno, acusa la infracción del artículo 88 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, y del artículo 1524 del Código Civil en materia de caducidad de los retractos en los arrendamientos urbanos, sin que la inscripción en el Registro de la Propiedad constituya el "dies a quo" para el inicio de los sesenta días de ejercicio de la acción de retracto en los arrendamientos rústicos, sino aquel momento en que se tiene un conocimiento cabal y completo de la compraventa, tanto de las condiciones esenciales como no esenciales, y cita sobre este particular las SSTS de 27 de marzo de 2002, 21 de marzo de 1996 y 29 de abril de 1986; en definitiva, argumenta que la resolución de instancia vulnera la mentada doctrina jurisprudencial al considerar aplicable el artículo 1524 del Código Civil en materia de caducidad de la acción de retracto de los arrendamientos rústicos; y otro, denuncia la transgresión de los artículos 87 y 88 de la indicada Ley de Arrendamientos Rústicos, en relación con la posición jurisprudencial según la cual, el "dies a quo", con relación a la caducidad en materia de arrendamientos urbanos, para el inicio de los sesenta días hábiles para el ejercicio de la acción de retracto viene condicionado por el momento en que se tiene un conocimiento cabal y completo de la compraventa, tanto de las condiciones esenciales como no esenciales, y cita las SSTS de 25 de mayo de 2001, 27 de julio de 1996, 6 de febrero de 1996 y 17 de marzo de 1989, e, igualmente, considera que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida al señalar como plazo de inicio de los sesenta días para ejercitar la acción de retracto la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad; también, añade que, al haberse notificado en el mes de febrero de 2002 la escritura de otra compraventa suscrita entre dos copropietarios, acompañando nota simple, tal notificación no supone el conocimiento por el recurrente de la compraventa celebrada entre las hoy codemandadas- se examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento y se desestiman.

El artículo 87 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece la obligación del transmitente de notificar al arrendatario su propósito de enajenar, con la indicación de las condiciones de la enajenación, así como el precio y el nombre y circunstancias del adquirente; el artículo 88 de dicha Ley señala que el arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles desde que hubiera recibido la no-

tificación para ejercitar sus derechos de adquisición de la finca en el mismo precio y condiciones, lo que notificará así al enajenante también de un modo fehaciente, y, en defecto de notificación del arrendador, el arrendatario tendrá derecho al retracto dentro de los sesenta días hábiles siguientes a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

La sentencia recurrida contiene la siguiente argumentación:

“Sin embargo, en la compraventa celebrada entre otros y que se advierte que está pendiente de inscripción, la que es objeto de retracto tiene conocimiento de los otorgantes el actor en fecha 25 de febrero de 2002 fecha de recepción del envío notarial.

Por ello, a partir de dicho momento tenía conocimiento de que se había transmitido la finca siendo a partir de la inscripción cuando definitivamente tiene conocimiento cabal de la transmisión pues dejar el día inicial a la solicitud de la certificación registral es tanto como dejar en manos del demandante el momento del dies a quo, pues en este caso se daba la circunstancia de que había tenido conocimiento de que la transmisión se había efectuado por lo que en caso de duda la publicidad que da la inscripción marca el momento a partir del cual empieza a correr el plazo de los sesenta días y como la demanda se interpone el 11 de julio de 2002, ésta se plantea cuando la acción estaba caducada, procediendo por lo expuesto, desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia”. (Sic).

Según obra como hecho probado en la sentencia impugnada, el recurrente ha sabido la existencia de la compraventa de la finca litigiosa el día 25 de febrero de 2002, fecha en la que recibió por conducto notarial la certificación del Registro de la Propiedad, donde figuraba inscrita la transmisión en el día 16 de febrero del mismo año, no obstante procedió a deducir la demanda de retracto el 11 de julio de 2002, cuando ya había transcurrido un plazo muy superior a los sesenta días hábiles desde que tuvo conocimiento de la transmisión.

La demora recién expresada significa que el recurrente ha actuado con negligencia para conseguir los datos concernientes a las condiciones de la enajenación, su precio, el nombre y circunstancias del adquirente y cualesquiera otras que considerara oportunas, para cuyo conocimiento sólo era necesario acudir al Registro de la Propiedad en tiempo correcto y el mismo indicó que ha sabido los términos exactos de la compraventa el 8 de mayo de 2002, al solicitar la correspondiente certificación registral.

La sentencia de la Audiencia no ha vulnerado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ni se opone a lo ordena-

do sobre de caducidad en materia de arrendamientos rústicos y tampoco ha violado el cómputo del inicio del plazo respecto al “dies a quo”.

La transmisión de la propiedad es una cuestión de hecho, que la sentencia de apelación ha fijado en la fecha del conocimiento por el recurrente de la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues bastaba que se enterase de la compraventa por cualquier medio para el comienzo del plazo de sesenta días hábiles para el ejercicio de la acción de retracto, y en nada obsta prestar conformidad con este criterio, que otorga al medio registral la publicidad suficiente para completar el conocimiento cabal de las condiciones de la transmisión.

Esta Sala considera, atendidos los hechos declarados probados, que la mención del artículo 1524 del Código Civil y la interpretación de este precepto por la sentencia recurrida respecto al plazo de caducidad de la acción de retracto en materia de arrendamientos rústicos, constituye un razonamiento “obiter” o a mayor abundamiento, con la calificación de complementario, de los que no es consecuencia directa la parte resolutive de la resolución.

TERCERO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación con la imposición de las costas causadas en el mismo a la parte recurrente (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Patricio contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha de tres de noviembre de dos mil cuatro, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Rios; Roman Garcia Varela; Francisco Marin Castan; José Antonio Seijas Quintana; Encarnación Roca Trias. Firmado y rubricado. Publicación.

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

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/251163

TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 18 noviembre 2009. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

### Sanción impuesta a la Ministra de fomento por una campaña institucional prohibida durante el periodo electoral

*El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Abogado del Estado frente al acuerdo de la Junta Electoral Central, que le impuso a la Ministra de Fomento la sanción de multa, tras declarar que había incurrido en la infracción del art. 153, 1 LOREG, en relación con el art. 50,1 de esa misma Ley y la Instrucción de la Junta Electoral sobre el objeto y límites de las Campañas Electorales. La Sala expone, respecto de la alegada falta de culpabilidad, que siendo tan obvia la trascendencia que en nuestro sistema democrático tiene el principio de igualdad en el sufragio, carece de justificación cualquier alegato que vaya dirigido a eliminar la culpabilidad sobre la base de un posible error respecto de la necesidad de la observancia de dicho principio, destacando que la neutralidad electoral resulta inexcusable en todo momento para cualquier Administración pública y le obliga a abstenerse de cualquier clase de actuaciones contrarias a ella.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acto impugnado en el actual proceso jurisdiccional es el Acuerdo de 19 de junio de 2008 de la Junta Electoral Central (JEC), que impuso a la Ministra de Fomento, Dª Magdalena, la sanción de multa de 660 euros, tras declarar que había incurrido en la infracción del artículo 153.1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), en relación con el artículo 50.1 de esa misma Ley y la Instrucción de la Junta Electoral de 13 de septiembre de 1999 sobre el objeto y límites de las Campañas Electorales.

El recurso contencioso administrativo que ha dado origen al proceso ha sido interpuesto por el Abogado del Estado que, en la posterior demanda, ha postulado su anulación esgrimiendo para ello estos concretos motivos de impugnación:

- (1) Infracción del principio de legalidad.
- (2) Infracción del principio de tipicidad.
- (3) Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a conocer la imputación dirigida contra la Ministra de Fomento.
- (4) Infracción de los principios de personalidad y culpabilidad del derecho sancionador.

(5) Infracción del derecho a la presunción de inocencia.

Los argumentos desarrollados para defender esos motivos, expuestos aquí en lo esencial, se pueden resumir en lo que sigue.

Las razones aducidas respecto de las infracciones que son referidas a los principios de legalidad y tipicidad son coincidentes en lo sustancial.

Lo que se viene a sostener es, primero, que el artículo 50 de la LOREG no ofrece elementos suficientes que permitan apreciar dentro de él la obligación cuyo incumplimiento ha sido reprochado para aplicar y sancionar la infracción del artículo 153.1 de ese mismo texto legal; y, junto a lo anterior, que los elementos tenidos en cuenta para aplicar ese incumplimiento sólo aparecen en esa Instrucción de 13 de septiembre de la JEC que antes se mencionó que, como es obvio, no tiene el rango de ley que resulta necesario para cumplir con las exigencias que demanda el artículo 25 CE.

Y que así ocurre desde el momento en que aquel artículo 50 ciñe lo que dispone a las campañas institucionales que sean realizadas con la finalidad informativa específica que en él se hace constar y por los concretos poderes públicos convocantes del proceso electoral que menciona,

siendo esa polémica Instrucción la única que, ampliando los ámbitos subjetivo y objetivo y la finalidad del precepto legal, ofrece esos elementos que han sido tomados en consideración por la JEC para declarar el ilícito electoral determinante de la sanción aquí controvertida.

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se intenta defender básicamente con el alegato de que, a lo largo del procedimiento sancionador que fue seguido, no se aclaró debidamente si dicho procedimiento era seguido contra la Ministra de Fomento o contra la persona su titular de D<sup>a</sup> Magdalena.

Finalmente, las infracciones referidas a los principios de personalidad y culpabilidad y al derecho a la presunción de inocencia pretenden construirse con la idea principal de que, habiendo sido realizados por RENFE los hechos sancionados, ninguna responsabilidad sobre los mismos le puede ser atribuida a la titular del Ministerio de Fomento por estas razones: porque dicha entidad sólo depende del Ministerio en el ejercicio de las potestades administrativas que tenga atribuidas; y porque no hay prueba alguna que permita relacionar directamente a la Ministra con los hechos sancionados.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de todos esos motivos de impugnación, resulta conveniente hacer constar que los hechos apreciados como probados por el acuerdo sancionador, descritos en su fundamento jurídico 2º, fueron los siguientes:

“A) Que por el Ministerio de Fomento se elaboró un vídeo que fue reproducido en los trenes AVE Madrid-Málaga, y que dio lugar a la presentación de una denuncia por la representante del Partido Popular el 13 de febrero de 2008. La citada denuncia se refería de, manera concreta al AVE Madrid-Málaga del 6 de febrero de 2008 con horario de salida a las 14,35 horas, que dio lugar a la presentación de una reclamación, de la que consta copia en el expediente, por D<sup>a</sup> Celia.

B) El citado vídeo fue emitido en período electoral y sólo fue retirado en ejecución del acuerdo de la Junta Electoral Central de 19 de febrero de 2008. Así se desprende del escrito que la Subsecretaria del Ministerio de Fomento dirigió el 21 de febrero de 2008, a la Junta Electoral Central, comunicando que en esa fecha había enviado una carta al Presidente de RENFE para la inmediata retirada del vídeo.

Frente a la sorprendente alegación recogida en su escrito de 25 de abril, afirmando que el vídeo “no se difundió en esta fase del proceso electoral”, lo cierto es que, según reconoció la propia Subsecretaria de Fomento en el citado escrito de 21 de febrero, y después confirmó im-

plicitamente en el de 25 de abril, (al indicar que el vídeo se había retirado el 21 de febrero) fue emitido durante el período electoral y sólo fue retirado el 21 de febrero, tras la notificación al Ministerio de Fomento del acuerdo de la Junta Electoral Central instando a la inmediata retirada de la emisión del vídeo objeto de la denuncia.

C) El vídeo, en lo que a este expediente interesa, incluye un reportaje de 5 minutos sobre el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte, desarrollado por el Gobierno de España a través del Ministerio de Fomento indicando que “es el Plan más ambicioso desarrollado nunca en España” “que busca tanto la seguridad como la cohesión territorial y social y la competitividad por medio de la política del transporte”. Indica además, que “ha supuesto un giro en la política de transportes una manera de transformar el país, mejorando las comunicaciones y la movilidad de todos con un horizonte 2020”.

“Con este objetivo el Ministerio de Fomento ha puesto en marcha en los últimos tres años obras de gran envergadura, que a veces molestan por su complejidad. Porque las grandes obras son necesarias para conseguir la transformación que se está llevando a cabo”. El Gobierno de España pide disculpas a los ciudadanos por los inconvenientes que estas obras puedan ocasionar”.

A continuación el vídeo se refiere al conjunto de obras en las carreteras españolas realizadas por el Ministerio de Fomento en los últimos tres años; así como la cuantía de las inversiones en esa materia, indicando expresamente las principales de ellas.

En el vídeo aparecen imágenes de esas autovías y en dos ocasiones de las inauguraciones de algunas de ellas por la Ministra de Fomento”.

Debe también señalarse que, en ese mismo acuerdo, la JEC, para justificar la infracción aplicada y sancionada, razonó que los anteriores hechos constituían las campañas institucionales prohibidas por el citado artículo 50.1 de la LOREG, y subrayó a dicho fin que lo pretendido por la nueva redacción de ese precepto, introducida por la Ley Orgánica 13/1994, de 30 de marzo, fue acabar con una práctica llevada a cabo por múltiples autoridades públicas, consistentes en utilizar los medios públicos de la institución u organismo al que pertenecían para realizar una campaña sobre los logros obtenidos durante su mandato, con la implícita inducción del voto a favor de la formación política que realizaba la campaña y la consiguiente vulneración del principio de igualdad entre los candidatos electorales.

Declaró también la JEC que este nuevo criterio legal sobre el contenido de la campaña electoral, extrema-

damente restrictivo (como lo había calificado la sentencia de esta Sala y Sección de 9 de octubre de 2006), es el que le había llevado a aclarar la interpretación del repetido artículo 50.1 de la LOREG mediante su Instrucción de 13 de septiembre de 1999, sobre el objeto y los límites de las campañas institucionales, cuyo contenido había sido éste:

“1º.- La Administración Electoral tiene por finalidad garantizar por los principios de objetividad y transparencia del proceso electoral y el principio de igualdad entre los actores electorales.

Con el fin de hacer efectivos dichos principios y sin perjuicio de que en cada caso se resuelvan por esta Junta Electoral Central los supuestos concretos que se le planteen, en función de las circunstancias concurrentes, no puede realizarse por los poderes públicos ninguna campaña durante el período electoral que atente contra los citados principios.

Se entiende por período electoral el comprendido entre la convocatoria de las elecciones y el día mismo de la votación.

2º.- En el criterio fijado en la norma anterior, no se entienden incluidas, siempre que no se violen tampoco dichos principios y no se dirijan directa o indirectamente, mediata o inmediatamente, a inducir el sentido del voto de los electores:

a) Las expresamente previstas en la normativa electoral en relación con la información a los ciudadanos sobre la inscripción en las listas del censo electoral o las demás previstas en el artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y concordantes, en su caso, de las leyes electorales de las Comunidades Autónomas.

b) Las que puedan resultar imprescindibles para la salvaguarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos.

3º.- En cualquier caso, las campañas aludidas en las letras a) y b) de la norma segunda no podrán contener alusiones a los logros obtenidos durante su mandato por el poder público que realice la campaña ni imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en sus propias campañas por alguna de las entidades políticas concurrentes a las elecciones.

Las anteriores limitaciones se aplican también a las campañas de incentivación de la participación que puedan realizarse, en su caso, de acuerdo con la legislación electoral autonómica aplicable.

4º.- La presente Instrucción será de aplicación a partir del día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

El acuerdo de la JEC, después de transcribir la Instrucción, señaló que el vídeo objeto del expediente constituía una evidente manifestación de una campaña institucional de los logros obtenidos en el sector de las infraestructuras del transporte por carretera por el Ministerio de Fomento en los tres años anteriores a su emisión.

Añadió que de su examen no cabe de ninguna manera extraer que se esté difundiendo información imprescindible para la salvaguarda del interés público o para el correcto funcionamiento de los servicios públicos y, tras lo anterior, realizó esta otra declaración:

“Nada de lo que en él se incluye puede afirmarse que tenga ese carácter. Únicamente se podría hacer mención a la referencia a las disculpas dirigidas al público en general sobre las molestias que pueden causar este tipo de obras.

Pero los pocos segundos de duración de ese escueto mensaje contrastan con los cinco minutos de relato de todas las realizaciones hechas por el Ministerio de Fomento y de los planes para realizar en el futuro, en el que además se incluyen imágenes de inauguraciones de la Ministra de Fomento. Por otra parte se cumple también el requisito temporal, puesto que el citado vídeo se emitió durante el período electoral que, debe recordarse, se inició con la convocatoria realizada el día 14 de enero de 2008.

Todo ello hace que de manera global pueda considerarse como campaña institucional de exposición de los logros realizados por el Ministerio de Fomento durante la última Legislatura, en términos que suponen una infracción de lo dispuesto en el artículo 50 de la LOREG, en relación con la Instrucción de la Junta Electoral Central de 13 de septiembre de 1999, sobre el objeto y los límites de las campañas institucionales”.

TERCERO.- Al igual que se hizo en las sentencias de 28 de mayo de 2008 de (Recurso 7/2005) y 11 de noviembre de 2009 (Recurso 492/2008) de esta misma Sala y Sección, el análisis de esos motivos de impugnación debe ser realizado subrayando, en primer lugar, la importancia que tiene el principio de igualdad en materia electoral, ya que aparece expresamente proclamado en el artículo 23 de la Constitución que, como es bien sabido, reconoce, con el rango de derecho fundamental, el derecho de sufragio pasivo.

También tiene que recordarse que el sufragio igualitario para la elección de la dos Cámaras de las Cortes Generales es, según disponen los artículos 68.1 y 69.2 de la Constitución (CE) y 8.1 de la LOREG, un elemento de suma trascendencia de nuestro sistema político, y por ello, paralelamente, la neutralidad de todos los poderes públicos constituye



uno de los instrumentos legalmente establecidos para hacer efectiva esa igualdad que ha de ser observada en el sufragio.

Y procede añadir, así mismo, que dicha neutralidad en los procesos electorales es una de las específicas proyecciones que tiene el genérico mandato de objetividad que el artículo 103.1 CE proclama para la actuación de toda Administración pública.

Todo lo cual, en orden a la interpretación que ha de darse al artículo 50.1 de la LOREG, sugiere, como ya se dijo en esas anteriores sentencias que acaban de citarse, este criterio: lo único que dicho precepto ciñe a los "poderes públicos que (...) hayan convocado un proceso electoral" es la posibilidad de la campaña institucional informativa que regula, porque la prohibición también dispuesta "de no influir en la orientación del voto de los electores", al ser inherente al mandato de objetividad del art. 103.1 CE, ha de considerarse referido a cualquier Administración pública.

CUARTO.- Las que anteceden son, pues, las premisas desde las que han de resolverse algunos de los motivos de impugnación y, por lo que se va explicar continuación, ya imponen el fracaso de los motivos antes reseñados como (1) y (2).

Ya se ha dicho que el artículo 50.1 de la LOREG, además de los límites que impone a la campaña de carácter institucional que directamente menciona, incluye una terminante prohibición de no influir en la orientación de los votos que, por su directa relación con el mandato de objetividad del artículo 103.1 CE, ha de considerarse dirigida a cualquier Administración Pública.

Por tanto, dicha prohibición afectaba tanto al Ministerio de Fomento como a todas las entidades que de él dependen jerárquicamente por estar sometidas a su superior poder de dirección.

Y las consecuencias principales derivadas de todo lo anterior son que debe considerarse acertada la aquí controvertida decisión de la JEC de apreciar en la conducta aquí sancionada el incumplimiento de esa prohibición de que se viene hablando y, a causa de ello, la infracción electoral que define el artículo 153.1 de la LOREG; y también ha de entenderse correctamente ejercitada la potestad que este último precepto otorga a la Administración electoral para que sancione dicha infracción.

Debe compartirse, por tanto, el criterio sostenido por la demandada Junta Electoral Central, en su escrito de contestación, de que la repetida Instrucción de 13 de septiembre de la JEC se limita a aclarar e interpretar el artículo 50 de la LOREG sin ampliar su ámbito subjetivo y objeti-

vo ni su finalidad, pues lo que hace es realizar esa tarea interpretativa poniendo en relación dicho precepto con los mandatos constitucionales y legales de igualdad entre los candidatos, transparencia y objetividad de los procesos electorales y neutralidad de los poderes públicos para garantizar el derecho de participación política en términos de igualdad (artículos 23.2 CE y 8.1 LOREG).

QUINTO.- Es correcta la argumentación que se viene a esgrimir en la contestación a la demanda para rebatir la infracción del derecho a la tutela judicial reprochada en el motivo de impugnación (5):

Que los órganos administrativos son siempre ejercidos por las personas físicas que ostentan su titularidad y es a éstas a las que cabe referir, en primer lugar, la responsabilidad que sea perseguida en los procedimientos sancionadores tramitados por las actuaciones de dichos órganos; que es a tales titulares a quienes corresponde aclarar y demostrar, en los procedimientos así iniciados, que los hechos perseguidos tuvieron su iniciativa en otra persona y fueron totalmente ajenos a sus poderes directivos; y que en el caso litigioso no cabe hablar de indefensión porque se ofreció trámite para alegar y probar cuanto se estimara pertinente.

SEXTO.- Los restantes motivos de impugnación reseñados como (4) y (5) también carecen de fundamento.

Comenzando por la ausencia de culpabilidad que pretende sostenerse, lo primero que procede es reiterar esas dos ideas que, como aplicables a esta cuestión, fueron subrayadas en la anterior sentencia de esta Sala y Sección de 28 de mayo de 2008 antes mencionada.

Una es que, siendo tan obvia la trascendencia que en nuestro sistema democrático tiene el principio de igualdad en el sufragio, carece de justificación cualquier alegato que vaya dirigido a eliminar la culpabilidad sobre la base de un posible error respecto de la necesidad de la observancia de dicho principio.

Y la otra es que la neutralidad electoral resulta inexcusable en todo momento para cualquier Administración pública y le obliga a abstenerse de cualquier clase de actuaciones contrarias a ella (entre las que se encuentra el facilitar o distribuir propaganda sobre una concreta opción política).

Y a lo anterior debe añadirse toda esta otra argumentación que viene a aducirse en el escrito de contestación a la demanda: la aplicabilidad a esta materia de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículo 130.1), sobre la posibilidad de sancionar las infracciones administrativas cometidas a título de "simple inobservancia"; la consecuencia que ello comporta de

que, en lo que se refiere a la necesaria concurrencia del elemento de culpabilidad, tengan cabida en el derecho administrativo sancionador tanto los supuestos de intencionalidad como las conductas culposas o imprudentes; y la existencia de esa modalidad culposa en el caso litigioso se dio por haberse infringido el deber de cuidado que personalmente era exigible a la Ministra de Fomento en el ejercicio de sus poderes de dirección sobre las entidades públicas dependientes del departamento ministerial cuya titularidad ostentaba.

El reproche de vulneración de la presunción de inocencia también debe considerarse eficazmente rebatido por la parte demandada, al ser de compartir lo que aduce de que el incumplimiento del deber de diligencia que incumbía a la recurrente durante el período electoral por su condición de Ministra es el que determina su responsabilidad en la infracción electoral aplicada.

Y, finalmente, sobre la cuestión de la caducidad del expediente sancionador, de la que la demanda se limita a decir genéricamente que fue alegada en la vía administrativa, procede declarar lo siguiente: que es de compartir lo que la contestación invoca de que, teniendo en cuenta las fechas concretas de incoación y resolución que señala, no es de apreciar un exceso temporal relevante a estos efectos, pues dichas fechas no han sido cuestionadas por la parte recurrente en su escrito de conclusiones.

SÉPTIMO.- Procede, de conformidad con lo que ha sido razonado, desestimar el recurso contencioso-administrativo, y no son de apreciar circunstancias que justifiquen un especial pronunciamiento sobre costas.

## FALLO

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Ministra de Fomento D<sup>a</sup> Magdalena, frente al Acuerdo de 19 de junio de 2008 de la Junta Electoral Central, por ser dicha actuación impugnada conforme a Derecho en lo que ha sido discutido en este proceso.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Juan José González Rivas.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cáncer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

2009/251529

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 2, Sentencia 7 octubre 2009. Ponente: D. Oscar González González

## Sin dictamen del Consejo de Estado Legalidad de las órdenes reguladoras del régimen de estimación objetiva del IRPF y el simplificado del IVA

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, contra la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se desarrollan para el año 2000 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA, al considerar que no era necesario el dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de normas de carácter reglamentario que trasladan y concretan directrices contenidas en disposiciones sometidas a dictamen.*

*La Sala mantiene la legalidad de la Orden impugnada, declarando, respecto de la inclusión en el rendimiento calculado por el régimen de estimación objetiva de los incrementos netos de patrimonio, derivados de la transmisión de elementos afectos a la actividad empresarial o profesional cuando el importe anual de aquellos no excediera de 500.000 pesetas, que es una opción cuya arbitrariedad no se ha acreditado, rechazando que el contraste de legalidad se realice con la Ley 66/1997, ya derogada, y no con la Ley 40/1998. Tampoco considera que exista discriminación cuando el titular de un local que desarrolle dos actividades debe computar por entero, aunque su cónyuge e hijos menores sea personal no asalariado, puntualizando por último que la referencia que se hace a la afiliación al régimen general y no al régimen correspondiente de la Seguridad Social, solo tiene efectos tributarios, no reforma lo previsto en las normas específicas de la Seguridad Social.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 7 de

febrero de 2000, por la que se desarrollan para el año 2000 el régimen de estimación objetiva del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas y el Régimen Especial Simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido. El Tribunal de instancia basó su fallo en los siguientes fundamentos: "Considera la parte demandante que las Ordenes impugnadas son nulas por falta de la preceptiva consulta a la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

Esta no es una alegación nueva, sino que ya fue expuesta en los precedentes recursos contra las Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda de los años 1992, 1993, 1994, 1995, 1998 y 1999. El artículo 22.3 de la ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo del Estado, indica que la Comisión Permanente del Consejo del Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: "...Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones."

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que no es necesario el dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de normas de carácter reglamentario que trasladan y concretan directrices contenidas en disposiciones sometidas a dictamen. En los supuestos de autos, la ley del IRPF y del IVA, respectivamente, remitieron a las normas reglamentarias el detallar el conjunto de índices, módulos o coeficientes generales o característicos de determinados sectores de actividad, a fin de sustituir el antiguo sistema de estimación objetiva singular. En ejecución de esta previsión legal, el Reglamento del IRPF regula dos modalidades de estimación objetiva, una por módulos, signos o índices, y otra por coeficientes.

Por su parte, la ley del IVA remite al desarrollo reglamentario la regulación concreta del régimen simplificado, lo que lleva a cabo el Reglamento del IVA. Una y otra norma reglamentaria, han sido oportunamente informadas por el Consejo de Estado, según indican expresamente sus respectivas Exposiciones de Motivos (últimos párrafos). En este entramado normativo es de destacar que la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha introducido importantes modificaciones en el régimen de estimación objetiva del IRPF y en el régimen simplificado del IVA, cuya nueva configuración ha sido completada a nivel reglamentario por las correspondientes modificaciones de los Reglamentos de ambos tributos, introducidas por el Real Decreto 37/1998, de 16 de enero, que igualmente ha sido sometido a la preceptiva consulta del Consejo de Estado.

Las Ordenes impugnadas se dictan en cumplimiento de las previsiones de los Reglamentos del IRPF e IVA, y se limitan a configurar los signos,

índices y módulos para adaptarlos a los nuevos parámetros. Entiende la Sala que las Ordenes Ministeriales se limitan a contener unas instrucciones para facilitar la aplicación de unos regímenes de tributación del IRPF e IVA establecidos por las leyes y los Reales Decretos que regulan tales impuestos, aclarando o precisando su contenido, careciendo de contenido normativo propio.

Por tanto, es necesario distinguir los Reglamentos que se dictan en ejecución de las leyes, en cuyo procedimiento de elaboración deben ser consultado el Consejo del Estado, de acuerdo con el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1989 ya citada, de aquellas otras disposiciones generales que ni completan, ni desarrollan las leyes, sino que limitan a dar instrucciones para su aplicación y a precisar su contenido. No adolecen por tanto las Ordenes Ministeriales impugnadas de vicio formal en su elaboración derivado de la falta de audiencia del Consejo del Estado, que en este caso no era preceptiva. (...)

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003, en la línea de los razonamientos anteriores, confirma la opinión de esta Sala y establece que las Ordenes impugnadas son complementarias y de desarrollo de los Reales Decretos que aprobaron los Reglamentos del IRPF e IVA, de forma que no se engarzan directamente con las leyes reguladoras del IRPF y del IVA, sino que su interconexión con las mismas se efectúa, expresamente, a través de los Reglamentos interpuestos, oportunamente dictaminados por el Consejo de Estado, por lo que es evidente que resulta superfluo el reiterar, con respecto de dichas Ordenes, el mentado informe del citado órgano de control. (...)

El artículo 24.1 de la ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, indica que "...elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable, no inferior a 15 días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición."

En el expediente (folios 2 a 79) aparece acreditado que se dio cumplimiento a las exigencias del artículo 24 de la ley 59/1997, solicitando informe a las siguientes asociaciones y entidades: CEOE, CEPYME, COAG, UPA, ASAJA, UGT, CCOO, USO, Asociación Española de Asesores Fiscales, Foment del Treball Nacional, CEOE, CEPYME, AIAF Mercado de Renta Fija, UGT, CCOO, USO, Asociación de Economistas y Asesores Fiscales, Asociación de Asesores Fiscales, Asesores Financieros y Tributarios, Asocia-

ción de Abogados Especializados en Derecho Tributario, Instituto de Censores Auditores Jurados de Cuentas, Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles, Consejo General de Colegios Economistas, Consejo General de la Abogacía, Colegio Oficial de Gestores Administrativos, Federación Española de Asociaciones Profesionales, CECO-MA, CEPES, Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, UNIPYME, Confederación de Entidades de Previsión Social, Asociación Española de la Banca Privada, Confederación Española de las Cajas de Ahorros, Colegio Notarial, Asociación Española del Mercado de Valores, INVERCO, ASNEF, UNESPA, Consejo General de Colegios de Habilitados de Clases Pasivas, OCU, Unión de Consumidores de España, Liga de Fútbol Profesional y CERMI, y en relación con la parte actora, también se solicitó informe al Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

Todos estos informes se solicitaron por escrito de 13 de enero de 2000, es decir, de fecha anterior en 25 días a la fecha de la Orden (7/2/2000). Por tanto, no se sostiene la acusación de falta de diligencia de la Administración que expresa la parte actora, pues hemos visto que solicitó el parecer de las asociaciones que hemos citado con antelación suficiente a la fecha de la Orden Ministerial. Igualmente debe señalarse que se ha observado el plazo de 15 días previsto en el artículo 24.1 de la ley 50/1997, sin perjuicio de que tal plazo parezca demasiado breve al recurrente.

Además del cumplimiento formal por la Administración de los requisitos de audiencia fijados por el artículo 24.1 de la ley 50/1997, del expediente resulta que no se ha causado al demandante ninguna indefensión, pues lo cierto es que emitió su informe sobre la Orden Ministerial con anterioridad a su publicación. El Informe elaborado por el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, fechado el 27 de enero de 2000, obra en el expediente (folios 111 a 115). En definitiva, la Administración demandada ha dado cumplimiento, respecto de la Orden de 7 de febrero de 2000, al trámite de audiencia del artículo 24.1 de la ley 5/1997.

El requisito del trámite de audiencia del artículo 24.1 de la ley 50/1997 se cumple al dar audiencia a los interesados, sin que ninguna disposición indique que los informes emitidos por las organizaciones y asociaciones consultadas tenga carácter vinculante para la Administración. (...) Respecto del tratamiento en las Ordenes impugnadas de las amortizaciones e incrementos de patrimonio, critica el recurrente que se tome como base del cálculo rendimientos estimados con arreglo a la

O. M. de 28 de noviembre de 1995, cuya conformidad a Derecho pone en duda. Sin embargo, esta última Orden, que fue objeto del recurso 661/1996, ha sido declarada conforme a derecho en el extremo ahora examinado, por sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1998, y la sola circunstancia de que dicha sentencia no sea firme y esté pendiente de un recurso de casación no presupone la nulidad de la Orden ahora impugnada, como da a entender la demanda.

Tampoco considera la Sala que sea un vicio invalidante que se hayan efectuado cálculos por simple actualización de datos anteriores mediante la aplicación de la variación del IPC, sin que la parte demandante en ningún caso demuestre la existencia de error en tales cálculos. Además, el tratamiento de los incrementos patrimoniales, derivados de transmisiones de elementos afectos a la actividad empresarial, incluido el límite de 500.000 pesetas, no es una innovación de la Orden impugnada, sino que se trata de una previsión del artículo 69.1.c) de la ley 66/1997, de 30 de diciembre. (...)

También se ha pronunciado la Sala en las sentencias que se han citado respecto de la no existencia de discriminación en el tratamiento del cómputo al 50% del cónyuge o los hijos menores, pues el recurrente pretende una equiparación entre dos supuestos distintos, ya que en un caso existe una única actividad en un local y el titular se computa por entero, y en el otro caso existen dos actividades, aunque complementarias, en un local, sin que el titular pueda computarse por entero, ya que debe prorratearse entre las actividades.

En cuanto a la mención a la inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social del cónyuge y los hijos menores del sujeto pasivo, que con él convivan, para que tengan la condición de personal asalariado, siempre que medie contrato laboral y trabajen habitualmente y con continuidad en la actividad empresarial, la Sala entiende que no existe contravención, sino desarrollo de las previsiones de la ley y el Reglamento, pues la afiliación correspondiente al personal asalariado con contrato laboral se efectúa en el Régimen General, siendo incompatibles dichas características de la relación laboral con la afiliación al Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

A lo que deben añadirse los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003 en relación con la improcedencia de estos motivos de impugnación. (...) Decíamos que es una novedad, en relación con el recurso resuelto en nuestra sentencia de 5 de diciembre de 2001, la alegación de ser contrarias a derecho las normas sobre revocaciones de renunciadas al Régimen de Estimación Objetiva contenidas en la

Orden impugnada. La Orden impugnada, en su apartado séptimo, establece la posibilidad de revocación de renunciaciones a la aplicación del régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca, aunque no hubiera transcurrido el plazo de 3 años desde la formalización de la renuncia.

El apelante muestra su conformidad con esta excepción al plazo mínimo de 3 años de permanencia en el régimen de estimación objetiva. La discrepancia del recurrente con la Orden impugnada se encuentra en que la posibilidad anticipada de revocar las renunciaciones debería extenderse, en su opinión, a otras actividades empresariales distintas de la agricultura, ganadería y pesca, como la albañilería y pequeños trabajos de construcción en general, escuelas y servicios de perfeccionamiento del deporte y servicios de peluquería de señora y caballero.

Sin entrar en el debate sobre si es o no más razonable extender a estas actividades la posibilidad de revocación de la renuncia antes de los 3 años, lo relevante desde el punto de vista jurídico es que el silencio que guarda la Orden impugnada sobre la pretendida extensión hace que sea aplicable a dichos sectores el régimen general de las revocaciones de las renunciaciones del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento General del IRPF, que no permite la revocación de la renuncia al régimen de estimación objetiva durante los 3 años siguientes al de su formalización, sin que pueda por tanto decirse que en este apartado la Orden impugnada sea contraria a derecho, pues no existe norma alguna que imponga la extensión que pretende el recurrente. Por las anteriores razones procede la desestimación del recurso contencioso administrativo". Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

Por razones metodológicas conviene examinar, en primer lugar, los motivos que afectan a la totalidad de la Orden- omisión del dictamen del Consejo de Estado, irregularidades en el trámite de audiencia-, y posteriormente los que se refieren a aspectos parciales de la misma:

- a) Tratamiento de las amortizaciones y de los incrementos de patrimonio.
- b) Revocación de las renunciaciones al régimen de estimación objetiva.
- c) Cómputo del cónyuge e hijos cuando no existe más de una persona asalariada.
- d) Afiliación al régimen general de la Seguridad Social.
- e) Incongruencia omisiva y falta de motivación suficiente respecto a la revocación de las renunciaciones al ré-

gimen de estimación objetiva y la actualización de las cuantías asignadas a ejercicios anteriores a las distintas variedades aplicables para la determinación en cada sector del rendimiento neto de la actividad.

SEGUNDO.- La entidad recurrente aduce que los razonamientos de la sentencia recurrida para justificar la omisión del dictamen del Consejo de Estado de que se trataba de una disposición que trasladaba y concretaba directrices contenidas en disposiciones sometidas a dictamen, no son admisibles pues la Orden establecía "ex novo" el contenido normativo del régimen de estimación objetiva por signos, índices o módulos.

El motivo debe desestimarse, pues como se señala en las sentencias de esta Sala de 11 de febrero de 2003, 24 de mayo de 2004 y 31 de enero de 2007 (posteriores, por tanto, a las citadas por la recurrente en su escrito de interposición en defensa de su tesis), dictadas en recursos de casación interpuesto por la misma Cámara Oficial ahora recurrente contra Órdenes anteriores referidas al régimen de estimación objetiva del IRPF y al régimen especial simplificado del IVA:

"Por tanto, teniendo en cuenta que las Ordenes complementarias y de desarrollo de tales Reales Decretos, con el sentido y alcance especificados en los mismos, no se engarzan directamente (a pesar de los sutiles razonamientos expuestos al respecto por la parte recurrente) con las Leyes reguladoras del IRPF y del IVA, antes citadas, sino que su interconexión con las mismas se efectúa, expresamente, a través de los Reglamentos interpuestos, oportunamente dictaminados por el Consejo de Estado, es evidente que resulta superfluo el reiterar, con respecto a dichas Ordenes, el mentado informe del citado órgano de control, sobre todo teniendo en cuenta, primero, que la naturaleza y alcance de los signos, índices y módulos y de las Instrucciones para su cómputo exigen una facilidad de adaptación a las características de las actividades a las que se aplican, susceptibles de modificación en cada año o período de tiempo determinado lógicamente corto, que ni la Ley ni el Reglamento de desarrollo de la misma pueden prever con la especificación y, en su caso, diversidad y puntualización que la agilidad de elaboración de una Orden, en su condición de disposición general, permite explicitar sin el previo conjunto de trámites que la norma reglamentaria habilitante exige y lleva implícito, y, segundo, que, si bien es factible que, en algunos extremos de su regulación, las Ordenes se excedan de lo indicado en el Reglamento al que puntualizan, tales extremos son de tan escasa entidad que no desvirtúan, sino que matizan y modulan, lo que el Reglamento habilitante determina, en su esencia, como lo más determinante del comentado sistema

de signos, índices o módulos y de sus coetáneas y necesarias Instrucciones".

TERCERO.- Se aduce, a continuación, irregularidades en el trámite de audiencia, si bien lo refiere únicamente a que la remisión del proyecto a la Confederación de Selvicultores de España se envió con menos de 15 días hábiles de la fecha límite de publicación de la Orden en el BOE -1 de enero de 2000, conforme a la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 1968/1999, de 23 de diciembre -.

El motivo debe desestimarse pues, ya esta Sala en las sentencias antes citadas abordó este tema, desesti-

■

*"La cuestión se desarrolla en un campo dominado por la discrecionalidad técnica de la Administración, en el cual la jurisdicción no puede entrar a valorar las circunstancias que han determinado excluir del sistema general a unos sectores y no hacerlos con otros. Puede ser que una de las causas determinantes fuera el cambio favorable operado en el régimen de estimación objetiva, pero también han podido influir otras causas..."*

■

mándolo con los siguientes fundamentos: "Ciertamente es que tal trámite, lejos de ser un mero consejo complementario, constituye, sobre todo después de la CE, y a tenor de una reiterada jurisprudencia de esta Sala, un elemento integrador y básico de la elaboración de una disposición general administrativa, pero más cierto es, en este caso de autos, que tal trámite se ha cumplimentado y llevado a efecto, y, por ello, su virtualidad no queda, ni ha quedado, disminuida ni eliminada por el doble hecho de que, primero, el "plazo" concedido al respecto, no haya sido lo suficientemente amplio como para, según la opinión subjetiva de la recurrente, poder materializar, en tal audiencia, todos los argumentos estimados per-

tinentes, pues el tiempo del que se dispuso fue el previsto en la normativa aplicable (a tenor de las circunstancias concurrentes y de la fecha concreta en que las Ordenes debían publicarse en el BOE -respecto a la que no había disposiciones que permitieran modificarla, anticipándola o retrasándola-) y el necesario y suficiente, además, para efectuar las manifestaciones reputadas imprescindibles (sobre todo cuando, a posteriori, se han realizado, sin grado alguno de indefensión, todas las argumentaciones impugnatorias que han devenido aconsejables -posibilidad, utilizada, que, aun cuando no tenga el mismo alcance que la efectuada en ese trámite del artículo 130.4 de la LPA, no deja, por ello, de ser plenamente útil y eficaz a los comentados fines impugnatorios-), de modo y manera que la sentencia de instancia ha declarado, por todo ello, con toda justificación, que tal trámite no ha dejado de ser observado y cumplimentado; y, segundo, los proyectos de las Ordenes hayan sido "alterados", en opinión de la recurrente, durante y después del comentado trámite de audiencia, pues, además de que tal aserto no ha quedado lo suficientemente contrastado en los autos jurisdiccionales de instancia, la sentencia recurrida ha declarado, también, que no se aprecia que tales alteraciones supusieran una modificación sustancial en las Ordenes litigiosas con entidad para declarar la pretendida nulidad por defectos sustanciales en su elaboración (declaración que, como producto de una propia valoración probatoria que es -dimanante del examen de todos los elementos de juicio disponibles-, no puede ser objeto de revisión en esta vía casacional, como reiteradamente tiene declarado la doctrina jurisprudencial)."

A los anteriores razonamientos cabe añadir, que aunque la Disposición Transitoria citada imponga dicho plazo, lo cierto es que la publicación de la Orden tuvo lugar en el BOE de 10 de febrero de 2000, con lo que el plazo de 15 días hábiles a que se refiere la recurrente se sobrepasó en algunas fechas, por lo que ninguna indefensión se ha ocasionado a la indicada Confederación, que sería, en cualquier caso, la que tendría que impugnar la orden por tal motivo.

CUARTO.- En relación con las infracciones que se atribuyen a la sentencia recurrida en relación con la consideración a efectos del cálculo del rendimiento neto de las amortizaciones del inmovilizado, unas se refieren, en primer lugar, a defectos que se incluían en la anterior Orden de 13 de febrero de 1998, y otras, en segundo término, se refieren a la discriminación que supone la posibilidad de amortización de las inversiones para adecuar o mejorar el local si el contribuyente es propietario del mismo, pero no si se está en régimen de alquiler, lo que a su juicio va en contra de la incentivación de estas inversiones conforme a la Ley 66/97,

que establece que “en el ámbito de la estimación objetiva se posibilita una mayor aproximación al rendimiento realmente obtenido, de tal suerte que, de un lado, tenga en cuenta el esfuerzo inversor realizado por cada sujeto pasivo”. Respecto del primer punto, la sentencia de esta Sala de 31 de enero de 2007 declaró la legalidad de la Orden de 13 de febrero de 1998, por lo que no puede ahora reproducirse los argumentos esgrimidos en aquella ocasión por el mismo recurrente, debiendo de estarse a los fundamentos de dicha sentencia.

En cuanto a la segunda cuestión, la discriminación invocada no existe, pues tiene un fundamento claro, que es esencial en las amortizaciones, y que consiste en la pervivencia del inmovilizado en el patrimonio del sujeto pasivo, lo que puede no ocurrir en los supuestos de arrendamientos, al poder éstos extinguirse, bien por la propia voluntad del arrendatario, bien por concurrir alguno de los supuestos legales de extinción, que en muchos supuestos dan lugar a la devolución por el arrendador de las inversiones efectuadas, con lo que el esfuerzo inversor del arrendatario, que la Ley 66/97 pretende que se tenga en cuenta, estaría ya compensado. Además el artículo 69. Uno. d) de la Ley 18/91, en la redacción dada por la Ley 66/97, se limita expresar que “en el cálculo del rendimiento neto de las actividades empresariales o profesionales en estimación objetiva se utilizarán los signos, índices o módulos generales o referidos a determinados sectores de actividad que determine el Ministerio de Economía y Hacienda, habida cuenta de las inversiones realizadas que sean necesarias para el desarrollo de la actividad”; de lo que difícilmente puede extraerse la conclusión a la que llega la recurrente.

QUINTO.- Aduce la recurrente infracción por la sentencia recurrida de la Ley 66/97, que estableció que, en los rendimientos calculados por el régimen de estimación objetiva, se entendieran incluidos los incrementos netos de patrimonio derivados de la transmisión de elementos afectos a la actividad empresarial o profesional, pero sólo cuando el importe anual de aquellos no excediera de 500.000 pesetas, sin que la Orden impugnada, que es continuista del régimen de anteriores Ordenes, haya reducido el importe de los nuevos signos, índices o módulos en proporción al peso relativo que dichos incrementos patrimoniales tuviesen en el conjunto del rendimiento neto resultante de la aplicación del régimen de estimación objetiva.

El motivo debe desestimarse por diversas razones. En primer lugar no se hace la más mínima referencia al apartado concreto de la Orden al que se le atribuye la infracción. En segundo término, se parte de infracciones acumuladas por Ordenes anteriores cuya legalidad ha sido declarada por esta Sala en las sentencias men-

cionadas. En tercer término, el contraste de la legalidad de la Orden impugnada debe hacerse, no con la Ley 66/97, ya derogada, sino con la vigente en el momento en que se dictó la Orden, es decir, con la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del IRPF y el Real Decreto 214/99. Por último, es una opción de la Administración incluir para el cálculo del rendimiento neto los incrementos de patrimonio derivados de la transmisión de elementos afectos a la actividad cuando su importe anual no supere las 500.000 pesetas, siendo preciso una prueba, que la parte recurrente ni siquiera solicitó en la instancia, que demostraran sus afirmaciones y la arbitrariedad en que habría incurrido la norma recurrida.

SEXTO.- El artículo 31.3 del Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, establece que la renuncia al régimen de estimación objetiva tendrá efectos para un período mínimo de tres años. La parte recurrente entiende que el apartado séptimo de la Orden impugnada al establecer que “Los sujetos pasivos que hubieran renunciado a la aplicación del régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca por aquellas actividades susceptibles de determinar su rendimiento neto por el régimen de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas podrán revocar tal renuncia, aunque no hubiera transcurrido el plazo de tres años”, discrimina a otros sectores respecto de los cuales la Orden no prevé posibilidad alguna de revocación anticipada, pese a haberse producido variaciones importantes en la reducción del tipo impositivo en el IVA, en concreto, a la albañilería, escuelas y servicios de perfeccionamiento del deporte, servicios de peluquería de señoras y caballeros, y transportes. La cuestión se desarrolla en un campo dominado por la discrecionalidad técnica de la Administración, en el cual la jurisdicción no puede entrar a valorar las circunstancias que han determinado excluir del sistema general a unos sectores y no hacerlos con otros. Puede ser que una de las causas determinantes fuera el cambio favorable operado en el régimen de estimación objetiva, pero también han podido influir otras causas que han llevado a la Administración a propiciar el cambio en un determinado sector cuya fortaleza era necesario estimular con las mejoras efectuadas en el régimen de estimación objetiva, facilitando su pase a él desde el régimen de estimación directa.

La ausencia de regulación, por otra parte, no supone ilegalidad de la norma, como acertadamente afirma la sentencia recurrida, no correspondiendo a esta jurisdicción suplir una omisión del legislador cuando no se ha probado que los sectores omitidos se encuentren de forma plena en similares circunstancias que los incluidos.

SÉPTIMO.- La entidad recurrente denuncia a continuación infracción

del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, al establecer la Orden impugnada una discriminación entre el titular de un local en que sólo se desarrolle una actividad del que desarrolle dos actividades, pues mientras que el primer caso se realiza el cómputo al 50% del cónyuge e hijos menores cuando tengan la condición de personal no asalariado, siempre que el titular se compute por entero y no haya más de una persona asalariada, en el segundo caso se computan por entero, lo que comporta un importante incremento económico de los módulos, a los efectos de las magnitudes específicas que determinan la aplicación o inaplicación del régimen de estimación objetiva del IRPF o del régimen especial simplificado del IVA, en el que el número de personas empleadas es decisivo. Esta Sala ya se ha pronunciado en las sentencias indicadas en contra del anterior motivo, con base en los razonamientos de la sentencia de instancia, añadiendo:

(...) Porque, en contra de lo aducido por la interesada, la sentencia ha sacado la conclusión, a la vista de todos los datos concurrentes, de que no se produce la discriminación denunciada cuando, precisamente, en caso de concurrir las condiciones descritas -en las mencionadas Definiciones Comunes-, lo que se genera es una situación favorable al contribuyente. Y tal solución, como derivación de la valoración probatoria efectuada por la sentencia de instancia, no puede ser, además, objeto de revisión en esta vía casacional. Por ello el motivo debe desestimarse.

OCTAVO.- También en las indicadas sentencias se resolvió en sentido desestimatorio, la referencia en la Orden recurrida a la afiliación al Régimen General de la Seguridad Social y no al Régimen correspondiente de la Seguridad Social, en orden a la consideración del cónyuge e hijos menores del sujeto pasivo que con él convivan como personal asalariado. Se dijo en esas ocasiones que:

“g) No existe tampoco contradicción entre lo previsto en los artículos 43.Dos de la Ley 18/1991 del IRPF y 30.Uno. a) de su Reglamento (RD 1841/1991) y el punto 3 de las comentadas Definiciones Comunes, por el hecho de que en aquellos preceptos se hable, sin más, de afiliación al régimen correspondiente de la Seguridad Social y, en la Definición Común se haga referencia al régimen general de la Seguridad Social (cuando es factible que el cónyuge y los hijos menores puedan estar adscritos a un régimen especial de la misma), porque la expresión plasmada en la citada Definición Común de las Ordenes aquí cuestionadas (que sólo tiene un alcance válido en el ámbito tributario) no puede ni debe ser interpretada en un sentido técnico ni menos reformador (como acertadamente puntualiza la sentencia recurrida) de lo que las normas específicas de la Seguridad Social hayan

previsto (de modo que el régimen de la Seguridad Social será general o especial según lo que, en cada caso, preceptúe la normativa social o laboral)”. En consecuencia el motivo debe desestimarse.

NOVENO.- La alegada incongruencia de la sentencia por no haberse pronunciado sobre la revocación de las renunciaciones al régimen de estimación objetiva y la arbitrariedad de la Orden en relación con las cuantías asignadas en ejercicios anteriores a las distintas variedades aplicables para la determinación de cada sector, debe también desestimarse, porque, aunque sea escuetamente, la sentencia recurrida en su fundamento jurídico noveno, transcrito anteriormente, explica las razones que le llevan a su conclusión, razones que han sido asumidas por esta Sala en el fundamento quinto precedente.

DÉCIMO.- Por las razones expuestas, se está en el caso de desestimar el recurso de casación interpuesto por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, contra la sentencia dictada el 25 de junio de 2001 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 512/2000 con imposición de las costas causadas al recurrente. Si bien la Sala haciendo uso de la facultad reconocida en el artículo 139.3 LJCA, señala 1.500 € como cifra máxima de los honorarios del Letrado.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad El Rey,

## FALLO

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, desestimamos el presente recurso de casación núm. 8510/2003, interpuesto por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 25 de junio de 2001, recaída en el recurso núm. 512/2000, con imposición de costas a la parte recurrente con el límite cuantitativo expresado en el último de los Fundamentos Jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Manuel Martín Timón.- Óscar González González.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Oscar González González, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.



2009/217632

TS Sala 4ª, Sentencia 9 julio 2009. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

Por retraso en contratación de segundo relevista

## Responsabilidad empresarial en el pago de prestación por jubilación parcial

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad bancaria demandante frente a sentencia que declaró su responsabilidad en el pago de la pensión de jubilación parcial por el cese del trabajador relevista sin que dicha plaza haya sido cubierta por otro trabajador calificado para ello en el plazo establecido en la disp. adic. 2ª, 4 RD 1131/2002.*

*La Sala señala que el retraso en el cumplimiento de la obligación de sustituir al trabajador relevista encaja en el tipo de incumplimiento descrito en la mencionada disposición y da lugar, por tanto, a la atribución al empresario de la responsabilidad de la prestación de jubilación parcial por el tiempo de demora en la contratación del segundo relevista y ello porque la norma infringida regula la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento, por parte del empleador, de su obligación de mantener un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre la interpretación de la Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002, regulador de la jubilación parcial y de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial. Con base en esta disposición, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha impuesto a la empresa demandante (BBK), que es la que ahora recurre, la responsabilidad de la pensión de jubilación parcial reconocida a un trabajador que había estado prestando servicios a tiempo completo, pasando luego a la situación de empleo (15%) y jubilación (85%) a tiempo parcial.

La causa de imputación de responsabilidad de prestaciones alegada por el INSS fue el cese del trabajador relevista contratado para la cobertura de la "jornada parcial vacante", sin que, durante un cierto tiempo, dicha plaza de relevista fuera cubierta por otro trabajador calificado para ello. Las fechas y datos precisos del caso son:

a) Jubilación parcial del empleado de BBK, el 1 de mayo de 2006.

b) Contratación de un primer relevista para desempeñar la jornada

parcial vacante (85%) el mismo día 1 de mayo de 2006.

c) Excedencia voluntaria (por tres años y medio) de dicho primer relevista a partir del 25 de marzo de 2007.

d) Contratación de un segundo relevista para atender a la misma jornada vacante el 1 de mayo de 2007.

e) Exigencia de responsabilidad a la empresa por retraso en la contratación del segundo relevista mediante resolución de 11 de septiembre de 2007.

El importe de la responsabilidad de la pensión de jubilación parcial exigida por el INSS a la empresa es equivalente a la cantidad abonada por jubilación parcial durante el tiempo de "jornada parcial vacante" no atendida por un trabajador relevista; es decir, de 25 de marzo de 2007 al 1 de mayo del mismo año.

SEGUNDO.- La Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002 contiene, en lo que interesa a la solución del caso, la siguiente regulación:

"1. Si durante la vigencia del contrato de relevo antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el

cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada"...

"3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo.

En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido..."

"4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada".

El apartado 1 de la disposición reproducida establece un deber del empresario de sustitución del trabajador relevista que hubiera cesado en el trabajo por otro trabajador que se encuentre en situación de desempleo o en situación de trabajador temporal de la misma empresa. El apartado 3 detalla el alcance del deber anterior mediante especificaciones por un lado de la modalidad contractual de la nueva contratación, que ha de ser también un contrato de relevo, y por otro lado del plazo para llevarla a cabo, que no puede exceder de quince días. En fin, el apartado 4 determina la consecuencia desfavorable del "incumplimiento" de las "obligaciones establecidas" a cargo del empresario en los apartados anteriores, que es el abono a la entidad gestora del importe de la pensión por un período de tiempo delimitado por dos fechas precisas: la del "momento de la extinción del contrato" y la del acceso a la "jubilación ordinaria o anticipada" por cese en el empleo a tiempo parcial del jubilado parcial.

Los preceptos transcritos de la DA 2ª plantean numerosos problemas interpretativos, que han de ser resueltos con ayuda de diversos instrumentos hermenéuticos. Debe tenerse en cuenta, además, que el marco legal de la jubilación parcial ha experimentado cambios importantes, en virtud de la Ley 40/2007, de "medidas en materia de Seguridad Social", tanto en lo que concierne a la pensión de jubilación parcial (nueva redacción de los apartados 1 y 2 del art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social) como en lo relativo a los contratos de trabajo a tiempo parcial del jubilado parcial y del trabajador relevista (nueva redacción del

art. 12.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores). Este cambio legislativo no es de aplicación al caso por razones cronológicas.

A uno de estos problemas interpretativos, distinto del que ahora nos ocupa, ha dado ya respuesta la doctrina unificada de esta Sala del Tribunal Supremo en varias sentencias precedentes, como STS 29-5-2008 (rec. 1900/2007), STS 23-6-2008 (rec. 2930/2007) y 16-9-2008 (rec. 3719/2007), que se refieren todas ellas a si es exigible o no la responsabilidad empresarial prevista en la DA 2ª RD 1131/2002 en supuestos de extinción de los contratos conexos a tiempo parcial, el del jubilado y el del relevista, como consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo.

TERCERO.- En los debates de suplicación de las sentencias comparadas, la controversia concreta que debemos resolver en casación unificadora se ha centrado en la interpretación del término "cese", referido al trabajo del primer relevista. Para la sentencia recurrida la excedencia voluntaria regulada en el art. 46 del Estatuto de los Trabajadores (ET) es un supuesto de "cese" a los efectos de la DA 2ª RD 1131/2002. Para esta sentencia, "toda situación en que se produce la vacante del puesto desfigura el fenómeno de la jubilación parcial, por lo que es necesaria de nuevo la cobertura del puesto"; partiendo de esta premisa se llega a la conclusión de que la expresión cese, en el contexto de la citada disposición adicional "no puede aplicarse solamente a los supuestos de extinción del contrato de trabajo", sino que debe aplicarse también a supuestos, como el enjuiciado, de excedencia voluntaria.

Para la sentencia de contraste, en cambio, el "cese" al que se refiere la mencionada disposición comprende sólo los supuestos de extinción del contrato de trabajo enumerados en el art. 49 ET. Viene a decir esta sentencia que no cabe una interpretación analógica del apartado 4 de la DA 2ª RD 1131/2002 que extienda la severa sanción de incumplimiento impuesta en el mismo al empresario a casos de mero retraso en la sucesión de relevistas en los que no se aprecia un "ánimo defraudatorio de la empresa" que proceda efectivamente a la sustitución del trabajador relevista.

La interpretación del término "cese" es efectivamente, como se razonará en el fundamento siguiente, y como ha advertido el informe del Ministerio Fiscal, la principal clave de la decisión en derecho del presente litigio.

CUARTO.- El término "cese" referido al trabajo no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET. Puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el



trabajador, por su propia voluntad, deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo con su decisión voluntaria, por el período de apartamiento del trabajo, una plaza vacante en el organigrama de la empresa. La opción por una interpretación extensiva, que comprenda estos supuestos de cese temporal, o por una interpretación estricta, que limite el alcance de la expresión al cese definitivo, dependerá normalmente de la finalidad de la disposición en la que el término aparezca.

En el contexto de la DA 2ª RD 1131/2002 debe acogerse una interpretación amplia del término "cese", que incluya los supuestos de cese temporal por excedencia voluntaria que constituyan un incumplimiento total o de larga duración del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista. La institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico, persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro, y por otra mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial. Este segundo propósito de mantenimiento del empleo vacante no se podría alcanzar de consentirse la excedencia voluntaria del trabajador relevista, una situación que en el caso enjuiciado se prolongaría por un largo tiempo de tres años y medio. De ahí que haya de entenderse que el relevista que pasa a excedente voluntario deba ser sustituido por el empresario en el tiempo de quince días previsto en la citada disposición adicional.

Lo anterior quiere decir que la demora en la sustitución del relevista genera un retraso en el cumplimiento, es decir, un incumplimiento del deber empresarial de contratación de un trabajador sustituto en el plazo previsto de quince días. Así las cosas, la cuestión planteada en el recurso viene a ser si la conducta de retraso en el cumplimiento de la obligación de sustituir al trabajador relevista puede encajarse en el tipo de incumplimiento descrito en la DA 2ª.4 RD 1131/2002. Y puede dar lugar, por tanto, a la atribución al empresario de la responsabilidad de la prestación de jubilación parcial por el tiempo de demora en la contratación del segundo relevista.

QUINTO.- La Sala ha dado ya una respuesta afirmativa a la cuestión objeto del presente recurso en sentencia que lleva fecha del día de ayer (STS 8-7-2009, rec. 3147/08 bis), que se refiere a la misma entidad demandada y que se ha deliberado de forma paralela y coordinada con la presente resolución. A esta doctrina hay que estar también en este asunto, en aras a la formación de una jurisprudencia uniforme, sin que tenga relevancia suficiente para dar una solución dis-

tinta el hecho de que el retraso en la cobertura de la vacante del trabajador relevista haya sido considerable en la sentencia precedente y de menor cuantía en el caso actual, puesto que la mayor o menor importancia del retraso ha supuesto correlativamente un mayor o menor tiempo de imputación de responsabilidad a la empresa que ha incurrido en mora.

El fundamento de la decisión adoptada en nuestra sentencia precedente se puede resumir en los dos pasajes siguientes:

1) La DA 2ª.4 RD 1131/2002 es "un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste".

2) "Si tal incumplimiento fuera meramente parcial (falta de contratación de un nuevo relevista durante más de 15 días a partir del cese del anterior, pero por un período concreto que sea menor de aquél en que deba producirse la jubilación total o anticipada del jubilado parcial), en ese caso la responsabilidad del empleador deberá atemperarse para ser exigida en forma proporcional a la entidad del incumplimiento".

SEXTO.- La proyección de la doctrina anterior sobre el presente asunto conduce a la desestimación del recurso.

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

#### FALLO

Destimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Bilbao Bizkaia Kutxa (BBK), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de fecha 8 de julio de 2008, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de marzo de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Bilbao, en autos seguidos a instancia de dicho recurrente, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre jubilación parcial. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir al que la Sala dará el destino legal. Condenamos a la parte recurrente al abono de los honorarios de Letrado de la parte recurrida y personada.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

firmamos. Antonio Martín Valverde.- Jesús Gullón Rodríguez.- Joaquín Samper Juan.- José Manuel López García de la Serrana.- Luis Fernando de Castro Fernández.

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

2009/229116

TS Sala 4ª, Sentencia 16 septiembre 2009. Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

No se incluye el complemento retributivo autonómico

### Paga extraordinaria de antigüedad en empresas de enseñanza privada sostenidas con fondos públicos

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Comunidad Autónoma codemandada contra sentencia que la condenó al abono de las cantidades reclamadas en concepto de complemento retributivo autonómico a sumar a la paga extraordinaria de antigüedad establecida en el art. 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos.*

*La Sala señala, siguiendo doctrina unificada, que la dicción literal del art. 61 ya mencionado es clara, pues fija la cuantía de la paga extra de antigüedad a razón de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio, es decir, en función de las pagas extraordinarias que se prevén en el art. 59 de dicho convenio y, teniendo en cuenta este último artículo, es evidente que los complementos retributivos autonómicos no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la paga extraordinaria de antigüedad debatida, pues, según el citado art. 59 no se computan tampoco para calcular el montante de las pagas extraordinarias "ordinarias".*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora presta servicios de docencia para el COLEGIO DE LAS MISIONERAS DE LA PROVIDENCIA de Salamanca. La empresa citada se dedica a la enseñanza, habiendo llevado a cabo el correspondiente concierto económico con la Junta de Castilla y León.

La demandante lleva a cabo la prestación de servicios mencionada desde el 1 de enero de 1975. Por Orden EDU/449/2004, de 22 de marzo se acordó dar publicidad al acuerdo de 17 de enero de 2004, entre la Consejería de Educación y las Organizaciones Patronales y Sindicales más representativas; señalando el pacto primero del mismo que la Administración abonará la paga extraordinaria por antigüedad establecida en el artículo 61 del IV Convenio.

A la demandante se le ha abonado la paga extraordinaria de antigüedad establecida en el art. 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, publicado en el BOE de 17 de octubre del 2000. El abono de esta paga extraordinaria se hizo efectivo a la actora en cuatro tramos por partes iguales, percibiendo el primer tramo en el mes de septiembre de 2004, el segundo en enero del 2005, el tercero en enero de 2006 y el cuarto tramo en enero de 2007. Pero la demandante no está conforme con la cuantía que le ha sido abonada, habida cuenta que en la base de cálculo de tal importe no se ha incluido el complemento retributivo autonómico, y la actora estima que este complemento se debe incluir en dicha base de cálculo.

Por ello, el día 21 de junio de 2007, interpuso reclamación previa y posterior demanda origen de estas actuaciones, ante los Juzgados de lo Social de Valladolid, dirigida contra la empresa de enseñanza antes citada y contra la Junta de Castilla y León, en la que solicitó que se le abonasen las diferencias económicas correspondientes a la citada inclusión del complemento retributivo autonómico.

El Juzgado de lo Social núm.1 de Salamanca dictó sentencia de fecha 20 de diciembre de 2007 en la que estimó en parte la mencionada demanda y condenó a la Consejería a abonar a la demandante la cantidad de 391,86 euros, absolviendo a la empresa COLEGIO MISIONERAS DE LA PROVIDENCIA desestimando la demanda formulada contra dicha empresa y absolviéndola de todos los pedimentos formulados en su contra, declarando la prescripción de las restantes cantidades reclamadas.

La Junta de Castilla y León y la demandante formularon recurso de suplicación, y la Sala de lo Social de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, mediante sentencia de fecha 4 de junio de 2008, desestimó el formulado por la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN y estimó en parte el formulado por la demandante, revocando la resolución recurrida en el único sentido de fijar la cantidad que debe serle abonada en la de 537,54 euros confirmando los restantes pronunciamientos y condenando a la Junta de Castilla y León al abono de las costas causadas

al letrado impugnante del recurso en la cantidad que fija.

La Comunidad Autónoma demandada interpuso, contra esta sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid, el recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se analiza. En este recurso se alega como sentencia de contraste la que dictó la Sala de lo Social de Burgos, del mismo Tribunal, el 12 de septiembre del 2005. Esta sentencia referencial entra en contradicción con la recurrida, toda vez que en ella se plantea exactamente el mismo problema de autos, relativo a la inclusión o no del complemento retributivo autonómico en la base de cálculo del premio de antigüedad del art. 61 del convenio colectivo citado; y mientras la sentencia recurrida sostiene que este complemento debe ser incluido en esa base de cálculo, por el contrario, la aludida sentencia de contraste dispuso que no podía ser aceptada esa inclusión. La contradicción entre estas dos sentencias es patente y manifiesta.

Se cumple, por consiguiente, el requisito de recurribilidad que establece el art. 217 de la LPL.

SEGUNDO.- Como ha resuelto esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 4 de junio de 2008, dictada en unificación de doctrina, en supuesto en el que se invocó la misma sentencia de contraste, es ésta la que llegó a la solución correcta, como ponen de relieve las consideraciones que a continuación expone señalando que:

“ El art. 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, publicado en el BOE de 17 de octubre del 2000, dispone: “Los trabajadores que cumplan veinticinco años de antigüedad en la empresa, tendrán derecho a una paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido”. Igual mandato contiene el párrafo primero del art. 61 del V Convenio Colectivo de las empresas mencionadas, publicado en el BOE de 17 de enero del 2007.

La dicción literal de este precepto es clara y no deja lugar a dudas, pues fija la cuantía de tal paga a razón de “una mensualidad extraordinaria” por cada quinquenio; y esta expresión (“ mensualidad extraordinaria”) no puede referirse a otra cosa que al importe de cada una de las pagas extraordinarias que se prevén en el art. 59 de dicho convenio. Esta expresión forma una unidad de significado, que está compuesta por el sustantivo “mensualidad” y el adjetivo “extraordinaria”, de modo que para determinar el verdadero sentido de la misma es forzoso mantener unidas estas dos palabras, pues el adjetivo, como corresponde a la función gramatical que el mismo cumple, califica y determina el ámbito y sentido

del sustantivo utilizado. La frase “mensualidad extraordinaria” gramaticalmente constituye un sintagma o grupo unitario cuyo significado sólo se alcanza manteniendo esa unidad de expresión; no siendo aceptable, en modo alguno, tomar en consideración por separado cada uno de esos dos términos, pues ello destruye el verdadero significado de tal frase.

Este es el error en que incurre la sentencia recurrida, pues toma en cuenta, por un lado el vocablo “mensualidad”, y por otro, desconectado del anterior, el calificativo “extraordinaria”. Y así resulta que llega a la conclusión de que cuando la norma convencional habla de “mensualidad extraordinaria”, se refiere a una mensualidad ordinaria o normal. Esta muy peculiar interpretación da a la expresión comentada un significado manifiestamente opuesto al que las palabras que la componen expresan. Lo que según el artículo del convenio es una “mensualidad extraordinaria”, la sentencia impugnada lo convierte en una “mensualidad ordinaria”.

En relación a estos extremos la sentencia recurrida sostiene que “lo que los negociadores del Convenio plasmaron en aquel artículo 61 no fue otra cosa que la cuantía de la paga de antigüedad sería la correspondiente a una mensualidad por cada quinquenio cumplido”. Es evidente que esta sentencia separa, en su interpretación, el sustantivo del adjetivo y esta separación es lo que le permite concluir poco más adelante que “por lo tanto, la ‘mensualidad’ que constituye el referente de la cuantía de la citada paga no puede ser otra cosa que el conjunto de las ordinarias (el subrayado es nuestro) percepciones salariales lucradas por el trabajador mensualmente”. Como se ve, esta particular exégesis que lleva a cabo la resolución combatida transmuta en “ordinaria”, lo que la norma califica de “extraordinaria”.

Es verdad que dicha sentencia pretende justificar su postura afirmando que no debe “atribuirse al calificativo de ‘extraordinaria’ otro alcance que el correspondiente a la naturaleza no común de la paga que se percibe por una sola vez y con ocasión de la acreditación de 25 años de antigüedad”. Pero este modo de razonar incurre en el grave error de referir el calificativo mencionado a la propia paga de antigüedad que regula el art. 61, que es objeto de reclamación en esta litis, referencia que es inadmisibles y contraria a razón, habida cuenta que:

a).- Como se ha explicado, el calificativo mencionado (“extraordinaria”), en la oración gramatical expresada en el artículo comentado, va unido al sustantivo “mensualidad”, formando ambas palabras un único sintagma, lo que impide su separación o desgajamiento; por lo que si se separan, se distorsiona totalmente el significado de la frase comentada, dando lugar a conclusiones interpretativas manifiestamente equivocadas.

b).- La finalidad esencial de la frase “mensualidad extraordinaria” que expresa el precepto comentado, es la de determinar cual es el importe de esa paga de antigüedad que el mismo establece, lo que implica que tal frase nunca se puede referir a la propia paga que tal norma estatuye, sino que necesaria e ineludiblemente se refiere a otra paga o mensualidad distinta. Sólo de este modo, sólo conectando la cuantía de esa paga de antigüedad con el importe ya conocido de otra paga diferente se puede saber el montante de aquélla. El vocablo “extraordinaria” en ningún momento puede ser referido a la propia paga del art. 61 del convenio, dado que ni aparece unido a ella en la oración gramatical contenida en ese precepto, ni en tal caso cumpliría la finalidad esencial antedicha pues no serviría para cuantificar el montante de esa paga del art. 61 si ese vocablo se está refiriendo a ella misma.

Todo cuanto se ha expuesto, hace lucir con nitidez que el art. 61 comentado dispone que el importe de la “paga extraordinaria por antigüedad en la empresa” que el mismo instituye, es igual a la cuantía de las pagas extraordinarias que se regulan en el art. 59 del referido convenio colectivo.

(...) El art. 59 del convenio, a que se acaba de aludir, establece que el montante de las pagas extraordinarias que en él se regulan, las cuales se hacen efectivas dos veces al año (“antes del 1 de julio y del 23 de diciembre de cada año”), asciende “a una mensualidad del salario, antigüedad y complementos específicos”. Por consiguiente, también la paga extraordinaria y especial del art. 61 tiene ese mismo importe.

Así pues, el referido importe de la paga extraordinaria de antigüedad de que tratamos, es equivalente a la suma del “salario” que se determina en el art. 52 y los Anexos II y III del convenio; de la “antigüedad”, es decir los “trienios” que se regulan en el art. 57 y los Anexos II y III aludidos; y los llamados “complementos específicos”. Estos complementos específicos, en el IV Convenio Colectivo que se publicó en el BOE de 17 de octubre del 2000, se recogían en el capítulo II del Título IV del mismo, que integraban los arts. 65 (“complemento por función”), 66 (“complemento de COU”) y 67 (“complemento de Bachillerato LOGSE”); en el V Convenio Colectivo, publicado en el BOE de 17 de enero del 2007, siguen siendo regulados en el Capítulo II del Título IV, pero este capítulo se compone tan solo de dos artículos, el 65 (“complemento por función”) y el 66 (“complemento de Bachillerato”).

Es claro, por consiguiente, que los “complementos retributivos autonómicos” no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la paga extraordinaria de antigüedad debatida, pues, según el citado art. 59, no se computan tam-

poco para calcular el montante de las pagas extraordinarias que este último precepto prevé. Estos complementos retributivos autonómicos están contemplados en el art. 68 del IV convenio y en el art. 67 del V convenio, preceptos éstos que están comprendidos en el Capítulo III del Título IV de tales convenios colectivos, lo que evidencia que no tienen nada que ver con los conceptos de salario, antigüedad y complementos específicos a que se remite el referido art. 59 del convenio.

Debe concluirse, por tanto, que no puede ser estimada la demanda origen del presente juicio.”.

Doctrina aplicable al supuesto enjuiciado, que merece igual solución.

TERCERO.- Procede, pues, visto el dictamen del Ministerio Fiscal, acoger favorablemente el recurso de casación para la unificación de doctrina entablado por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid del TSJ de Castilla y León de fecha 4 de junio de 2007. Por ello, se ha de casar y anular esta sentencia, y resolviendo el debate planteado en suplicación, debe desestimarse íntegramente la demanda origen del presente proceso.

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 letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel Álvarez Gallego en nombre y representación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 4 de junio de 2008, recaída en el recurso de suplicación num. 446/2008 de dicha Sala, y, en consecuencia, casamos y anulamos la citada sentencia dictada por la Sala de lo Social de Valladolid. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos íntegramente la demanda origen del presente litigio, que formuló D<sup>a</sup> Melisa. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, 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.



## 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

2009/225061

TS Sala 1ª, Sentencia 29 septiembre 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

#### Procedencia del deslinde no desvirtuado por el cerramiento unilateral

Rechaza el TS los recursos de infracción procesal y casación interpuestos por los demandados contra sentencia dictada por la AP que revocó la de instancia sólo en cuanto a la condena en costas, siendo el fallo del juez "a quo" estimatorio de las pretensiones de los actores sobre compraventa inmobiliaria, deslinde y amojonamiento. Indica el TS que la falta de motivación únicamente podría predicarse de la sentencia dictada por la Audiencia y que la casación no es una tercera instancia. Aclara que la acción de deslinde resulta procedente cuando los límites de los terrenos estén confundidos y no queda desvirtuada por el hecho de que el comprador haya efectuado una delimitación unilateral mediante cerramiento.

2009/225072

TS Sala 1ª, Sentencia 28 septiembre 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

#### Validez de procedimiento de ejecución hipotecaria

Rechaza el TS el recurso de casación interpuesto por los actores contra sentencia que confirmó la de instancia que desestimó la demanda en reclamación de nulidad de procedimiento de ejecución hipotecaria. Aclara la Sala que no se ha infringido la normativa relativa al requerimiento de pago a los demandantes en su condición de terceros poseedores y que la hipoteca no se constituyó para asegurar una obligación futura cuya efectividad quedaba condicionada a su nacimiento, no tratándose de una división del crédito entre las distintas fincas hipotecadas, por lo que existe certeza de la existencia del crédito.

### TS PENAL

2009/211077

TS Sala 2ª, Sentencia 15 julio 2009.  
Ponente: D. Joaquín Giménez García

#### Abuso sexual con agravante de vulnerabilidad

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de agresión sexual y asesinato. El TS dicta segunda sentencia por la que califica los hechos cometidos contra la indemnidad sexual de la víctima como delito de abuso sexual, pues es claro que no existiendo ni violencia ni intimidación para doblegar la voluntad de aquélla, el acceso carnal ejecutado por el acusado debe ser calificado como constitutivo de un delito de abuso sexual, con aplicación de la circunstancia de especial vulnerabilidad por razón de su situación.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/229050

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 29 septiembre 2009. Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

#### Legalidad del Decreto del Gobierno de Aragón 103/1996 por el que se establece la regulación de venta en rebajas

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la asociación nacional de grandes empresas de distribución contra la STSJ de Aragón, que declaró conforme a derecho la Orden del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno, por la que se determinaban las fechas de inicio y final de las temporadas de rebajas durante las cuales las empresas comerciales podrán llevar a cabo esta modalidad de venta en el pe-

riodo estival del 2004 y en el periodo de invierno de 2005. La Sala aplica la doctrina conforme a la cual la decisión del legislador estatal, de habilitar a las Comunidades Autónomas para que puedan fijar los días de inicio y fin de las temporadas de rebajas, les permite ejercer esa potestad de la forma más conveniente al interés general, atendiendo las circunstancias particulares de la actividad comercial relevantes en cada territorio.

2009/229066

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 29 septiembre 2009. Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

#### Interpretación analógica de las cláusulas contractuales en favor de quien no las redactó

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja contra la STSJ, que a instancias de la UTE y otros, anuló la resolución dictada por la Consejería de Salud del Gobierno, en virtud de la cual se desestimó la petición para el pago de la factura correspondiente al modificado número 2 del proyecto de obras del Hospital San Pedro de Logroño. La Sala considera correcto el cálculo de honorarios que realizó el órgano "a quo" al no aplicar el art. 6, 3 pliego de cláusulas particulares, ya que no prevé el precio de modificaciones futuras, como ha ocurrido, siendo lógico que se aplique analógicamente lo previsto en la misma, concluyendo que los honorarios se calculen según el presupuesto de ejecución material, pero de las unidades proyectadas, pues la base de los honorarios según se desprende del pliego de cláusulas es el presupuesto de lo que la dirección facultativa proyecta.

2009/229071

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 29 septiembre 2009. Ponente: D. Antonio Martí García

#### Abono del gasto realizado por el Banco de España en la colaboración de la gestión de la Seguridad Social durante el ejercicio 2006

El TS declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la SAN que declaró el derecho del Banco de España a la

compensación económica por la colaboración en la gestión de la Seguridad Social durante el ejercicio 2004, y condenó al Ministerio de Sanidad y Consumo a abonar a dicha entidad la cantidad que resulte de la liquidación a practicar en fase de ejecución de sentencia. La Sala reitera lo manifestado en otras sentencias al declarar que no resulta aceptable que una colaboración de décadas con la Administración de la Seguridad Social pueda quedar extinguida por voluntad tácita de la Administración, sin comunicación expresa alguna, permitiendo al tiempo que la entidad colaboradora persista en la gestión sin recibir la contraprestación económica correspondiente, es decir la participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias.

### TS SOCIAL

2009/151104

TS Sala 4ª, Sentencia 10 junio 2009.  
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

#### Anulación de oficio de sentencia que admitió recurso de suplicación

El TS anula de oficio la sentencia que acogió el rec. de suplicación formulado por el agente de servicios auxiliares accionante en autos sobre vacaciones. Explica la Sala que en el caso enjuiciado, en el cual se solicita el reconocimiento de cinco días de vacaciones por parte de la empresa demandada, IBERIA LAE, añadidos a los veinticinco que ya había disfrutado el trabajador a tiempo parcial demandante, la sentencia de instancia, que rechazó la pretensión, era firme e irrecurrible por razón de cuantía, al no alcanzar lo reclamado el importe mínimo para acceder a suplicación.

2009/217624

TS Sala 4ª, Sentencia 8 julio 2009.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

#### Subsidio por IT

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la beneficiaria demandante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre subsidio de IT.

Señala la Sala que el demandado INSS pretende justificar la denegación del subsidio exclusivamente en que se trata de la misma patología, sin que ese mero dato pueda servir de fundamento para amparar la decisión denegatoria, y más cuando la patología que dio lugar a la primera baja fue lumbalgia con irradiación, produciéndose el infarto de miocardio dos meses antes del alta médica, con lo que en la segunda baja ni tan siquiera se trata de similar patología.