



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 2767

Madrid, lunes 7 de diciembre de 2009



2009/165894

TS Sala 1ª, Sentencia 16 julio 2009. Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Vulneración en la aplicación de las normas sobre distribución en la carga de la prueba

Acción decenal por vicios ruinógenos

El TS declara estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la entidad recurrente -actora-, contra la sentencia dictada por la AP, dictada como consecuencia de los autos seguidos por los vicios ruinógenos que presenta la obra efectuada por la demandada; absuelve al ingeniero codemandado y estima la demanda parcialmente. El Tribunal considera, entre otros motivos, que ha existido vulneración en la aplicación de las normas sobre distribución en la carga de la prueba, habiendo atribuido las consecuencias desfavorables de la falta de acreditación, no de la ruina, sino del origen de ésta, a la parte a la que no incumbía soportarlas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Son datos necesarios para la resolución del presente recurso los siguientes.

1. - Ejercitando la acción decenal prevista en el artículo 1591 del Código Civil, fundada en este caso en los vicios y defectos aparecidos en la vía de acceso a la Estación de Servicio cuya concesión ostentaba (sita en el kilómetro 134,400 de la Autovía de Extremadura, en el término municipal de Calera y Chozas), la entidad hoy recurrente, "San Roque, S.L", formuló demanda de juicio de menor cuantía contra la empresa constructora "Juan Nicolás Gómez e Hijos Construcciones, S.A." y contra Julián, ingeniero de caminos, proyectista y director de la obra, interesando: a) su condena al pago de la cantidad líquida, que por importe de 12.552.743 pesetas, tuvo que invertir la actora en el parcheo y reasfaltado de la vía afectada, para mantenerla en servicio y continuar con su actividad comercial (cantidad que habría de ser incrementada con sus intereses legales); b) su condena a realizar a

su costa las obras necesarias para dotar a la mencionada vía de las condiciones de seguridad, comodidad, persistencia y solidez exigibles, levantando el firme existente para sustituirlo por otro que, por estar asentado sobre materiales adecuados, permitan su compactación y con ello las cualidades antes expresadas; y, finalmente, c) la condena a abonar a la actora el lucro cesante o ganancia dejada de percibir durante el tiempo de duración de las obras en que, a consecuencia de éstas, tenga que cesar forzosamente su actividad comercial, todo ello más costas y gastos del pleito.

2. - Seguido el pleito por sus trámites, recayó sentencia en primera instancia (luego aclarada por Auto) que resultó parcialmente estimatoria de las pretensiones dirigidas contra la entidad contratista, a la que condenó a reintegrar, con intereses, el coste de las obras de parcheo y reasfaltado afrontadas por el actor (es decir, 12.552.743 pesetas de principal, más intereses legales desde el 19 de septiembre de 2000 hasta la fecha de la sentencia de primer gra-

do y los procesales del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 desde esta última hasta su completo pago), y absolutoria respecto de las ventiladas contra el codemandado Sr. Julián. En síntesis, el Juzgado justifica la absolución de este último en la falta de prueba de su condición de director de la obra al tiempo en que se realizaron las tareas de asfaltado. Por contra, justifica el acogimiento, aunque parcial, de la demanda frente a la contratista, señalando que, de los dos conceptos por los que se reclamaba, sólo la pretensión de reintegro de las cantidades pagadas para realizar obras de parcheo y reasfaltado dirigidas a garantizar el mantenimiento de la actividad comercial estaba fundada, careciendo de respaldo probatorio en cambio la pretensión basada en la existencia de defectos en el firme -deficiente asentamiento- vinculados a la inidoneidad de los materiales empleados (en este sentido, el Juzgado apunta que la parte que tenía la carga de hacerlo, la actora, no acreditó debidamente que los materiales empleados fueran inadecuados o no permitieran su compactación de manera que esté justificado el levantamiento del firme y su sustitución por otros).

3.- La Sentencia de segunda instancia, que ahora se combate, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, acogiendo en parte el deducido por la demandada condenada, lo que lleva a la Audiencia a revocar la resolución apelada en el único extremo de rebajar la condena impuesta a la suma de 37.721,75 euros (en lugar de los 12.552.743 pesetas señaladas por el Juzgado), y a confirmar el resto de pronunciamientos.

4.- Contra esta resolución se alza la parte demandante-apelante, formulando sendos recursos de casación y de infracción procesal.

SEGUNDO.- Examinando en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal, el primero de los seis motivos que integran el recurso sostiene la vulneración de la doctrina procesal relativa a la carga de la prueba en los procesos en los que se exige la responsabilidad decenal a que se refiere el artículo 1591 del Código Civil, en atención a que, según se aduce, la Sentencia ye-

SUMARIO

TS

CIVIL

Acción decenal por vicios ruinógenos 1

PENAL

Realización arbitraria del propio derecho al reclamar violentamente deuda derivada de accidente de trabajo 3

ADMINISTRATIVO

Indebida impugnación de actos de gestión tributaria del IBI ante el Centro de Gestión Catastral 6

Insuficiencia de las presunciones en las que se basó la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia 8

SOCIAL

Reintegro de cantidades adelantadas por la empresa como ayudas previas a la jubilación 12

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

rra al calificar de vicio ruinógeno, no probado por el actor, el empleo de materiales en la construcción de las capas inferiores, confundiendo así sus efectos (desperfectos en la capa superficial) con la causa (empleo de materiales inadecuados en capas inferiores), con la consecuencia de hacer recaer indebidamente en la parte actora y recurrente la carga de probar el vicio de los materiales empleados en el relleno del terraplén, origen y la causa de los defectos del asfaltado, cuando, siempre según la parte recurrente, debió tomarse el criterio contrario, al constar acreditada la existencia de ruina funcional de la vía, única cuestión cuya probanza incumbía a la parte demandante, y no haber probado por el contrario los profesionales intervinientes en la obra aquello que les incumbía sólo a estos, en concreto, que no les correspondería responsabilidad alguna en la medida en que no cabría vincular la ruina con el incumplimiento de sus funciones y obligaciones.

Este motivo se estima con las consecuencias que más tarde se dirán.

Es sabido (por todas, Sentencia de 26 de marzo de 2007, citada por la de 10 de septiembre de ese mismo año) que la existencia de ruina, a los efectos de la norma citada (artículo 1591 del Código Civil), precisa de una doble apreciación: una, de índole fáctica, que consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo; y otra, de índole jurídica, que consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal: física, potencial o funcional.

Siendo necesario para la primera apreciación -la que tiene que ver con la identificación del vicio o defecto constructivo- tener en cuenta las alegaciones de las partes y los medios de prueba, pues, al tratarse de una cuestión de hecho, su fijación corresponde al juzgador de instancia, sin que, por consiguiente, pueda ser sometida a la revisión casacional.

En línea con lo anteriormente expuesto, a la hora de abordar la cuestión de a quién corresponde el esfuerzo probatorio conducente a la acreditación del defecto constructivo, incluida, como se dijo, la entidad o gravedad del mismo, por estar todo ello comprendido en el juicio fáctico que ha de efectuar el tribunal, recuerda la Sentencia de 22 de julio de 2004 (recurso 2505/1998), con cita

de las de 17 de febrero de 1982, 28 de octubre de 1989, 30 de septiembre de 1991, 27 de junio de 1994 y 15 de marzo de 2001, que la objetivación de la responsabilidad en el ámbito del artículo 1591 CC mediante una presunción de culpa de los partícipes en la edificación supone que, «una vez probados los defectos por el demandante, incumbe a los demandados demostrar su falta de responsabilidad en aquéllos (sentencias de 17 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994, 19 de octubre de 1998, 25 de junio de 1999 y 5 de noviembre de 2001)», y, en esta misma línea, la más reciente de 28 de abril de 2008 (recurso 1316/2001), con cita de las de 29 de noviembre de 1993 y 31 de mayo 2000, afirma que es doctrina constante en el ámbito de la responsabilidad decenal la que proclama que, acreditado que una construcción es defectuosa, se presumirá que existe una acción u omisión negligente del sujeto agente, el cual siempre responderá del daño, salvo que concurren las circunstancias enervantes de la acción, de tal forma que «la falta de prueba sobre el origen del daño, no recae sobre los demandantes, a los que les basta con acreditar que la ruina existe, que se produjo y se manifestó en el plazo decenal», sino sobre los demandados.

Pues bien, la aplicación de los criterios expuestos lleva a considerar como desacertada la decisión de la Audiencia, habida cuenta de que la parte demandante sí cumplió con su deber de acreditar lo que le incumbía, que no era otra cosa que la existencia de ruina dentro del plazo de garantía y su vinculación con el proceso constructivo, no siendo por el contrario de su incumbencia acreditar ni el origen de la misma, ni identificar el comportamiento culposo del agente derivado de la infracción de un concreto deber o función propia, causalmente determinante de aquella, pese a lo cual la Audiencia apoya el rechazo parcial de las pretensiones de la entidad demandante precisamente en la falta de prueba de este hecho, que considera básico en cuanto constitutivo del derecho del actor, al que le imputa, indebidamente, las consecuencias negativas de su no acreditación, lo que abre la vía a denunciar y examinar su transgresión a través de este recurso extraordinario.

Son razones para estimar el presente motivo las que a continuación se exponen:

-Como ha quedado expuesto, el principio de inversión de la carga de

la prueba que rige en esta materia se traduce únicamente en la presunción de culpa del agente interviniente en el proceso constructivo, sin que el perjudicado resulte exonerado en virtud de dicho principio del deber de acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes y que éste ha ocurrido dentro del periodo de garantía, como en la actualidad resulta del artículo 17.8 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con el artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero -esto es lo relevante-, que a la parte demandante incumba la prueba de la existencia de ruina, lo que, cuando de ruina funcional se trate, supone que le corresponda identificar el defecto que hace a la cosa inidónea para su normal destino y que afecta al valor práctico de la utilidad como exigencia, junto a la seguridad, de una adecuada construcción, no equivale sin embargo a que deba exigírsele también la acreditación de su origen, que es la exigencia que evidencia la decisión adoptada por la Audiencia cuando al abordar esta cuestión, ya suscitada en apelación, en el fundamento que dedica a la misma (Segundo), señala que “el actor no ha acreditado la totalidad de los vicios ruinógenos que alega”, faltando la prueba de “los vicios o defectos que manifiesta padecen también las capas inferiores, al estar formadas por materiales inadecuados y mal compactados”, con la consecuencia de atribuir al actor las consecuencias negativas de la falta de prueba de un hecho que, a su juicio, le incumbía, cuando no era así.

-Por otra parte, el error consistente en confundir la ruina, que no es sino el efecto o consecuencia, con la concreta causa u origen de la misma, (cuestión fáctica también, pero que, a diferencia de aquella, es ajena al esfuerzo probatorio de la parte demandante), parece tener origen en el error en que incurrió previamente el juzgador de instancia. Así, leyendo la sentencia de primer grado se observa que del hecho de que se reclama en la demanda, de un lado, el reembolso de las obras de parcheo y reasfaltado del firme y, conjuntamente, el resarcimiento in natura del deterioro existente, mediante la sustitución del firme a cargo de los demandados por otro nuevo, sobre la base de que no se emplearon en el original materiales adecuados, extrae el Juzgado la conclusión de que la demanda se basa en dos defectos distintos, uno afectante al firme y otro al subsuelo, siendo por ello por lo que la Audiencia considera, en congruencia con lo anterior, que como

sólo el primer defecto fue acreditado (el relativo al firme) y no los defectos o vicios de las capas inferiores, debían recaer en la parte actora las consecuencias negativas de la falta de prueba de un hecho que le incumbía.

Sin embargo, tal razonamiento no puede compartirse desde el momento en que la parte actora no funda sus pretensiones en la existencia de dos defectos distintos, deslindables y susceptibles de un tratamiento separado, sino que alude como fundamento de toda la demanda, y de todas y cada una de sus pretensiones, al mal estado que presenta la calzada (o, como señala el recurrente en el desarrollo de este primer motivo, “la capa superficial”) pese al escaso tiempo transcurrido desde su construcción, identificando y acreditando perfectamente, a través de la prueba que se adjunta al escrito iniciador del pleito, los menoscabos, visibles a simple vista y, a priori, compatibles con la situación de ruina funcional, que se aducen como hechos constitutivos o fundamento de su acción, que es algo que tenía que probar con independencia de cuál fuera verdaderamente el factor desencadenante de esos deterioros, pues que la ruina tuviera su origen en las razones que se apuntaban en la pericial de parte o en otras distintas, compatibles con el adecuado cumplimiento de sus obligaciones y funciones por los agentes intervinientes, era algo que sólo a estos podía exigirse (no a la parte actora) y cuya falta de acreditación, por ende, sólo a estos podía perjudicar. Además, la constructora adujo un hecho, como es que la parte actora asumió la dirección de la obra, que, si sirve para mitigar su responsabilidad, debe ser en relación al total de los defectos ocasionados, y no sólo con respecto a la asunción de los costes de reparación de los superficiales, aparentes o visibles.

Por lo expuesto, al atribuir las consecuencias desfavorables de la falta de acreditación, no de la ruina, sino del origen de ésta, a la parte a la que, según la doctrina mencionada, no incumbía soportarlas, la Audiencia ha infringido la regla de distribución de la carga probatoria que rige en materia de vicios de la construcción, lo que determina la estimación del motivo y del recurso con las consecuencias que se dirán, sin necesidad de examinar los restantes, ya que en estos se combate la valoración probatoria y el rechazo de la que se propuso para su práctica en segunda instancia (motivos segundo, tercero, cuarto y quinto), y se denuncia la in-

defensión que tal situación ha producido para la entidad recurrente (motivo sexto), con argumentos dirigidos a justificar en esta sede los hechos que la Audiencia consideró que debía probar la parte actora, a quien se imputaron las consecuencias derivadas de que quedaran huérfanos de prueba, lo que ya se ha declarado incorrecto y contrario a la doctrina vigente sobre la materia.

TERCERO.- El acogimiento del motivo por infracción de una norma procesal reguladora de la sentencia, lleva a esta Sala, de conformidad con el régimen transitorio establecido en la Disposición Final Decimosexta de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (reglas 6ª y 7ª del apartado 1 y apartado 2), sin necesidad tampoco de entrar a conocer del recurso de casación, asumiendo la instancia a dictar una nueva sentencia que, cumpliendo con la correcta atribución a las partes de la carga de la prueba y derivando los efectos perjudiciales de su falta a la parte demandada a quien incumbía, ha de ser absolutoria del ingeniero codemandado que, encargado de realizar el proyecto inicial, al mes de iniciarse las obras fue apartado de la ejecución, la cual asumió la promotora, quedando aquel sin posibilidad de realizar los ajustes necesarios, y parcialmente estimatoria de las pretensiones de la parte actora respecto de la entidad contratista "Juan Nicolás Gómez e Hijos, S.A.", a la que, además de condenar a reintegrar, con sus intereses, el 50% del coste de las obras de parcheo y reasfaltado afrontadas por el actor (es decir, 37.721,75 euros de principal, más intereses legales desde el 19 de septiembre de 2000, fecha de interposición judicial), en atención a la concurrencia en la producción del resultado dañoso de la actuación culpable de la propia demandante, que, como se ha dicho, asumió la dirección de la obra, se condena también a realizar a su costa las obras necesarias para dotar a la vía de acceso litigiosa de las condiciones de seguridad, comodidad, persistencia y solidez solicitadas en la demanda y especificadas en el Proyecto Técnico emitido por el Ingeniero de Caminos Julián, para el que se dio autorización administrativa, desestimando la pretensión relativa a satisfacer a la actora el lucro cesante vinculado al tiempo en que, por dichas obras, se paralice la actividad del negocio, en tanto que, incumpliendo el deber de acreditación, la actora alude tan sólo al reconocimiento de su derecho a que se le reintegren los perjuicios patrimoniales que por tal concepto pueda sufrir cuando se ejecuten las obras, limitándose a solicitar un derecho abstracto, que tiene en potencia, pero para cuyo reconocimiento es preciso que se concrete el valor de la pérdida y su vinculación con el cese de la actividad derivada de la ejecución de los trabajos, lo que no ha cumplido, pues no existe la más mínima prueba de que el hecho al que se

vincula la pérdida -cese de la actividad- vaya necesariamente a suceder, ni se dan datos objetivos que permitan cuantificar actualmente el beneficio esperado (en este sentido, Sentencia 31 de octubre de 2007), y ello sin perjuicio del derecho a reclamar su resarcimiento en el futuro, de llegar a producirse la pérdida que se afirma.

CUARTO.- De acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 394 del mismo texto legal, al estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede hacer expresa condena en cuanto a las costas causadas en ambos recursos, ni en cuanto a las causadas en la apelación, no haciéndose tampoco condena en costas respecto de las causadas en primera instancia respecto de la entidad contratista, dada la estimación parcial de la demanda. Se exceptúan las costas debidas a la intervención del codemandado absuelto que, por haberse rechazado completamente las pretensiones formuladas en su contra, serán de cuenta de la parte demandante de conformidad con la doctrina sentada por esta Sala, de la que son ejemplos las Sentencias de 6 de julio de 2001, 12 de julio y 1 de marzo de 2000, entre muchas más.

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

FALLO

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de San Roque, S.L., contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Toledo.

2º.- Anular la misma y, en su lugar, con absolución del codemandado D. Julián y estimación parcial de la demanda formulada contra "Juan Nicolás Gómez e Hijos Construcciones S.A.", condenamos a la esta entidad a satisfacer al actor la cantidad de 37.721,75 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición judicial, así como a ejecutar a su costa las obras necesarias para dotar a la vía de acceso litigiosa de las condiciones de seguridad, comodidad, persistencia y solidez necesarias para el uso al que se encuentra destinada, respetando las especificaciones plasmadas en el Proyecto Técnico emitido por el Ingeniero de Caminos D. Julián, para el que se dio autorización administrativa con fecha 5 de diciembre de 1991.

3º.- No hacer condena en costas respecto de las causadas en este recurso y en apelación, ni en cuanto a las devengadas en primera instancia por la intervención de la parte condenada, imponiéndose a la parte actora las devengadas por la intervención del demandado absuelto.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala 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.- Roman García Varela.-Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quin-

tana.- Encarnación Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-firmado y rubricado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, 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.



2009/165994

TS Sala 2ª, Sentencia 29 junio 2009. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Diferencia con el delito de extorsión

Realización arbitraria del propio derecho al reclamar violentamente deuda derivada de accidente de trabajo

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados, la acusación particular, y el testigo protegido contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de coacciones, lesiones, amenazas, extorsión y asociación ilícita. Afirma el TS que el derecho del acusado a percibir una indemnización por el accidente padecido está fuera de toda duda, y sin que, en consecuencia, pueda entenderse que su actuar fuera guiado por ánimo de lucro, más allá de contornos particulares del ejercicio de su acción, lo que aquí, naturalmente, no puede cuestionarse ni precisarse. Pero este requisito, continúa la Sala, impide tener por existente el postulado delito de extorsión, que requiere indudablemente este elemento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoquinta, condenó a los acusados Franco y Gustavo como autor y cooperador necesario criminalmente responsables de un delito de realización arbitraria del propio derecho, así como a Ezequías como autor de un delito de lesiones con deformidad, a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, declarando la correspondiente indemnización a favor de Eduardo, víctima de este último delito, y llevando a cabo otros pronunciamientos absolutorios, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación, tanto la representación procesal de los aludidos acusados en la instancia, como la correspondiente a la acusación particular, que defiende los intereses de Eduardo y del testigo protegido núm. 000, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- En un único motivo casacional, al amparo de lo autoriza-

do en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ezequías denuncia la vulneración de la presunción constitucional de inocencia.

El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales:

1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española;

2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados;

3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admi-

sión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales;

4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas);

5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente triple comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante para justificar la condena (prueba suficiente).

Analizando ahora este reproche casacional, hemos de poner de manifiesto que este recurrente trata de refutar la prueba de cargo practicada en el plenario, por la que fue condenado como autor de un delito de lesiones, del art. 150 del Código penal, en la persona de Eduardo.

En efecto, los hechos probados de la sentencia recurrida, tras narrar otro acontecimiento que será objeto de análisis en el recurso siguiente, se refieren a lo sucedido el día 2 de febrero de 2007, en un establecimiento dedicado a tetería, en la ciudad de Madrid, teniendo lugar un encuentro entre Eduardo y Ezequías, sobre las veinte horas.

Eduardo acudió a ese lugar para negociar la indemnización que reclamaba Franco, como consecuencia de un accidente laboral, sufrido por este último.

En el curso de tal encuentro, el ahora recurrente (junto a otras personas no identificadas), agredió a Eduardo, empleando objetos contundentes, causándole las graves lesiones que se describen en el "factum", y ocasionándole deformidad visible en el rostro, invirtiendo en su curación 120 días, precisando, de entre ellos, 12 de hospitalización.

El motivo se refiere a cuestiones que ya tuvo en consideración la Sala sentenciadora de instancia, derivadas

de las contradicciones apreciadas en la declaración incriminatoria de la víctima, la tardanza en denuncia de los hechos, así como -en tesis de la defensa- la poca consistencia en los reconocimientos en rueda, y previos fotográficos.

En efecto, la Audiencia da cumplida respuesta a esas cuestiones, y no se olvide que tal Tribunal tiene asignado, mediante el mecanismo previsto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la función de valorar la actividad probatoria, en términos de racionalidad.

En primer lugar, analiza la declaración de la víctima en el acto del plenario, señalando que fue concluyente, reconociendo al recurrente como el autor de la brutal agresión, en compañía de otras personas, que le proporcionaron superioridad personal, aspecto éste no combatido por el autor del recurso, e identificándole en el acto del plenario, sin lugar a dudas.

Esta Sala Casacional (entre otras muchas, en Sentencias de 21 de septiembre de 2000 y de 5 de mayo de 2003), viene declarando de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (Sentencias de 5 de marzo, 25 de abril, 5 y 11 de mayo de 1994).

Declaración cuya valoración corresponde al Tribunal juzgador que la presenció dentro de ciertas cauteles garantizadoras de su veracidad, que como señala la Sentencia de 19 de febrero de 2000, son:

A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes:

a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero

sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994).

B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997).

Exigencia que, sin embargo, habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio, si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.

Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo, atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales, sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone:

a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse.

Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones" (Sentencia de 18 de junio de 1998).

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es va-

lorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Debe recordarse en todo caso que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba, sino de criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad valorativos representan.

Como primer dato corroborante, el Tribunal de instancia contó con el informe de lesiones padecidas por la víctima.

Es bien ilustrativo el informe forense de sanidad, en donde se detallan los doce días de hospitalización, lo que da idea de la brutalidad de las lesiones, y los 120 de curación, juntamente con las secuelas que le dejan a Eduardo.

A tal efecto, son también de destacar los informes médicos, que constan a los folios 54 del Tomo V y 95 del Tomo VII.

Como segundo dato, el recurrente se encontraba en el lugar de los hechos, a la hora en que sucedieron, como reconoció él mismo, en la mencionada "Tetería", y que negoció previamente con núm. 000, sobre el tema de la indemnización, que era precisamente el objeto de la reunión.

Téngase en cuenta que fue precisamente Eduardo la persona encargada por aquél para llevar a cabo la negociación de la indemnización que Franco creía que le era debida.

Respecto a las dudas que pone de manifiesto el recurrente, no hay tales. La víctima detalla que fue agredida con un objeto contundente, que concreta más adelante en palos, cuchillos y martillos, incluso habla de un hacha en el plenario.

Nada puede reprocharse a que la víctima vaya aclarando sucesivamente los aspectos que recuerde acerca de los objetos con los que fue golpeada.

En un primer reconocimiento fotográfico, dijo que pudiera tratarse de otra persona, pero que no estaba seguro. Y más tarde, no dudó en reconocer a Ezequías, y todo ello en rueda de reconocimiento personal ante el juez de instrucción (folio 240, Tomo VI).

El Tribunal de instancia lo explica por el gran parecido físico con el ini-

cialmente señalado, aún sin seguridad. Y pone también el énfasis en que tal rueda no fue impugnada por motivo que diera lugar a duda en cuanto al reconocimiento.

Además, en el acto del juicio, y "sin titubear", destacan los jueces "a quibus", fue reconocido de nuevo por la víctima.

Y con relación a la tardanza en denunciar, un mes y veinte días, la Sala sentenciadora de instancia lo justifica por su estado convaleciente y el gran temor y miedo que le producía, lo que no parece -desde luego- irrazonable considerarlo así, dado el comportamiento de ciertas mafias al uso, como es notorio.

Es más, en esta propia Sentencia se analiza el acusado delito de asociación ilícita. Y la existencia de un testigo protegido en la causa, no es más que una sugerencia de la peligrosidad de los intervinientes en este proceso.

De modo que las afirmaciones del recurrente acerca de que, en realidad, Eduardo fue aleccionado por el mencionado testigo protegido para designar o reconocer a Ezequías como el autor de la agresión, no pasa más que de una simple hipótesis, ajena a cualquier actividad probatoria.

Y las objeciones del recurrente respecto al contenido de la rueda de reconocimiento, y a las contradicciones de Eduardo, no son más que meras conjeturas.

La realidad está en el indubitado reconocimiento, ratificado en el acto del plenario.

Si nos adentráramos nosotros por el camino de la valoración probatoria, lo que no es posible, igualmente se podrían encontrar evidencias en las claras e inequívocas conversaciones telefónicas que mantiene con otros implicados en la trama.

En consecuencia, el motivo, y con él, su recurso, no puede prosperar.

TERCERO.- Otro tanto ocurre con el primer motivo de contenido casacional que formalizan conjuntamente los también condenados en la instancia Franco y Gustavo.

La Sala sentenciadora de instancia declara probado que el primero, como perjudicado de un accidente laboral, y el segundo, como cooperador necesario, intentaron percibir del testigo protegido núm. 000 una indemnización, a la que tenía derecho el primero, como accidentado, por el trabajo realizado en unas obras que gestionaba aquél, que estaba ejecutando en una nave de su propiedad en Leganés (Madrid).

Ambos, intentando obtener tal indemnización fuera de las vías legales, presentó a Gustavo (cuñado de aquél) como jefe de una mafia, acudiendo éste acompañado de tres per-

sonas más, de las cuales dos se presentaron como abogados, y en todas las ocasiones en las que le exigieron el cobro de la indemnización, afirmaron que "si no pagaba le matarían a él y a su familia, y le pondrían una bomba en su negocio"; ocasionándole al testigo citado "un estado de miedo", aunque pese a ello, "nunca satisfizo sus reclamaciones".

Debido a ello, es cuando se pone en contacto con su vecino y amigo, Eduardo, a quien le solicita intermediara para llegar a una solución, con el resultado que hemos analizado en nuestro fundamento jurídico anterior.

La prueba de nuevo descansa en la declaración inculpativa de la víctima, sobre cuyos contornos jurídicos, en relación con la presunción de inocencia, que es el reproche casacional aquí planteado en este primer motivo, no podemos sino repetir.

Dicho esto, la Audiencia contó con la declaración de dicha víctima, pero también con la de su esposa, la cual incluso llevó al hospital al herido Franco, permitiéndole residir en la nave durante seis meses, porque no tenía a nadie que le cuidara, en su estado de convaleciente.

De igual modo, queda corroborado por lo sucedido a Eduardo, cuando trata de intermediar en el problema, y lo manifiesta así la mujer del dueño de la obra. También declaró el funcionario policial núm. 001 del CPN, quien ratificó la seriedad de las amenazas que recibía el citado testigo, a quien propuso que se le protegiera, y el juzgado de instrucción se lo otorgó.

De manera que existiendo prueba de cargo, valorada en términos de racionalidad, el motivo no puede prosperar, pues más allá no se extiende nuestro control cuando de la vulneración de la presunción de inocencia se trata.

CUARTO.- El segundo motivo de estos recurrentes, puede ser analizado conjuntamente con el igual ordinal de la acusación particular.

Ambos reproches casacionales han sido formalizados por infracción de ley, y en el primero se denuncia la incardinación de estos hechos como delito de realización arbitraria del propio derecho, y la acusación particular quiere ver en ellos un delito de extorsión.

Como declaran las SSTS 1243/2003 y 501/2004, el delito de realización del propio derecho... ha sido modificado por el Código Penal de 1995, que ha extendido esta figura delictiva a la realización de cualquier derecho, suprimiendo la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y se admite que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas.

La jurisprudencia de esta Sala, ha analizado los requisitos de ésta figura delictiva:

a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito lícito, vencido y exigible (SS. de 30-5, 20-9 y 25-11-1985), y si la deuda no fuese exigible se concreta en robo (STS 3.2.1981).

Con la nueva redacción dada al tipo de realización arbitraria del propio derecho en el art. 455 del CP de 1995, cabe aplicar éste respecto de derechos no crediticios u obligacionales, como los derechos reales.

Tampoco se exige rigurosamente que ese derecho propio tenga que encontrarse absolutamente liquidado, en cuanto a su cuantificación, pues

■

"...el delito de realización del propio derecho... ha sido modificado por el Código Penal de 1995, que ha extendido esta figura delictiva a la realización de cualquier derecho, suprimiendo la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y se admite que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas."

■

basta con que se tenga un derecho propio, y para realizarlo se acuda a vías no legales.

Es evidente que el vencimiento y exigibilidad se predica más bien de los créditos obligacionales, y vemos que ahora no es exactamente necesario. Y de otro lado, sería absurdo hacer depender tal consideración de la previa existencia y determinación en sentencia judicial, pues ésta ya supone haber acudido a los cauces legales.

De modo que este "derecho propio" que exige el tipo, ha de ponerse en relación con su misma existencia jurídica, antes de ser reclamado, y la creencia errónea del mismo podría hacer entrar en juego la teoría del error.

b) En cuanto a la dinámica, en relación al tipo del art. 337 del CP de

1973, se admitió por la jurisprudencia, que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes (SSTS 14-11-1984, 15-3-1988, y 24-4-1992), pero se estimaban constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado (STS 3-2-1981).

Con la nueva redacción, si se trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales, se acudirá a vías no legales, y ya no es necesaria la apropiación de bienes concretos. Ha habido sentencias que exigían el requerimiento previo directo y personal al presunto deudor (SSTS 12-2-1990 y 21-3-1991).

Hoy, sin embargo, la dinámica comisiva requiere emplear violencia, intimidación o fuerza en las cosas, no exigiéndose para su consumación la efectiva realización del derecho que se considera lesionado por el agente.

c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia (SS. 3-2-8191 y 26-2-1982) ha entendido que no se exige ánimo de lucro, lo que marca la diferencia con el robo (y con la extorsión).

La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el art. 455 del CP de 1995, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto.

Pues bien, este elemento básico en el delito tipificado en el art. 337 del CP de 1973 y del art. 455 del CP de 1995, requiere la existencia de una deuda -genéricamente considerada- a favor del acusado, como dice la reciente STS 650/2008, de 23 de octubre.

Esto es lo que ocurre también en el caso de autos, pues el derecho de Franco a percibir una indemnización por el accidente padecido está fuera de toda duda, y sin que, en consecuencia, pueda entenderse que su actuar fuera guiado por ánimo de lucro, más allá de contornos particulares del ejercicio de su acción, lo que aquí, naturalmente, no puede cuestionarse ni precisarse.

Pero este requisito impide tener por existente el postulado delito de extorsión, que requiere indudablemente este elemento, como pone de manifiesto, entre otras, con toda claridad la STS 1174/2004, de 21 octubre.

Cierto es que los tipos penales definidos en el art. 455 y en el 243 del Código penal, no han sido deslindados siempre con demasiada nitidez en la jurisprudencia de esta Sala, pero el elemento del ánimo de lucro y el principio de especialidad, han de ser elementos esenciales en esta tarea.

Por consiguiente, teniendo en consideración la literalidad de los hechos probados, que señalan que “en todas las ocasiones en las que le exigieron el cobro de la indemnización, ambos acusados le manifestaron que si no pagaba le matarían a él y a su familia, y le pondrían una bomba en su negocio”, y correlativamente que no consta el ánimo de lucro en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, han de ser desestimados, ambos reproches casacionales.

QUINTO.- De igual forma, ha de ser rechazado el tercer motivo del recurso de ambos recurrentes, que ni siquiera debió ser admitido a trámite, pues encauzado por la vía del art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no cita ni un solo documento literosuficiente, limitándose a transcribir las manifestaciones del testigo protegido.

SEXTO.- El primer motivo conjunto del mencionado testigo protegido núm. 000 y de Eduardo, se formaliza por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero -en realidad- lo que pretende es utilizar una especie de inversión de la presunción constitucional de inocencia, lo que ha declarado esta Sala con mucha reiteración que no es posible, y ello a pesar de que los recurrentes no pueden más que reconocer que la sentencia recurrida contiene “una motivación aceptable”.

De manera que la revalorización de la prueba que lleva a cabo en el desarrollo del motivo, impide naturalmente cualquier posibilidad de estimación.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

SÉPTIMO.- Procediendo la desestimación de todos los recursos, se han de imponer las costas procesales a los distintos impugnantes (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación legal de los acusados Franco, Gustavo, Ezequías y de la Acusación Particular Eduardo y el testigo protegido núm. 000 contra Sentencia núm. 5/2009, de 27 de enero de 2009 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos y a la Acusación Particular a la pérdida del depósito legal si en su día lo hubiere constituido.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego De Oliver Tolivar.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- Manuel Marchena Gómez.- Luis Román Puerta Luis.

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

TSJG CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/234682

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 10 septiembre 2009. Ponente: D. Manuel Martín Timón

Indebida impugnación de actos de gestión tributaria del IBI ante el Centro de Gestión Catastral

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la autoridad portuaria contra la STSJ de Galicia que confirmó la resolución del TEAR de Galicia, que se abstuvo de pronunciarse sobre la desestimación presunta del recurso de reposición presentado ante el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria contra el padrón de bienes inmuebles correspondiente al ejercicio de 1996, por tratarse de materia reclamable ante la autoridad municipal. La Sala desestima el recurso al considerar que la solicitud de declaración de exención del IBI se efectuó ante un órgano que no era competente, y en momento inoportuno, pues la concesión o reconocimiento de exenciones corresponde a la fase de gestión tributaria y ha de solicitarse por ello ante el correspondiente Ayuntamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada contiene la siguiente fundamentación jurídica:

“Primero.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo determinar si es o no conforme a derecho el acuerdo adoptado por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia en sesión de fecha 22 de abril de 1998, que conociendo de reclamación formulada contra desestimación presunta del Centro de gestión catastral y cooperación tributaria de recurso de reposición que ante el mismo formulara el ente aquí recurrente contra liquidaciones referidas al IBI correspondientes al ejercicio 1996, se abstiene de pronunciarse sobre el fondo del asunto por referirse a materia reservada a la autoridad municipal.

Segundo.- En el escrito de interposición del recurso, como en la propia demanda, se identifican como actos originarios impugnados las liquidaciones referidas al IBI correspondientes al año 1996, cuya nulidad postuló la actora en recurso de reposición interpuesto ante el Centro de gestión catastral, ante el cual, asimismo, peticionó la declaración de

procedencia de la exención del IBI. Parece así partir la actora del entendimiento de que aquellas liquidaciones se practicaron por el Centro de gestión catastral, y en ello abunda el hecho de que también en esta vía jurisdiccional (sin interesar directamente, por cierto, la declaración de no ser conforme a Derecho y consiguiente anulación del acuerdo del Tribunal Económico Administrativo-Regional) peticione, como pretensiones principales, que se “declare la nulidad y se deje (sic) sin efecto” tales liquidaciones, que se declare la nulidad “del procedimiento por falta de notificación de las liquidaciones correspondientes al alta” y que se declare la procedencia de la exención del IBI de las fincas de que se trata.

Lo cierto, sin embargo, es que los actos administrativos de liquidación del IBI no son dictados por el Centro de gestión catastral, y que éste no tiene encomendada la concesión de exenciones en el IBI, sino que la competencia para dictar esos actos de gestión tributaria la tienen atribuida los Ayuntamientos, por lo que mal podía aquel Centro, sin invadir las competencias propias atribuidas para la aplicación del IBI a tales entes locales, y las correspondientes competencias revisoras, declarar la

nulidad de las liquidaciones o la procedencia de la exención.

Tercero.- Y es que, en efecto, como tiene declarado esta Sala (rec. 9837/95), “de conformidad con los arts. 77 y 78 de la Ley 39/1988 reguladora de las Haciendas Locales, la gestión del Impuesto sobre Bienes Inmuebles se ha desdoblado en dos órdenes claramente diferenciados: el de gestión catastral (que en líneas generales comprende valoración del suelo y construcciones, elaboración de Ponencias de Valores, asignación y notificación individual de los valores catastrales) cuyas materias competenciales se atribuyen a la Administración del Estado; y el de gestión tributaria (fundamentalmente, liquidación del Impuesto, concesión y denegación de exenciones, emisión de documentos cobratorios y recaudación del tributo) que corresponde a los Ayuntamientos, y concorde con esa doble vía gestora, se abre un doble cauce impugnatorio autónomo e impermeable entre sí”.

Doble cauce impugnatorio que determina que la función revisora en vía administrativa de actos dictados en el marco de la gestión catastral corresponda, en todo caso, al Centro de gestión catastral y siempre a los Tribunales Económico-Administrativos, mientras que la función revisora en la misma vía administrativa de actos de gestión tributaria corresponda a la entidad local titular del tributo.

Pues bien, en cuanto que mediante el recurso de reposición interpuesto por la Autoridad Portuaria de Vigo ante el Centro de gestión catastral se pretendía la revisión por éste de actos de gestión tributaria que no habían sido dictados por dicho Centro sino por el Ayuntamiento de Vigo (liquidaciones) y la declaración de procedencia de exenciones sobre las que sólo a dicho Ayuntamiento correspondía pronunciarse, resulta evidente la falta de competencia del Centro de gestión catastral para resolver aquel recurso de reposición, de lo que se deriva, consiguientemente, la conformidad a Derecho del acuerdo aquí impugnado, la procedencia de desestimar las pretensiones articuladas como principales.

Cuarto.- Como pretensión subsidiaria se peticiona que se declare sujeto pasivo del IBI a la Administración del Estado, como titular de los bienes que integran el dominio público marítimo terrestre. En cuanto que tal pretensión ha de vincularse con el concreto acto administrativo aquí impugnado, ha de convenirse en que la anulación de dicho acuerdo constituiría el necesario presupuesto para efectuar aquella declaración, más como quiera que tal supuesto no se da, no cabe dar lugar a esa pretensión, ello al margen de que tal cuestión no fue planteada expresamente ante el Centro de gestión catastral, omisión que impide, en todo caso, al devenir inadmisibles su planteamiento.

to, que la procedencia de dicha declaración puede ser analizada en este proceso.”

SEGUNDO.- El recurso de casación, que naturalmente queda reducido al ámbito que quedó fijado en el Auto de la Sección Primera de esta Sala de 12 de mayo de 2005, reseñado en el Antecedente Quinto, se articula con base en tres motivos en los que, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de esta Jurisdicción, se alega:

1º) Infracción de los artículos 64.a) de la Ley 39/1988 de la Ley de Haciendas Locales, 4.11.de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y 14.2 y 54.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y ello por no haber reconocido la exención en la zona de servicio de los puertos de interés general del Estado.

2º) Infracción de la jurisprudencia sobre la materia, citándose las Sentencias de 13 de julio de 2000 (dos, correspondientes a los recursos de casación 6393/1994 y 5112/94) y 14 de diciembre de 2000, (recurso de casación 3339/99) que no condicionan la exención a la concurrencia de un aprovechamiento público y gratuito.

3º) Infracción del artículo 64.a) en relación con el 65.d) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, por haberse sujetado a la Autoridad Portuaria al IBI incluso en los casos en que los terrenos están otorgados en concesión, sin tener en cuenta que el dominio público marítimo terrestre está siempre exento, en cuanto a su titularidad, mientras que si se otorga en concesión, dicho uso privativo estaría sujeto al gravamen.

TERCERO.- Dando respuesta conjunta a los tres motivos anteriormente expuestos, la parte recurrente expone claramente cual fue su intención inicial cuando en el escrito de interposición del presente recurso de casación señala que tras la publicación del Padrón municipal para el ejercicio de 1996, la Autoridad Portuaria de Vigo presentó reclamación “instando la nulidad de las futuras o eventuales liquidaciones por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, así como la pretensión jurídica de que se declarase la exención de que goza la Autoridad Portuaria de Vigo respecto de los bienes de dominio público”. Ello hace que el Abogado del Estado manifieste en su escrito de oposición al recurso que, “en realidad lo que se está pretendiendo es un pronunciamiento de futuro, vedado por tanto a la vía económico-administrativa como a la vía contenciosa”.

Pero más allá de la intencionalidad o estrategia de la recurrente, lo cierto es que en el recurso de casación, a través de los motivos expresados, lo que se nos plantea es si resulta posi-

ble formular ante el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria un recurso contra el Padrón instando la declaración de exención de determinados bienes o pretendiendo que la cualidad de sujeto pasivo corresponde al concesionario.

Pues bien, idéntico problema, si bien que referido al ejercicio de 1997, fue resuelto por la Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 2007, al dar respuesta el recurso de casación número 1208/2002, en el que se formulaban los mismos motivos que en el presente, llegándose a una conclusión desestimatoria con base a argumentos sobre los que ahora ha de insistirse en aplicación del principio de unidad de doctrina.

En la citada Sentencia partíamos de recordar lo que representa el Padrón municipal como instrumento de gestión del Impuesto sobre Bienes Inmuebles en su relación con el Catastro, afirmándose:

“Tercero (...) De los arts, 77.1 y 78 de la Ley 39/1988 y de su desarrollo reglamentario aprobado por el Real Decreto 1448/1989, de 1 de diciembre, podrían deducirse las siguientes características:

a) Es un documento que ha de formarse anualmente por el Servicio Periférico del Catastro competente para cada término municipal, y que está constituido por censos comprensivos de los bienes inmuebles, sujetos pasivos y valores catastrales, separadamente para los de naturaleza rústica y urbana, según los antecedentes del Catastro, debiendo recoger las variaciones de orden físico, económico y jurídico producidas en los bienes durante el último año natural, que han de ser tramitadas y aprobadas por el Catastro.

b) Ha de estar a disposición del público en los respectivos Ayuntamientos, por lo que resulta necesaria su pública exposición.

c) Con base a este documento cada Ayuntamiento ha de proceder a liquidar y recaudar el Impuesto, debiendo revisar también los actos dictados en el curso de dicho procedimiento.

Quedan subsumidas, por tanto, en la gestión tributaria, que es distinta de la gestión catastral, las funciones de concesión o denegación de beneficios fiscales, determinación de la deuda tributaria, elaboración de los instrumentos cobratorios, resolución de expediente de devolución de ingresos indebidos y resolución de recursos interpuestos contra las mencionadas actuaciones.

d) No cabe modificar el padrón sin que la variación haya sido previamente aprobada por el Catastro, por lo que los datos catastrales pre-

ceden a los incluidos en el Padrón y todos los datos de éste provienen del Catastro, cuyas actuaciones son revisables por los Tribunales Económicos Administrativos del Estado, sin que pueda atribuirse a quien realice la liquidación vicios que sólo son imputables a la fase catastral.

Por otro lado el punto de conexión entre gestión catastral y gestión tributaria está en la determinación de la base imponible del impuesto que viene constituido por el valor catastral; dicho valor constituye el resultado de la gestión catastral y el punto de partida para la gestión tributaria; la gestión tributaria empieza, por tanto, donde termina la gestión catastral.

Sólo en aquellos casos en que no hubo notificación previa de los valores catastrales, resulta presumible la impugnación del valor catastral en el momento en que se notifica la liquidación correspondiente.”

Sentado lo anterior, los motivos se rechazan por las siguientes razones:

Primera.- La solicitud de declaración de exención se efectuó ante un órgano que no era competente, y en momento inoportuno, pues la concesión o reconocimiento de exenciones corresponde a la fase de gestión tributaria y ha de solicitarse por ello ante el correspondiente Ayuntamiento, en este caso el de Vigo (que es también el competente para resolver el recurso de reposición y sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo, desconociéndose si se han utilizado alguna de dichas vías o, en su caso, ambas).

No hemos de resolver una controversia centrada en si determinados bienes están o no exentos por su condición de bienes de dominio público, sino sobre si la autoridad ante la que se planteó el recurso de reposición, era competente para su resolución.

Por ello, la respuesta de esta Sentencia ha de ser diferente a la dada en las de 13 de julio (dos) y 14 de diciembre de 2000, 2 de febrero, 17 de mayo y 18 de julio de 2002, 14 de febrero, 5 de julio y 17 de septiembre de 2003 y 15 de febrero de 2005 y 11 de abril de 2007, algunas de las cuales se invocan por la parte recurrente, y en las que se ha reconocido derecho a la exención con fundamento en el artículo 64.a) de la Ley 39/1988, de Haciendas Locales, antes de la modificación de su redacción por Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

Y claro es que no existe contradicción entre lo que ahora se sostiene y la doctrina mantenida en dichas Sentencias puesto que, aún partiendo de reclamaciones contra la inclusión de bienes en la relación de contribuyentes a efectos del Impuesto de Bienes Inmuebles, el litigio llegó hasta nosotros en situación procesal

de reconocimiento por parte de la sentencia de instancia del derecho a la exención, sin que el motivo o motivos alegados nos permitieran otra cosa que confirmar la sentencia de instancia.

Por ello, en la Sentencia de 11 de abril de 2007, en la que se desestimó recurso de casación formulado por el Abogado del Estado contra sentencia de la Audiencia Nacional, que había reconocido el derecho a la exención, tras fundamentar la desestimación de aquél, se dijo:

“Segundo.- (...) Por último, esta Sala ha de precisar que esta sentencia no resulta contradictoria con la que dictamos en 20 de febrero de 2007, en el recurso de casación 1208/2002.

En aquella ocasión si bien la controversia tenía el mismo origen, es decir, reclamación de la Autoridad Portuaria de Vigo contra el Padrón del Impuesto de Bienes Inmuebles de 1997, sin embargo, ante el acuerdo de abstención del TEAR de Galicia, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y ésta última dictó sentencia desestimatoria “argumentando que no habían sido objeto de impugnación las liquidaciones, lo que constituía el necesario presupuesto para entrar a examinar la supuesta disconformidad a Derecho de las mismas; que la función del Padrón no iba precedida de liquidaciones que hubieran de notificarse al sujeto pasivo; que el padrón no contiene ninguna suerte de declaración de procedencia de exenciones; que la gestión tributaria venía atribuida no al Centro de Gestión Catastral, sino a los Ayuntamientos, a quienes corresponde la concesión de exenciones y, finalmente, que la pretensión subsidiaria, no había sido deducida ante la Gerencia Territorial”.

En cambio, en el presente caso, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha hecho el planteamiento y razonamientos que constan en los anteriores Fundamentos de Derecho y contra ella se ha interpuesto recurso de casación en los términos y por el motivo igualmente recogidos con anterioridad.

Y es sobre ese planteamiento, razonamientos y motivos, sobre los que nos hemos pronunciado. “

Segunda.- Como se dijo en la Sentencia de 20 de febrero de 2007, “la improcedencia del tributo de los inmuebles que, aunque integrados en la zona Portuaria, se encuentran sometidos a concesiones administrativas era una cuestión que tenía que plantearse previamente ante el Catastro para la oportuna decisión, todo ello al margen del Padrón, que

sólo puede recoger los datos catastrales.”

Por último, y aún cuando sobre este extremo no se hace especial hincapié en el recurso de casación, y como también se indicó en la Sentencia antes referida, sí se entendía que los datos catastrales contenían errores, lo procedente era acudir al Catastro para su rectificación, pues de aceptarse la reclamación se habría producido la modificación del Padrón y si se pretendía alegar la falta de notificación del alta en el Registro era preciso esperar a la notificación de las liquidaciones para iniciar la impugnación ante el Ayuntamiento.

Lo anteriormente expuesto conduce al rechazo de los motivos alegados.

CUARTO.- Al rechazarse los motivos alegados procede la desestimación del recurso de casación, lo cual ha de hacerse con la preceptiva imposición de costas, si bien que la Sala, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, limita los honorarios del Abogado del Estado a la cifra máxima de 1.200 euros.

Por las razones expuestas, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación, número 922/03, interpuesto por D. Manuel Sánchez Puelles, Procurador de los Tribunales, en representación de la Autoridad Portuaria de Vigo, contra sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 25 de noviembre de 2002, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 8943/1998, con expresa imposición de costas a la parte recurrente, si bien que con la limitación del último Fundamento de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Manuel Martín Timón.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Óscar González González.

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

2009/234713

TS Sala 3ª, Sección: 3, Sentencia 5 octubre 2009. Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Insuficiencia de las presunciones en las que se basó la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional y en su lugar anula la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, que acordó sancionar a la actora por haber concertado sus ofertas en dos de los concursos, convocados por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, para la adquisición de radiofármacos. La Sala concluye que de los indicios de colusión apreciados no podía deducirse sin más, en términos que excluyan la duda razonable, que las empresas sancionadas se hubieran concertado para obtener un beneficio ilícito en detrimento de la competencia, ya que existía al menos una explicación alternativa que justificaba tanto la asistencia al concurso, como la tendencia general al incremento de algunos de los precios ofertados sobre los precios máximos de convocatoria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 11 de abril de 2006, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por “Amersham Health, S.A.” contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, adoptada en el expediente número 565/2003 (“Materiales Radiactivos”), que acordó sancionarla -junto con otras tres empresas del sector- por haber concertado sus ofertas en dos de los concursos (números 127/02 y 128/02) convocados por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón para la adquisición de radiofármacos.

La conducta, tipificada finalmente por el órgano administrativo como una de las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, fue enjuiciada en el expediente abierto a virtud de la denuncia formulada por el referido Hospital General Universitario Gregorio Marañón (en lo sucesivo, HGM) que, a su vez, la había califi-

cado de “acuerdo colectivo entre las empresas del sector para la fijación indirecta de los precios”.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia resumió en estos términos las razones que habían determinado la sanción administrativa: “(El Tribunal de Defensa de la Competencia) tras considerar inexplicable, a tenor de las alegaciones de las denunciadas, que la coincidencia de los precios ofertados en los concursos del caso (que en la gran mayoría de los supuestos conllevan incrementos sobre los de licitación de los concursos) de manera que de las 79 ofertas realizadas en conjunto por las denunciadas para los diferentes productos, 64 superan los precios máximos fijados por el Hospital, considera que ha existido la infracción consistente en la concertación para presentarse al concurso, con la consiguiente vulneración del art. 1.1 a) de la LDC, consistiendo en la vulneración en la adopción de un acuerdo que tiene por objeto la limitación de la competencia en precios, con independencia de cual haya sido su resultado. Además a juicio del TDC la conducta anticompetitiva es de especial gravedad tratándose de un supuesto de concertación para licitar en un concurso convocado por un hospital integrado en el sistema de salud pública.”

TERCERO.- Los hechos que, por su parte, la Sala de instancia declaró probados fueron los siguientes: “El sustrato fáctico de la resolución impugnada viene constituido por la siguiente relación de ‘Hechos Probados’ expresamente admitidos en la demanda sin objeción alguna que pueda desvirtuarlos:

1º) El Hospital General Universitario ‘Gregorio Marañón’ viene convocando anualmente concursos para el suministro de los radiofármacos necesarios para la prestación de sus servicios. En los concursos 127 y 128/02 convocados el año 2001 presentaron ofertas diversas empresas, entre ellas la hoy recurrente.

2º) Las coincidencias de precios en el concurso 127/02 fueron las siguientes: en los precios ofertados en los kits de HDP (en las ofertas de Tyco y Schering), en los Kits de DPTA, en los DMSA y en los de pirofosfato (en las de Tyco y Amersham) y en Kits de Br-Hida (entre Amersham y Schering). Por otra parte, en el concurso 128/02 las coincidencias en ofertas de Tyco y Amersham se produjeron en las cápsulas de 75 mci y en las de 100 mci de I-131 (en las de 150 mci la diferencia es sólo de 10 céntimos de euro) y en los generadores de 99,-Te (tanto en los de 1100 como en los de 900 mci en primer elución).

3º) Por lo que se refiere a los excesos de los precios de las ofertas sobre el máximo fijado por el Hospital Gregorio Marañón para licitación, resulta probado en el concurso 127/02 lo siguiente:

- Tyco presentó 6 ofertas: cinco por encima del precio de licitación en cuantías del 27%, 49% y 63% y una un 0,06% menor.

- Amersham presentó 12 ofertas: nueve superiores al precio de licitación entre un 38% y un 83%, una igual a ese precio y dos por debajo, entre un 0,22% y el 4%.

- Nucliber presentó 4 ofertas, todas ellas por encima del precio de licitación (una un 45% mayor y tres un 60%).

- Schering presentó 9 ofertas, todas por encima del precio de licitación en porcentajes que oscilan entre el 26% y el 64%.

4º) En el concurso 128/02 resulta probado en relación a los precios máximos de licitación fijados por el Hospital que la hoy actora presentó 15 ofertas, dos al precio de licitación, una por debajo en un 1,99% y doce por encima entre un 35% y el 79%. Asimismo las restantes empresas presentaron las siguientes ofertas: Tyco presentó 10, una un 27% inferior al precio de licitación, una igual y ocho por encima entre un 45% y el 67% (excepto una de ellas que sólo supera el precio de licitación en 1,2%); Schering presentó 12 ofertas, diez por encima entre el 38% y el 62% y dos por debajo en menos del 1% y Nucliber presentó 11 ofertas, una por debajo del 2% y 10 por encima entre el 31% y el 78%.

5º) La práctica se produjo en un submercado particular del más global mercado farmacéutico. En particular en el submercado de productos radiofármacos empleados en el diagnóstico de pacientes mediante gammacámaras:

-Kits para marcajes con tecnecio para estudios gammagráficos: Radiofármacos destinados únicamente en la preparación de determinadas composiciones de tecnecio, distinto del administrado directamente al paciente sin someterlo previamente al procedimiento de preparación.

- Materiales radioactivos para diagnóstico en medicina nuclear: determinadas composiciones precursoras para la preparación de complejos radioactivos.

6º) Respecto al incremento de los precios ofertados en los concursos de actual referencia respecto de los precios del año anterior, al objeto de ver cuál fue y como tuvo lugar dicho incremento resulta ilustrativo el siguiente cuadro obrante en el expediente administrativo (...).”

CUARTO.- Las consideraciones jurídicas más relevantes que la Sala de instancia expuso en su sentencia para corroborar la validez de la decisión administrativa fueron éstas: “Comienza la actora su extensa argumentación impugnatoria por negar la comisión de la infracción que se le

imputa que, además, entiende deficientemente concretada en el procedimiento y en la resolución sancionadora que, a su juicio, se basa en una aplicación errónea de la prueba de presunciones.

Pero la Sala no puede compartir tales afirmaciones ante la evidencia de unos hechos que se declaran probados por aparecer, en efecto, plenamente acreditados en el expediente, tanto por la documentación obrante en el mismo, como por la documentación aportada por la propia recurrente, amén de la contribución al acervo probatorio de las otras empresas denunciadas.

En efecto, ninguna de las explicaciones aportadas por la actora, ni por las otras empresas que obran en el expediente administrativo, para justificar su actuación, básicamente centradas en la estructura del mercado y en la adecuación de los precios ofrecidos a los del mercado así como los ofrecidos a otros hospitales, destacando especialmente el aumento de los gastos de personal y de transporte, así como de los materiales, de manipulación y embalaje, de las tasas, cambio de estrategias comerciales y empresariales, la revisión de la estructura de costes así como el propio efecto de la inflación, en nada obstan a la concertación que indudablemente resulta del elevado número de coincidencias de precios en cada concurso en los que se produjeron ofertas para una serie de productos cuyos precios eran en muchos casos idénticos y en otros similares, apreciándose que hubo, en efecto, un incremento muy similar en varios productos respecto de los precios de licitación así como, finalmente, una tendencia general al incremento de los precios ofrecidos por las denunciadas respecto de los máximos fijados para la licitación, tal y como se recoge en el cuadro anteriormente referenciado que, en definitiva, pone de relieve una similitud de comportamiento en la presentación de las ofertas en dichos concursos que es lo que permite llegar a la conclusión alcanzada en la resolución impugnada de que efectivamente ha existido un concertación entre las empresas farmacéuticas encaminada a sustituir la competencia por el acuerdo entre competidoras y, en consecuencia, la existencia de una conducta prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.”

(...) Así las cosas, no es admisible la censura que la actora dirige al acuerdo impugnado de haber formado su convicción sobre la base de meras presunciones. Muy al contrario la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se atuvo a los indicios, sólidos, razonados y perfectamente concatenados, según las reglas de la sana lógica de los que inequívocamente, también a juicio de la Sala, se desprende racionalmente que ha existido una concertación entre operadores independientes, de la que se puede concluir la existencia

de una práctica tendente a sustituir la libre competencia por un acuerdo de precios que forzara al Hospital a pagar precios más elevados.

Por otra parte, las hipótesis alternativas y las interpretaciones distintas e interesadas sobre los hechos que la demandante formula resultan poco plausibles y razonables.

Difícilmente se puede aceptar la explicación relativa al incremento de los precios de las denunciadas, que si bien pudieran justificar un cierto aumento de los mismos, nunca el que las mismas decidieran elevar sus ofertas por encima de los precios de licitación; lo lógico en libre competencia no es presentar los precios por encima de los de licitación, sino que lo normal es ajustarse al máximo a dichos precios o, caso de no interesar, no presentar oferta, esto es no participar en los concursos.

Tampoco lo que aquí resulta relevante no es, como por la actora se argumenta, la fórmula de fijación de los precios por parte del Hospital Gregorio Marañón, sino que lo relevante resulta ser la reacción de los licitantes ante esos precios; es decir, una conducta que se desarrolla posteriormente a la decisión del Hospital y frente a la cual todas las empresas sancionadas, y por ello también la recurrente tuvieron plena libertad para decidir si participaban o no en las licitaciones de referencia.

(...) En definitiva, esta Sala ha de ratificar la suficiencia de los indicios considerados en la resolución impugnada para acreditar la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado ‘identidad o similitud entre los precios ofertados por las entidades sancionadas en los concursos convocados para el suministro de radiofármacos, unido a una tendencia general al incremento de los precios ofertados respecto de los máximos fijados para la licitación’ y la consecuencia, -la concertación entre las sociedades sancionadas- que permite dar por probada la práctica colusoria sancionada, máxime si se tiene en cuenta que las empresas presentaron sus ofertas en sobres cerrados con la finalidad de que ni el Hospital ni los competidores conocieran su contenido hasta el momento de la apertura, lo que abunda en la dificultad de creer que la identidad de un comportamiento prácticamente idéntico de precios pudiera haberse producido sin un concierto previo entre los oferentes; y ello con independencia de lo limitado de los márgenes comerciales y de la influencia de determinados costes empresariales en los precios.”

QUINTO.- De los tres motivos de casación formulados por “Amersham Health, S.A.” el segundo ha de tener atención preferente pues en él se denuncia, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, un supuesto quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al haber

sido privada aquélla de “la práctica de los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

La censura se refiere, en concreto, a la falta de aportación de una de las pruebas documentales admitidas por el Tribunal de instancia pero no practicadas ulteriormente. La actora había solicitado -y Sala accedió a ello- que el HGM aportase “los documentos que acrediten que los precios máximos de licitación en los concursos 127/02 y 128/02 habían sido fijados teniendo en cuenta la comunicación permanente con otros hospitales y las empresas y que, por lo tanto, sus precios eran adecuados al mercado.

En particular, deberá aportar la justificación documental de haber mantenido contactos con otros hospitales o empresas que expliquen su afirmación respecto a la compatibilidad de dichos precios con el nivel existente en el mercado así como cualquier elemento documental previa a dichos concursos que justifique de alguna forma el nivel de precios fijado por dicho Hospital en los referidos concursos”. El Hospital, sin embargo, no cumplimentó la prueba pese al oficio que le fue remitido.

El documento era relevante -por eso fue admitida la prueba- y con él trataba la recurrente de apoyar una de sus líneas esenciales de defensa: pretendía que el Tribunal de instancia comprobase cómo el HGM no había fijado el precio de licitación conforme a criterios objetivos de mercado sino de manera arbitraria y sin tomar en consideración los precios establecidos por otros hospitales y fabricantes. Premisa a partir de la cual deducía que las ofertas de las empresas licitadoras sancionadas eran las “normales” en el mercado y facilitadas a cualquier otro cliente.

La no aportación del documento por parte del HGM no supuso, sin embargo, que se produjera un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio determinante de la casación de la sentencia. De hecho, en su escrito de conclusiones de 9 de enero de 2006 la parte recurrente no llegó a solicitar la suspensión de los trámites procesales sucesivos hasta tanto se aportara aquel documento (ni recurrió la subsiguiente providencia de 16 de febrero de 2006 en que se declaraba concluso el procedimiento y se señalaba para su votación y fallo), limitándose a formular determinadas consideraciones sobre el significado del “silencio” del HGM en relación con las cuestiones objeto de debate a las que se refería la prueba no cumplimentada.

Es precisamente desde esta perspectiva como procederá valorar la negativa del HGM a facilitar la información. Según analizaremos acto seguido, la recurrente sugiere que el silencio del HGM podía haber sido valorado por la Sala de instancia como contrapunto a las presunciones

utilizadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto “(...) genuina y auténtica ficta confesional y como así prescribe la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 329 en sede de exhibición documental o, en idéntico sentido y por aplicación analógica en sede de interrogatorio de parte, artículo 307, apartado 2)”. Propugnaba, pues, que la no cumplimentación de la prueba documental permitiera tener por reconocidos y admitidos los hechos a los que se refería el documento, esto es, que la fijación de los precios de licitación se llevó a cabo por el HGM al margen de las consideraciones de mercado.

Este enfoque propicia que la cuestión concerniente a la prueba documental omitida se resuelva no en la sede procesal de los quebrantamientos de forma (artículo 88.1.c de la Ley Jurisdiccional) sino en la sede sustantiva (artículo 88.1.d de la misma Ley) de la apreciación conjunta del material probatorio -del existente y del admitido pero no cumplimentado- a los efectos de corroborar la mayor o menor corrección en el uso de las presunciones o indicios sobre cuya base se impuso la sanción y se resolvió el litigio en primera instancia. Esto es, en el examen del primero de los motivos casacionales que debemos afrontar.

Anticipamos ya que todo el debate procesal gira en torno a los límites de la utilización de la prueba de presunciones. El Tribunal de Defensa de la Competencia, la Sala de instancia, la parte recurrente y el Abogado del Estado han transcrito fragmentos de sentencias de esta Sala expresivos de cuáles son los criterios que reputamos admisibles para deducir de las presunciones, ante la habitual falta de pruebas directas acreditativas de un acuerdo colusorio entre las empresas, consecuencias sancionatorias. No repetiremos nuestra doctrina general a este respecto, dándola por suficientemente conocida.

SEXTO.- El primer motivo se plantea al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y en él “Amersham Health, S.A.” denuncia, de modo conjunto, la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Sostiene, en síntesis, que no hubo acuerdo entre las empresas sancionadas ni restricción de la competencia y que el tribunal de instancia hizo una incorrecta aplicación de la prueba de presunciones. A su juicio, ante la “absoluta ausencia de prueba sobre la concertación de precios objeto infracción” y la inexistencia de acuerdo colusorio, no es aplicable el referido artículo 1 en cuya virtud fue sancionada.

El análisis del motivo no puede prescindir de un planteamiento inicial que ha lastrado todo el razonamiento tanto del acuerdo sanciona-

dor como de la sentencia de instancia. Por referirnos sólo a esta última, la Sala de la Audiencia Nacional ha prescindido -de modo explícito- de evaluar la incidencia que un conjunto significativo de circunstancias de hecho pudiera tener en el enjuiciamiento de la conducta infractora.

La Sala pone el acento en la concertación de ofertas (sobre la base de las coincidencias de precios que han quedado expuestas y de la "tendencia general" al alza de las ofertas licitadoras) como si este fuera el único factor relevante y ninguna importancia significativa tuvieran aquellas otras circunstancias, relativas tanto a la fijación de los precios establecidos en la convocatoria del HGM como a ciertos extremos que a continuación expondremos.

La restricción de su enfoque será tanto más inadecuada cuanto que, tratándose como se trataba de una sanción impuesta sobre la base de presunciones, la toma en consideración de dichas circunstancias hubiera permitido deducir de su conjunto, en términos de razonabilidad, que los indicios de concertación no eran prueba suficiente para justificar una respuesta sancionadora.

Ha de tenerse en cuenta que la conducta colusoria sancionada en este caso a título del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia lo fue no tanto porque el concierto ilícito se hubiera llevado a cabo plasmándolo en un precio único de oferta (de los hechos que la propia Sala admitirá como probados se infiere que las coincidencias de precios singulares eran pocas, en términos relativos, sobre el total de productos) sino, más bien, porque todos los licitadores presentaron un buen número de propuestas que, siendo diferentes entre sí, coincidían en superar el precio máximo de licitación fijado por el HGM en los dos concursos de referencia.

Para juzgar si esta "reacción" podía o no ser explicada en función de otros elementos de juicio distintos del mero acuerdo colusorio era necesario prestar una atención más detallada a todo el conjunto de circunstancias que seguidamente expondremos.

Ello justificará que accedamos a la primera de las solicitudes formuladas en el motivo objeto de examen -con expresa invocación de lo dispuesto en el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional - esto es, que procedamos a la integración de los hechos omitidos por el tribunal de instancia que estaban suficientemente acreditados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulta necesaria para apreciar si fue correctamente aplicado el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

SÉPTIMO.- De entre las circunstancias no debidamente apreciadas por el tribunal de instancia la más

destacada es que el precio de licitación fijado por HGM en los dos concursos en cuestión era significativamente menor -para los mismos productos- que el fijado por dicho hospital en concursos precedentes desde 1998 y 1999 (si bien coincidía con el de 2001) y, sobre todo, que el establecido en fechas próximas por otros hospitales privados y públicos, algunos de ellos englobados en el mismo sistema público de salud, para idénticos productos.

De estas circunstancias deducía la recurrente que, en realidad, las ofertas de los licitadores al alza no eran sino respuesta lógica y comprensible a la inexplicada -y, a su entender, anormal- bajada o minoración de los precios de licitación aprobados por el HGM para los dos concursos objeto de litigio.

La respuesta se atenía a los precios reales del mercado, como se deducía del hecho de que otros hospitales públicos así los hubiesen tenido por tales en sus pliegos de condiciones para la adquisición de los mismos productos. Las ofertas, afirma la recurrente, incorporaban las "cifras que, por ser de mercado, son además coincidentes con las ofertadas por esta parte y los demás licitadores".

Era igualmente relevante, a estos efectos, consignar que tanto "Amersham Health, S.A." como algunas otras empresas habían presentado ofertas superiores al precio máximo de licitación en concursos anteriores. La tabla comparativa que se adjunta al escrito de recurso así lo evidencia y se trata de un dato que la propia resolución sancionadora admite en el último párrafo del cuarto "hecho probado", si bien es cierto que subrayando su excepcionalidad. Se reseñan en ella dos concursos precedentes para productos análogos (el número 128/99 y el 128/01) para destacar que en ambos "(...) Cis (ahora Schering) ofreció precios superiores en un solo producto; en el 128/00, Amersham en uno solo, y Nucliber en cuatro; y en el 128/01, Amersham en cuatro y Nucliber en uno".

OCTAVO.- También eran procedente la toma en consideración de un conjunto de rasgos significativos del mercado de productos de radiofarmacia objeto de los dos contratos públicos de suministro.

El Tribunal de Defensa de la Competencia no realizó propiamente un análisis del mercado afectado al considerar que "tal definición es imprescindible en aplicación del artículo 6 de la LDC, pero no en el caso del artículo 1 cuando lo que se trata de justificar es una identidad de comportamientos en un momento puntual, algo que no depende en absoluto de cómo se defina el mercado". La Sala, por su parte, se limitó a expresar que se trataba del "submercado particular del más global mercado farmacéutico (...) en particular en el

submercado de productos radiofármacos empleados en el diagnóstico de pacientes mediante gammacámaras".

Pero lo cierto es que tampoco se refirió, en concreto, a alguna de las particularidades de aquél que contribuyeran a la mejor comprensión de las relaciones entre las empresas cuya concertación se castiga y los entes (en este caso, el HGM) a los que suministran sus productos.

Es cierto, como bien afirma el Tribunal de Defensa de la Competencia, que el análisis del mercado relevante (necesario de todo punto cuando se trata de sanciones contra abusos de posición de dominio que, por definición, exigen concretar en qué segmento del mercado se han producido) no resulta siempre y en todo caso imprescindible para determinar si ha habido un pacto colusorio. Es exagerado sostener, como hace la recurrente, que la omisión de este análisis "invalida el acto impugnado y la sentencia de instancia".

Ahora bien, el examen del mercado en el que se produce el pacto colusorio puede ser útil para apreciar el alcance de la conducta concertada si contribuye a esclarecer, en un sentido o en otro, la conexión entre los hechos indiciarios probados y la conclusión de que, conforme a las reglas del criterio humano, se produjo aquélla.

De modo singular, el análisis será procedente para explicar la racionalidad (o para excluir la irracionalidad) de las conductas imputadas sobre la base de la aplicación de la prueba de presunciones cuando el sector en cuestión, o las operaciones enjuiciadas, presenten ciertos rasgos que no se avienen con la utilidad económica -para sus autores- de algunos acuerdos colusorios. Y aquel mismo análisis será pertinente para deducir si, por su ocasionalidad, el acuerdo colusorio resulta una excepción más o menos coherente con la conducta habitual de las empresas imputadas.

El mercado de suministros de los radiofármacos objeto de concurso aparece muy centrado sobre las adquisiciones que de éstos hacen los prestadores de servicios públicos y privados de salud. En el supuesto de autos nos referiremos de modo singular a los públicos cuyo suministro se llevaba a cabo mediante fórmulas de adquisición competitivas, esto es, concursos sujetos a la legislación de contratos públicos.

Ello tiene una primera consecuencia: el comportamiento de las empresas que facilitan los productos puede venir, en buena lógica, determinado por su conocimiento de los precios de las demás ya que, dado el régimen de publicidad de los concursos, son conocidas por todas y cada una de ellas las ofertas precedentes de las demás (tras la apertura de las plicas) para los mismos productos, siendo

igualmente conocidos los precios de adjudicación de cada uno de los hospitales que requieren el suministro. Circunstancia a la que se añade el hecho, ya reseñado, de que todas conocen o pueden conocer sin dificultad los precios de cada uno de los concursos de todo el territorio nacional, obteniendo de este modo una referencia valiosa para fijar los que ellas mismas ofertarán.

Y no cabe olvidar que los órganos de contratación públicos venían obligados a fijar un precio de los contratos "adecuado al mercado", según disponía el artículo 14.1. in fine de la legislación aplicable en aquel momento (texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

Desde este punto de vista no es, en principio, anómalo que las empresas licitadoras presenten unas ofertas parcialmente coincidentes con las que ellas mismas han presentado, para idénticos productos, en concursos convocados por otros hospitales y que, a su vez, coincidan con las propuestas por algunas de ellas en estos últimos. La transparencia de este mercado y de los precios que en él se ofrecen es innegable.

También es relevante el hecho de que el organismo público convocante del concurso goce de una situación de preeminencia -en términos jurídicos- que refuerza su poder negocial hasta el punto de poder imponer, haciendo uso de la prerrogativa prevista en el Real Decreto-Legislativo antes mencionado, la prórroga de los contratos del año anterior en idénticas condiciones (en el caso de autos el propio Tribunal de Defensa de la Competencia subraya cómo el HGM acudió a la prórroga de los contratos del año anterior para garantizar el suministro de radiofármacos).

Y puede igualmente el órgano convocante del concurso, si considera que las ofertas económicas de los licitadores resultan inaceptables, prescindir del resultado de aquél, dejándolo desierto, y acordar la apertura de un procedimiento negociado.

Posibilidades todas ellas de las que las empresas licitadoras eran conscientes, como es lógico, y que contribuyen a debilitar la eficacia económica de la supuesta conducta concertada. Si los cárteles de precios tienen una racionalidad económica es el provecho de todos los que en ellos participan, de modo que no parece muy lógico pactar una conducta colusoria que, en definitiva, puede fácilmente resultar en beneficio singular de una sola de las empresas concertadas (a menos que se trate de un reparto de cuotas o de mercados, lo que en este caso no se ha imputado).

Otro rasgo destacado del mercado de suministros públicos de los radio-

fármacos es que los concursos públicos para su adquisición contienen pliegos de condiciones de distinta naturaleza, no meramente económicas, de modo que el factor del precio ofertado no es el único determinante de la adjudicación (se trataría entonces de una subasta) y coexiste con otros que, aun no revistiendo el carácter preponderante que normalmente tiene aquél, pueden tener una incidencia significativa en la adjudicación.

El análisis de la supuesta conducta colusoria debería, en consecuencia, atender no sólo a la concertación de precios sino también a la coincidencia en el resto de condiciones ofertadas, lo que en este caso no se ha comprobado.

Finalmente, es de destacar que la conducta colusoria imputada afectaba a dos únicos concursos de los que se realizaron dentro del mercado de medicina nuclear en España en el año 2002. Según los datos que facilitó una de las empresas sancionadas, el valor de los suministros afectados por aquellos dos concursos se limitaba a menos del 1,8 por ciento del citado mercado, dato que esta Sala no está en condiciones de verificar ni de desmentir, al no haberse procedido a un análisis detallado del sector en las instancias previas, pero que parece gozar de fiabilidad.

Si ello fuera así, la presunción que lleva a afirmar la existencia de una conducta colusoria entre las empresas sancionadas -actores económicos destacados en el campo de los suministros de radiofármacos- quedaría debilitada pues resulta, cuando menos, dudosa la lógica económica de un mero acuerdo ocasional y episódico de precios en una parte ínfima del mercado mientras que se mantiene la competencia efectiva de las mismas empresas en el resto de ese mercado (al menos, no consta en autos que haya existido ninguna decisión administrativa en sentido contrario sobre ello).

NOVENO.- Integrados así los hechos y descritas algunas de las características del mercado en que se produjeron, estamos en condiciones de analizar si de los indicios de colusión apreciados podía obtenerse, en términos que excluyeran la duda razonable, la consecuencia jurídico-sancionatoria que en este caso ha sido deducida.

En primer lugar hemos de destacar que las coincidencias de precios ofertados por las cuatro empresas que la Sala de instancia tiene como acreditadas en el apartado segundo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia se limitan a 4 de los 17 (o 5 de los 16, según el Servicio) productos objeto de licitación en el concurso 127/02 y a 5 de los 21 productos objeto de licitación en el concurso 128/02. Por lo demás, la propia Sala, que hace suyo a estos efectos el segundo de los "hechos

probados" de la resolución administrativa, admite que las coincidencias fueron parciales, esto es, que en ningún momento las cuatro empresas coincidieron en sus ofertas respecto de los productos referidos.

Y es que, en efecto, por lo que se refiere al primero de los concursos (para la adquisición de "kits fríos de medicina nuclear") las coincidencias de precios ofertados que se tienen por acreditadas lo son tan sólo "en los kits de HDP (en las ofertas de Tyco y Schering), en los Kits de DPTA, en los DMSA y en los de pirofosfato (en las de Tyco y Amersham) y en Kits de Br-Hida (entre Amersham y Schering)". Y en cuanto al concurso 128/02, para el suministro de materiales radioactivos de diagnóstico en medicina nuclear, "las coincidencias en ofertas de Tyco y Amersham se produjeron en las cápsulas de 75 mci y en las de 100 mci de I-131 (en las de 150 mci la diferencia es sólo de 10 céntimos de euro) y en los generadores de 99,-Te (tanto en los de 1100 como en los de 900 mci en primer elución (sic))".

En uno y otro concurso, por lo demás, se procedió a la adjudicación definitiva de determinados lotes (7 de los 17 convocados en el concurso 127/02 y 6 de los 21 convocados en el concurso 128/02) a las diferentes empresas concurrentes, sin mayores problemas ni imputación alguna de conducta colusoria al respecto.

De aquellas coincidencias parciales no es posible obtener sin más la conclusión sancionadora que sería válida ante una plena e inexplicable identidad de todas (o la mayor parte de) las ofertas por todos los oferentes.

Tanto menos cuanto que, como ya hemos expuesto, al tratarse de un concurso no sujeto a las reglas de la subasta, la adjudicación no dependía en exclusiva de los precios ofertados y debieron haberse analizado también los demás componentes de las ofertas para apreciar la igualdad, por concierto previo, de todas ellas. En todo caso, según inmediatamente expondremos, la coincidencia de precios ni siquiera fue el factor clave para la imputación.

DÉCIMO.- En lo que se refiere a la mayor o menor similitud de los incrementos de precios de varios de los productos ofertados por los cuatro licitadores en los dos concursos de referencia (incremento respecto a los precios de licitación), el Tribunal de Defensa de la Competencia afirmó en su resolución que "(...) para los diferentes lotes de productos, los aumentos estaban comprendidos en la mayoría de los casos en un intervalo entre el 50% y el 60%". La Sala de instancia, por su parte, se limitó a transcribir el cuadro comparativo de los precios unitarios en 2001 y los precios ofertados en los concursos de 2002, expresivo de que, en efecto, para dichos concursos se habían in-

cluido aumentos significativos sobre los precios de 2001.

Este cargo en realidad no puede ser desvinculado del siguiente, relativo a la común "tendencia general" a sobrepasar el precio máximo de licitación fijado por el HGM en ambos concursos. El aumento de las ofertas sobre dicho precio máximo sería asimismo expresivo de la concertación en cuanto al porcentaje de incrementos supuestamente pactados.

Lo cierto es, sin embargo, que la lectura del apartado tres del fundamento jurídico cuarto de la sentencia pone de relieve la disparidad de los porcentajes de subida entre las distintas ofertas. De modo pormenorizado para cada concurso la Sala de instancia expresa cómo los porcentajes de incremento distan de ser coincidentes.

Baste a estos efectos, sin necesidad de reiterar su transcripción (ya hecha en el fundamento jurídico cuarto), destacar cómo en el concurso 127/02 los incrementos de Tyco (27,49 y 63 por ciento) difieren de los de Amersham (entre el 38 y el 83 por ciento), de los de Nucliber (45 por ciento) y de los Shering (entre el 26 y el 64 por ciento). Algo análogo ocurre con el concurso 128/02.

El supuesto acuerdo colusorio no vendría constituido, pues, en realidad por la similitud en los precios incrementados o en el porcentaje mismo de incremento (pues no existe dicha coincidencia significativa) sino en el hecho de que los cuatro licitadores hubieran formulado buena parte de sus proposiciones sobrepasando los precios máximos de licitación. Que este era realmente el núcleo de la conducta imputada se deduce tanto de la propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia como de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la propia sentencia.

En efecto, el Servicio reconocía (folio 37 de su propuesta) que "resulta lógico que las empresas participantes en los concursos 127/02 y 128/02 tuvieran en cuenta los precios de venta recientes para formular sus propias ofertas y que, dada la dura competencia a la que afirman que se enfrentan, propusieran precios muy similares a aquéllos, pero eso no explica que las cuatro decidieran proponer prácticamente para todos los productos precios por encima de los de licitación y menos aun en porcentajes tan elevados".

Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia al menos en dos pasajes de la resolución administrativa afirma que la conducta colusoria atribuida a las empresas licitadoras consistió en que, ante la disminución de precios fijados en la convocatoria, "(...) las imputadas reaccionaron en este caso sustituyendo la libre competencia por un acuerdo de precios que forzara al Hospital a

pagar precios más elevados". Y la Sala de instancia les reprocha asimismo el intento de "sustituir la libre competencia por un acuerdo de precios que forzara al Hospital a pagar precios más elevados".

UNDÉCIMO.- Para resolver si la coincidencia en la presentación de ofertas que excedían, para algunos productos, del precio máximo de licitación tenía o no una justificación lógica y alternativa al mero acuerdo colusorio no era en absoluto irrelevante -como apreciaron el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala de instancia- que el HGM, a diferencia de otros hospitales, hubiera establecido unos precios de licitación anormalmente inferiores a los precios de mercado aceptados por otros hospitales públicos y privados. El Servicio de Defensa de la Competencia admitía este hecho al afirmar que el HGM "no se dejó llevar por la tendencia al aumento de precios observada en otros hospitales sino que decidió fijar los precios de licitación más bajos".

No ha sido desvirtuada la alegación de que las ofertas realizadas por las empresas sancionadas en otros concursos de suministro de idénticos productos, convocados anteriormente o de manera más o menos simultánea por diversos hospitales del mismo u otros servicios públicos de salud, eran similares a las que aquéllas presentaron en los dos concursos del HGM objeto de litigio y se hallaban dentro de los márgenes de precio de los respectivos concursos. No ha habido, por el contrario, una explicación satisfactoria de que la fijación de los precios de licitación por el HGM se hubiera hecho conforme al criterio legal de mercado.

La justificación de esta circunstancia no podía, insistimos, reputarse irrelevante como afirman el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala de instancia para poner el acento tan sólo en la ulterior reacción de las licitadoras.

Por el contrario, contribuía de modo significativo a aclarar las circunstancias concurrentes la comprobación de cuáles habían sido los precios máximos fijados por el HGM en concursos anteriores -en una perspectiva que no sólo englobara el año 2001 sino una serie de años más- para los mismos productos, y, sobre todo, los establecidos por otros hospitales en concursos similares de aquel mismo año o años precedentes.

Pues entra dentro de la lógica que las empresas que licitan simultáneamente en varios procesos selectivos de suministro tiendan a presentar, para los mismos productos, ofertas de precio similares a las que ellas mismas han realizado en otras convocatorias, siempre dentro de los límites de los precios de mercado, o similares a las que rigen como precio máximos en otros concursos análogos.

Siendo ello así, pudiera considerarse como una explicación alternativa a la colusión el hecho de que la "tendencia general" al incremento de los precios ofrecidos por las empresas al HGM respecto de algunos de los productos de las convocatorias (incremento que ya hemos visto cómo se concretaba en porcentajes no necesariamente coincidentes) respondía al designio legítimo de mantener los precios de mercado que, en cuanto tales, regían en otras convocatorias y de los que, sin explicación suficiente, se había apartado tan sólo uno de los hospitales que demandaba el suministro de radiofármacos. Se trataba, repetimos, de precios de mercado públicamente conocidos, y aceptados como tales por instituciones hospitalarias públicas similares.

Todas ellas, al igual que el HGM, en cuanto órganos de contratación públicos habían de fijar los precios de los contratos "adecuados al mercado", según hemos expuesto al recordar el artículo 14.1. in fine de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Es cierto que la "reacción" frente a los términos del concurso podía haber sido la abstención de las licitadoras, esto es, la no presentación de sus ofertas. Tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia entendieron que esta era la única respuesta idónea afirmando, respectivamente, que "(...) si consideraban demasiado bajos los precios fijados por el Hospital en relación a la tendencia del mercado y hubieran actuado de forma independiente, lo lógico hubiera sido no acudir a la licitación" (fundamento jurídico octavo de la resolución administrativa) o que "(...) lo lógico en libre competencia no es presentar los precios por encima de los de licitación, sino que lo normal es ajustarse al máximo a dichos precios o, caso de no interesar, no presentar oferta, esto es no participar en los concursos" (fundamento jurídico quinto de la sentencia).

Ocurre, sin embargo, que la presentación de ofertas por encima del precio máximo -además de no ser una conducta prohibida en la legislación de contratos- puede tener en ciertos casos una explicación satisfactoria o, al menos, no ilegítima, distinta del mero designio colusorio. De hecho, ya hemos reseñado cómo esta práctica había sido ejercitada por las empresas recurrentes en otros concursos análogos de años anteriores.

Dichas empresas subrayaron, a este respecto, las circunstancias singulares del específico mercado de radiofarmacia en el que la venta se realiza, en una parte muy considerable, a determinados hospitales públicos cada uno de los cuales ostenta un elevado poder de negociación frente a los suministradores de los radiofármacos y que, además de atender al factor precio pueden y deben, en tan-

to que organismos de contratación, valorar otras circunstancias distintas de las meras ofertas económicas.

En este segmento del mercado farmacéutico, caracterizado por la transparencia en el precio de los productos y de las ofertas (ya hemos repetido que los restantes licitadores y los propios hospitales fácilmente llegan a saber, con posterioridad a las adjudicaciones, los precios propuestos por los participantes en los diferentes concursos) puede no ser ilógico que cada una de las empresas suministradoras trate de mantener una cierta coherencia en sus propuestas de suministro a los diferentes centros sanitarios y oferte, en consecuencia, precios similares para todas las convocatorias del sector, incluso si ello supone que en algún caso sobrepasar los límites máximos de alguna convocatoria.

Cuando resulta que, además, los precios ofrecidos por cada una de las empresas en los dos concursos singulares están dentro de los márgenes de los que han regido para convocatorias públicas de los mismos productos, coetáneas o próximas en el tiempo, pero resultan superiores al precio fijado por el HGM (en términos no suficientemente explicados), el hecho de acudir a ambos concursos haciendo propuestas por encima del precio de licitación puede interpretarse como un acto testimonial -probablemente condenado al fracaso, pues el concurso podrá quedar desierto sin mayores consecuencias ya que se prorroga el contrato vigente por un año más- de no romper las relaciones comerciales con el órgano de contratación pero hacerle ver lo erróneo, a juicio de los licitantes, de parte de su convocatoria.

A ello ha de añadirse que ambos concursos englobaban una pluralidad de productos diferenciados y que, de hecho, las plicas presentadas por las cuatro licitadoras sólo contenían ofertas superiores a los precios máximos de licitación respecto de algunos de aquéllos, no todos. Era obvio, pues, el interés de las empresas en acudir a los dos concursos aun cuando al hacerlo fueran conscientes de que determinadas ofertas singulares para ciertos productos difícilmente podrían ser admitidas. En cuanto a otros lotes de los mismos concursos, por el contrario, no hubo problemas de este género como lo acredita el hecho, ya reseñado, de que la Gerencia del HGM adjudicó definitivamente a varias de las licitadoras 7 de los 17 lotes en el concurso 127/02 y 6 de los 21 lotes en el concurso 128/02.

Existía, pues, al menos una explicación alternativa que justificaba tanto la asistencia al concurso como la "tendencia general" al incremento de algunos de los precios ofertados sobre los precios máximos de convocatoria. El comportamiento de las licitadoras al acudir al concurso y presentar sus propias ofertas, diferentes

en sí pero coincidentes en que superaban determinados precios de la convocatoria para proponer otros más ajustados a los de mercado, aunque también distintos entre sí, no es menos racional que el único comportamiento juzgado por la Sala de instancia como "normal", esto es, el de no participar en los dos concursos.

DUODÉCIMO.- En suma, de los indicios de colusión apreciados no podía deducirse sin más, en términos que excluyan la duda razonable, que las empresas sancionadas se hubieran concertado para obtener un beneficio ilícito en detrimento de la competencia, que es lo que castiga el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. La utilización de la prueba de presunciones no permite, en este caso -que por sus características singulares probablemente constituya un supuesto límite- corroborar la validez de la respuesta jurídico-sancionadora que el Tribunal de Defensa de la Competencia acordó y la Sala de instancia confirmó.

Procede, en consecuencia, la estimación del primer motivo casacional y del propio recurso de casación (sin necesidad de analizar, por lo tanto, el motivo tercero) y, por las mismas razones, la estimación del recurso contencioso-administrativo.

DECIMOTERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

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

FALLO

Primero.- Ha lugar al recurso de casación número 3984/2006 interpuesto por "Amersham Health, S.A." contra la sentencia dictada el 11 de abril de 2006 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional en el recurso número 467 de 2004, sentencia que casamos dejándola sin efecto.

Segundo.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 467/2004 interpuesto por "Amersham Health, S.A." contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de julio de 2004, adoptada en el expediente número 565/2003 ("Materiales Radiactivos"), resolución que anulamos.

Tercero.- No hacemos especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.- María Isabel Pello Domenech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.



2009/217642

TS Sala 4ª, Sentencia 8 julio 2009. Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

A trabajadores afectados por ERE

Reintegro de cantidades adelantadas por la empresa como ayudas previas a la jubilación

Estima el TS el recurso de casación interpuesto por la empresa de electricidad demandada frente a sentencia que le denegó el reintegro de las cantidades anticipadas por ella a los trabajadores como ayudas previas a la jubilación.

Según la Sala, la finalidad de éstas es que el ingreso mensual del trabajador afectado por el ERE no sufra disminución durante la tramitación y resolución del expediente administrativo, pero su cumplimiento no

constituye un acto libre y gratuito de la empresa, sino que responde a la exigencia contenida en el art.4.2.f) OM 5-10-94 que obliga a la empresa a asumir el compromiso de anticipar las ayudas previas, de modo que el cumplimiento de dicha obligación no supone la pérdida de las cantidades anticipadas. En conclusión, parece contrario a "los criterios de racionalidad económica", y también a la naturaleza y fines de los planes de empleo, que un trabajador en situación de prejubilado, que percibe de la empresa una compensación hasta alcanzar el 100% del salario neto regulador, consistente en la diferencia entre la prestación o subsidio de desempleo y dicho 100% y, además, la suma necesaria para cubrir el convenio especial con la SS, una vez agotadas las prestaciones por desempleo y las aportaciones necesarias al plan de pensiones hasta que el trabajador alcance la edad de jubilación, pretenda además percibir -sin cobertura legal o convencional- las ayudas previas a la jubilación cuyo pago es exigido al empleador, como requisito para la tramitación del expediente de jubilación, obteniendo así de prejubilado una compensación notoriamente mayor, al salario percibido en el momento del cese.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según consta en los hechos probados de la sentencia recurrida:

1) En fecha 31 de marzo de 1998, 28 de mayo de 1998 y 9 de julio de 1998 la empresa demandada y la representación de los trabajadores celebraron reuniones para negociar un Acuerdo para reducir plantilla a través de un Expediente de Regulación de Empleo (ERE), firmándose el preacuerdo correspondiente en la última sesión. El 15 de julio de 2005 la empresa presentó solicitud de Regulación de Empleo pactado, aportando la documentación correspondiente entre la cual figuraba el acta de Acuerdo final de 9 de julio de 1998. Y estableciendo que el plan afectaría a un total de 570 trabajadores, sobre una plantilla de 1.844 trabajadores.

La Inspección de Trabajo informó favorablemente el ERE, después de oír a las partes y recibir de ellas la información de que con el sistema pactado se abonaba la indemnización legal a través de pagos periódicos.

2) El 10 de agosto de 1998 la Dirección Provincial de Trabajo dictó resolución en cuya parte dispositiva se acuerda:

"...1º.- Autorizar la extinción de las relaciones laborales entre la empresa "Unión Eléctrica de Canarias, S.A.", y los trabajadores que figura

en la relación adjunta, en las condiciones establecidas en el acuerdo, que también se acompaña.

2º.- Declarar en situación legal de desempleo a los trabajadores afectados, siendo competencia del Instituto Nacional de Empleo la apreciación de los requisitos necesarios para el reconocimiento o denegación de las correspondientes prestaciones. No hacer pronunciamiento alguno sobre la intención de solicitar la ayuda previa a la jubilación anticipada..."

En el Fundamento Quinto de dicha resolución se dice literalmente: "...Por lo que respecta al escrito de la solicitante de 4 de agosto referido a la "intención de solicitar para determinados trabajadores las concesiones de ayudas previas a la jubilación ordinaria", solo cabe a esta Administración Laboral recordar al interesado que la solicitud que materialice deberá acomodarse al procedimiento que establece el Orden de 5 de octubre de 1994, dando cumplimiento a los requisitos y condiciones que prevén en la misma y solo en ese momento se acordará, sin olvidar que como trámite previo ha de obtenerse la conformidad a la concesión de ayuda de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales..."

3) El 4 de agosto de 1998 la empresa presenta escrito ante la Dirección General de Trabajo pidiendo para un colectivo de 185 trabajadores las ayudas previas a la jubilación de la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1994 y el 14 de julio de 1998, ante las dudas y las inquietudes planteadas por el Acuerdo antes citado entre el colectivo de trabajadores, la Comisión de Seguimiento del Plan Social acuerda desarrollar y explicar "...con una técnica más terminológica distinta a la utilizada en la propia Acta..." el espíritu dominante en el proceso de negociación.

A tal efecto, suscriben un documento en el que literalmente dicen: "... Con esta finalidad, con el mismo grado de compromiso, y con idéntica eficacia a la del Acta de Acuerdos, las partes convienen:

a) Que el Plan Social se diseña condicionado por tres objetivos fundamentales.

Primero, garantizar a los trabajadores beneficiarios del mismo desde el momento que causen alta en dicho Plan hasta la fecha prevista en el mismo para acceder a la Pensión de Jubilación, unos ingresos líquidos equivalentes al 100% neto del salario regulador inicial calculado según el procedimiento descrito en el Acuerdo Cuarto del Acta, que se revisará cada año en función del IPC real del año natural, lo que sustituye al incremento fijo del 2% anual fijado en el Acuerdo Cuarto del Acta de 9.7.98, por considerar las partes que este factor del IPC real garantiza el poder adquisitivo.

Segundo, que los trabajadores partícipes del Plan, se comprometan formalmente a realizar ante las Instituciones Públicas, y en los plazos reglamentarios, cuantos trámites y gestiones les sean requeridas, tanto por los propios Organismos, como por Unelco, orientados por todos ellos a obtener la cuantía y el periodo de Prestación Contributiva y de Subsidio por Desempleo que legalmente les pueda corresponder.

Tercero, que los trabajadores que se acojan al presente Plan Social, mantendrán a efectos del Plan Pensiones, idénticos derechos a los que irían obteniendo de continuar su etapa activa en Unelco.

b) Que los tres objetivos antes explicados, son la fuente fundamental, a la que hay que recurrir, para resolver cuantas discrepancias puedan suscitarse en la interpretación del presente Plan Social..."

Es de resaltar que ni en el Acuerdo de 9 de julio de 1998, ni en el Acta complementaria anterior se hace referencia a las ayudas previas a la jubilación.

4) Después de una larga tramitación administrativa, a partir del año 2000 se aprueban y se comienzan a abonar las ayudas previas a la jubilación, ingresándose directamente en la cuenta corriente de cada trabajador.

Desde el año 2005 la empresa, que financia, por disposición legal el 60% de las ayudas previas a la jubilación, procede a reclamar a los trabajadores, que las han percibido simultáneamente con las cantidades abonadas en el marco del Acuerdo del Expediente de Regulación de Empleo, el reintegro de las ayudas, por entender que estaba implícito en el Acuerdo tal devolución.

El Acuerdo de 9 de julio de 1998 estableció un periodo de vigencia de 1998 al año 2002, y consideró como beneficiarios a dos grandes colectivos:

a) Trabajadores fijos con cotizaciones anteriores al 1 de enero de 1967 en alguna Mutualidad laboral, de entre 55 y 64 años y 11 meses.

b) Trabajadores no afiliados al Mutualismo laboral, con edades entre 60 y 64 años y 11 meses.

En el año 1998 se inició el proceso de reordenación societaria y consolidación corporativa del Grupo Endesa cuando los Consejos de Administración de Endesa, S.A. y de sus participadas eléctricas españolas: Enher, S.A.; Erz, S.A.; Fecsa, S.A.; Gesa, S.A.; Nansa, S.A.; Sevillana, S.A.; Unelco, S.A. y Viesgo, S.A. adoptaron los acuerdos necesarios para poner en marcha los procesos a través de los cuales el Grupo Endesa completará su consolidación definitiva, tras la privatización total de Endesa,

S.A. que tuvo lugar como consecuencia de la OPV del mes de junio de mil novecientos noventa y ocho.

En dicho año 1998 en las empresas participadas, citadas en el hecho anterior, se suscribe los siguientes planes de prejubilación.

a) Endesa, acuerdo de 15.6.98.

b) Gresa, acuerdo de 27.2.98, con un contenido prácticamente idéntico al de autos.

c) Erz, acuerdo 19.12.97.

d) Eneco, acuerdo 22.9.98.

e) Enher, acuerdo recogido en el documento núm. 149 de la actora.

f) Térmicas del Besos, S.A., acuerdo de 28.5.98.

g) Guadisa, acuerdo recogido en el documento al folio 167.

h) Hidroeléctrica de Cataluña S.A., acuerdo de 26.1.98.

i) Begasa, acuerdo de 22.2.2000.

j) Fecsa, acuerdo de 20.1.98. En ninguno de estos Planes se incluye cláusula expresa que permita descontar las ayudas previas a la jubilación ordinaria.

5) El 18 de octubre de 2002 la empresa Endesa S.A. y la representación de los trabajadores suscriben un acta de preacuerdo de condiciones del plan voluntario de salidas para Endesa S.A. y sus filiales (que afecta a todas las empresas citadas en el hecho anterior) donde se incorpora explícitamente una cláusula de descuento de la ayudas oficiales a la prejubilación cuando se dice literalmente: "...Estos porcentajes se aplicarán sobre la retribución bruta anual fijada en el momento de incorporarse al presente Plan y con la inclusión de los mismos conceptos y sujetos a idéntica evolución que los establecidos en el ERE precedente a este Plan y acordado en el ámbito de la empresa de origen del afectado en cuestión. Esta retribución de referencia se actualizará cada año con un incremento porcentual equivalente al del IPC real del año anterior, en el conjunto estatal, del respectivo año. No obstante, de las cuantías resultantes de los porcentajes asignados a cada tramo se deducirán, en su valor bruto, tanto de las prestaciones y subsidios derivados de la situación de desempleo como cualesquiera otras ayudas oficiales a la prejubilación que se perciban con anterioridad a la situación de jubilado.

2.- Bajo esta situación fáctica la parte promovente del presente conflicto colectivo, Asociación Independiente de la Energía (ASIE) ejercita frente a la empresa Endesa Distribución Eléctrica una pretensión colectiva cuyo objeto es que se declare que las ayudas previas a la jubilación concedidas por la Autoridad Laboral

son para los trabajadores, sin que pueda la empresa pretender su reintegro.

Es decir, la controversia objeto del presente conflicto colectivo es determinar si las ayudas previas a la jubilación previstas en la Orden Ministerial del año 1994, pueden descontarse de las cantidades que la empresa abona en el marco del Acuerdo del Expediente de Regulación de Empleo de 9 de julio de 1998. La sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior ha estimado la pretensión principal declarativa ejercitada en la demanda (aunque no la pretensión relativa al reintegro).

Argumenta, en síntesis, al efecto, interpretando la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1994, reguladora de las ayudas previas a la jubilación ordinaria, que la finalidad de la Orden es establecer determinados mecanismos de cobertura económica entre el momento de salida de la empresa en virtud de un Expediente de Regulación de Empleo y aquel otro en que se accede a la situación de jubilación en su modalidad contributiva, que

“Si tenemos en cuenta que las cantidades del pacto de empresa y las ayudas tienen fines distintos (las primeras compensan principalmente la extinción del contrato y sustituyen mejorándola a la indemnización de 20 días por año y las segundas son públicas y pretenden hacer frente a la pérdida de trabajo de personas de más de 60 años con serias dificultades para incorporarse al mundo laboral) es evidente que no puede entenderse que el pacto de empresa lleve implícito el derecho a la compensación”; que esta conclusión viene reforzada por “el hecho de que la propia OM contempla que las empresas, además de las ayudas, puedan pactar con los trabajadores cantidades complementarias; y también lo refrenda el hecho de que en el año 2002 la empresa Endesa, S.A. haya incorporado la cláusula de compensación explícitamente en el pacto de prejubilación”, para concluir, finalmente, que “la omisión de esta cláusula en todos los pactos de 1998 no puede ser entendido sino como la aceptación de la plena compatibilidad entre las cantidades del pacto de jubilación y las ayudas públicas de prejubilación.”.

3.- Frente a la repetida sentencia de suplicación de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia han interpuesto recurso de casación, ambas partes procesales:

a) La Asociación Independiente de la Energía (ASIE), pretende que la sentencia contenga además del pronunciamiento declarativo, otro de carácter condenatorio, consistente en que la parte demandada “proceda a la devolución de las ayudas previas a la jubilación, si estas han sido entregadas a dicha empresa con los intereses legales, desde la fecha de dicha

entrega a la empresa por los trabajadores.

b) La empresa Endesa Distribución Eléctrica, S.A. pretende que “se case la sentencia recurrida y, se dicte otra por la cual se declare:

a.- Subsidiariamente que la empresa tiene derecho a resarcirse de los anticipos concedidos mientras se resolvían las ayudas previas a los trabajadores.

b.- Que las citadas ayudas previas se incluyen dentro de la garantía del 100% del Salario neto regulador del ERE para complementar dicha garantía, sin que se adicione a la misma para superar dicho 100% garantizado”.

SEGUNDO.- Por razones eminentemente lógicas ha de examinarse, en primer lugar el recurso interpuesto por Endesa, pues su estimación implicaría dejar sin contenido el interpuesto por la Asociación Independiente de la Energía, dado que si como la empresa pretende las ayudas litigiosas adoptadas en la tramitación de un ERE, no son exclusivamente para los trabajadores, sino para la empresa en el concepto de ingreso compensatorio en el pago de las ayudas correspondientes, carecería de objeto el recurso de la Asociación para que se ejecute la sentencia y se reintegren al trabajador el importe de dichas ayudas.

Entrando a examinar el recurso de la empresa, el mismo se articula en cuatro motivos, amparados los tres primeros sobre error en la apreciación de la prueba, en el artículo 205, apartado d) de la Ley de Procedimiento Laboral, y el cuarto, sobre infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable, en el citado artículo 205 de la misma ley procesal laboral.

1.- Los tres primeros motivos sobre error en la apreciación de la prueba deben ser rechazados, en virtud de los siguientes argumentos:

1.- Constante jurisprudencia viene exigiendo para la viabilidad de la revisión fáctica los siguientes requisitos (por todas STS 30 de junio de 2007; Rec. 2639/2007).

1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse.

2º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del Juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin resultar contradicha por otros elementos probatorios.

3º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento, pues, en otro caso, devendría inútil la modificación.

4º) En todo caso, pueden ser objeto de revisión, aquellos hechos que irregularmente se hayan incluido en la fundamentación de derecho de la sentencia recurrida.

2.- En aplicación de la doctrina expuesta, y como al principio se ha avanzado, deben ser rechazados:

1) El motivo primero por el que se pretende modificar el hecho probado décimo en el sentido de incluir, en el mismo, que las ayudas han sido entregadas bien directamente al trabajador, o bien a la empresa, si ha existido autorización del trabajador. La primera aseveración carece de trascendencia en la resolución del proceso, pues en nada afecta a su resolución, que el pago de las ayudas previas se haga al trabajador o que este autorice su ingreso directo en la empresa; a ello debe unirse que las hojas salariales laborales por la empresa carecen de eficacia para el efecto revisorio y que, en todo caso, el proceso es de conflicto colectivo, por lo que escasa trascendencia tendría en su resolución la actitud individual de algunos trabajadores.

2) Igual suerte debe correr el segundo motivo, que versa sobre la variación del hecho probado décimo primero en el sentido de expresar que “A partir de que se resuelven por el Ministerio de trabajo las solicitudes de ayudas previas en el año 2002, la empresa que financia por disposición legal el 60% de las ayudas previas a la jubilación, procede de una parte a descontar y/o reclamar los anticipos efectuados a los afectados desde el año 2000 y a partir de que se comienza a pagar por el Ministerio la ayuda previa de forma regular y mensual, a deducir de la garantía neta del 100% del salario regulador el importe de esta ayuda previa a la jubilación, pues el contenido del mismo se deduce de los hechos y fundamentos que constan en el proceso, y además tiene un contenido jurídico predeterminante del fallo.

3) También debe ser rechazado el motivo tercero, que pretende la inclusión de un nuevo hecho probado (décimo séptimo) expresivo de que: “en el momento de la adhesión de cada trabajador al Expediente de Regulación de Empleo firma un contrato de adhesión en que entre sus acuerdos consta lo siguiente:

2) Unelco se compromete a abonar al empleado en cada una de las fechas que se indican en el presente documento las siguientes cantidades.

a) Las indemnizaciones mensuales que se indican en el cuadro que se adjunta, equivalentes a la diferencia entre el 100% de su salario regulador neto y las prestaciones públicas.

8) A efectuar cada año una regularización de las prestaciones recibidas devolviendo o cobrando lo percibido

de más o de menos en el año anterior.

a) el trabajador se obliga a presentar certificaciones de lo percibido de los organismos públicos para efectuar dicha regulación; la desestimación del motivo obedece a las mismas razones expuestas anteriormente.

CUARTO.- El último motivo sobre infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, comprende en realidad, cuatro submotivos que denuncian:

a) Infracción de los artículos 14 de la Constitución Española y 17 del Estatuto de los Trabajadores, ambos en relación al principio de no enriquecimiento injusto o sin causa y al ejercicio social del Derecho.

b) Infracción del artículo 4.2 f) de la O.M. de 5 de octubre de 1994, del artículo 29.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación a lo previsto en el artículo 1.195 del Código Civil.

c) Infracción del artículo 1 de la O.M. de 5 de octubre de 1994 en relación a los artículos 1.089, 1.091, 1.204, 1.258, 1.261.1, 1.262, 1.282 y 1.283 del Código Civil y d) Infracción de la jurisprudencia dictada en sentencias de 20 de enero de 1998 y 4 de marzo de 1997.

El recurso así interpuesto debe ser estimado en virtud de los argumentos que se pasan a exponer:

1º.- El artículo 4.2.1) de la OM de 5 de octubre de 1994 establece que, para la tramitación de las ayudas previas la empresa debe presentar un compromiso de “anticipar a los trabajadores las ayudas previas a la jubilación ordinaria que les hubiesen sido reconocidas pudiendo resarcirse aquella de las cantidades anticipadas, previa acreditación de las mismas,...”.

Del texto literal de este artículo se deduce con claridad que el anticipo a los trabajadores de las ayudas previas a la jubilación ordinaria es un requisito necesario, consistente en el correspondiente compromiso de la empresa de satisfacer dichos anticipos, pero no es expresivo de que se niegue a la empresa su descuento una vez que las ayudas sean reembolsadas por los organismos administrativos competentes.

La finalidad de este requisito es que el ingreso mensual del trabajador afectado por el ERE no sufra disminución durante la tramitación y resolución del expediente administrativo, pero su cumplimiento no constituye un acto libre y gratuito de la empresa, sino que responde a la exigencia contenida en el repetido artículo 4.2.f) de la Orden Ministerial de 5-10-94 que, repetimos, obliga a la empresa a asumir el compromiso de anticipar las ayudas previas, de modo que el cumplimiento de dicha obligación no supone la

perdidas de las cantidades anticipadas, lo que se deduce, también con claridad del inciso final del precepto expresivo de la facultad que tiene el empleador para resarcirse “de las cantidades anticipadas, previa acreditación de las mismas”.

La sentencia recurrida al declarar el derecho de los trabajadores a que no se les descuente o se reclamen las cantidades anticipadas desconoce la naturaleza de la obligación contraída por el empleador, de carácter “ex lege” y priva a este del derecho al resarcimiento establecido en la Orden citada, así como el derecho en su caso (artículo 1.195 C. Civil) de esgrimir la facultad de compensación, entre todas aquellas sumas abonadas al trabajador como deudor de la garantía del 100% del salario neto regulador y las recibidas por este en el concepto de pago anticipado.

2.- La sentencia impugnada fundamenta, en síntesis, su pronunciamiento con el argumento de que la finalidad de la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1994 es facilitar y ayudar a los trabajadores a acceder a la jubilación, y con apoyo en lo previsto en el art. 1.5 de la misma, considera que la empresa puede acordar con sus trabajadores complementos adicionales sobre la cuantía de la ayuda, para concluir que al no contemplarse en el pacto social de Regulación de Empleo, la deducción de estas ayudas del salario regulador neto del 100%, sino solo las prestaciones y subsidio de desempleo, la empresa no puede proceder a su deducción, dado que existe compatibilidad de la renta del 100% pagada por la empresa, con el importe satisfecho por el Ministerio de Trabajo en concepto de ayuda previa.

La Sala no está de acuerdo con la interpretación de instancia en virtud de las consideraciones que se pasan a exponer:

1) El artículo 1 de la Orden de 5 de octubre de 1994, se refiere a las subvenciones reguladas en esta orden y en su apartado 5, antes transcrito, prescribe que “las empresas podrán acordar con sus trabajadores complementos adicionales sobre la cuantía de la ayuda”. A falta de pacto expreso no se debe considerar que, implícitamente, el empleador ha otorgado a los trabajadores, con motivo de los pactos señalados, mejoras que no se documenten en los mismos, pues ello sería contrario al mandato del art. 1.183 del Código Civil, expresivo de que “cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendido en el causas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”.

Más bien cabe deducir que, como es habitual en expedientes de esta naturaleza, la empresa habría acordado el marco indemnizatorio con la representación del personal, y que

consecuentemente, la única finalidad y objetivo del pacto era garantizar al trabajador una renta del 100% neto de su salario regulador hasta el momento de su efectiva jubilación, pero no ir más allá y garantizar al trabajador el 100% del salario, más el importe de la ayuda previa de jubilación.

En este sentido en el Acta Final de Acuerdos se establece expresamente como renta de garantía del Plan el 100% neto del salario regulador inicial de cada trabajador (hecho probado octavo) y, por ello, se instrumenta un sistema indemnizatorio, donde, partiendo de las prestaciones públicas a las que pueda acceder el trabajador, -en principio las correspondientes al desempleo-, se configuran las indemnizaciones mensuales como rentas complementarias a las mencionadas prestaciones públicas, de modo que las indemnizaciones líquidas mensuales se determinan por la diferencia entre el sueldo regulador líquido garantizado y las prestaciones por desempleo contributivo e incluso asistencial al que pueda tener derecho el trabajador durante el período de la prejubilación.

Ello quiere decir que, todo el desarrollo del Plan se fundamenta en la adaptación de las indemnizaciones mensuales a los importes percibidos por el trabajador en concepto de prestaciones a fin de que en todo caso el trabajador perciba íntegramente el 100% del salario neto garantizado.

2) De otra parte, y según aparece en el apartado 1 del artículo 1, estas ayudas son subvenciones públicas, por lo que difícilmente se puede admitir que mediante subvenciones públicas se pretenda pagar a un trabajador más del 100 del salario que le correspondería de estar en activo.

En este sentido, como afirma la parte recurrente, es evidente que no se debió, ni se pudo incluir en el acuerdo, una mención expresa a las Ayudas Previas porque estas debían ser solicitadas para cada trabajador en concreto, en función de si cumplía o no los requerimientos de la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1994 y, de si cada trabajador prestaba o no su consentimiento a dichas ayudas previas, pues como se desprende de la citada Orden Ministerial, corresponde a la empresa solicitar las ayudas previas para sus trabajadores y una vez concedidas de forma global ha de solicitarse por cada uno de ellos su adhesión a las mismas, de ahí que hubiera que esperar al momento oportuno en que cada trabajador cumpliera los 60 años, para proceder a su solicitud individual.

Tampoco se opone a la consideración de que las ayudas previas a la jubilación tengan la naturaleza de subvenciones a la empresa, el hecho de que su importe sea abonado, en ciertas ocasiones, directamente al

trabajador y, en otras, a la empresa, y de que su cuantía esté predeterminada en la propia Orden, ya que la financiación de los importes abonados a los trabajadores en concepto de Ayuda previa corresponde en un 40% al Estado, quien efectúa el ingreso que corresponda en concepto de subvención y en un 60% a la empresa.

3) La interpretación consistente en que los firmantes del pacto social de extinción de los contratos de trabajo, en ningún momento pretendieron incrementar la garantía neta del 100% del salario regulador, sino que lo que pretendieron era acudir a las vías de prestaciones y subvenciones públicas, que permitieran la financiación de dicho plan, primero con las prestaciones y subsidios de desempleo y luego, en los casos que procediera, mediante la solicitud de las ayudas previa a la jubilación, parece más acorde con las sentencias de esta Sala recaídas en supuestos semejantes, aunque no idénticos.

Así, la sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1997 y 20 de enero de 1998, que se pronunciaron sobre la pretensión de reclamación de cantidad de un trabajador acogido al ERE, demandado pasar del 92% al 100%, además del pago del convenio especial, declararon que “la empresa no ha asumido una garantía absoluta de un porcentaje de remuneración del activo, sino sólo la garantía relativa de una diferencia a partir de la aplicación de las prestaciones de desempleo...” añadiendo, además, que “dentro de los criterios comunes de racionalidad económica no es posible presumir, en el marco de una extinción por causas económicas, que la intención de una empresa sea la de asumir garantías completas de mantenimiento del 92% hasta el 100% de las remuneraciones sin contraprestaciones de trabajo”.

En conclusión parece contrario a “los criterios de racionalidad económica” y también a la naturaleza y fines de los planes de empleo que un trabajador en situación de prejubilado, que percibe de la empresa una compensación hasta alcanzar el 100% del salario neto regulador, consistente en la diferencia entre la prestación o subsidio de desempleo y dicho 100%; y además la suma necesaria para cubrir el convenio especial con la Seguridad Social, una vez agotadas las prestaciones por desempleo y las aportaciones necesarias al plan de pensiones hasta que el trabajador alcance la edad de jubilación, pretenda además percibir -sin cobertura legal o convencional- las ayudas previas a la jubilación cuyo pago es exigido al empleador, como requisito para la tramitación del expediente de jubilación, obteniendo así de prejubilado una compensación notoriamente mayor, al salario percibido en el momento del cese.

QUINTO.- En virtud de lo expuesto, y en cuanto el trabajador viene

obligado a devolver las cantidades anticipadas por la empresa, como ayuda previa a la jubilación, carece de sentido analizar el recurso de la Asociación Independiente de la Energía cuya finalidad es obtener una declaración de condena a que la empresa reintegre el importe de tales ayudas devueltas por los trabajadores.

SEXTO.- En virtud de los razonamientos antes expuesto, se impone:

1º) Estimar el recurso interpuesto por la empresa Endesa Distribución Eléctrica, S.L., casar y anular la sentencia impugnada, sin que proceda, por tanto, examinar la pretensión actuada en forma subsidiaria por la empresa, y devolver a la misma el depósito realizado para recurrir.

2º) Desestimar el recurso formulado por la Asociación Independiente de la Energía, absolviendo a la parte demandada de la pretensión frente a la misma formulada.

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

FALLO

1º) Estimamos el recurso interpuesto por la empresa Endesa Distribución Eléctrica, S.L., contra la sentencia dictada en fecha 29 de junio de 2007, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el proceso de Conflicto Colectivo núm. 4/2006, instado por Asociación Independiente de la Energía (ASIE). Casamos y anulamos la sentencia impugnada, sin que proceda, por tanto, examinar la pretensión actuada en forma subsidiaria por la empresa, y devolver a la misma el depósito realizado para recurrir. Sin costas.

2º) Desestimamos el recurso formulado por la Asociación Independiente de la Energía contra la sentencia referida, absolviendo a la parte demandada de la pretensión frente a la misma formulada. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Luis Fernando de Castro Fernández.- María Lourdes Arastey Sahun.- Mariano Sampedro Corral.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Rosa María Viroles Piñol.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Mariano Sampedro Corral 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.



2009/150917

TS Sala 1ª, Sentencia 2 julio 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Desestimada acción declarativa de dominio

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación, confirmando el pronunciamiento de la instancia que realizó la AP, en relación a la acción declarativa de dominio planteada. Considera la Sala que deben rechazarse los distintos motivos planteados, no pudiendo hacer supuesto de la cuestión, al plantear el recurrente -demandante- la presencia de un negocio simulado por el que se pacta un préstamo con la garantía del piso, cuya propiedad se atribuye el demandante; se refiere el motivo a un negocio fiduciario, si bien no se ha probado en absoluto la existencia de tal contrato simulado y, por ende, el título de propiedad del demandante, con lo que se ha desestimado la acción.

2009/158043

TS Sala 1ª, Sentencia 13 julio 2009.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Fiducia "cum amico": transmisión de titularidad formal

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia de la AP que rechazó la pretensión de la actora, que reclama la devolución del dinero -procedente de la venta del cuadro- que afirma haber prestado a la sociedad prestataria, sociedad unipersonal del padre de la actora. La decisión se funda en que el cuadro en realidad no era propiedad de la hija sino del padre, y el motivo de que el cuadro se pusiera a nombre de la hija para que formalizara la venta se debió a que el padre, propietario y coleccionista de obras de arte, estaba siendo extorsionado por una banda terrorista, por lo que se vió obligado a dispersar su patrimonio entre sus hijos, y la entrega del dinero obtenido de la

venta del cuadro, de la hija a la sociedad del padre, no fue por tanto ningún préstamo sino solamente la reintegración en el patrimonio del padre del dinero que le pertenecía.



2009/134677

TS Sala 2ª, Sentencia 28 mayo 2009.
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Absolución de los delitos de falsedad y estafa

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge los formulados por los otros imputados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de falsedad y estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de los referidos delitos, pues los hechos probados le atribuyen una acción jurídicamente irrelevante, pero no subsumible en ninguno de esos preceptos. Así es, en efecto, dado que no aparece asociado a ninguna de las acciones producidas con uso de las tarjetas de crédito debidas a los otros implicados, y sólo hay constancia de que tenía en su poder un juego de llaves del vehículo propiedad del coacusado.

2009/134695

TS Sala 2ª, Sentencia 5 junio 2009.
Ponente: D. Carlos Granados Pérez

Rebaja de la pena en delito de insolvencia punible

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de insolvencia punible. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a reducir la pena de prisión impuesta a los recurrentes, pues no se aprecian especiales circunstancias personales ni una mayor gravedad de la conducta delictiva que determine la imposición de la pena en su mitad superior. La Sala considera proporcionada a la conducta del acusado y su mayor entidad en relación a la atribuida a su madre y abuela materna, una pena de dos años de prisión, manteniéndose la multa impuesta

en la sentencia de instancia, y esa disminución de la pena debe tener su reflejo también en la impuesta a la acusada.

2009/134682

TS Sala 2ª, Sentencia 16 marzo 2009.
Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

Inaplicación de subtipo agravado de uso de firma en delito continuado de estafa

Frente a la sentencia de la AP que condenó a la acusada como autora de un delito continuado de estafa interpone recurso de casación la misma que resulta parcialmente estimado. Considera el TS que no resulta aplicable de subtipo agravado de uso de firma pues no tiene este carácter la utilización de claves bancarias de otro. La Sala además considera que por la acusada ha procedido a la reparación íntegra del daño pues la misma ha consignado una cantidad que garantiza la totalidad de las responsabilidades civiles pendientes en la causa.



2009/217630

TS Sala 4ª, Sentencia 13 julio 2009.
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Aplicación de coeficientes reductores a pensión de jubilación de piloto

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el piloto accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre coeficiente reductor de edad de jubilación.

Señala la Sala que siendo incuestionable que determinadas actividades en el sector de trabajos aéreos, como la extinción de incendios, comportan un indudable peligro, tampoco cabe duda de que en el transporte aéreo comercial se producen situaciones peligrosas debido a circunstancias meteorológicas adversas o a dificultades técnicas, concurriendo un índice de peligrosidad y penosidad que conlleva la aplicación de las previsiones del RD 1559/1986, de 28 junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos.

2009/205384

TS Sala 4ª, Sentencia 28 abril 2009.
Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

Inexistente vulneración del derecho de libertad sindical

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina promovido por la empresa demandada frente a sentencia que declaró la vulneración del derecho a la libertad sindical por impedir la recurrente al sindicato accionante -considerado mayoritario- la celebración de una reunión con todos los trabajadores del centro como consecuencia de la convocatoria de elecciones sindicales.

La Sala señala que la pretendida celebración de una reunión con la totalidad de la plantilla de trabajadores de una empresa por parte de un sindicato que, aún teniendo la condición de más representativo, sin embargo, no aparece como convocante de elecciones en la empresa en la que, por otra parte, carece de implantación, no parece que pueda encuadrar dentro de los parámetros que configuran el derecho de libertad sindical en los términos en que se halla configurado en la LOLS y conforme a la delimitación que del mismo se hace por el TC; así pues, la actividad sindical reconocible al sindicato no es dable extenderla en los términos pretendidos y orientados al reconocimiento del derecho incondicionado de reunir a toda la plantilla de la empresa para recabar adeptos a las posibles candidaturas del sindicato recurrente.

2009/205388

TS Sala 4ª, Sentencia 28 mayo 2009.
Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Consideración de centro de trabajo a efectos de promoción de elecciones

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical demandada frente a sentencia que, en proceso por conflicto colectivo, declaró la nulidad del preaviso presentado agrupando los centros de trabajo en proceso electoral al considerar que existen datos relevantes para afirmar que cada uno de los establecimientos de la empresa constituye un centro de trabajo independiente a los efectos de la promoción de elecciones a representantes de los trabajadores.

La Sala señala que la unidad electoral es el centro de trabajo y tal afirmación no admite más excepciones que las expresamente establecidas por la norma; por otro lado, la acotación de los electores no puede quedar sometida a la discrecional voluntad del sindicato promovente, que en el caso concreto de autos preavisa del proceso electoral agrupando tan sólo a la mitad de los centros de trabajo existentes, sin que conste razón alguna para excluir del conjunto a los restantes centros, pues no hay que olvidar que la posibilidad de acumular centros para obtener el censo electoral mínimo, tal como regula la excepción -de obligatoria aplicación- el art. 63,2 ET, imperativamente comporta la agrupación de todos los centros de menos de 50 trabajadores.