

Dossier de

# Jurisprudencia

Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS

Emilio Cortés Bechiarelli  
(Director)



Gemma Fabregat Monfort  
José María Goerlich Peset  
Juan Ramón Fernández Torres  
María José Reyes López  
Rosario de Vicente Martínez



Cátedra de Derechos Humanos  
**Manuel de Lardizabal**



**tirant lo blanch**

**DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 4**  
**Sentencias de especial relevancia TC y TS**

GEMMA FABREGAT MONFORT  
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES  
MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ  
ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ



Cátedra de Derechos Humanos

**Manuel de Lardizabal**



**tirant lo blanch**

Valencia, 2015

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

## Índice

Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Civil .....	4
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal.....	41
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ...	66
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social .....	84
Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional .....	104

# CIVIL

## MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ

Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Valencia

(Tol 4828169)

**Cabecera:** Contratos Civiles y Mercantiles. Cláusula Suelo. Efectos restitutorios. Doctrina: Se fija como doctrina: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013». Demanda nulidad cláusula suelo hipoteca. Sobreseimiento procedimiento ejecución hipotecaria nulidad cláusula suelo. Cláusula suelo retroactividad. Ejecución hipotecaria costas procesales incidente estimación parcial oposición cláusula abusiva 695. Cláusulas abusivas hipoteca suelo. Sentencia del tribunal supremo nº 139/2015 de 25 de marzo de 2015. 3.- sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2013. Nulidad de todas las cláusulas suelo impuestas a los consumidores con devolución de cantidades. Prejudicialidad civil litispendencia cláusula suelo. Condena en costas incidente nulidad cláusulas abusivas. Recurso casación BBVA cláusula suelo. Cobro de lo indebido cláusulas suelo

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** EDUARDO BAENA RUIZ

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 25/03/2015

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Primera

**Número Sentencia:** 139/2015

**Número Recurso:** 138/2014

**Supuesto de hecho:** El supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia de 25 de marzo de 2015 se sustenta en el ejercicio de una acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y de devolución de cantidades entregadas entablado en juicio ordinario contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA «BBVA SA» interpuesta por parte de los actores, que habían suscrito un préstamo hipotecario que contenía la misma cláusula que había sido declarada nula por abusiva en la anterior STS de 9 de mayo de 2013.

El Tribunal Supremo declara que la entidad bancaria BBVA no está obligada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013 y reclamados en el ejercicio de una acción declarativa de nulidad y de restitución de cantidades.

El Supremo fija doctrina sobre la devolución de cláusulas suelo declaradas abusivas. Procederá la restitución de lo pagado desde el 9 de mayo de 2013, fecha de la sentencia que estableció los criterios para anular por abusivas esas cláusulas

## RESUMEN

El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha notificado la sentencia en la que establece que cuando se declare abusiva, y por tanto nula, la cláusula suelo de una hipoteca procederá la restitución al prestatario de los intereses pagados en aplicación de dicha cláusula desde 9 de mayo de 2013, fecha de la sentencia de la misma Sala que estableció los criterios para declarar abusivas las cláusulas suelo.

En la sentencia, el Supremo fija como doctrina la siguiente: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de 2014, recurso 1217/2014, y la de 24 de marzo de 2015, recurso 1765/2013, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

**Supuesto de hecho:** El supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia de 25 de marzo de 2015 se sustenta en el ejercicio de una acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y de devolución de cantidades entregadas entablado en juicio ordinario contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA «BBVA SA» interpuesta por parte de los actores, que habían suscrito un préstamo hipotecario que contenía la misma cláusula que había sido declarada nula por abusiva en la anterior STS de 9 de mayo de 2013.

El Tribunal Supremo declara que la entidad bancaria BBVA no está obligada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013 y reclamados en el ejercicio de una acción declarativa de nulidad y de restitución de cantidades.

## I. RESUMEN

El Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de marzo de 2015 ha establecido como doctrina legal «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

La doctrina que establece no está sin embargo exenta de alguna crítica puesto que toma como antecedente la controvertida STS de 9 de mayo de 2013, en la que, a diferencia de ésta, las pretensiones de las partes se sustentaron en el ejercicio de una acción colectiva.

Ambas circunstancias provocan sendos interrogantes.

El primero de ellos plantea si los efectos derivados del ejercicio de una acción colectiva que reclamaba el cese de una cláusula suelo en el futuro por considerarla abusiva es equiparable a los que derivan de instar una acción individual de nulidad, ya que, en este caso, se insta además la devolución de las cantidades pagadas desde el día de la interposición de la demanda, declarando el Tribunal Supremo la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de cláusula suelo con fecha posterior a la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

La segunda cuestión se plantea porque esta doctrina, que se hace basándose en el criterio establecido en la anterior, no ha revisado los motivos en los que se apoyó para justificar la retroactividad parcial de los efectos de la ineficacia a la fecha de publicación de la sentencia, ni tampoco ha tenido en cuenta los posteriores pronunciamientos por parte del TJUE, en particular su STJUE de 14 de junio de 2012, que establece que es contrario a la correcta interpretación de la Directiva 93/13/CE, que los jueces moderen o integren la cláusula declarada nula en el contrato.

## II. HECHOS DE LA SENTENCIA

El supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia de 25 de marzo de 2015 se sustenta en el ejercicio de una acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y de devolución de cantidades entregadas entablado en juicio ordinario contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA «BBVA SA» interpuesta por parte de los actores, que habían suscrito un préstamo hipotecario que contenía la misma cláusula que había sido declarada nula por abusiva en la anterior STS de 9 de mayo de 2013.

El Juzgado de 1ª Instancia número Uno de Vitoria-Gasteiz declaró la nulidad de la cláusula de interés variable impuesta por el BBVA por abusiva, condenándolo al pago de todas las cantidades pagadas con anterioridad por la cláusula abusiva.

La Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Vitoria ratificó la sentencia del Tribunal de 1ª Instancia, desestimando el recurso interpuesto por el BBVA.

La representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestimó, y recurso de casación, con base en los siguientes motivos:

«Recurso extraordinario por infracción procesal por infracción de los artículos 22, 221, 400 y 413 LEC, en relación con los efectos derivados de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y recurso de casación, por infracción del artículo 9.3 CE, y de los artículos 8,1, 9,2 y 10 LCGC y el artículo 1303 CC, relativos a los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación y la posibilidad de limitarlos por parte de los Tribunales, en relación con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013.

La Sentencia recurrida niega la irretroactividad y estima la devolución de las cantidades reclamadas, argumentando la diferente naturaleza de las acciones ejercitadas, una de cesación y otra individual, añadiendo que en la colectiva no se solicitó la devolución de las cantidades abonadas, mientras que en la acción individual si se contempla tal pretensión.

Sin embargo, tal distinción entiende la Sala que no se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo, recogiendo su parágrafo 282 que “como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado”.

Prosigue señalando que no resulta trascendente en el caso enjuiciado que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y se está en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato.

Sobre esta eficacia irretroactiva que declaró la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, que viene mereciendo respuestas dispares por parte de nuestros Tribunales en cuanto a la devolución o no de las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva, considera la sentencia la necesidad de ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido para lo que establece el carácter irretroactivo de los efectos desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

La sentencia contiene un voto particular formulado por el Magistrado Excmo Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Magistra-

do Excmo Sr. D. Xavier O' Callaghan Muñoz, que manifiesta su discrepancia respecto al alcance que se pretende de la ineficacia que deriva de la nulidad de la cláusula por falta de transparencia en el marco de una acción individual de impugnación, argumentándolo en la insuficiencia del fundamento técnico que se da, basado en una mera remisión en bloque a la fundamentación que para el caso de una acción de cesación se contempló en la sentencia de 9 de mayo de 2013, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido y, en la abstracta alegación del principio de buena fe, sin concreción alguna respecto de su proyección en la naturaleza y alcance del control de transparencia; entendiendo que, en este caso, hay inexistencia de cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados, así como que es necesario concretar el fundamento técnico en el ámbito del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente.

### **III. COMENTARIO A LA STS DE 25 DE MAYO DE 2015 Y A SU VOTO PARTICULAR**

#### **1. Introducción**

La STS de 25 de marzo de 2015 es un pronunciamiento complejo, que induce a reflexión por varias razones.

La primera de ellas es su estrecha relación con la anterior y debatida STS de 9 de mayo de 2013 porque aplica la doctrina que el Pleno estableció sobre el carácter irretroactivo de la ineficacia contractual de una cláusula suelo declarada nula, apoyándose en las fundamentaciones esgrimidas en aquella y declara la irrelevancia de la naturaleza de la acción en cuanto a las consecuencias que derivan de la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva, para todos los supuestos que presenten las mismas semejanzas, pero no tiene en cuenta que dicha doctrina se sustentó en una acción colectiva de cesación interpuesta por Ausbanc, diferente de la que se ejerció en este caso, lo que obliga a plantear si la naturaleza y las pretensiones ejercitadas en cada uno de estos procesos son idénticos.

Llama además la atención que, en este caso, a diferencia de otros recientes pronunciamientos por parte del mismo Tribunal, que hacen reitera mención y aplicación de los criterios del TJUE, se haga caso omiso a la interpretación dada en la STJUE de 14 de junio de 2012, que interpreta que es contrario a la interpretación de la Directiva 13/93/CE, que los jueces integren

la cláusula declarada nula. Además, tampoco tiene en cuenta que con esta remisión a los efectos vinculantes a la STS de 9 de mayo de 2013 olvida que en el ínterin transcurrido desde la fecha de publicación de dicha sentencia hasta la de 25 de marzo de 2015 han mediado algunos pronunciamientos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya omisión puede propiciar el planteamiento de una cuestión de prejudicialidad ante ese mismo Tribunal; al mismo tiempo que algunas de las consideraciones en las que se sustentó la sentencia, como el grave perjuicio al orden público económico, han sufrido un notable cambio que, al menos hubiera debido ser mencionado, —si no, valorado—, en dicho fallo judicial.

Finalmente, las dudas que generan las argumentaciones expresadas se acrecientan aún más con el voto particular contenido en la sentencia que, con reconocido carácter tardío, viene a poner de manifiesto alguno de los extremos que se acaban de exponer.

## 2. La distinta naturaleza de las acciones ejercitadas

Uno de los aspectos que causa mayor extrañeza ha sido la doctrina que esta sentencia ha establecido sin tener en cuenta que las acciones que sustentaron las pretensiones de las partes en ambos litigios eran diferentes.

En concreto, en la STS de 2013 se ejercitó una acción de cesación cuyo fin era solicitar el cese de la cláusula en el futuro mientras que la demanda que inicia este segundo proceso se centra en el ejercicio de una acción declarativa de nulidad de una cláusula suelo, en virtud de la cual se reclama la restitución íntegra de las cantidades entregadas por este motivo. Se basaba para ello la parte recurrida en que la cláusula había sido declarada nula, por lo que procedía el reembolso como consecuencia natural derivada de la declaración de ineficacia.

Pero la STS de 25 de marzo de 2015 no tiene en cuenta, ni la naturaleza, ni el contenido de la pretensión, limitándose a rebatir dichos argumentos afirmando en su párrafo 282 que: «la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado».

Aunque el propósito de esta afirmación está claro, que es dar respuesta a una situación concreta en un momento también particular, resuelta así dicha situación, la realidad ha demostrado que puede dar lugar a situaciones paradójicas en las que el ejercicio de una acción colectiva pueda perjudicar intereses concretos de consumidores, que se ven así imposibilitados de per-

cibir las cantidades entregadas a las entidades bancarias de manera abusiva, como es el caso que presenta la STS de 25 de marzo de 2015.

Y es que, cuando el legislador español contempló por vez primera las acciones colectivas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para que fueran ejercitadas en defensa de los intereses de los consumidores, no abordó proveer de las correspondientes reglas de coordinación entre las acciones individuales y colectivas con el fin de poder resolver situaciones como la que ha dado lugar al voto particular formulada en la STS de 25 de marzo de 2015, cuya situación es la que se esperaba que esta sentencia hubiese resuelto.

En este sentido, plantea este voto particular la distinta naturaleza de las acciones colectivas e individuales, y el efecto de cosa juzgada, así como las diferentes pretensiones que se procura con cada una de ellas, para, con carácter posterior a la declaración de no transparencia de una cláusula de las denominadas suelo, solicitar la plena *restitutio in integrum* como consecuencia natural de la declaración de ineficacia.

Como los recurridos no habían participado en el anterior procedimiento objeto de la STS de 9 de mayo de 2013, la primera cuestión que se suscita es si quedan vinculados por dicha sentencia.

Aunque el alcance de la eficacia «*ultra partes*» de las sentencias que estiman acciones colectivas que enuncia el artículo 222.3 de la LECiv había sido matizado por la STS de 17 de junio de 2010, que consideró que el posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, los efectos de la cosa juzgada a las denominadas partes ausentes requiere ser conjugada con los principios constitucionales de audiencia y contradicción contemplados en el artículo 24 de la CE, que proscriben la indefensión en toda clase de procesos, adquiriendo la máxima virtualidad la publicidad y la posibilidad de intervención en el proceso de los consumidores afectados ex artículo 15 de la LEC, en el caso de acciones restitutorias o indemnizatorias acumuladas.

Los preceptos que las regulan en la LEC se hacen eco de ello al establecer en su art. 221.3º LEC, que la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 LEC. Asimismo, lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste

aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Posteriormente, la STJUE, (Sala 1ª), de 26 de abril de 2012 (Asunto C-472/10), avaló que los legisladores nacionales pudieran establecer la eficacia de los pronunciamientos jurisdiccionales contenidos en una sentencia dictada como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva fundada en un interés público a todos los consumidores y usuarios que hubieran concertado o que concerten en el futuro un contrato en el que se incorporen estipulaciones o cláusulas contractuales no negociadas individualmente.

Consecuentemente y, como queda establecido en la LEC, las acciones colectivas producirán efecto de cosa juzgada para los consumidores que se vean afectados por idénticas cláusulas con las mismas entidades condenadas, siempre que la sentencia lo hubiera hecho constar en su fallo, de lo que deriva que todo contrato suscrito con las mismas cláusulas suelo será nula.

A resultas de lo expuesto, en este caso, el efecto de cosa juzgada se extendería a estos demandantes particulares puesto que habían suscrito condiciones generales pactando una cláusula de interés variable a un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia en idénticos términos a los contemplados en el STS de 9 de mayo de 2013. Y así hubiera resultado, si el Tribunal Supremo, en su anterior sentencia de 9 de mayo de 2013 se hubiera limitado a atender lo solicitado por la entidad demandante, que era el cese de la cláusula suelo por falta de transparencia, propiciando con ello, que los consumidores se hubieran beneficiado de la agilidad de la resolución, junto a la posibilidad de instar posteriormente la acción restitutoria en atención a la situación particular de cada uno de los afectados. Sin embargo, a instancias del Ministerio Fiscal, no se limitó a declarar el cese de dicha cláusula y procedió a limitar los efectos de la nulidad y a fundamentar dicha decisión en motivos de orden público económico, generando no sólo dudas sobre si se respetó el principio de congruencia e infringió el principio de tutela judicial efectiva, al no haber oído a las partes, causándoles indefensión, sino que asimismo no observó el criterio jurisprudencial, en virtud del cual la apreciación de nulidad lleva consigo la supresión de la cláusula, sin posibilidad de que el juez integre su contenido, según ha quedado dictaminado en la STJUE de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618, Banco Español de Crédito), en la que el Tribunal interpretó que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al estimar que el incumplimiento observado en relación con el artículo 83 TRILGDCU, obedece a la facultad

que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva, que el Tribunal considera que podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, por poder contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales pueden verse tentados a utilizar cláusulas abusivas, al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

Dicho criterio quedó además posteriormente recogido en el art. 83 TRLGDCU, que fue modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

### **3. ¿Procede la restitución parcial de las cantidades indebidamente satisfechas?**

Sin embargo, en este caso, en el ejercicio de la acción individual se solicitó la restitución de las cantidades entregadas indebidamente, que era una pretensión no contenida en el primer procedimiento.

Esta controversia también se puso de manifiesto en el voto particular, sin perjuicio de que en ese mismo sentido ya se hubieran pronunciado con anterioridad varias resoluciones como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga, de 23 de mayo o la del núm. 10 de Barcelona, de 7 de junio, ambas de 2013 que, partiendo de la distinta naturaleza de las acciones, habían fallado en sentido favorable a la restitución íntegra de las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula.

En este caso, el problema aparece porque se quieren limitar las consecuencias jurídicas de dicha sentencia únicamente a partir de la fecha de la declaración de ineficacia, pero sin permitir relegar las consecuencias jurídicas a las reclamaciones instadas mediante una acción individual.

Como señala el voto particular, la Sala se limitó a hacer una mera remisión en bloque a la fundamentación que contempló en la sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que argumentó en su fundamento de derecho octavo, párrafo último, que para ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, entendía necesario no revisar la fijada sentencia sino despejar dudas y clarificar su sentido. Pero, con ello, ha dado lugar a esta situación, que ha puesto de

manifiesto, que los consumidores que tienen dicha cláusula en su contrato de préstamo y no han intervenido en el primero de los procedimientos, se ven perjudicados porque la STS de 25 de marzo de 2015 ha limitado los efectos de la restitución a partir del momento de publicación de su anterior STS de 9 de mayo de 2013, dándose quizás la paradoja —porque el alcance de su doctrina aunque parece querer alcanzar a todas las entidades, no lo manifiesta de forma expresa— de que, de haber sido prestatarios con otra entidad bancaria no interviniente en el primer litigio, si hubiesen planteado inicialmente la acción de nulidad de la cláusula suelo por abusiva hubieran podido recuperar todas las cantidades entregadas por dicho concepto, como consecuencia natural de la declaración de ineficacia.

Dicha realidad conduce, además del perjuicio manifiesto para estos consumidores, a la inexplicable situación en la que, al mismo tiempo que se encuentran vinculados por los efectos de una cláusula que ha sido declarada inexistente desde el mismo momento de su incorporación al contrato, simultáneamente es productora de efectos jurídicos, pero sólo a favor de la entidad que la impuso, y que encuentra su apoyo de sus razonamientos los justificados en la anterior STS de 9 de mayo de 2013 y en la STJUE de 21 de marzo de 2013, que se asientan en que la limitación temporal de los efectos de la ineficacia debe buscar su apoyo en el principio de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico, sin detenerse al menos en sopesar si la situación actual se corresponde con la existente en el año 2013.

El recurso a estos principios no satisfizo entonces, y mucho menos lo hace en la actualidad. Además, el fallo de la STS de 25 de marzo de 2015 evidencia que se olvida en su razonamiento que en dicha sentencia el Tribunal comunitario denegó la pretensión por parte del gobierno alemán y del RWE, de considerar que la devolución de las cantidades que se habían percibido con anterioridad a la declaración de abusividad de la cláusula supusiese un riesgo que pudiese generar trastornos graves a economía alemana, por lo que, invocando las graves consecuencias financieras que podrían producirse con relación a un gran número de contratos de suministro de gas en Alemania, dando lugar a un déficit notable entre las empresas afectadas, solicitaban limitar los efectos de la sentencia.

Pero es que además este pronunciamiento pone de manifiesto que, como afirmaba la STS de 9 de mayo de 2013 es el interés público presente en este tipo de acciones lo que justifica la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los afectados por el fallo de la sentencia aunque no hubieran sido parte en el proceso, y, en este caso, ese interés público, que, a tenor de lo establecido en el art. 51 CE, también debería concretarse en dotar de una mayor protección a los intereses económicos de los consumidores, ha resultado

perjudicado en esta controversia, lo que, a día de hoy, merece, al menos, una reconsideración de los motivos que justificaron los efectos irretroactivos de la sentencia, porque mientras se adoptaron medidas de saneamiento para las entidades bancarias, no ha sucedido así con las economías domésticas.

También resulta dudoso justificar el criterio de que las entidades bancarias actuaran de buena fe, cuando mejor hubiera sido expresar que lo hicieron ajustándose a los criterios de la regulación existente, porque la falta de transparencia se considera por una inadecuada, si no imprecisa, información.

Finalmente, el recurso a contribuir a la seguridad jurídica, tampoco se sostiene cuando se intenta limitar temporalmente los efectos de la aplicación del art. 1303 CC al momento de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, remitiéndose para ello a normas especiales, que responden a situaciones que no se corresponden con las planteadas en este caso y siendo que la jurisprudencia no tiene función normativa para enmendar los efectos de la ineficacia contractual contenidos en dicho precepto, lo que culminaría con que todo ello conduce inexplicablemente a favorecer al que impuso una cláusula declarada nula por no transparente, premiándole con el montante de las cantidades indebidamente percibidas.

La situación que se ha creado, resultante de la aplicación de la doctrina establecida por el TJUE y, por el art. 82 TRLGDCU, en virtud de la cual los jueces sólo pueden proceder a declarar el carácter abusivo de la cláusula pero no a integrar su contenido con el resto del contrato ha comenzado a generar dudas en los tribunales sobre cuál debería ser la correcta interpretación.

En concreto, el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona planteó el 11 de agosto de 2014 -- Jorge Sales Sinués/CaixaBank S.A. (Asunto C-381/14) 2014/C 388/03), una petición de decisión prejudicial que sugiere que, como el sistema español determina en su artículo 43 LEC el efecto suspensivo o prejudicial de la acción individual, entablada de forma paralela por el consumidor hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento colectivo, quedando vinculado a lo que se decida en ésta, sin haber tenido oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga ni proponer medios de prueba:

1. ¿Puede considerarse un medio o mecanismo eficaz conforme al art. 7.1 de la Directiva 93/13/CE[E]<sup>1</sup>?

---

<sup>1</sup> Dicho art. 7 establece que:

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en

2. ¿Hasta qué punto ese efecto suspensivo supone un obstáculo para el consumidor y, por tanto, una infracción del artículo 7.1 de la citada Directiva a la hora de denunciar la nulidad de aquellas cláusulas abusivas incorporadas a su contrato?
3. El hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, ¿supone una infracción del artículo 7.3 de la Directiva 93/13/CE[E]?, o ¿por el contrario, el efecto suspensivo del art. 43 LEC es ajustado al artículo 7 de la Directiva 93/13/CE[E] al entender que los derechos del consumidor están plenamente salvaguardados por esa acción colectiva, arbitrando el ordenamiento jurídico español otros mecanismos procesales igualmente eficaces para la tutela de sus derechos y por un principio de seguridad jurídica?

#### 4. Valoración

El voto particular esgrimido en este pronunciamiento ha puesto de manifiesto que se ha desperdiciado una buena ocasión para aclarar alguno de los efectos contradictorios manifestados en la STS de 9 de mayo de 2013, como hubiera sido revisar los motivos que impulsaron a limitar el alcance de la ineficacia contractual desde la fecha de publicación de dicha sentencia.

No explica tampoco como una cláusula inexistente puede generar efectos desfavorables para quien deba soportarla, ni que los efectos económicos desfavorables repercutan igualmente sobre el prestatario; ni, finalmente cómo debe armonizarse el criterio sentado por el TJUE en sus sentencias de 14 de junio de 2012, 14 de marzo de 2013 o 30 de abril de 2014, de que los jueces no pueden integrar la cláusula declarada nula por falta de transparencia, con la reforma del TRLGDCU en su art. 83, y con la limitación del alcance de la ineficacia.

La conexión establecida entre ambos pronunciamientos impide, en suma, subsanar una incongruencia que no se comprendió en aquella fecha y que ahora ésta pone en evidencia que, lejos de lo que se pensaba, flaco favor hace al consumidor, que no podrá comprender cuál es la razón para

---

la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

justificar que una cláusula que se tiene por no puesta en el contrato, no sólo le genera gastos sino que además legitima a la entidad bancaria para no devolverle las cantidades recibidas con anterioridad a la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, justificando dicha decisión en unos motivos de orden público económico, que creo que debieran ser revisados.

Sin embargo, lejos de lo que pudiera pensarse esta cuestión no ha quedado zanjada. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza de 27 abril de 2015, con apoyo en la jurisprudencia del TJUE ha llegado a una conclusión que permite hacer una interpretación acorde con las normas existentes en el ordenamiento nacional y comunitario.

Este Auto, una vez declarada la nulidad de la cláusula, no del contrato, acuerda la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en aplicación del artículo 1.303 Código Civil, basándose en que en el procedimiento resuelto por la STS de 9 de mayo de 2013 no se había ejercitado una acción de condena a las partes demandadas; la acción ejercitada fue una acción colectiva de cesación, y que en el presente caso no se apreció la magnitud de las consecuencias económicas que esa sentencia tuvo en cuenta, ni en dicho procedimiento intervino el Ministerio Fiscal en defensa de los usuarios de dichos préstamos.

Aprecia además que la razón fundamental y primordial para estimar la procedencia de la devolución de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula suelo, tiene como premisa que en estos procedimientos no sólo se está actuando como juez nacional, sino principalmente como juez comunitario, garante del derecho de la Unión y por tanto sometido al derecho de la UE, que tiene primacía.

Esta argumentación le hace considerar que, conforme al principio de competencia, si el derecho aplicable nacional tiene un vínculo de conexión relevante, como en este caso, con el derecho de la UE debe aplicarse conforme dispone la normativa europea y la interpretación de la misma realizada por el TJUE, y no conforme a la normativa interna.

A, mayor abundamiento, de lo expuesto, señala que la jurisprudencia no es fuente del derecho.

Refuerza finalmente dicho razonamiento con la consideración de que, en materia de contratación bancaria, existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo comercializando unos mismos productos y utilizando idénticas cláusulas, por lo que existiría un grave riesgo a la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo dar lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas; sin olvidar, que la declaración de la

no retroacción, y por ende, la no restitución de las cantidades indebidamente cobradas, supone un incentivo para la entidades bancarias, puesto que puede estimular el seguir incluyendo tales cláusulas abusivas o similares, de manera generalizada, con el beneficio económico que en su aplicación consiguen durante un lapso de tiempo en detrimento del consumidor, hasta que se vea obligado a acudir a los Tribunales para que decreten su no aplicación.

Similar problema de interpretación en relación con la armonización del derecho nacional y el comunitario se ha suscitado también en relación con los efectos que produce la declaración de abusividad de una cláusula sobre intereses moratorios, planteando al efecto si el juez debe integrar dicha cláusula remitiéndose a la norma nacional, que prevé que se aplique el interés legal del dinero, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1108 CC; si no debe aplicarse ningún interés por tratarse de una cláusula nula o, finalmente, si por remisión a lo dispuesto en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, debe aplicarse como límite máximo, el criterio de que el interés no supere tres veces el interés legal del dinero.

Una vez más, será el TJUE el que deberá cerrar esta polémica.

### Sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo de 2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N.º: 139/2015

Fecha Sentencia: 25/03/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N.º: 138 / 2014

Fallo/Acuervo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 25/02/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera.

Secretaría de Sala: Sección 002

Escrito por: ezp

Nota:

Contratos Civiles y Mercantiles.

- Cláusula Suelo.

- Efectos restitutorios.

Doctrina: Se fija como doctrina: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de

2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Núm.: 138/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Baena Ruiz

Votación y Fallo: 25/02/2015

Secretaría de Sala: Sección 002

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA N.º: 139/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

**D. Rafael Sarazá Jimena**

**D. Sebastián Sastre Papiol**

**D. Eduardo Baena Ruiz**

**D. Xavier O' Callaghan Muñoz**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Marzo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA «BBVA SA», contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava (Sección Primera) el día 21 de noviembre de 2013, en el recurso de apelación 465/2013, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Vitoria en los autos de juicio ordinario 8/2013.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA «BBVA SA», representada por la procuradora de los Tribunales doña Ana Llorens Pardo.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida don Jon y doña Tamara, representados por la procuradora doña Isabel Gómez Pérez de Mendiola.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

##### **Tramitación en primera instancia.**

**1.** La procuradora doña Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en nombre y representación de don Jon y doña Tamara, interpuso demanda de juicio ordinario, en ejercicio de acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación, y acción de devolución de cantidad contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA SA), suplicando al juzgado:

*«[...] tenga por presentado este escrito, con los documentos acompañados y copia de todo ello, lo admita, me tenga por comparecido en la representada que ostento de don Jon y doña Tamara mandando se entiendan conmigo las sucesivas diligencias, y por interpuesta en tiempo hábil y forma legal DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO, EN EJERCICIO DE ACCIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, Y, accesoriamente, ACCIÓN DE*

*DEVOLUCIÓN DE CANTIDAD, contra “Banco Bilbao Vizcaya Argentada SA”, se sirva admitirla y, previos los trámites procesales pertinentes, dicte en su día sentencia por la que:*

*1. Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la presente demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable que establecen un tipo mínimo de referencia.*

*2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación, ambos contratos.*

*3. Condene a “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA” a la devolución al prestatario de la cantidad de “IMPORTE COBRADO HASTA LA FECHA DE LA DEMANDA”, cobrada en virtud de la aplicación de la referida cláusula.*

*4. Condene a “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA” al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.*

*5. Condene a la demandada a abonar a mi representado al interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC.*

*6. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición.»*

**2.** Por Decreto de 29 de enero de 2013, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Vitoria-Gasteiz admitió a trámite la demanda, acordando el traslado de la misma a la parte demandada para contestar.

La procuradora de los Tribunales doña Soledad Carranceja Díaz, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), contestó a la demanda y suplicó al juzgado:

*«[...] 1. Se sirva estimar la excepción de litis pendencia planteada y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 421 LEC y de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222 LEC, dé por concluida la audiencia previa disputando el correspondiente auto del sobreseimiento, con imposición de las costas a la parte actora.*

2. Subsidiariamente a lo anterior y para el caso de que por ese Tribunal se estime que no existe una total concurrencia de los presupuestos para estimar la excepción de litispendencia previamente solicitada, se sirva admitir la concurrencia de la denominada "litispendencia impropia" prejudicialidad civil y en su virtud suspenda el presente procedimiento hasta que se resuelva el recurso de casación que se tramita ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, Autos de Recurso 485/2012, con imposición de las costas a la parte actora.

3. Subsidiariamente a lo anterior, y para el improbable caso de que se desestimen las anteriores excepciones, dicte sentencia mediante la cual se desestime íntegramente la demanda presentada de contrario, con imposición de las costas causadas a la parte actora.»

3. Por resolución del Juzgado se señaló audiencia previa para el día 26 de marzo de 2013, donde se propusieron las pruebas, declarándose pertinentes las mismas, señalándose el juicio verbal el día 29 de junio de 2013.

El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Vitoria-Gasteiz, dictó sentencia de fecha 2 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Estimar la demanda presentada por la procuradora Sra. Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en nombre de representación de don Jon y doña y Tamara, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y acordar:

1. Declarar la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la cláusula del contrato de préstamo a interés variable que establece un tipo mínimo de referencia, recogida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 7 mayo 2009, escriturada por los actores don Jon y doña Tamara.

2. Condenar a la entidad financiera BBVA a eliminar dicha condición general de la contratación.

3. Condenar a BBVA a la devolución a los demandantes del importe cobrado hasta la fecha de la demanda en virtud de la aplicación de la referida cláusula.

4. Condenar a BBVA al pago a favor de los demandantes de todas aquellas cantidades que se

vayan pagando en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

5. Condenar a la demandada a abonar a los demandantes el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC y,

6. Condenar a costas a la parte demandada, con expresa imposición.»

#### **Tramitación en segunda instancia.**

4. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA SA), correspondiendo su resolución a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, que dictó sentencia el 21 de noviembre de 2013, con el siguiente fallo:

«Desestimar el recurso interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA representado por la procuradora Soledad Carranceja contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia número 7 (Mercantil) de Vitoria, en el procedimiento Ordinario nº 8/2013, confirmando la misma; y con expresa imposición de costas al recurrente.»

#### **Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.**

5. La representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, con base en los siguientes motivos:

«Recurso extraordinario por infracción procesal.- Se articula al amparo del número 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los Artículos 22, 221, 400 y 413 LEC, en relación con los efectos derivados de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Recurso de casación.- Se articula en un único motivo, por infracción del artículo 9.3 CE, que establece el principio de seguridad jurídica, y los artículos 8,1, 9,2 y 10 LCGC y el artículo 1303 CC, relativos a los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación y la posibilidad de limitarlos por parte de los Tribunales, en relación con la doctrina ju-

risprudencial sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013.»

6. Por diligencia de ordenación de 14 de enero de 2014, la Audiencia Provincial de Álava, tuvo por interpuestos los recursos, acordando elevar las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecieron las partes con sus respectivos procuradores, ya mencionados anteriormente.

8. Esta Sala dictó Auto el 14 de octubre de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«1.- Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA” contra la sentencia dictada, el día 21 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 465/2013, dimanante del juicio ordinario nº 8/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria.

2.- Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala.»

9. Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, la representación de don Jon y doña Tamara, manifestó su oposición a los recursos formulados de contrario.

10. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de febrero de 2015, deliberándose por el Pleno de la Sala.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**, Magistrado de Sala

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

##### Resumen de Antecedentes.

**PRIMERO.-** Son hechos relevantes acreditados en la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. La representación de don Jon y doña Tamara, presentó demanda de juicio ordinario, de la que

conoció el Juzgado de lo Mercantil número uno de Vitoria-Gasteiz, ejercitando acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación y acción de reclamación de cantidad contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), en la que, tras exponer los hechos en los que basaba la misma y citar los fundamentos de derecho, terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que: i) Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el hecho primero de la presente demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable que establecen un tipo mínimo de referencia; ii) Condene a la entidad financiera a eliminar dicha condición general de la contratación en ambos contratos; iii) Condene a BBVA a la devolución al prestatario de la cantidad de «importe cobrado hasta la fecha de la demanda», en virtud de la aplicación de la referida cláusula; iv) Condene a BBVA al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por éste en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito; v) Condene a la demandada a abonar a mi representada el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC y; vi) Condene a las costas a la parte demandada con expresa imposición.

2. La parte demandada se opuso a las pretensiones deducidas en su contra y el Juzgado dictó sentencia el 2 de julio de 2013, estimatoria de la demanda, en la que declaraba que la cláusula objeto de debate era una verdadera condición general de la contratación y además era abusiva, basándose para ello en numerosas resoluciones judiciales y, entre ellas, en la sentencia de Pleno de esta Sala, de 9 de mayo de 2013.

A pesar de tener conocimiento de esta sentencia de Pleno de la Sala, condenó a BBVA a la devolución a los demandantes del importe cobrado hasta la fecha de la demanda en virtud de la aplicación de la referida cláusula, pero sin motivar su decisión.

3. Contra la citada sentencia se interpuso recurso de apelación por la entidad demandada, alegando en el primer motivo del recurso que se ha producido una pérdida de interés legítimo de las pretensiones deducidas en la demanda por carencia sobrevenida del objeto del proceso, tras la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y el Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, que ha declarado la nulidad de las cláusulas suelo suscritas por el BBVA con consumidores que sean idénticas a las discutidas en el seno de dicho procedimiento, condenándole a eliminarlas y a cesar en la utilización, declarando a su vez la irretroactividad de la declaración de nulidad, y consecuentemente la improcedencia de devolver a los consumidores prestatarios las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. Refuerza el motivo del recurso alegando que la cláusula suelo del presente procedimiento es idéntica a una de las declaradas nulas por el Alto Tribunal, siendo incuestionable la extensión de los efectos de cosa juzgada de la antedicha sentencia al presente caso, por lo que las pretensiones de la parte actora se encuentran juzgadas y han dejado de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, debiendo concluir el proceso por carencia sobrevenida de objeto.

4. Correspondió el conocimiento del mencionado recurso de apelación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava que dictó sentencia el día 21 de noviembre de 2013 desestimatoria del mismo.

5. La meritada sentencia contiene como hitos de su motivación los siguientes: i) La cláusula relativa a los tipos de interés que fue declarada nula por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, contenida en las condiciones generales de los contratos suscritos con los consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del antecedente de hecho primero y que condenó a eliminarlas en los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización, es idéntica a la contenida en la escritura que se acompaña con la demanda del presente pleito.

ii) El Tribunal Supremo ya ha declarado mediante un pronunciamiento firme la nulidad de la cláusula

sula litigiosa y ha condenado a BBVA a su eliminación.

iii) Afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 acerca de los efectos frente a terceros de la sentencia dictada en un proceso en el que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores que «no se opone a que la cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de la Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores por una entidad designada por el Derecho Nacional surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de casación».

iv) Por aplicación de la doctrina expresada, la cláusula del contrato suscrito entre BBVA y los actores es nula y respecto de este extremo puede declararse que existe carencia sobrevenida de objeto como solicita el recurrente (la entidad financiera).

v) Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación a la devolución de las cantidades reclamadas por los actores puesto que las acciones ejercitadas son distintas. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo se ejercita la acción de cesación que se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando cuando sea necesario el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. Aquella era una demanda colectiva en la que no se solicitaba la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia. En cambio, en el caso que nos ocupa se ejercita por los actores la acción de nulidad de la cláusula que considera abusiva y además la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de dicha cláusula.

vi) Tras una interpretación de la sentencia de la Sala de 9 de mayo de 2013 sobre este extremo de la irretroactividad, concluye que la cláusula objeto de la litis es nula desde la firmeza de esta sentencia del Pleno, pero que esta declaración no afecta a la segunda acción ejercitada, la de devolución de las cantidades cobradas por el banco en virtud de dicha cláusula, así como sus intereses.

vii) Añade más adelante, en refuerzo de su decisión, que la acción ejercitada en la sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 era la de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con la legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los artículos 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los artículos 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc. A juicio del Tribunal el propio Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otras que se dicten con posterioridad.

**6.** La representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) interpuso contra meritada sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, al amparo de los artículos 477.2.3º y 477.3 LEC por presentar interés casacional.

El interés casacional lo justificó por: i) oposición de la sentencia recurrida a la única resolución del Tribunal Supremo (la del Pleno de 9 de mayo de 2013) que se ha pronunciado sobre los efectos derivados de la declaración de nulidad de las denominadas cláusulas suelo y, ii) en la existencia de manera notoria de jurisprudencia contradictoria de varias Audiencias Provinciales con respecto a criterios dispares de la Audiencia Provincial de Álava sobre los problemas jurídicos que se plantean en el recurso de casación, esencialmente la eventual irretroactividad o no de tal declaración de nulidad.

La recurrente, ante la eventualidad de una posible inadmisión del recurso, alega que el hecho de que no exista reiteración en la doctrina no impide la apreciación de interés casacional, pues, como señala el Acuerdo del TS de 30 de diciembre de

2011, el interés casacional existe «cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo o de *Sentencias fijando doctrina por razón de interés casacional*. En estos casos basta la cita de una sola Sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna Sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido».

#### **SEGUNDO.- Decisión sobre la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal.**

**1.-** Supeditación de la admisibilidad del recurso por infracción procesal a la del recurso de casación por interés casacional.

Según el párrafo segundo de la regla 5 de la disposición final décimo sexta LEC, «[c]uando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3º del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordase la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámite, el recurso por infracción procesal. Solo en el caso de que el recurso de casación resultase admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal».

En este caso el recurso de casación fue admitido, sin que se haya cuestionado esta decisión, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC y por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, en concreto a la doctrina emanada de la sentencia dictada por el Pleno el 9 de mayo de 2013.

#### **2.- Admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal.**

Es cierto, no obstante, que la admisibilidad del recurso de casación por interés casacional no determina por sí sola la del recurso por infracción procesal, pues este debe superar también las causas de inadmisión específicas previstas en el art. 473.2 LEC.

El recurso por infracción procesal aquí examinado se articula en un motivo único en el que, al amparo del artículo 469.1 apartado 2 LEC, se denuncia la infracción de los artículos 221, 222 y 400 LEC, con carácter principal, y los artículos 22 y 413 del mismo texto legal, de forma subsidiaria, en relación a los efectos que se derivan de la sentencia dictada por esta Sala el 9 de mayo

de 2013, en torno a la pretensión de condena instada por los actores. Se argumenta que se habría producido el efecto de la cosa juzgada desde que se dictó la sentencia de 9 de mayo de 2013, antes cronológicamente de dictarse la sentencia de primera instancia, tanto en lo que respecta a la acción declarativa de ineficacia como a la acción de condena pecuniaria. En cualquier caso y con carácter subsidiario, se habría producido la carencia sobrevenida de objeto al haber sido satisfechas las pretensiones por la parte actora. De hecho la entidad recurrente procedió de forma voluntaria a eliminar estas cláusulas una vez que esta Sala resolvió la aclaración de la sentencia de 9 de mayo.

En el escrito de oposición se alega que el recurrente articula su recurso sobre la base de dos argumentaciones que resultan novedosas ya que tanto en la fase de primera instancia como durante la apelación no se realizaron alegaciones de indefensión, artículo 24 CE, ni referidas a la valoración de los medios probatorios, tanto en lo que a carga de la prueba se refiere, como en la ponderación de la prueba documental y testifical. Pues bien, basta realizar un juicio de contraste meramente formal para evidenciar el error de la parte recurrida al denunciar infracciones procesales consideradas novedosas y que en absoluto son objeto del recurso extraordinario por infracción procesal, que se limita en un motivo único a denunciar la infracción de los artículos 221, 222 y 400 LEC, con carácter principal y los artículos 22 y 413 del mismo texto legal, de forma subsidiaria en relación a los efectos procesales de cosa juzgada o carencia sobrevenida de objeto. La articulación de este recurso reúne, como ya dijimos en nuestro auto de 14 de octubre de 2014, los requisitos legales y no incurre en ninguna de las causas de inadmisión que establece el artículo 73.2 LEC.

#### **Recurso Extraordinario por Infracción Procesal. TERCERO.- Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.**

Se articula al amparo del número 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los Artículos 22, 221, 400 y 413 LEC, en relación con

los efectos derivados de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

En el planteamiento del motivo se denuncia con carácter principal la infracción de las normas contenidas en los artículos 221, 222 y 400 LEC y, de forma subsidiaria, la de los artículos 22 y 413 LEC, en relación con los efectos que se derivan de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 9 de mayo de 2013 sobre la pretensión de condena formulada por los actores en este proceso.

Al desarrollar el planteamiento, sistematiza su discurso lógico con las siguientes consideraciones:

1. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 fue dictada y publicada con carácter previo a la celebración del acto del juicio de esta litis, que tuvo lugar el 29 de junio de 2013, y, por tanto, al dictado de la Sentencia de primera instancia.

2. La citada Sentencia del Tribunal Supremo es firme y es un hecho no controvertido que BBVA dejó de aplicar la denominada cláusula suelo con fecha 9 de mayo de 2013, es decir, desde la fecha de aquella sentencia del Tribunal Supremo, así como que lo realizó respecto de todos sus clientes, incluidos los actores de este proceso.

3. La sentencia recurrida asume y aplica la doctrina sentada por la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 en relación con la pretensión declarativa formulada por los actores, declarando expresamente que se trata de una cláusula idéntica a la enjuiciada por dicha Sentencia y que, por tanto, existe carencia sobrevenida de objeto.

4. Sin embargo, la sentencia que se recurre declara que «no ocurre lo mismo en relación a la devolución de las cantidades reclamadas por los actores puesto que las acciones ejercitadas son distintas», exponiendo las diferencias, argumentando, además, que en este caso, en atención al modesto importe reclamado, no concurre el trastorno grave para el orden económico que invoca en su sentencia el Tribunal Supremo.

5. Lo anteriormente expuesto por la sentencia recurrida vulneraría así lo dispuesto en los artículos 222 y 400 LEC dado que lo resuelto con carácter firme en STS de 9 de mayo de 2013 tiene fuerza de cosa juzgada y vincula plenamente

al Tribunal del presente proceso tanto respecto del pronunciamiento declarativo de nulidad de la cláusula como del relativo a la irretroactividad de la Sentencia.

6. Se refuerza tal alegación teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 221 LEC, también infringido por la sentencia recurrida, dejó sentado en la sentencia de 9 de mayo que la declaración de nulidad de las cláusulas suelo no tenía efecto retroactivo, *«de tal forma que la declaración de nulidad de la cláusula no afectará a (...) los pagos efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia»*, y provocaban el efecto de cosa juzgada *«a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, es decir, a las tres entidades allí demandadas y a sus respectivos clientes»*.

7. Se añade que, en todo caso, la sentencia recurrida infringiría lo dispuesto en los artículos 413 y 22 LEC, pues con el dictado de la STS de 9 de mayo de 2013 se habría producido la carencia sobrevenida del objeto al haber sido satisfechas las pretensiones de la parte actora.

8. En consecuencia, el recurso extraordinario por infracción procesal se fundamenta en el motivo segundo del apartado primero del artículo 469 LEC, por considerar que la infracción que se denuncia constituye una infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (entre otras, STS de 5 de diciembre de 2013).

9. Concluye que a los efectos del artículo 469.2 LEC, la vulneración de los preceptos citados ya fue puesta de manifiesto tanto en el escrito de contestación a la demanda, invocando la excepción de litispendencia y subsidiaria prejudicialidad, pues aún no era firme la sentencia del Tribunal Supremo, como en el acto de la audiencia previa y en el recurso de apelación formulado por BBVA contra la Sentencia dictada en la primera instancia.

#### **CUARTO.- Consideraciones sobre el Motivo del recurso.**

1. La doctrina, a raíz del dictado y publicación de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, se ha planteado por ser esta fruto del ejercicio de una acción colectiva, si produce efecto de cosa juzgado en un posterior proceso en el

que se ejercita una acción individual referida a la misma condición general de la contratación.

2. Se han postulado varias soluciones a la interrogante: i) Quienes entienden, y alguna resolución así lo avala, que más que cosa juzgada lo que se produce es una carencia sobrevenida del objeto, pues no tendría sentido pronunciarse nuevamente sobre una condición general que ya había sido declarada abusiva en un proceso anterior; ii) Quienes opinan que, frente a la regla general que consagra la vinculación subjetiva a las partes en el proceso (*res iudicata inter alios*), en estos supuestos la cosa juzgada se extiende más allá de las concretas personas que intervinieron en el procedimiento, afectando también a quienes sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LEC, de manera similar a lo que ocurre con las sentencias recaídas en los procesos de impugnación de acuerdos sociales, que afectan tanto a los socios intervinientes en aquél como a aquellos que no intervinieron. Consecuencia de lo anterior sería que no fuese necesario que el consumidor fuera parte en el proceso en el que se declare la nulidad de una determinada condición general de la contratación que le afecte, ya que la sentencia que así lo declare extenderá sus efectos sobre el mismo, tanto en el aspecto positivo como en el negativo de la cosa juzgada. De ahí que el artículo 519 LEC establezca un incidente específico para que en tales supuestos el consumidor pueda solicitar su reconocimiento como «beneficiario» de dicha sentencia e interesar su ejecución, sin que tenga que entablar un nuevo proceso con idéntico objeto; iii) Se añade por ese sector doctrinal que se estaría en presencia de un supuesto de cosa juzgada positiva o prejudicial, pues ha de tenerse presente también la vinculación de la sentencia para los Tribunales posteriores, como se deriva tanto de lo dispuesto para este tipo de acciones en los artículos 221.1 y 222.3 y 4 LEC, como con carácter general en los artículos 400 y 421 LEC tesis avalada por alguna resolución judicial; iv) Finalmente cabe decir que la Sala en Sentencia de 17 de junio de 2010 estableció que: a) será la sentencia recaída en el proceso de acción colec-

tiva la que ha de determinar si los efectos de la cosa juzgada han de extenderse a los consumidores que no hayan sido parte ni comparecido en el proceso; y b) prevé el supuesto en que no se hubiese procedido así.

**3.** A partir de las anteriores tesis doctrinales, procede descender a los pronunciamientos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 para fijar cuál fue el contenido de su decisión respecto de los efectos de la declaración de nulidad, a fin de indagar si la cláusula de esta concreta litis, cuya nulidad se ha postulado por entenderse abusiva, se encuentra inserta en el ámbito de la acción de cesación objeto de aquella sentencia o, por el contrario, es similar pero no de las específicamente enjuiciadas predisuestas por las entidades contra las que se dirigió la acción de cesación.

**4.** La sentencia citada de Pleno afirma con rotundidad en su parágrafo 300 que se ciñe «[...] a quienes ofrecen en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas[...]», razonando que pese a que la demandante interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, es por lo que la Sala se ve obligada a ceñirse a las antes mencionadas.

Ello naturalmente no empece a que al enjuiciarse cláusulas de esta naturaleza no idénticas, y así se vienen pronunciando con profusión los Tribunales, se analicen aplicando la doctrina de la Sala, para decidir si incurren o no en abusividad.

**5.** Continuando con el anterior discurso lógico se ha de convenir que la cláusula suelo del préstamo a interés variable cuya nulidad interesan los actores de esta litis es idéntica a las que fueron objeto de la acción de cesación y en el marco de un contrato celebrado precisamente con una de las entidades demandadas, a saber, BBVA.

**6.** Es por todo ello que la Sentencia recurrida concluye, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, que la cláusula del contrato suscrito entre BBVA y los actores es nula, afirmándose en este extremo que puede declararse

que existe carencia sobrevenida del objeto. A tal conclusión llega en atención a la: i) identidad de la misma con las relativas a las de tipos de interés que fueron declarados nulos por la sentencia de 9 de mayo de 2013; ii) que, tras la firmeza de esta sentencia, el BBVA devino condenado a su eliminación; iii) a que tal declaración y condena, con cita de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012, surte efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación.

**7.** Si corolario de lo expuesto y razonado es que la Sentencia del Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013 alcanza a los actores en sus efectos de declaración de nulidad de las cláusulas de un modo directo, también podría colegirse que les afectan las consecuencias que la sentencia anuda a la nulidad. La Sentencia en cuestión condena a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA a eliminar dichas cláusulas de los contratos y, por ende, a eliminar la de los actores que ya se ha dicho es idéntica; pero a su vez declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA concertados con consumidores en los que se haya utilizado las cláusulas que se ordena eliminar, esto es, subsiste el contrato suscrito por los actores; pero completa esos dos pronunciamientos declarando que «no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

**8.** Alcanzada esta fase de decisión del motivo del recurso por infracción procesal surge la cuestión nuclear del mismo, cual es, si la pretensión de los actores sobre la retroactividad de la declaración de nulidad por abusividad de la denominada «cláusula suelo», a efectos de restitución de los intereses pagados en aplicación de la misma, se puede entender que es cosa juzgada al amparo de lo recogido en la parte dispositiva de la sen-

tencia de 9 de mayo de 2013, cuyos pronunciamientos han merecido nuestra atención.

**QUINTO.-** Al ofrecer respuesta sobre tal motivo del recurso existe un obstáculo procesal para su estimación, que consiste en que en la presente acción individual se introduce como objeto del pleito una reclamación de cantidad que no constituyó una de las pretensiones de la acción de cesación acumuladas a esta. Teniendo en cuenta ese dato procesal así como que el recurso se interpone por interés casacional y que se justifica por oposición de la sentencia recurrida a la única resolución del Tribunal Supremo que decide sobre tal extremo, cual es la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, dicha cuestión, a juicio de la Sala, no tiene encaje en el recurso extraordinario de infracción procesal, que debe desestimarse, sino en el recurso de casación que se ha interpuesto.

Al apreciarse que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula, sin que tampoco quepa estimar cualquier otra excepción que impida ofrecer respuesta al recurso de casación, según ya se ha adelantado.

**SEXTO.- Recurso de casación. Planteamiento.**

El recurso se estructura, también, en un motivo único. Se denuncia la infracción del artículo 9.3 CE, que establece el principio de seguridad jurídica, y los artículos 8,1, 9,2 y 10 LCGC y el artículo 1303 CC, relativos a los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación y la posibilidad de limitarlos por parte de los Tribunales, en relación con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013.

En su desarrollo se argumenta que la sentencia recurrida, al acordar el efecto devolutivo consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula, se aparta de la doctrina de la Sala que apreció

la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, porque esta declaración no solo se hizo en el marco de una acción de cesación sino que la Sala realizó un previo examen de nulidad. Se estima que esta decisión se enmarca dentro de la necesaria obligación de aclarar la eficacia resultante del contrato tras la declaración de nulidad de la cláusula y su ineficacia parcial en el contrato, a la luz del artículo 10.1 LCGC. En esta línea, se aduce que la acción de cesación, aun siendo diferente a la acción de nulidad del artículo 9.2 LCGC, por naturaleza incluye necesariamente una previa pretensión de declaración de nulidad de la cláusula y de determinación de la eficacia resultante para el contrato. De esta forma la sentencia recurrida se apartaría de estos criterios al considerar automáticamente que la acción de nulidad tiene una eficacia *ex tunc* con aplicación del artículo 1303 CC.

**SÉPTIMO.- Valoración de la Sala.**

La Sentencia recurrida, con argumentos más acordes con un recurso de revisión de la sentencia del Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013 que de aplicación de su doctrina a los actores afectados directamente por la misma, niega la irretroactividad y accede y estima la devolución de las cantidades reclamadas, argumentando la diferente naturaleza de las acciones ejercitadas, una de cesación y otra individual, añadiendo que en la colectiva no se solicitó la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecta la sentencia, mientras que en la acción individual sí se contempla tal pretensión. Sin embargo, tal distinción entiende la Sala que no se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo, recogiendo su parágrafo 282 que «como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado.»

Además, añadimos que no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repe-

tida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato.

**OCTAVO.**- Con las anteriores consideraciones el singular recurso que se somete a nuestro conocimiento tendría respuesta en sentido estimatorio. No obstante, en él se plantea la eficacia irretroactiva de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de mayo de 2013, que viene mereciendo respuestas dispares por parte de nuestros Tribunales en cuanto a la devolución o no de las cuotas percibidas por las entidades prestamistas en aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva.

Teniendo como guía el respeto a nuestra doctrina, a la unificación que debe hacerse de ella en su aplicación y, a la postre, la seguridad jurídica, principio informador del ordenamiento jurídico (Art. 9.3. CE), entendemos necesario ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido.

**NOVENO.**- La Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, al plantearse a instancia del Ministerio Fiscal el elemento temporal de la sentencia, analizó los efectos retroactivos de la nulidad para, a continuación, razonar la posibilidad de limitarla y concluir, en su sistematizado discurso, por declarar la irretroactividad de la sentencia en los términos que se especifican:

1. Recoge como regla general que la ineficacia de los contratos —o de algunas de sus cláusulas, si el contrato subsiste— exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *«quod nullum est nullum effectum producit»* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone, y es el artículo clásico citado cuando se plantea el debate que nos ocupa, el 1303 del Código Civil, a cuyo tenor *«[...] declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los*

*intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes»*.

2. La Sala refuerza esa regla general con cita de STS 118/2012 de 13 de marzo, Rc. 675/2009, y se trataría *«[...] de una propia restitución in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la “condictio in debiti”. Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación comercial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente»*.

También cita en apoyo del meritado principio el que propugna el 1C 2000 al afirmar que *«[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)»*.

Finalmente recoge como esa regla la contempla el TJUE para el caso de nulidad de cláusulas abusivas en la Sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58.

3. La Sala, avanzando en la motivación de su discurso, afirma que no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

A fin de evidenciar que la limitación de la retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante, cita una serie de normas y resoluciones que así lo atestiguan:

i) El artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que *«[l]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes»*

ii) Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados, existen pre-

visiones al respecto (Artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

iii) También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.

iv) En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que «[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley».

v) También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que «[l]a “res-titutio” no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre deriva de la nulidad» (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009)

Como sentencia de cierre, a la hora de exponer la posibilidad de limitar la retroactividad, menciona la del TJUE de 21 de marzo de 2013, RWE, Vertrieb, ya citada, apartado 59, que dispone que:

«[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59).

En esta sentencia del TJUE se encuentran los elementos básicos en los que la Sala, en su Sentencia de Pleno, fundó la irretroactividad de la misma, a saber, seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves.

4. Respecto del trastorno grave del orden público económico la sentencia de la Sala en la letra “K” del parágrafo 293 afirma que: “Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas.”»

Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto.

5. La Sala atiende a una serie de argumentos de los que colige, a la fecha de la sentencia, la buena fe de los círculos interesados y que como tales valora, a saber:

«a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas —el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero—.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España “[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”.

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado —su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera—.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos —en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más—, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen

cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.»

Los anteriores argumentos, a los efectos aquí enjuiciados, se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social.

6. La conjunción de tales elementos es la que motivó la conclusión de la Sala contenida en el párrafo 294 cuando declaró la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

**DÉCIMO.** Una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia.

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad

jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada.

**DÉCIMO PRIMERO.-** En atención a todo lo expuesto se estima el recurso de casación, confirmando la doctrina sentada por la sentencia del pleno del 9 mayo 2013, cuya cabal clarificación se ha llevado a cabo en la presente, y, asumiendo la instancia, se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BBVA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando que la entidad recurrente no viene obligada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** No cabe imponer costas del recurso de casación conforme a los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por aplicación de tales preceptos tampoco procede hacer expresa condena en costas en las instancias.

**DÉCIMO TERCERO.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 394.1 de la LEC, al que remite el artículo 398.1 de la misma Ley, no procede imponer las costas del recurso extraordinario de infracción procesal a la parte recurrente en atención a las dudas de derecho que planteaba la cuestión suscitada, como se ha tenido ocasión de razonar al decidir el recurso y como se desprende de los motivados escritos de alegaciones de las partes, con amplio debate asimismo en la doctrina científica y Tribunales de instancia.

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

#### FALLO:

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA «BBVA SA», contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava (Sección Primera) el día 21 de noviembre de 2013, en el recurso de apelación 465/2013, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Vitoria en los autos de juicio ordinario 8/2013.

2. Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA «BBVA SA», contra la sentencia dictada por la Audiencia

Provincial de Álava (Sección Primera) el día 21 de noviembre de 2013, en el recurso de apelación 465/2013, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Vitoria en los autos de juicio ordinario 8/2013.

3. Estimar, asumiendo la instancia, el recurso de apelación interpuesto por BBVA SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando que los efectos de restitución derivados de la declaración de nulidad de la cláusula no se extienden a los pagos de intereses efectuados en aplicación de ella anteriores a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

4. Se fija como doctrina: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”.

5. No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario de infracción procesal ni las del recurso de casación, con devolución del depósito para recurrir.

6. No ha lugar a hacer expresa condena en las costas de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Firmado y Rubricado.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.-Rafael Sarazá Jimena.- Sebastián Sastre Papiol.- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O' Callaghan Muñoz.-

#### VOTO PARTICULAR:

##### FECHA:25-3-2015

Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno y

al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O' Callaghan Muñoz.

**Contexto valorativo: el control de transparencia en las condiciones generales como figura sujeta a elaboración o desarrollo jurídico.**

**PRIMERO.**- Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados, y compañeros de la Sala, debo indicar, desde el principio, que el voto particular que formuló, aunque necesariamente discrepante con dicha decisión, se realiza desde la finalidad primordial de que resulte útil o sirva para el mejor estudio y análisis de las consecuencias jurídicas derivadas del control de transparencia.

Este propósito, por lo demás, resulta plenamente coherente con el actual proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios, en donde la novedad e impronta que presenta el control de transparencia, como plasmación del principio de transparencia real en el marco general del control de abusividad, está dando lugar a una necesaria adecuación de la dogmática tradicional del contrato en aras a superar la concepción meramente «formal» de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la naturaleza negocial del contrato y, por extensión, al mero literalismo interpretativo («pacta sunt servanda»), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutabilidad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales.

En este contexto, tanto por la propia complejidad que encierra este proceso de adecuación de la dogmática contractual a la nueva realidad que presenta el fenómeno en consideración, como por las lógicas limitaciones de análisis que acompañan al proceso judicial, la caracterización y alcance del control de transparencia en el marco de la doctrina jurisprudencial se está llevando a cabo, también necesariamente, desde una progresiva construcción del fundamento técnico de su respectiva aplicación.

Sin embargo, y he aquí lo relevante, también debe de ser puntualizado que todo avance alcanzado en esta labor de progresiva construcción jurídica de la figura ha requerido, inevitablemente, de un previo y correcto enfoque metodológico

tanto del fenómeno jurídico de las condiciones generales de la contratación, como de los ámbitos o aspectos a desarrollar en la caracterización y alcance del control de transparencia. Sirva de ejemplo, a tenor del propio desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que la configuración contractual que se realiza del control de transparencia en la sentencia de 8 de septiembre de 2014 (núm. 464/2014), como un previo y especial deber contractual del predisponente en orden a la comprensibilidad real, en el curso de la oferta comercial y su correspondiente reglamentación seriada, de las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven a cargo del consumidor adherente, no habría sido posible si con anterioridad, y desde el plano metodológico señalado, sentencias de esta Sala como la de 18 de junio de 2012 (núm. 406/2012) y las que siguieron, entre otras, la de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013) no hubiesen establecido, conforme a la naturaleza y función del fenómeno de las condiciones generales, su clave interpretativa o fundamento técnico consistente en un modo de contratar claramente diferenciado del contrato por negociación y, por tanto, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.

En esta línea se desenvuelve el voto particular, esto es, en la necesidad de fijar un previo y correcto enfoque metodológico, o clave interpretativa, del aspecto a considerar en el control de transparencia, en nuestro caso, de la naturaleza y alcance de la razón de ineficacia que se deriva de la nulidad de la cláusula por falta de transparencia en el marco de una acción individual de impugnación, especialmente ante la insuficiencia al respecto que presenta el fundamento técnico que sustenta la presente sentencia de esta Sala consistente, bien en una mera remisión en bloque a la fundamentación que para el caso de una acción de cesación se contempló en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, tal y como expresamente se señala en esta sentencia: «entendemos necesario ofrecer respuesta a tan debatida cuestión, no revisando la fijada sino despejando dudas y clarificando su sentido» (fundamento del derecho octavo, párrafo último) o bien, en la abstracta alegación del principio de buena fe,

sin concreción alguna respecto de su proyección en la naturaleza y alcance del control de transparencia (fundamento de derecho décimo, párrafo primero).

**SEGUNDO.-** La inexistencia de cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados y la necesidad de concretar el fundamento técnico de la cuestión en el ámbito del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente.

Este voto está conforme con la desestimación del motivo único en el que se articula el recurso extraordinario por infracción procesal sin perjuicio de que conviene completar la argumentación expuesta con lo que constituye el verdadero fundamento de la no aplicación del efecto de cosa juzgada a la pretensión que integra la presente litis: las claras diferencias entre la acción individual y la acción colectiva de cesación que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013, que se desarrollará más adelante en orden al fundamento y naturaleza de la ineficacia derivada.

No obstante, esta línea argumental, no es posible olvidar que lo que la entidad recurrente ejerció y que dio lugar a la conocida sentencia del Pleno de esta Sala, era una acción de cesación, es decir, que el Tribunal Supremo condenara a las entidades de crédito a cesar en la aplicación de las cláusulas suelo y abstenerse de utilizarlas en el futuro, en ningún caso se solicitaba un pronunciamiento en relación a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, que hubiera requerido la acumulación de esta acción a la acción de cesación.

Esta primera aproximación permite, en primer lugar, matizar en cuanto a su alcance y sin perjuicio de lo que se desarrolle en casación, el pronunciamiento de esta Sala en relación a la mal llamada irretroactividad de la cláusula declara nula: tal petición fue introducida por el Ministerio Fiscal sin que integrara inicialmente el objeto del proceso y su adopción obedeció a razones económicas que así lo aconsejaban en el marco del enjuiciamiento abstracto propio de la acción de cesación lo que, por supuesto, en ningún caso implica que se

haya declarado la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo en general. Es decir, no podemos olvidar que la STS de 9 de mayo de 2013 da respuesta a una acción ejercitada por unas partes procesales, en concreto, una asociación de consumidores de productos bancarios, AUSBANC, como demandante, y unas concretas entidades bancarias como demandadas, por tanto, si al final del pronunciamiento el Tribunal se pronuncia sobre la mal llamada irretroactividad, ese pronunciamiento lo debemos entender realizado sólo y exclusivamente para su sentencia pues en ese marco donde se ha pronunciado. Lo cual, y esta es la verdadera razón desestimatoria del recurso extraordinario y que impide apreciar el efecto de cosa juzgada en la extensión pretendida por el recurrente, lleva aparejado que posteriormente los particulares entablarán el juicio correspondiente que decidirá lo pertinente en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas. En consecuencia será necesario, en el marco de una acción individual, examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia y posteriormente determinar el régimen de ineficacia de la declaración, en su caso, de nulidad y que se traduce en el efecto devolutivo de las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula.

En segundo lugar, hay que señalar que esta aproximación que nos ofrece el presente caso, en orden a la inexistencia de la cosa juzgada, también nos permite constatar la observación que se hace, de un modo preliminar, en el fundamento anterior de este voto particular, esto es, la impropiedad e insuficiencia de asumir «en bloque» la fundamentación técnica de la sentencia de 9 de mayo de 2013 en un supuesto, el del ejercicio individual de la acción de impugnación por el consumidor adherente, en donde se «quiebra», y así se reconoce, el presupuesto de identidad de la cosa juzgada. Quiebra que, por lo demás, no sólo se produce ante la ausencia en aquel caso de la preceptiva acumulación de pretensiones de condena, sino también por la falta de los otros elementos que determinan la identidad, principalmente la distinta naturaleza y función de la acción ejercitada.

Sin embargo, y pese a lo anterior, la presente sentencia en la fundamentación que acompaña al recurso de casación renuncia, de forma nitida, a realizar cualquier intento de justificar su decisión en base al tratamiento específico y diferenciado de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad, en el ejercicio individual de la acción de impugnación. Una mera lectura de la sentencia resulta ilustrativa de la afirmación realizada pues los fundamentos séptimo, octavo y noveno, responden a una mera transcripción de los párrafos de la citada sentencia, a saber: fundamento séptimo, párrafo 282; fundamento octavo, se señala expresamente esta remisión en bloque al precisarse que la sentencia no revisa la doctrina fijada en la sentencia de 9 de mayo, sino que «despeja dudas y clarifica su sentido»; y fundamento noveno, párrafos 283 a 294, íntegramente transcritos.

En suma, mal se compadece esta simple transcripción con el reconocimiento de la ausencia de cosa juzgada que compromete, a todas luces, una necesaria fundamentación técnica ajustada a la naturaleza y características del nuevo caso planteado; sobre todo si tiene en cuenta, y esto no ha pasado inadvertido, que los principales argumentos que sustenta la sentencia de 9 de mayo para limitar la llamada retroactividad de la cláusula nula traen causa, necesariamente, bien de la naturaleza de la acción colectiva de cesación, que fue objeto de dicha sentencia (párrafos 283, 279, 280, 281, 298, 299 y 300), o bien, de argumentos extraídos y añadidos de otros supuestos a considerar, caso de la retroactividad normativa STJUE de 21 de marzo de 2013 (párrafo 286), del artículo 106 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (párrafo 287), de las legislaciones de Patentes y de Marcas (párrafo 288), del principio de seguridad jurídica y retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad (párrafo 289) o de la ya citada STJUE de 21 marzo 2013, en su vertiente de seguridad jurídica y el riesgo de trastornos económicos graves (orden público económico).

Como puede observarse, ninguno de ellos se plantea con relación a las características y natura-

leza del caso aquí planteado; de ahí la denuncia de falta de fundamentación técnica al respecto. Todo ello, sin contar que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado.

#### **Control de transparencia y razón de la ineficacia derivada por el ejercicio de la acción individual de impugnación.**

**TERCERO.-** Consideraciones previas. El fenómeno de la ineficacia contractual: perspectivas, planos de análisis y directrices de interpretación.

Del mismo modo que el fenómeno de las condiciones generales, su naturaleza y función, ha sido objeto de un necesario y previo análisis y planteamiento metodológico a los efectos de poder concretar la naturaleza y alcance jurídico del control de transparencia en la contratación seriada, el fenómeno de la ineficacia contractual de la cláusula abusiva, como consecuencia derivada de dicho control, también requiere de las anteriores perspectivas metodológicas y de análisis para poder concretar su naturaleza y alcance, conforme a su correcta fundamentación técnica.

En esta línea, ha profundizado precisamente, la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, SSTs de 28 octubre 2014, núm. 440/2014 y 10 diciembre 2014, núm. 695/2014, destacándose que la ineficacia de los actos y negocios jurídicos, como fenómeno jurídico de especial complejidad y concreción técnica, requieren de una suerte de perspectivas metodológicas y directrices de interpretación para la correcta valoración que presenta su naturaleza y alcance, esto es, su fundamentación jurídica.

Entre éstas, siguiendo las citadas sentencias, conviene destacar dos directrices que interesan, sin duda, al caso planteado.

Así, en primer lugar, se ha precisado que en aquellos supuestos, en donde el ordenamiento jurídico no dé una respuesta técnica y concreta acerca de la naturaleza o alcance de la ineficacia derivada, su valoración no puede quedar reconducida a un planteamiento estático y dogmático

de la cuestión consistente en la mera adscripción del supuesto, tomado en consideración, respecto de las categorías de la ineficacia contractual desarrolladas por la doctrina científica.

Por el contrario, el método de análisis a emplear es consustancialmente dinámico y flexible conforme a las características relevantes que presente el caso objeto de examen, de forma, y esto es lo relevante, que el contenido y alcance de la ineficacia derivada tiende a adaptarse a la naturaleza y función que presenta el fenómeno jurídico en cuestión, la naturaleza de la figura o la institución que la articula, y la relevancia de los bienes e intereses jurídicos que resulten objeto de protección. Todo ello, conforme a la finalidad perseguida por la norma y, en su caso, en el marco de aplicación de los Principios generales del derecho.

En segundo lugar, y en la línea de la perspectiva metodológica señalada, también se destaca en el ámbito de estas directrices de interpretación que, precisamente en atención al desenvolvimiento y proyección de los Principios generales del derecho, la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012), conforme, por lo demás, con el desenvolvimiento de los principales textos de armonización y desarrollo del Derecho contractual europeo, ha declarado que «la conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico patrimonial que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que pueda presentar la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, posibilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica».

Directriz especialmente aplicable al fenómeno de la contratación seriada con consumidores dada la clara finalidad tuitiva de las normas de aplicación, puesto que manifiesto tanto por la reciente STJUE de 30 abril 2014 (C- 280/2013), como por las SSTs de 18 junio 2012 y 8 septiembre 2014, ya citadas.

Contexto metodológico que, como se puede observar fácilmente, ha sido plenamente desatendido por la presente sentencia, cuyo planteamiento al respecto consiste en una mera remisión en bloque a la fundamentación dada con ocasión a la aplicación de una acción colectiva de casación (STS de 9 mayo 2013), y en una vaga e indeterminada alusión a la buena fe; sin tener en consideración el necesario entronque del análisis de la ineficacia con relación al fenómeno básico que la sustenta, esto es, la contratación seriada, su necesaria conexión con la naturaleza y alcance de la figura o instrumento jurídico que la articula, es decir, el propio control de abusividad, y su ineludible proyección respecto de la naturaleza de la acción que realmente se ejercita y los concretos bienes e intereses que se tutelan, esto es, con necesaria referencia a su plasmación en el marco de la acción individual de impugnación que ejercita el consumidor y la tutela de sus específicos derechos.

Esta consideración que, como se ha señalado, resulta evidente a tenor de la fundamentación técnica que dispensa la sentencia fuerza, como también se ha señalado, que el voto particular desarrolle el debido planteamiento metodológico que presenta la ineficacia contractual de la cláusula abusiva en el ejercicio de la acción individual, cuya complejidad y naturaleza conceptual exige una respuesta directa, sin atajos o remisiones a otros lugares donde, pese a su proximidad, no ha sido realmente planteada.

**CUARTO.**- Delimitación de principio. La debida diferenciación de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva respecto del fenómeno de la retroactividad.

Un claro ejemplo de la necesidad del previo examen metodológico que presenta la cuestión y del que, además, debemos partir para su correcto desarrollo, se constata en el inicio de la fundamentación jurídica de la sentencia (fundamento de derecho noveno), en donde literalmente se declara: «La Sentencia del Pleno de 9 mayo 2013, al plantearse a instancias del Ministerio Fiscal el elemento temporal de la sentencia, analizó los efectos retroactivos de la nulidad para, a continuación, razonar la posibilidad de limitar

la y concluir, en su sistematizado discurso, por declarar la irretroactividad de la sentencia en los términos que éste especifican» (el subrayado es nuestro).

Como puede observarse, la delimitación de la razón de ser de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva en el marco del fenómeno de la retroactividad, ya de la nulidad, o de cualquier otro régimen típico de ineficacia contractual de que se trate, constituye un error de concepto en el planteamiento inicial de la cuestión. Error de concepto que, debido a la remisión en bloque señalada, se arrastra desde la sentencia de 9 mayo 2013 y en el que yo mismo incurrí al ser firmante de la misma, sin ninguna observación al respecto. De ahí, la importancia de la perspectiva metodológica señalada y la conveniencia, en todo caso, de corregir los errores observados.

En este sentido, el fenómeno de la retroactividad viene referido a la vigencia de las normas en el tiempo y acontece cuando la nueva ley se aplica a los actos jurídicos realizados bajo la vigencia de la ley antigua y a las situaciones jurídicas producidas bajo la vigencia de la misma, de forma que a través de normas de transición (Derecho transitorio) la nueva ley incorpora las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas afectadas por el cambio legislativo. Sin embargo, en el ámbito de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva nada de esto acontece, pues la normativa aplicable no establece ninguna suerte de efecto retroactivo al respecto. En efecto, la LCGC expresamente prevé que sólo desde el su entrada en vigor podrán ejercitarse las acciones de cesación, de retractación y declarativas reguladas en la misma (Disposición transitoria única), mientras que la LGDCU, Texto refundido de 2007, no contempla referencia alguna a esta materia en sus tres disposiciones transitorias. La conclusión, por tanto, no puede ser otra que la exclusión del fenómeno retroactivo en orden a la fundamentación técnica de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva que, como se ha anticipado, debe ser objeto de una valoración propia y específica conforme a las directrices señaladas.

Esta conclusión, y ello resulta ilustrativo del prematuro contexto metodológico con el que se abordó la cuestión, sin duda por la urgencia y novedad que acompañó su resolución, es seguida, inadvertidamente, por la propia sentencia de 9 mayo que destaca la necesaria proyección de futuro de la acción de cesación a tenor de la normativa citada (parágrafos 279 y 280) y, no obstante, elabora la fundamentación técnica de la ineficacia derivada en el incorrecto plano de los efectos retroactivos tanto respecto del alcance del concepto de nulidad contractual, como de la propia eficacia de la sentencia dictada. En síntesis, la consecuencia de esta indebida asimilación de los planos señalados, que excede del campo de aplicación, tanto procesal como sustantivo, de la acción de cesación que fue objeto de la sentencia de 9 mayo, hizo posible que dicha sentencia se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no había sido parte del proceso, (pronunciamiento 10º del fallo) sin cobertura legal para ello. Cuando lo procedente hubiese sido pronunciarse, respecto a la petición del Ministerio Fiscal, precisándose que el efecto temporal de la sentencia carece de efectos retroactivos, cuestión que no es obstáculo para no estimar el efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas, en los contratos que pudieron resultar afectados por la nulidad declarada de la cláusula suelo, tanto en base a la naturaleza de la acción de cesación ejercitada y con los argumentos que directamente sobre esta cuestión se esgrimieron, como en que no hubo acumulación de acciones individuales o accesorias al respecto. Sin embargo, las consecuencias de esta indebida asimilación conceptual se han agravado con la presente sentencia, pues al no revisar la fundamentación jurídica de la sentencia de 9 mayo en esta materia su pronunciamiento, igualmente carente de fundamento normativo de eficacia retroactiva, se ha realizado en atención a acciones individuales de impugnación con la consecuyente y lógica pretensión del efecto de devolutivo de las cantidades ya pagadas.

**QUINTO.-** Fundamento y concreción de la ineficacia derivada. Razón del efecto restitutorio y de su alcance «ex tunc» en el ejercicio de acciones individuales de impugnación.

Sentado que la naturaleza y alcance de la ineficacia de la cláusula abusiva no puede ser sustentada desde un fundamento normativo de retroactividad, así como la innegable incidencia de la vía o acción específicamente ejercitada en su impugnación, especialmente de la debida diferenciación procesal y sustantiva entre la acción de cesación y la acción individual, la sentencia tenía que haberse planteado la cuestión de la ineficacia derivada desde la perspectiva valorativa, dinámica y flexible, de las claves interpretativas que definen el fenómeno jurídico en donde está ineficacia incide y se articula, conforme a la finalidad tuitiva que preside la normativa objeto de aplicación. De este modo, la respuesta obtenida no sería, en ningún caso, producto de un planteamiento dogmático, esto es, derivado de la mera letra de la norma, que ya declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva (artículo 8.1 LCGC), sino fruto de un proceso de concreción o fundamentación técnica ajustada a las características del fenómeno jurídico que, como hemos señalado en el fundamento tercero de este voto particular, cabe realizar cuando la norma aplicable, bien por su propia fundamentación, o bien por su interpretación sistemática, no ofrezca una respuesta o desarrollo técnico que resulte suficiente o unívoco al respecto. Este sentido, y no otro, es el que cabe extraer del viejo brocardo «quod nullum est nullum effectum producere debet» y de la fórmula abierta que dispensa el artículo 1303 del Código Civil (ambos citados por la sentencia de 9 de mayo, parágrafo 283), pues la referencia a la inexistencia de efectos («nullum effectum») no se realiza desde el plano material o fáctico sino desde el plano de la causalidad jurídica, porque la reacción del ordenamiento jurídico ante los supuestos de ineficacia contractual no es siempre igual, ni uniforme, sino ajustada al fenómeno jurídico tomado en consideración.

En nuestro caso, esta causalidad jurídica o fundamentación técnica respecto de la restitución de las cantidades entregadas como consecuencia

de la nulidad contractual de la cláusula abusiva, con mayor precisión del «efecto devolutivo» de las mismas, dado que el contrato no resulta resuelto, se realiza, como ya se ha destacado en las directrices de interpretación, en atención a las claves valorativas que definen la naturaleza del fenómeno en el que incide la ineficacia y la función de los instrumentos que la articulan. Claves, por lo demás, que ya han sido suficientemente desarrolladas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala y por la jurisprudencia del TJUE y cuya aplicación al presente caso debería haber llevado a la plena estimación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas desde la perfección del contrato celebrado.

En síntesis, esta Sala tiene declarado, como doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 8 septiembre 2014) que la ineficacia contractual en la contratación seriada, más allá de la referencia genérica al concepto de nulidad, tiene un tratamiento o fundamento específico y necesariamente conexo a la calificación de este fenómeno como un «modo de contratar», esto es, con un régimen y presupuesto causal propio y diferenciado. Régimen que, entre otros bienes jurídicos objeto de protección, responde a la finalidad tuitiva del consumidor adherente y que justifica el necesario cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden a asegurar el equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y, con ellos, «la eficacia resultante de la misma».

En este contexto, el instrumento técnico que la normativa aplicable incorpora para articular dicho contraste o comprobación es el denominado control de abusividad que, por su función y naturaleza, es «un control de eficacia de la reglamentación predispuesta» y, por ende, de la ineficacia que pudiera derivarse. De esta forma, el control de abusiva opera como un «propio control de legalidad» que se proyecta, de un modo objetivable, en orden a la idoneidad de la reglamentación predispuesta respecto de los parámetros de equilibrio prestacional y de transparencia real anteriormente señalados. Proyección del control de abusividad que, necesariamente, se realiza al

valorar la reglamentación predisuelta en «el momento de celebraci3n del contrato». Conclusi3n inobjetable tanto en el campo de la doctrina cientifica como en el 3mbito de la doctrina jurisprudencial (con especial reiteraci3n en la jurisprudencia del TJUE, sentencias de 21 febrero y 14 marzo 2013 y 16 enero 2014).

Esta caracterizaci3n, por lo dem3s, es igualmente predicable del control de transparencia (articulo cinco de la Directiva 93/13, articulo 5. 5 y 7.b de la LCGC y 80.1 (a) del TR-LGDCU) que opera con un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cl3usula contractual predisuelta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos b3sicos del contrato en el marco de la reglamentaci3n predisuelta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jur3dicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posici3n jur3dica que realmente asume en los aspectos b3sicos que se deriven del objeto y de la ejecuci3n del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (n3m. 86/2014).

Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensi3n, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el r3gimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contrataci3n. Y aqu3, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinaci3n del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con car3cter «ex tunc», esto es, desde el momento de la perfecci3n del contrato predisuelto.

Esta conclusi3n se alcanza por la naturaleza y funci3n de los elementos que determinan el r3gimen de eficacia y de control de la contrataci3n seriada, es decir, por la naturaleza y funci3n del propio fen3meno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acci3n ejercita-

da; todo ello, conforme a la funci3n tuitiva que los preside.

As3, por ejemplo, el primer elemento o criterio indicado, el fen3meno de la contrataci3n bajo condiciones generales, nos informa, con car3cter general, de la caracterizaci3n del r3gimen de ineficacia que resulta aplicable. En este sentido, acorde con la naturaleza y funci3n de este fen3meno jur3dico, la forma o el modelo de ineficacia responde a los par3metros de una ineficacia funcional, relativa, parcial e insanable. En efecto, la ineficacia es, en primer t3rmino, funcional, porque la reglamentaci3n predisuelta, por su naturaleza, no contiene ninguna irregularidad en su estructura negocial y nace, por tanto, regularmente firmada y eficaz; sin embargo, funcionalmente su ejecuci3n lleva a un resultado que el ordenamiento jur3dico no permite consolidar, esto es, la lesi3n del consumidor adherente por la falta de equilibrio prestacional o de transparencia real.

En este contexto, tambi3n puede sostenerse que la ineficacia es provocada pues se permite que los consumidores y usuarios puedan operar dicha ineficacia con la correspondiente pretensi3n de impugnaci3n. En segundo t3rmino, la ineficacia es relativa y parcial porque despliega sus efectos entre las partes (no tiene proyecci3n «erga omnes») y afecta s3lo a la cl3usula declarada abusiva, que es objeto de la ineficacia, no as3 el resto del contenido contractual (principio de conservaci3n del contrato en inter3s del consumidor). Por 3ltimo, la ineficacia es m3s bien insanable en relaci3n a la cl3usula declarada abusiva, pues no se permite su moderaci3n, ni su integraci3n en el contrato subsistente.

Por su parte, la naturaleza y funci3n del control de abusividad y de la acci3n ejercitada, de acuerdo a la anterior caracterizaci3n general, nos concretan ya el alcance del mecanismo restitutorio que opera como una consecuencia directa de la situaci3n de ineficacia de la cl3usula declarada abusiva. En ese sentido, el control de abusividad, como control de eficacia de la reglamentaci3n predisuelta se formula, necesariamente, desde una perspectiva declarativa del car3cter abusivo de la cl3usula, esto es, de la lesi3n o perjuicio

que se infiere al consumidor en la reglamentación predispuesta y, por tanto, con remisión a la propia celebración del contrato que funcionalmente los causaliza. De ahí su correspondencia con el examen de legalidad o idoneidad que también, necesariamente, como se ha señalado, toma como referencia temporal el momento de la celebración del contrato para valorar el posible desequilibrio prestacional o la falta de la debida transparencia real. La inidoneidad de la reglamentación predispuesta, por tanto, es valorada y declarada en atención al marco temporal de la celebración o perfección del contrato, momento «esencial» en donde el predisponentes tenía que haber cumplido ya sus especiales deberes de configuración negocial para que su reglamentación predispuesta no lesionara los derechos del consumidor adherente.

En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la acción individual de impugnación que se ejercita. En efecto, de acuerdo con el carácter de ineficacia provocada señalado, y fuera del contexto dialéctico acerca de la naturaleza declarativa o constitutiva de la acción de anulación, lo cierto es que el específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales queda informado, en este punto, por la pretensión de impugnación del consumidor adherente dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, por tanto, su nulidad e ineficacia contractual. Desde esta innegable perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El primero obedece a la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil, en donde el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil. El segundo, obedece a la propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución que conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al

momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance «ex tunc». Extremo, como fácilmente puede observarse, completamente diferente al fenómeno de la retroactividad normativa y su aplicación judicial. Pues bien, en el presente caso, debe señalarse que nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. (SSTS de 30 abril 2013, núm. 275/2013 y 22 abril 2014, núm. 763/2013).

Como puede observarse, el tratamiento de las situaciones de ineficacia contractual resulta siempre complejo a la hora de su debida justificación o fundamentación jurídica, máxime en supuestos tan novedosos como los que se deriven de la aplicación del control de transparencia, pero precisamente por ello, resulta del todo necesario llevar a cabo la tarea de su delimitación y concreción jurídica.

#### **Control de transparencia y proyección del principio de buena fe.**

**SEXTO.**- Principio de buena fe: su concreción y engarce contractual como fundamento de los especiales deberes de configuración contractual que incumben al predisponente.

Fundamento primero y segundo de este voto particular, y dada la remisión en bloque que se realiza respecto de la fundamentación técnica que desarrolló la sentencia de 9 mayo 2013, tal y como se ha señalado, la única aportación específica que la presente sentencia dedica a la cuestión aquí debatida es la imposible alegación de buena fe, «por los círculos interesados», a partir de la fecha de publicación de la citada sentencia (fundamento de derecho décimo).

La expresión, que parece tomada de la STJUE de 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, (también citada

en la STS del 9 mayo y que contempla un supuesto no asimilable al aquí tratado, como ya se ha señalado), merece ser objeto de comentario por su evidente ambigüedad, pues como sabemos las alegaciones al principio de buena fe, bien como delimitación del ejercicio de los derechos y deberes subjetivos (7.1 del Código Civil), o bien, como criterio de integración contractual (1258 del Código Civil) deben de ser objeto de concreción al caso en donde resulten de aplicación.

Así, en primer lugar, debe señalarse que precisamente esta Sala, en su sentencia de 8 septiembre 2014, ya ha realizado esta concreción del principio de buena fe en la contratación seriada, particularmente respecto del control de transparencia. Esta concreción se ha realizado, además, en toda la vertiente de decantación conceptual que presentaba el citado principio, esto es, atendiendo al desenvolvimiento de las directrices de orden público, a su plasmación emblemática en la definición de la cláusula general de abusividad, a su específica aplicación en el control de abusividad y, en suma, a su necesario engarce o configuración contractual. Y el resultado de la misma no ha sido otro, por otra parte absolutamente lógico con relación a la naturaleza y función del fenómeno analizado, que proyectar su plena incidencia en el plano de los especiales deberes de configuración contractual que asume el predisponente en orden a la transparencia real de la reglamentación dispuesta, en el curso de la oferta y perfección del contrato celebrado. Deberes especiales de configuración contractual que, con fundamento en el principio de buena fe contractual así señalado, no pueden resultar desnaturalizados por la fecha de publicación de ninguna sentencia, pues constituyen el objeto de examen del control de transparencia y vienen impuestos por la propia función tuitiva de la normativa aplicable en esta materia afectando, por definición imperativa de esta normativa, al predisponente y no al consumidor adherente.

Otra cuestión, en segundo lugar, es que la presente sentencia realce que tras la publicación de la sentencia del 9 mayo 2013 se dé un conocimiento general del alcance de la cláusula suelo que haga perder su condición de cláusula sorpre-

siva, o al menos desconocida para el consumidor adherente. Extremo, que tampoco impediría que el consumidor estableciera la correspondiente impugnación, si bien, esta divulgación o conocimiento general de la citada cláusula sería tenida en cuenta en el pertinente control de transparencia a los efectos de valorar su validez y eficacia, pero sin alterar o invertir la proyección del principio de buena fe, como fuente o fundamento de los citados especiales deberes de configuración contractual a cargo del predisponente.

Por último, y en tercer lugar, lo que resulta inasumible, por muchos «círculos» que se quieran realizar, es que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tuición del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predisuelta con anterioridad a la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia de proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la «cuadratura del círculo» al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello.

**SÉPTIMO.-** La improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia respecto de la prohibición de moderar o integrar la eficacia de la cláusula declarada abusiva.

Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de

modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.

Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter «*ex tunc*», esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respec-

to, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva.

**OCTAVO.**- En virtud de todo lo razonado anteriormente, el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente.- Firmado y

Rubricado.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Xavier O' Callaghan **Muñoz.**-

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz**, 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.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

# PENAL

## ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha*

(Tol 4851998)

**Cabecera:** Cobro indebido de pensión de jubilación tras el fallecimiento de su titular. Estafa. Error por omisión. Nuevo artículo 307 ter es Ley especial para este tipo de comportamientos. Objetivo de la reforma que lo introdujo. Defraudación articulada a través de pagos mensuales, que se mantuvieron durante años; modalidad agravada

**Jurisdicción:** Penal

**Ponente:** *Ana María Ferrer García*

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 28/01/2015

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Segunda

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 42/2015

**Número Recurso:** 886/2014

## RESUMEN

Cobro indebido de pensión de jubilación tras el fallecimiento de su titular. Estafa. Error por omisión: el acusado no comunicó el fallecimiento de su madre, titular de la pensión, lo que le permitió seguir cobrando la misma. Incumplió el deber jurídico que le incumbía y generó de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concretó en el desplazamiento patrimonial que la Seguridad Social continuó efectuando.

Hubo un engaño bastante y relevante por parte del recurrente, que fue el determinante del desplazamiento patrimonial, con independencia de que los controles por parte del INSS hubieran fallado, especialmente por el comportamiento negligente de la entidad bancaria a través de la que se efectuaron los pagos. Precisamente, la negligencia de ésta en el cumplimiento de la obligación de control de la pervivencia de la titular de la pensión que le incumbe en atención a lo dispuesto en el 17.5 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado

por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, es la que ha determinado su condena como responsable civil subsidiaria.

Nuevo artículo 307 ter es Ley especial para este tipo de comportamientos. Objetivo de la reforma que lo introdujo: Según la exposición de motivos de la mencionada Ley, la inclusión del artículo 307 ter proporciona «un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos defraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social.» Y la doctrina ha destacado que la reforma operada por la citada Ley responde al objetivo de extraer las conductas fraudulentas en relación a las prestaciones de la Seguridad Social del ámbito del artículo 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones. A este tipo las condujo la jurisprudencia de esta Sala a partir de su pleno de 15 de febrero de 2002, especialmente cuando las defraudaciones afectaban al subsidio de desempleo. Tipicidad que, entre otras consecuencias, determinaba su sujeción a una condición objetiva de perseguibilidad vinculada a la cuantía.

El artículo 307 ter castiga su modalidad básica con la pena de seis meses a tres años de prisión. También contempla un tipo atenuado, para el que prevé multa, cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad. Y otro agravado, para cuando, entre otros casos, el valor de las prestaciones defraudadas fuera superior a cincuenta mil euros.

Tratándose, como se trata en este caso, de una defraudación articulada a través de pagos mensuales, que se mantuvieron durante años, no existe motivo alguno para sustraer este supuesto, de inequívoco carácter patrimonial, del régimen general que la jurisprudencia de esta Sala ha marcado, a partir del Acuerdo del Pleno jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, para la determinación penológica cuando de delitos patrimoniales se trata.

Así, en este caso sería aplicable la modalidad agravada, ya que la defraudación que se ha conformado a partir del cobro de las sucesivas mensualidades de la pensión, ha alcanzado la suma total de 51.569,10 euros, que lleva aparejada una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo, penalidad mas gravosa para el recurrente que la correspondiente a la estafa agravada por la que viene condenado, por lo que la aplicación retroactiva queda descartada.

## I. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 5 DE MARZO DE 2014 (Tol 4297171)

Según los hechos probados, tras el fallecimiento de la titular de la pensión de jubilación en 1992, primero su marido y tras la muerte de éste, en 2001, el hijo de ambos continuaron cobrando la pensión de jubilación de la esposa y madre hasta que en enero de 2011 el Instituto Nacional de la Seguridad Social detectó el cobro indebido e interrumpió los pagos. La pensión se ingresaba en la cuenta cuya titularidad correspondía a la madre y en la que figuraba como autorizado su marido. Tras su fallecimiento, el marido no puso en conocimiento de la entidad bancaria ni del Instituto Nacional de la Seguridad Social tal hecho y siguió cobrando la pensión. Tras la muerte del marido, fue el hijo de ambos quien continuó disfrutando de una pensión a la que no tenía derecho, disponiendo de la misma para sus gastos y domiciliando en la misma diversos pagos. El acusado solía utilizar el DNI de su padre. En algunas ocasiones, la hija del acusado recibió cantidades dinerarias de su padre de la cuenta de su abuela. El total de lo defraudado ascendió a 51.569,10 euros.

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa de los artículos 248.1, 249, 250.1.5° y 74 del Código penal y solicitó para ambos (padre e hija) la pena de dos años y nueve meses de prisión, más las penas accesorias correspondientes, la pena de multa de nueve meses con una cuota diaria de doce euros y el pago de 36.013,55 euros a favor del Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria.

Por el contrario, las defensas de los acusados solicitaron su absolución.

La Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 5 de marzo de 2014 entendió que la ocultación o silencio acerca del fallecimiento de la titular de la pensión y la disposición de los fondos de la cuenta bancaria, constituye claramente un delito de estafa puesto que el acusado, al callar o silenciar la muerte de su madre, hizo creer a la entidad bancaria pagadora que ella continuaba con vida. El engaño es, por tanto, considerado bastante.

Al superar la cantidad defraudada el límite de los 50.000 euros, la Audiencia Provincial de Valencia aprecia el tipo agravado del artículo 250.1.5° por lo que, a pesar de que los hechos configuran también un delito continuado de estafa, no aplica el artículo 74 para evitar la vulneración del principio *ne bis in ídem*.

La sentencia reprocha a la entidad bancaria no haber actuado con la diligencia debida tal y como prescribe el artículo 17.5 de la Orden de 22 de febrero de 1996, por lo que la considera responsable civil subsidiaria.

El fallo de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia es la condena al hijo como autor de un delito de estafa en cantidad de notoria importancia a la pena de dos años de prisión, accesorias correspondientes y multa de nueve meses con una cuota diaria de diez euros, el pago de 36.013,55 euros al Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria. Asimismo, el fallo absuelve a la hija del delito de estafa al no constar con seguridad que ella conociera que una parte del dinero que le entregaba su padre tenía origen fraudulento. En la duda, el Tribunal, opta por la absolución.

## II. EL RECURSO DEL ACUSADO

No conforme con el fallo, el acusado recurre en casación ante el Tribunal Supremo por los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de los artículos 24.1 y 2 de la Constitución.

Segundo: Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por infracción del artículo 248.1 en relación con el artículo 249 del Código penal.

Tercero: Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por infracción del artículo 116.1 en relación con los artículos 109 a 115 del Código penal.

## III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2015 (Tol 4851998)

La Sala Segunda del Tribunal Supremo admitió el recurso y el 15 de enero de 2015, sin vista, quedaron conclusos los autos para deliberación y decisión.

Respecto al primer motivo del recurso, el Tribunal Supremo llega a la convicción de que la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas y que dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad, por lo que desestima el motivo.

Respecto al tercer motivo y ante la insistencia de que el comportamiento del acusado fue inocuo y que el desplazamiento patrimonial se debía a un

comportamiento negligente del banco y del propio Instituto de la Seguridad Social, el Tribunal Supremo responde desestimando el motivo puesto que el engaño del acusado consistió precisamente en un no hacer nada, en no comunicar la muerte de sus padres y con su actitud generó el riesgo jurídicamente desaprobado, que se concretó en el acto de disposición patrimonial sin interferencia alguna de la Administración perjudicada ni de la entidad bancaria.

Al segundo motivo, también desestimado, es al que dedicaremos este comentario. En el mismo se plantean dos cuestiones importantes, por un lado, la calificación jurídico penal de la conducta del acusado, esto es, el disfrute indebido de una pensión de jubilación tras el fallecimiento de su titular y por otro lado, el problema de la continuidad delictiva en los delitos contra el patrimonio.

## **1. La calificación jurídico penal de la conducta consistente en el disfrute indebido de la pensión de jubilación tras el fallecimiento de su titular**

El disfrute indebido de una pensión de jubilación por fallecimiento de su titular es un comportamiento que, en principio, pudiera encajar tanto en el delito de fraude de subvenciones como en el delito de estafa. Solo a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, no hay duda alguna de que tal comportamiento encaja en el nuevo artículo 307 ter introducido por la citada Ley Orgánica de 2012 en el texto punitivo. A estas tres posibilidades dedica la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 sus fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto.

### ***A) El delito de estafa***

Dedica el Tribunal Supremo el Fundamento Jurídico cuarto de su sentencia a estudiar, en primer lugar, los elementos del delito de estafa y, en segundo lugar, el engaño por omisión.

Por lo que atañe a los elementos, el tipo objetivo del delito de estafa exige la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error esencial que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El engaño se

alza como la «ratio essendi» de este delito, constituye su pilar básico y es en definitiva el alma de la estafa.

El engaño ha de consistir en cualquier ardid, argucia o treta que utiliza el autor para inducir a error al sujeto pasivo, provocando con ello un conocimiento inexacto o deformado de la realidad operante en la voluntad y en su consentimiento y le determine a realizar una entrega de cosa, dinero o realización de una prestación, que de otra manera no hubiera realizado.

El artículo 248 del Código penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del desplazamiento patrimonial, con lo cual está mencionando dos aspectos que ha resaltado la jurisprudencia. De un lado, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta tanto su capacidad objetiva para hacer que el sujeto pasivo del mismo, como hombre medio, incurra en un error, como, al mismo tiempo, las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo, o dicho de otra forma, su capacidad concreta para resistirse al artificio organizado por el autor; y de otro, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el desplazamiento patrimonial que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal desplazamiento se origina. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2008 (*ToI 1393340*)).

En relación al elemento del engaño y sobre la posibilidad del engaño omisivo o engaño por omisión tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido el mismo para ser considerado bastante, siempre que, desde el punto de vista de la imputación objetiva, deba estimarse causal para la provocación del error y el acto de disposición.

La doctrina y la jurisprudencia han admitido la posibilidad de un engaño omisivo como elemento integrador de la estafa cuando la ocultación de datos significativos constituye el motor decisivo para que la parte desinformada acceda a realizar o autorizar la prestación y el consiguiente desplazamiento patrimonial (sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 18 de junio de 2010 (*ToI 1925694*)).

No solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que está obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder provoca un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, de conocer aquellos actos, no habría realizado. Ciertamente, de haber conocido el Insti-

tuto Nacional de la Seguridad Social el fallecimiento de la titular de la pensión de jubilación habría dejado de ingresar la pensión en la cuenta bancaria. El engaño, en los hechos probados, reside en la falta de comunicación al banco donde se ingresaba la pensión y al Instituto Nacional de la Seguridad Social de la muerte de la madre del acusado y es precisamente esta omisión, este silencio, el que determina el acto de disposición materializado a través de los pagos de la correspondiente pensión tras el fallecimiento de su titular y el disfrute de la misma por parte del acusado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 se remite, para reforzar más su posición, a un supuesto similar sentenciado en 2004, donde el Tribunal Supremo apreció en la acusada voluntad de engañar a la entidad bancaria pagadora y al Instituto Nacional de la Seguridad Social cuando comenzó a cobrar la pensión a la que no tenía derecho por fallecimiento de su titular. En este caso, al igual que en el presente, el Tribunal Supremo consideró que el engaño consistente en ocultar el fallecimiento del titular de la pensión es un engaño idóneo, bastante y determinante del acto de disposición consistente en el pago del importe de la pensión (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2004 (*Tol 483698*)).

Con su silencio, el acusado consiguió su propósito: disfrutar de una cantidad de dinero todos los meses a la que no tenía derecho. Con su comportamiento el acusado incumplió lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 7 de mayo de 1981, por la que se desarrolla el Real Decreto 227/1981, de 23 de enero, sobre sistemas de pago de los haberes de Clases pasivas del Estado: *Todos los pensionistas cualquiera que sea el procedimiento de pago de sus haberes, que pierdan la aptitud legal para el cobro de la pensión, y sus causahabientes cuando aquéllos fallecieren, deberán comunicar a sus respectivas Cajas pagadoras de Hacienda el hecho de la extinción de aquel derecho, y se abstendrán de cobrar dicha pensión a partir de la fecha en que pierdan la aptitud legal o fallezcan los pensionistas, sin perjuicio de solicitar posteriormente sus herederos el pago de los haberes devengados y no percibidos por el pensionista fallecido.*

El acusado no solo ocultó el fallecimiento de su madre y dispuso a lo largo de diez años del importe de la pensión sino que en ocasiones utilizó el DNI de su padre, único autorizado en la cuenta, para disponer de fondos de la misma.

No hay duda alguna de que nos encontramos ante un engaño omisivo pues el acusado, teniendo el deber de informar sobre el fallecimiento de su madre, omitió tal información, estando dirigida tal omisión a la provocación del error en el Instituto Nacional de la Seguridad Social a efectos de que

siguieran abonando la pensión a su madre y el consiguiente acto de disposición por parte del acusado.

Conforme a los hechos probados, el Tribunal Supremo dictamina que no incurre en error de subsunción la Sala sentenciadora al calificar los hechos probados como constitutivos de un delito de estafa.

### *B) El delito de fraude de subvenciones*

Al delito de fraude de subvenciones del artículo 308 del Código penal, como posible encaje de la conducta defraudatoria objeto de la sentencia que se comenta, dedica el Tribunal Supremo su Fundamento Jurídico quinto.

Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, el Código penal carecía de un precepto que protegiera la función de realización del gasto de la Seguridad Social.

La Seguridad Social requiere un patrimonio necesariamente, patrimonio que debe ser protegido penalmente como ocurre con el patrimonio de la Hacienda Pública, pues al igual que ésta, la función principal que realiza la Seguridad Social se basa en la adquisición de recursos —principalmente a través de las cuotas empresariales y obreras— y su aplicación o gastos de los mismos para la realización de los cometidos económicos que le competen. El sistema de Seguridad Social es como el propio sistema fiscal un medio para perseguir finalidades tales como las transferencias sociales de recursos o la redistribución de la renta nacional. Desde el punto de vista funcional puede afirmarse que la Seguridad Social es equivalente a una Hacienda Pública especializada y por ello mismo el fraude a la Seguridad Social tiene una naturaleza similar al delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 del Código penal con el que comparte Título, el XIV del Libro II, diferenciándose básicamente en la institución defraudada y en los conceptos de defraudación.

Pero a pesar de esa similitud el legislador no previó un tipo penal dedicado a proteger la función de realización del gasto de la Seguridad Social. Para evitar la impunidad que generaba especialmente la obtención fraudulenta de la prestación del subsidio por desempleo, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002, tomó el acuerdo de considerar que dicho fraude constituía una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del Código penal —fraude de subvenciones—, a partir de la extensión del concepto de ayudas o subvenciones públicas a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para pro-

mover la consecución de un fin público, finalidad ésta que indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo entendió, por tanto, que los fraudes en la percepción de las prestaciones por desempleo suponen una especie de estafa privilegiada y por consiguiente debe ser el artículo 308 del Código penal el que ha de ser aplicado en estos supuestos por razón del principio de especialidad (artículo 8.1 Código penal)

A pesar del Acuerdo adoptado el problema práctico residía en que la punición de estas conductas requería que el fraude excediese de 120.000 euros, lo que se antojaba harto difícil en esta materia y conducía, normalmente, a la impunidad. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2002 (*ToI 155067*), aplicando la doctrina mantenida por el Pleno no jurisdiccional, absolvió al acusado que se benefició irregularmente en la cuantía de dos millones doscientas noventa y siete mil setecientas pesetas, suma de dinero notoriamente inferior a la cantidad de diez millones de pesetas fijada entonces en el artículo 308 del Código penal.

Sí esta fue la solución buscada para los casos principalmente de fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo, la respuesta del órgano judicial era distinta cuando se trataba de pensiones. En estos casos el Tribunal Supremo recondujo los supuestos de defraudación al delito de estafa al considerar que la pensión de jubilación no es una subvención ya que mediante aquélla se atiende a una retribución a la que en principio tiene derecho todo trabajador que ha cotizado el tiempo correspondiente durante su período de actividad laboral, luego no es una disposición gratuita sino una retribución a cargo de los presupuestos públicos que tiene su fundamento en las cotizaciones aportadas al Estado (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003 (*ToI 305477*)).

El problema queda zanjado definitivamente con la incorporación del nuevo artículo 307 ter al texto punitivo en 2012.

### *C) El delito de fraude de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social*

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 dedica sus Fundamentos Jurídicos quinto y sexto a analizar el nuevo artículo 307 ter del Código penal.

La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de

transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social realiza una profunda revisión de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, regulados en el Título XIV del Libro II del Código Penal con la finalidad, según consta en el Preámbulo de la citada Ley, de posibilitar la persecución de las tramas organizadas, incrementar las posibilidades de cobro de las deuda tributaria, introducir un tipo específico para la penalización de las defraudaciones en prestaciones del Sistema de la Seguridad Social mediante un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones, etc. Asimismo la Ley de 2012 es aprovechada por el legislador para introducir modificaciones en materia de delitos contra los derechos de los trabajadores, modificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas para incluir a partidos políticos y sindicatos o establecer un nuevo tipo penal para sancionar las conductas de ocultación, simulación y falseamiento de las cuentas públicas.

Para proteger la función de realización del gasto de la Seguridad Social la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, introduce un tipo penal nuevo, el artículo 307 ter que tipifica el delito de fraude de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social.

A través del delito de fraude de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, el legislador sanciona conductas que con la legislación anterior quedaban extramuros del Derecho penal al no alcanzar la inmensa mayoría de los casos la cuantía de los 120.000 euros prevista para el fraude de subvenciones, tipo al que se recurría para no dejar impunes estas conductas defraudatorias.

La razón que justifica la introducción de este nuevo tipo penal viene explicitada en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 en los siguientes términos: «Debido al antiguo concepto de subvención y a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a considerar como subvención a la prestación y al subsidio de desempleo. Con ello, se ha entendido que en estos casos sólo existía defraudación cuando la cuantía superaba la cifra de ciento veinte mil euros, quedando despenalizados los demás casos. Por ello, se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subvenciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros. Cuando se trate de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, los comportamientos defraudatorios se tipifican en un nuevo precepto, el artículo 307 ter, que los castiga con una penalidad ajustada a la gravedad del hecho: prisión de seis meses a tres años en los supuestos ordinarios; multa del tanto al séxtuplo en los casos que no revistan especial gravedad; y prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo en los

supuestos agravados. En todos los casos se prevé además la imposición al responsable de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Esta solución permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido.

El artículo 307 ter, en el tratamiento específico que realiza de estas conductas fraudulentas, viene también a facilitar la persecución de las nuevas tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la creación de empresas ficticias, tienen por único fin la obtención de prestaciones del Sistema con la consiguiente agravación de la pena».

Con el nuevo artículo 307 ter las defraudaciones en prestaciones del Sistema de la Seguridad Social tienen un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones públicas. En mi tesis doctoral, *Los delitos contra la Seguridad Social*, ya defendí la necesidad de proteger penalmente la función de realización del gasto como sucedía y sucede, por otra parte, en materia de Hacienda Pública.

El artículo 307 ter encuentra sus antecedentes en el primer Proyecto de Código penal de la Democracia, el de 1980, y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983. Nadie pone en duda que el funcionamiento y la eficacia del sistema de Seguridad Social es de importancia capital, sin embargo, la crisis económica, la inflación sostenida, el desempleo generalizado, el déficit de las finanzas públicas, etc., son algunas de las causas que han provocado la aparición de fuertes déficits en las finanzas de los sistemas de la Seguridad Social. El gasto, pieza esencial dentro del sistema de la Seguridad Social, requiere severos controles para evitar abusos y disfunciones en los fines previstos.

El artículo 307 ter, como señala el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario, se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto al delito de estafa.

El apartado primero del artículo 307 ter sanciona en su modalidad básica:

*1. Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.*

*Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.*

Las conductas delictivas que encierra el nuevo artículo 307 ter son: 1) obtención de prestaciones del sistema de la Seguridad Social indebidamente; 2) prolongación indebida del disfrute de dichas prestaciones y 3) facilitación a otros de la obtención de prestaciones indebidamente por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos o la ocultación de hechos verdaderos, causando un perjuicio a la Administración Pública.

Ahora bien, prestaciones del sistema de la Seguridad Social sobre las que recae la acción delictiva son cuantas atiende la acción protectora del sistema y que enuncia con carácter general el artículo 38.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: asistencia sanitaria, recuperación profesional, incapacidad temporal, maternidad, paternidad, invalidez, desempleo, etc., de manera que el tipo no engloba solamente las prestaciones por razón de desempleo sino cualquier otra de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva y las mejoras voluntarias contempladas en el artículo 39 de la Ley General de la Seguridad Social.

La acción típica consiste en obtener tales prestaciones por medio de error provocado mediante la simulación de hechos falsos o mediante la tergiversación u ocultación de hechos verdaderos. Acción que habrá que coordinar con lo dispuesto en el artículo 26.2 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, modificado en su redacción por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que tipifica con el mismo grado una solicitud indebida y el disfrute indebido de prestaciones, al establecer como infracción muy grave: *Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente.*

La conducta del acusado encaja en la modalidad de prolongación indebida del disfrute de prestaciones, por ello el Tribunal Supremo compara la

nueva tipicidad con la aplicada por la sentencia de instancia por si pudiera ser más favorable al recurrente.

A la hora de la comparación hay que remitirse al tipo agravado contemplado en el apartado 2 del artículo 307 ter que castiga con las penas de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo los casos en los que el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros, como sucede en el presente caso. El Tribunal Supremo, efectuada la comparación, descarta la aplicación retroactiva del artículo 307 ter al tratarse de una penalidad más gravosa para el recurrente que la correspondiente a la estafa agravada por la que ha sido condenado en la instancia.

No deja de sorprender que frente a la incorporación del criterio de cuantías en el resto de delitos que integran el Título XIV, De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, del Libro II del Código penal, en la comisión del fraude en materia de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social no recurra el legislador a una cuantía mínima castigando el disfrute de prestaciones —desempleo, pensión, invalidez, etc.— desde el primer euro percibido ilegalmente con una pena que va desde la multa, cuando los hechos no revistan especial gravedad, hasta tres años de prisión. El legislador ha pasado de considerar delictivos estos fraudes cuando superaban la cuantía de 120.000 euros a considerarlos delictivos desde el primer euro concretando el desvalor de resultado en un parámetro tan inseguro como es la causación de un perjuicio para el patrimonio de la Seguridad Social, concepto jurídico indeterminado que rompe con la sistemática seguida en los restantes delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

A pesar del escaso tiempo de vigencia de este nuevo precepto ya se ha dictado por la Audiencia Provincial de Granada, la primera sentencia que aplica el artículo 307 ter para condenar a los autores por un delito de fraude de prestaciones al Sistema de la Seguridad Social. El procedimiento tiene su origen en la denominada «Operación Nota», desarrollada por la Brigada de Delincuencia Económica y Fiscal contra cincuenta acusados. La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 8 de marzo de 2013 (*Tbl 3539180*) condena a siete de ellos como organizadores o promotores de la trama y les aplica el tipo agravado del 307 ter 2 en relación con el artículo 307 bis c) del Código penal. La sentencia condena además a 41 personas por delito de fraude de prestaciones del tipo básico al participar en la trama como supuestos trabajadores. Los acusados tramitaron numerosas altas de trabajadores en empresas ficticias, a cambio de una cantidad determinada de dinero que en cada caso entregaba el supuesto trabajador.

## 2. El tratamiento penológico en los delitos contra el patrimonio continuados

El segundo de los temas que analiza la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 gira en torno al tratamiento penológico en los delitos contra el patrimonio continuados. Básicamente se plantea si la regla penológica del apartado 1 del artículo 74 rige también para los delitos patrimoniales o si, en relación a estos últimos, hay que estar únicamente a lo dispuesto en el apartado 2 del mencionado artículo.

El artículo 74 del Código penal establece las reglas de determinación de la pena al disponer en su apartado 1º que el autor de un delito o falta continuados será castigado «con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado». En su apartado 2º señala que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado».

El problema que se plantea es si existe o ha de existir conexión entre ambos apartados a efectos de determinar la pena en el caso de las infracciones contra el patrimonio continuadas. Mientras un sector de la doctrina considera que la pena, fijado el perjuicio total, se impone de acuerdo a las reglas generales del delito continuado con lo que se evita que el que realiza un solo delito patrimonial pueda ser castigado igual que aquel otro que realiza varios continuados, otro sector doctrinal entiende que el artículo 74 ha venido a favorecer la desvinculación del tratamiento en los delitos patrimoniales respecto de la primera regla al dedicarle el legislador en el Código penal de 1995 un apartado separado. Parecer que es matizado por algunos autores quienes pese a que este apartado 2º se ha independizado del anterior, con el que estaba refundido en el antiguo Código penal, defienden que tal separación no parece suficiente como para entender que la referencia a las infracciones patrimoniales no es válida para el delito continuado.

El tema fue tratado hace años por la Fiscalía General del Estado en su Consulta núm. 6/1988, de 9 de diciembre, sobre la penalidad en los delitos continuados de contenido patrimonial. En dicha Consulta, la Fiscalía General del Estado consideraba que la pena, en el delito continuado patrimonial, se hallaba en función exclusiva de datos cuantitativos, por cuanto el artículo 69 bis (actual artículo 74) dispone que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado». No se atendía aquí, decía la Fiscalía, como ocurre en los delitos continuados no patrimoniales, a la pena señalada para la infracción más grave. Sin embargo, concluía, las reglas dadas para estos últimos con el fin de de-

terminar la pena, y que están contempladas en el párrafo del artículo 69 bis (actual artículo 74) que precede al que se ocupa de las infracciones patrimoniales son aplicables también a los delitos continuados de esta naturaleza.

La cuestión parece complicarse dado que el apartado 2º del artículo 74, aparte de independizarse del apartado 1º en el actual Código penal, no establece una concreta penalidad para el delito continuado patrimonial como si hace, por el contrario, para el delito continuado masa patrimonial; esta omisión se puede interpretar en el sentido de que el legislador considera que en las infracciones patrimoniales continuadas la pena ha de hallarse en función exclusivamente de datos cuantitativos tal y como establece el apartado 2º del artículo 74 que se convierte así en una regla especial o específica, que tiene su propio juego penológico y que determina unos marcos penales distintos de los demás delitos continuados, respecto de los cuales tampoco se puede imponer la pena superior en uno o dos grados, como sí sucede con los delitos contra el patrimonio (último inciso del apartado 2º del artículo 74). Además, si el legislador hubiera querido establecer alguna regla penológica para estos supuestos lo hubiera hecho constar expresamente, y además con carácter obligatorio, como ha hecho en relación con el delito masa (último inciso del apartado 2º del artículo 74), por lo que parece que el apartado 2º del artículo 74 no está sometido, a efectos de cálculo de la pena, al apartado 1º del mismo precepto.

La jurisprudencia no ha seguido una línea uniforme. La «sinuosa» evolución jurisprudencial arranca con la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1998 (*Tol 115238*) donde se considera que no resulta necesaria la imposición de la pena en su mitad superior cuando la continuidad delictiva tiene su origen en faltas continuadas contra el patrimonio. Posteriormente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2000 (*Tol 13029*) subraya que el artículo 74.2 contiene una norma específica cuya aplicación excluye la genérica del apartado 1 del mismo artículo, añadiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2007 (*Tol 1106852*) que la doctrina del Tribunal Supremo es clara en el sentido de que dicha regla no opera cuando se trata de delitos contra el patrimonio, cuya penalidad en casos de continuidad ha de someterse a la regla especial y autónoma del artículo 74.2, que no obliga a imponer la pena en su mitad superior, todo ello por razones de proporcionalidad de la pena, de no vulneración del principio *ne bis in idem* y de especialidad.

No obstante y para evitar resoluciones contradictorias la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo abordó esta cuestión en dos sesiones plenarias. En la primera de ellas, de 18 de julio de 2007, aunque no se tomó un Acuerdo formal, posponiéndolo para otro Pleno, se concluye que «en los delitos con-

tinuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de este mismo artículo». Idea que se desarrolla en el segundo de los Plenos, el celebrado el 30 de octubre de 2007, donde se alcanza el siguiente Acuerdo: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de la doble valoración», es decir, en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

Para el Tribunal Supremo (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008 (*ToI 1331006*) el Acuerdo de 30 de octubre de 2007 supone una «reorientación» de la tesis de la especialidad del apartado 2 del artículo 74 frente al apartado 1 del mismo precepto, pues «no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el artículo 74.1 del CP»; aunque después se matice esta afirmación general «con el fin de impedir que su aplicación conduzca, en determinados supuestos que ofrece la práctica, a la doble incriminación de un mismo hecho». Estos supuestos en los que, de manera excepcional, no se aplicaría la previsión del artículo 74.1 serían, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2009 (*ToI 1449124*), los siguientes:

1. Cuando por la adición del perjuicio causado varias faltas patrimoniales se convierten en delito.
2. Cuando delitos patrimoniales genéricos o básicos originan uno cualificado.
3. Cuando el hecho reviste notoria gravedad y perjudique a una generalidad de personas, en cuyo caso es de aplicación el delito masa previsto en el último inciso del artículo 74.2 del Código penal.

Por ello la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2010 (*ToI 1898934*) insiste en que la naturaleza continuada del hecho, cuando se trata de delitos patrimoniales, no debe suponer que no se aplique la previsión general de agravación de la consecuencia jurídica, esto es la regla primera, la imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, pues no concurre causa alguna que justifique un mejor tratamiento penológico de los delitos continuados patrimoniales respecto a los no patrimoniales.

Siguiendo las pautas anteriormente marcadas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia afirma: «aunque los actos enjuiciados configuran también un delito continuado, no se aplicará el artículo 74 en el presente caso para evitar la vulneración del principio *non bis in ídem*, de conformidad con reiterada jurisprudencia».

Criterio que mantiene la sentencia del Tribunal Supremo, objeto del comentario, al considerar: «tratándose, como se trata en este caso, de una defraudación articulada a través de pagos mensuales, que se mantuvieron durante años, no existe motivo alguno para sustraer este supuesto, de inequívoco carácter patrimonial, del régimen general que la jurisprudencia de esta Sala ha marcado, a partir del Acuerdo del Pleno jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, para la determinación penológica cuando de delitos patrimoniales se trata». Por tanto, al calificar los hechos conforme al tipo agravado de estafa, el artículo 74 no es de aplicación en virtud de lo establecido en el Acuerdo del Pleno jurisdiccional de 30 de octubre de 2007.

### Sentencia núm. 42/2015, de 28 de enero de 2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N.º: 42/2015

RECURSO CASACIÓN N.º: 886/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia. Sección 3ª

Fecha Sentencia: 28/01/2015

Ponente Excm. Sra. D.ª.: Ana María Ferrer García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: IMS

Cobro indebido de pensión de jubilación tras el fallecimiento de su titular. Estafa. Error por omisión: el acusado no comunicó el fallecimiento de su madre, titular de la pensión, lo que le permitió seguir cobrando la misma. Incumplió el deber jurídico que le incumbía y generó de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concretó en el desplazamiento patrimonial que la Seguridad Social continuó efectuando.

Hubo un engaño bastante y relevante por parte del recurrente, que fue el determinante del desplazamiento patrimonial, con independencia de que los controles por parte del INSS hubieran fallado, especialmente por el comportamiento negligente de la entidad bancaria a través de la que se efectuaron los pagos. Precisamente, la negligencia de ésta en el cumplimiento de la obligación de control de la pervivencia de la titular de la pensión que le incumbe en atención a lo dispuesto en el 17.5 de

la Orden del Ministerio de Hacienda de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, es la que ha determinado su condena como responsable civil subsidiaria.

Nuevo artículo 307 ter es Ley especial para este tipo de comportamientos. Objetivo de la reforma que lo introdujo: Según la exposición de motivos de la mencionada Ley, la inclusión del artículo 307 ter proporciona «un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos defraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social.» Y la doctrina ha destacado que la reforma operada por la citada Ley responde al objetivo de extraer las conductas fraudulentas en relación a las prestaciones de la Seguridad Social del ámbito del artículo 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones. A este tipo las recondujo la jurisprudencia de esta Sala a partir de su pleno de 15 de febrero de 2002, especialmente cuando las defraudaciones afectaban al subsidio de desempleo. Tipicidad que, entre otras consecuencias, determinaba su sujeción a una condición objetiva de perseguibilidad vinculada a la cuantía.

El artículo 307 ter castiga su modalidad básica con la pena de seis meses a tres años de prisión. También contempla un tipo atenuado, para el que prevé multa, cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del

autor, no revistan especial gravedad. Y otro agravado, para cuando, entre otros casos, el valor de las prestaciones defraudadas fuera superior a cincuenta mil euros. Tratándose, como se trata en este caso, de una defraudación articulada a través de pagos mensuales, que se mantuvieron durante años, no existe motivo alguno para sustraer este supuesto, de inequívoco carácter patrimonial, del régimen general que la jurisprudencia de esta Sala ha marcado, a partir del Acuerdo del Pleno jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, para la determinación penológica cuando de delitos patrimoniales se trata. Así, en este caso sería aplicable la modalidad agravada, ya que la defraudación que se ha conformado a partir del cobro de las sucesivas mensualidades de la pensión, ha alcanzado la suma total de 51.569,10 euros, que lleva aparejada una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo, penalidad mas gravosa para el recurrente que la correspondiente a la estafa agravada por la que viene condenado, por lo que la aplicación retroactiva queda descartada.

Nº: 886/2014

Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>.: Ana María Ferrer García

Fallo: 14/01/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. D<sup>ña</sup>. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 42/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del condenado **Juan** contra Sentencia de fecha 5 de Marzo de 2014 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3<sup>a</sup>; los componentes de la Sala Segunda

del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. D<sup>ña</sup>. Ana María Ferrer García; siendo parte el Ministerio Fiscal y como recurridos Bankia, S.A., y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y estando el recurrente Juan representado por el Procurador de los Tribunales D. Pablo José Trujillano Castellano, y las recurridas Bankia S.A., por la Procuradora D<sup>a</sup>. Marta Ortega Cortina y el Instituto Nacional de la Seguridad Social por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

### ANTECEDENTES DE HECHO:

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia, instruyó procedimiento abreviado con el número 97/2013, contra Juan y Elisa y como responsable civil **BANKIA, S.A.**, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3<sup>a</sup>) que, con fecha 5 de Marzo de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

*Primero.- Se declara probado que, tras el fallecimiento de Luisa (nacida el NUM000 de 1921), hecho que ocurrió el 21 de febrero de 1992, se siguió cobrando la pensión que ella percibía, cosa de la que se encargó, al parecer, su marido Anselmo, quien falleció el 9 de diciembre de 2001. Tras la muerte de Anselmo, el hijo de ambos, Juan, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, continuó cobrando la pensión de su madre y disponiendo de ella para sus propios fines, hasta que en el mes de enero de 2011, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social tuvo conocimiento de este hecho, interrumpió tales pagos. Dicha pensión se ingresaba en la cuenta número NUM001 de Bankia, cuya titularidad correspondía a Luisa y en la que figuraba como autorizado su marido Anselmo. Tras haberse producido el fallecimiento de aquella, su marido no puso en conocimiento de la entidad bancaria ni del mencionado Instituto Nacional de la Seguridad Social el hecho de tal fallecimiento, y cuando murió Anselmo, tampoco hizo ninguna comunicación de este hecho su hijo, el acusado Anselmo. Tras cada ingreso*

periódico, que al menos era mensual, Anselmo iba disponiendo del dinero así ingresado para sus propios gastos, para lo que solía utilizar el DNI de su padre número NUM002, además de haber domiciliado diversos pagos.

*Segundo.* En algunas ocasiones Elisa, mayor de edad y sin antecedentes penales, recibió algunas cantidades dinerarias de su padre Juan, no pudiéndose afirmar con seguridad que ella fueses conocedora de que una parte del dinero que recibía de su padre procedía de la cuenta de su abuela.

*Tercero.* El importe de la pensión ascendía a 329,50 euros en el año 1997 y a 601,40 euros en el año 2011. En los años 2002 a 2009 hubo catorce pagas, siendo respectiva y sucesivamente cada paga mensual de 285,50,400,54, 411,76, 438,71, 466,98, 493,22, 528,55 y 561,55 euros, y además debe computarse la paga para cubrir la diferencia del IPC, que respectiva y sucesivamente fue de 100,52, 43,96, 84,70, 84,42, 38,50, 142,24 y 29,12 euros. Además, en el año 2010 hubo catorce pagas de 587,80 euros y en enero de 2011 una paga de 601,40 euros y una diferencia de IPC de 106,40 euros. Todo lo cual hace un total de 51.569,10 euros.

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

#### FALLO:

*En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia ha decidido:*

*Primero.* Condenar a Juan como autor de un delito de estafa en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y a la pena de nueve meses de multa con una cuota diaria de diez euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como al pago de la mitad de las costas causadas y a que indemnice al Instituto Nacional de la Seguridad Social la suma de

*36.013,55 euros, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Bankia.*

*Segundo.* Absolver a Elisa del delito de estafa de que ha sido acusada, dejándose sin efecto cuantas medidas cautelares hayan sido decretadas contra la misma y con declaración de oficio de la mitad de las costas causadas.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el acusado Juan, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** La representación del acusado Juan, basa su recurso en los siguientes

#### MOTIVOS DE CASACIÓN:

**Primero.-** Al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, por infracción de los arts. 24.1 y 2 de la CE.

**Segundo.-** Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por infracción del artículo 248.1 en relación con el artículo 249 del CP y de la doctrina jurisprudencial que lo vienen interpretando.

**Tercero.-** Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por infracción del artículo 116.1 en relación con los artículos 109 a 115 del CP.

**QUINTO.-** Conferido el traslado de los recursos interpuestos por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y por el Ministerio Fiscal, una vez instruidos, presentaron sendos escritos impugnando la admisión de los mismos, en su escrito e informe de fecha 22 de julio de 2.014, respectivamente. Y por la representación procesal del acusado se presentó escrito dándose por instruido.

**SEXTO.-** La Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para deliberación y decisión el día 15 de Enero de 2015, sin vista.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO.-** La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia el 5 de Marzo de 2014 por la que condenó a Juan como autor de un delito de estafa en cantidad de notoria impor-

tancia, del que fue acusado por el Ministerio Fiscal y el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Los hechos en los que se basó la condena son, en síntesis, que tras la muerte de Luisa en el año 1992, se siguió cobrando la pensión de jubilación que ella percibía mensualmente en una cuenta bancaria, cosa de la que, al parecer, se encargó su esposo Anselmo, que figuraba como autorizado en la cuenta. Cuando éste falleció en el año 2001, el hijo de ambos Juan tampoco comunicó el fallecimiento de su madre y continuó cobrando la pensión y disponiendo de ella hasta el año 2011. El ingreso de la pensión era mensual. Juan domicilió en la misma cuenta diversos pagos y utilizó para disponer del dinero el DNI de su padre. El importe de lo cobrado desde el fallecimiento del padre del acusado ascendió a 51.569,10 euros.

Por el acusado Sr. Juan se interpuso recurso de casación que ha sido impugnado por el Fiscal y el Instituto Nacional de la Seguridad Social y que pasamos a analizar.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de recurso, por cauce de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ denuncia infracción del artículo 24 CE en relación al derecho a la presunción de inocencia.

Según doctrina de esta Sala (entre otras STS 383/2014 de 16 de mayo; 596/2014 de 23 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre y 881/2014 de 15 de diciembre) la invocación en casación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racio-

nalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

**TERCERO.-** Mantiene el recurrente que desconocía que el dinero que nutría la cuenta bancaria de cuyos fondos dispuso, procedía de la pensión

que el INSS abonaba a su madre fallecida. Que actuó en la creencia de que su padre habría comunicado el fallecimiento de aquella, y que «al cobrar alguna pensión, entendía que iba dirigida a él mismo». Concluye que la prueba de cargo practicada no ha conseguido acreditar lo contrario.

La Sala sentenciadora ha tomado como prueba la documentación bancaria aportada a los autos, en la que constan los ingresos en la cuenta a nombre de la madre del recurrente y los actos dispositivos realizados por éste tras la muerte del padre, elementos fácticos que el recurso no discute. Igualmente tomó en consideración que el acusado no comunicó el fallecimiento de su madre, extremo igualmente no controvertido. A partir de tales datos infiere que ello respondió al deliberado propósito por su parte de generar una apariencia engañosa en relación a la supervivencia de la beneficiaria de la pensión, que le permitiera mantenerse en el disfrute de la misma, a sabiendas de que no tenía derecho a ello. Inferencia de todo punto lógica, que desplaza a cualquier otra como plausible. Y desde luego no lo es la que defiende el recurso, en atención al tiempo durante el que se prolongó el comportamiento, alrededor de diez años desde el fallecimiento del padre, y el uso que el acusado hizo de la cuenta en cuestión, de la que, no sólo extrajo dinero, sino que incluso domicilió pagos.

Todo ello nos permite concluir que ha existido prueba inequívocamente de cargo, válidamente introducida en el proceso, suficiente y razonablemente valorada, idónea en definitiva para desvirtuar el derecho del recurrente a ser presumido inocente.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** El segundo motivo de recurso denuncia, por cauce del artículo 849.2 LECrim, infracción de los artículos 248.1 y 249 CP y de la doctrina que los interpreta.

Tal como se ha expuesto en resoluciones precedentes de este Tribunal, los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia (SSTS 220/2010 de 16 de febrero; 752/2011 de 26 de julio; 465/2012 de 1 de junio y 900/2014

de 26 de diciembre), son los siguientes: 1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro. 5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido el engaño por omisión. Así afirmó la STS 661/1995 de 18 de mayo «el engaño constituye la afirmación de los hechos falsos como verdaderos, o bien el ocultamiento de hechos reales. Y como recuerda el Fiscal al impugnar el recurso se ha apreciado la existencia de engaño típico en reiteradas ocasiones. Así, cuando se omiten los comportamientos legales exigidos para evitar el resultado producido (STS 1036/2003 de 2 de septiembre); o cuando quienes tienen posición de garantes por haber generado un riesgo serio para el patrimonio de los acreedores, no les comunicaron el riesgo inminente de incumplimiento y del consiguiente perjuicio patrimonial, que hubiera podido impedir el resultado (SSTS 79/2004 de 27 de febrero y 591/2007 de 2 de julio) o cuando se omite el facilitar información obligada»

Igualmente se han considerado constitutivas de delito de estafa las conductas de usar un poder notarial habiendo fallecido la poderdante (STS 993/2012 de 4 de diciembre), y de disponer de

una cuenta ajena usando de un talonario que había sido entregado por error (STS 437/2006 de 17 de abril o 121/2013 de 25 de enero).

En este caso el engaño estaría residenciado en la falta de comunicación al banco donde se ingresaba la pensión y al INSS del fallecimiento de D<sup>a</sup> Luisa, ocurrido el 21 de febrero de 1991. Fue esta omisión la que determinó el acto de disposición materializado a través de los pagos de la correspondiente pensión tras el fallecimiento de aquella.

La STS 915/2004 de 15 de julio, en un supuesto similar al que ahora nos ocupa, apreció en la acusada voluntad de engañar a la entidad bancaria pagadora y, a través de ésta, a la Seguridad Social, desde que comenzó a cobrar ella la pensión a la que no tenía derecho alguno por fallecimiento de la que era su titular. Y consideró el engaño consistente en ocultar ese fallecimiento como idóneo y bastante, y determinante del acto de disposición consistente en el pago del importe de la pensión.

En este caso el acusado no comunicó a la Seguridad Social el fallecimiento de su madre, para que se siguiera abonando la pensión que a ella le correspondía, cuando tenía la obligación de hacerlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 7 de mayo de 1981 por la que se desarrolla el Real Decreto 227/1981, de 23 de enero, sobre sistemas de pago de los haberes de Clases Pasivas del Estado. De esta manera consiguió que la pensión de jubilación de la que aquella era titular se siguiera abonando. Y una vez ingresada en la cuenta de la que sólo ella era titular, dispuso de su importe a lo largo de diez años. Ocultó el fallecimiento y para reforzar su engaño utilizó en ocasiones el DNI de su padre, también fallecido y único autorizado en la cuenta donde se ingresaba la pensión. Es decir, no sólo silenció la muerte de sus progenitores, sino también dispuso de una cuenta sin tener autorización para ello. Engañó al banco y también a la Seguridad Social, que a consecuencia de ello siguió abonando la pensión pese a que ya no vivía quien tenía derecho a tal prestación. No incurre en error de subsunción la

Sala sentenciadora al calificar los hechos como delito de estafa.

Hubo un engaño bastante y relevante por parte del recurrente, que fue el determinante del desplazamiento patrimonial, con independencia de que los controles por parte del INSS hubieran fallado, especialmente por el comportamiento negligente de la entidad bancaria a través de la que se efectuaron los pagos. Precisamente, la negligencia de ésta en el cumplimiento de la obligación de control de la pervivencia de la titular de la pensión, obligación que le incumbe en atención a lo dispuesto en el 17.5 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de febrero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de la gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, es la que ha determinado su condena como responsable civil subsidiaria.

**QUINTO.-** La LO 7/2012 de 27 de diciembre, por la que se modificó el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, vigente desde el 17 enero 2013, ha introducido, entre los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, al artículo 307 ter que tipifica ex novo y de manera expresa el fraude de prestaciones de la Seguridad Social. Según la exposición de motivos de la mencionada Ley, la inclusión del artículo 307 ter proporciona «un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social.» Y la doctrina ha destacado que la reforma operada por la citada Ley responde al objetivo de extraer las conductas fraudulentas en relación a las prestaciones de la Seguridad Social del ámbito del artículo 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones. A este tipo las recondujo la jurisprudencia de esta Sala a partir de su pleno de 15 de febrero de 2002, especialmente cuando las defraudaciones afectaban al subsidio de desempleo. Tipicidad que, entre otras consecuencias, determinaba su sujeción a una condición objetiva de perseguibilidad vinculada a la cuantía.

El citado pleno acordó «El fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del CP». Según explicó la sentencia que lo desarrolló, STS 435/2002 de 1 de marzo, «esta tesis encuentra su fundamento en las razones ya alegadas en la referida corriente jurisprudencial en la que, superando la distinción entre “subvenciones” y “subsídios” en atención a que el artículo 81.2 a) del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria (Ley 31/1990) extendió el concepto de ayudas o subvenciones públicas “a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público”, finalidad ésta que indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral. Interpretación, por otra parte, acorde con la especificidad del Título XIV del Código Penal del que forma parte el artículo 308 (“De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”). En definitiva, estos fraudes suponen una especie de estafa privilegiada y por consiguiente debe ser el precepto antes citado el que ha de ser aplicado en estos supuestos por razón del principio de especialidad (art. 8º.1º CP). Ello quiere decir, por tanto, que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señalan como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas ha de ser la del Derecho administrativo sancionador».

Sin embargo, cuando de pensiones se trataba, esta Sala recondujo los supuestos de defraudación al delito de estafa. Son exponente de ello, entre otras SSTS 830/2003 de 9 de junio, 915/2004 de 15 de julio o 636/2012 de 13 de julio. En concreto la primera de las citadas explicó la razón de ese distinto tratamiento: «Se suscitan dos cuestiones interdependientes de forma que resuelta la primera en el sentido de entender que la pensión de jubilación es una subvención según el artículo 308 CP tendríamos que concluir

en la atipicidad de la conducta como en el caso anterior. Si ello no fuese así deberíamos valorar si existe o no el error de subsunción que se denuncia en el tipo de estafa (engaño bastante y tentativa). El Reglamento del Procedimiento para la Concesión de Ayudas y Subvenciones Públicas (Real Decreto 2225/1993, de 17/12) en su artículo 1º.2 señala que el mismo es de aplicación “a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad pública o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como a cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado”, lo que constituye un punto de partida para aproximarnos al concepto administrativo de subvención. La doctrina, a su vez, ha señalado como notas que la caracterizan tratarse de una atribución patrimonial gratuita o a fondo perdido, es decir, no devolutiva; su otorgante debe ser una persona o entidad de derecho público; mediante su concesión se asume parte de la carga financiera de otro ente o de un particular; el subvencionado jurídicamente debe tener respecto del otorgante la condición de tercero; y debe estar presidida por una finalidad de interés general, pero específica y determinada. Pues bien, atendido lo anterior, la pensión de jubilación no es encajable en dicho concepto, por muy flexible que sea su aplicación, si tenemos en cuenta que mediante aquella se atiende a una retribución a la que en principio tiene derecho todo trabajador que ha cotizado el tiempo correspondiente durante su período de actividad laboral, luego no es una disposición gratuita sino una retribución a cargo de los presupuestos públicos que tiene su fundamento en las cotizaciones aportadas al Estado. Siendo ello así no existe el error de subsunción que se denuncia pues el engaño bastante no es incompatible con la estafa en grado de tentativa.»

En este contexto, el nuevo artículo 307 ter se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto al delito de estafa en las defraudaciones

ciones que afecten al patrimonio de la Seguridad Social a través de sus distintas prestaciones.

**SEXTO.-** El artículo 307 ter sanciona en su modalidad básica a quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública.

El comportamiento ahora enjuiciado encaja en la modalidad de prolongación del disfrute de prestaciones, por lo que el artículo 307 ter por su especialidad, desde su entrada en vigor desplaza a los artículos 248, 249 y 250 CP con arreglo a los cuales se venían calificando tales comportamientos. Tal sucesión normativa obliga a efectuar la correspondiente comparación a fin de determinar si la nueva tipicidad pudiera ser más favorable al recurrente, y, en su caso, retroactivamente aplicable.

El artículo 307 ter castiga su modalidad básica con la pena de seis meses a tres años de prisión. También contempla un tipo atenuado, para el que prevé multa, cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad. Y otro agravado, para cuando, entre otros casos, el valor de las prestaciones defraudadas fuera superior a cincuenta mil euros.

Tratándose, como se trata en este caso, de una defraudación articulada a través de pagos mensuales, que se mantuvieron durante años, no existe motivo alguno para sustraer este supuesto, de inequívoco carácter patrimonial, del régimen general que la jurisprudencia de esta Sala ha marcado, a partir del Acuerdo del Pleno jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, para la determinación penológica cuando de delitos patrimoniales se trata.

Así, en este caso sería aplicable la modalidad agravada, ya que la defraudación que se ha conformado a partir del cobro de las sucesivas mensualidades de la pensión, ha alcanzado la suma

total de 51.569,10 euros, que lleva aparejada una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo, penalidad mas gravosa para el recurrente que la correspondiente a la estafa agravada por la que viene condenado, por lo que la aplicación retroactiva queda descartada.

**SÉPTIMO.-** El tercer y último motivo de recurso denuncia, al amparo del artículo 849.1, infracción de los artículos 116.1, en relación con los artículos 109 a 115, todos del CP.

Pese a este enunciado, al desarrollar el motivo el recurso insiste en que el comportamiento del acusado fue inocuo. Se aparta del relato de hechos de la sentencia para mantener que Juan no hizo nada para hacer creer a la entidad financiera que su madre continuaba viviendo, y atribuye el desplazamiento patrimonial a un comportamiento negligente del banco y de la administración.

Como hemos analizado al resolver el anterior motivo, su engaño consistió precisamente en un no hacer, es decir, en no comunicar la muerte de sus progenitores. Y sí hizo algo que contribuyó a reforzar su estrategia engañosa, exhibió del DNI de su padre ya fallecido, para poder seguir disponiendo de la pensión. Fue él quien con su actitud generó el riesgo jurídicamente desaprobado, que se concretó en el acto de disposición patrimonial por parte de la Seguridad Social, sin que en la relación de causalidad así establecida interfirieran los comportamientos ni de la Administración perjudicada, ni de la entidad bancaria a través de la que se materializó el cobro, con independencia de la responsabilidad civil que a esta incumbe.

El motivo se desestima y con el la totalidad del recurso.

**OCTAVO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim, el recurrente habrá de soportar el pago de las costas de este recurso.

#### FALLO:

Que DESESTIMAMOS el recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional interpuesto por el acusado Juan contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 5 de Marzo de 2014 en el Procedimiento Abreviado 97/2013

confirmando la misma en todos sus extremos y con imposición de costas al recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**D. Manuel Marchena Gómez D. José Manuel Maza Martín D. Francisco Monverde Ferrer**

**D. Luciano Varela Castro D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García**

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm<sup>a</sup>. Sra. D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES

*Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid*

(Tol 5000906)

**Cabecera:** Decreto 94/2010 de 9 de abril por el que se declara la urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras «Estación depuradora de aguas residuales y colectores en Sierra de Fuentes». La declaración de urgente ocupación es un acto singular. Posibilidad de declarar la nulidad del decreto que acuerda la urgente ocupación como consecuencia de la falta de la previa declaración de impacto ambiental del Proyecto de obras del que trae causa la expropiación.

**Jurisdicción:** Contencioso-Administrativo

**Ponente:** *Diego Córdoba Castroverde*

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 11/05/2015

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Tercera

**Sección:** Sexta

**Número Recurso:** 1183/2013

**Supuesto de hecho:** La evaluación de impacto ambiental tardía de un proyecto de obras no invalida la declaración de necesidad de ocupación de los terrenos necesarios para su ejecución.

**Numroj:** STS 1979/2015

## LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL TARDÍA DE UN PROYECTO DE OBRAS NO INVALIDA LA DECLARACIÓN DE NECESIDAD DE OCUPACIÓN DE LOS TERRENOS NECESARIOS PARA SU EJECUCIÓN

### 1. ORIGEN DEL PLEITO. ANTECEDENTES INDISPENSABLES PARA UN ANÁLISIS CORRECTO DEL LITIGIO

El litigio gira entorno a la puesta en marcha de una estación depuradora de aguas residuales y colectores en un pequeño municipio ubicado al sudeste de la ciudad de Cáceres, en dirección a Trujillo. Los hitos principales

que motivan el pleito y que constan como hechos probados en autos del recurso se sintetizan del modo que sigue:

1) con fecha de 3 de noviembre de 2009 el Consejo de Gobierno extremeño aprueba el proyecto de obras de la «Estación depuradora de aguas residuales y colectores en Sierra de Fuentes»;

2) el 23 de noviembre de 2009 la Dirección General de Evaluación y Calidad Ambiental de la Junta de Extremadura dicta una resolución de declaración de impacto ambiental del proyecto de Interés regional «EDAR y colectores en Sierra de Fuentes», previo sometimiento del documento base del mismo a un trámite de información pública (DOE n° 186, de 25 de septiembre de 2009) durante el cual los tres hermanos demandantes en el presente litigio no formulan alegaciones;

3) mediante resolución de 15 de enero de 2010, publicada en el DOE n° 17, de 27 de enero de 2010, se someten al preceptivo trámite de información pública la relación de bienes y derechos, así como sus propietarios, afectados por las obras de la estación depuradora. Se presentan alegaciones por los citados hermanos, actores del ulterior proceso;

4) menos de tres meses después, a propuesta del Consejero de Fomento y previa deliberación del Consejo de Gobierno, el Presidente de la Junta de Extremadura adopta el Decreto 94/2010, de 9 de abril, declarando la urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras de «Estación depuradora de aguas residuales y colectores en Sierra de Fuentes» (DOE n° 70, de 15 de abril de 2010)<sup>1</sup>. El Decreto fundamenta la urgencia en que la localidad en cuestión «viene sufriendo graves problemas de saneamiento debido, fundamentalmente, a que los vertidos de la población se realizan directamente a los cauces naturales sin tratamiento alguno lo cual provoca, aparte de malos olores, claros riesgos higiénico-sanitarios, especialmente en época estival», que el proyecto de obras está llamado a solventar mediante la ejecución de varios emisarios, colector e impulsión así como una estación depuradora de aguas residuales con los accesos e instalaciones complementarias para su correcto funcionamiento;

5) el Decreto 94/2010 es objeto de un recurso de reposición por parte de los tres hermanos autores de las alegaciones, que es desestimado expresamente por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 02 de junio de 2010. Contra el mismo se interpone recurso ante la Sala

---

<sup>1</sup> Con la misma fecha, se adoptan otros siete decretos declarando la urgencia de la ocupación de los terrenos para la ejecución de obras de abastecimiento de agua a tres municipios, la construcción de dos estaciones depuradoras de aguas residuales y colectores, acondicionamiento de dos carreteras autonómicas.

de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura; y

6) entre tanto, con fecha de 15 de julio de 2010 la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura adjudica las obras en cuestión<sup>2</sup> a la mercantil Maycoex, S.L., por un importe total de 3.018.612,93 euros.

A continuación procede realizar un repaso del proceso en la instancia, centrado en los alegatos de las partes y los fundamentos y el sentido del pronunciamiento de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

## 2. LA SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 2013 (PO n° 1107/2010). UNA INTERPRETACIÓN MÁS QUE SINGULAR (Tol 3525231)

Los demandantes basan la pretensión de anulación del acuerdo autonómico de 2 de junio de 2010 en la denuncia de la omisión total y absoluta del procedimiento establecido para la evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de la estación depuradora de aguas residuales y colectores. Dicho de otro modo y con el fin de ilustrar adecuadamente al lector, los recurrentes impugnan la declaración de urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras previstas en el proyecto de construcción de la estación depuradora, con fundamento en los defectos de otro acto anterior distinto, consentido y firme, cual es la aprobación del proyecto de obras más de siete meses antes. El alegato de los demandantes se sustenta sobre dos presupuestos fácticos que operan a modo de motivos determinantes:

- por un lado, el subsunción del caso controvertido en el Anexo I del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental (TRLEIA, en adelante)<sup>3</sup>; y,

---

<sup>2</sup> El anuncio de licitación se publica en el DOE n° 249, de 30 de diciembre de 2009. Por su parte, la *resolución de 21 de julio de 2010, de la Secretaría General publica la adjudicación de la obra de Estación Depuradora de Aguas Residuales y colectores en Sierra de Fuentes. Expte.: OBR0510016 (2010062005)*.

<sup>3</sup> Vid. al respecto, por todos, J. R. Fernández Torres, «*La Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas Urbanísticos*», Thomson-Aranzadi, Pamplona, 1ª ed., 2009, y la bibliografía allí citada.

- por otro lado, la realización de la declaración de impacto ambiental del proyecto de obras concernido con posterioridad a su aprobación técnica por parte del órgano sustantivo.

En relación con el argumento de la subsunción del proyecto de obras dentro del Anexo I del TRLEIA, la Sala declara que no puede sino constatarlo «por ser un hecho incontrovertido» y porque queda reflejado de forma expresa en la Resolución de la Dirección General de Evaluación y Calidad Ambiental de 23 de noviembre de 2009, por la que se formula declaración de impacto ambiental del proyecto de Interés regional EDAR y colectores en Sierra de Fuentes. «Y ello —añade— independientemente de lo que a este respecto consta en el estudio de impacto ambiental (expediente ampliado)» (sic). La Sala deduce de lo expuesto la obligación de sometimiento del proyecto en cuestión al régimen contenido en la Sección I del Capítulo II del TRLEIA y, en particular, a la regla según la cual procede la emisión por el órgano ambiental de la declaración de impacto ambiental tras el preceptivo trámite de información pública y antes en todo caso de la decisión de realización o autorización del proyecto correspondiente<sup>4</sup>.

De la premisa de la emisión de la declaración de impacto ambiental del proyecto de obras con posterioridad a su aprobación técnica por parte del órgano sustantivo la Sala infiere la vulneración del artículo 12.1 TRLEIA, que entraña la nulidad absoluta del Decreto recurrido: en sus propias palabras, «la consecuencia de este incumplimiento es la nulidad absoluta de la Disposición General impugnada (única ineficacia admisible para ellas)».

La Sala apoya esta conclusión en la doctrina del Tribunal Supremo, en virtud de la cual «esta secuencia (aprobación del Proyecto antes de la realización del Estudio de Impacto Ambiental) es contraria a lo dispuesto en el artículo 4.1 del Real Decreto 1302/86, a cuyo tenor “con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización, o, en su caso, autorización de la obra (...) el órgano competente remitirá el expediente al órgano ambiental (...) al objeto de que éste formule una declaración de impacto”. Este es, sin duda, el orden que impone la norma, y es el exigido

<sup>4</sup> El artículo 12.1 TRLEIA dispone textualmente que «una vez realizado el trámite de información pública y con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en su caso, autorización de la obra, instalación o actividad de que se trate, el órgano sustantivo remitirá el expediente al órgano ambiental, acompañado, en su caso, de las observaciones que estime oportunas, al objeto de que se formule una declaración de impacto ambiental, en la que se determinen las condiciones que deban establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales». Hoy día, su sustituto el artículo 41 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, mantiene este esquema básico.

por el propio sentido común, pues habrá de ser el Proyecto el que se acomode a las conclusiones del Estudio Ambiental y no subordinarse éste a un Proyecto que ya ha elegido entre las distintas posibilidades técnicas, de emplazamiento y de establecimiento de medidas correctoras. El proyecto en cuestión es disconforme a Derecho y debe ser anulado» (STS de 8.9.2009 [RC nº 5194/2005]).

Es jurisprudencia consolidada la ilicitud de la previa aprobación del proyecto técnico de una estación depuradora por el órgano administrativo sustantivo sin la previa declaración de impacto ambiental a cargo del órgano administrativo ambiental, porque esta última fija los requisitos y condiciones que aseguran la más eficaz tutela ambiental por parte de aquél, lo que a la inversa no sería posible. Dicha doctrina —recuerda la Sala— ratifica el criterio sentado con anterioridad por el Tribunal Supremo, manifestando que «cuando la declaración de impacto ambiental es necesaria ha de obtenerse con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en su caso, la autorización de la obra, según dispone el artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, lo que significa que si en este caso se considerase necesaria, el Consejo de Ministros no debería haber autorizado la ejecución de la obra sin haber dispuesto de la correspondiente declaración de impacto ambiental» (STS de 24.12.2001 [RC nº 37/2000]).

Esta conclusión lleva a la Sala a rechazar todos los argumentos opuestos de contrario por la Junta de Extremadura y la Sociedad Gestora de la Ciudad de la Salud y de Innovación S.A.U, porque ni concurre un supuesto de desviación procesal que determine la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, ni la vía procesal elegida es inapropiada para alegar la nulidad radical de la actuación combatida. A su entender,

- primero, los recurrentes actúan legítimamente amparados por el artículo 126 LEF, que faculta a los propietarios afectados para combatir tanto la resolución administrativa que pone fin al expediente expropiatorio como cualquiera de sus piezas separadas:

«conforme al sistema legal, el expropiado dispone de dos momentos procedimentales válidos para impugnar el trámite expropiatorio, el de impugnar la resolución que ponga fin a cada pieza separada o el de impugnar la resolución final aduciendo en ese momento cualquier pretensión de anulación contra el procedimiento... Así pues, también al supuesto de control judicial de la necesidad de ocupación le es de aplicación el régimen de control separado y el utilizado por la parte recurrente» (sic).

En este punto, la Sala de instancia reproduce una doctrina jurisprudencial consolidada conforme a la cual «sin dudar de la posibilidad de que go-

zan los expropiados para impugnar de modo autónomo el acuerdo de urgente ocupación de los bienes, toda vez que como hemos visto el art. 126 de la Ley de Expropiación Forzosa permite recurrir ante la Jurisdicción tanto la resolución administrativa que ponga fin al expediente de expropiación, generalmente el acuerdo fijando el justo precio, o a cualquiera de las piezas separadas, y esa consideración puede darse sin duda al acuerdo de urgente ocupación de los bienes, ello no impide que al recurrir el acuerdo del Jurado puedan plantearse las impugnaciones correspondientes en las que se planteen los vicios de procedimiento en que se hubiere incurrido en la tramitación del expediente expropiatorio» (STS de 12.12.2005);

- segundo, la jurisprudencia contencioso-administrativa sostiene de forma constante que las declaraciones de impacto ambiental se configuran como simples actos de trámite, que como tales no son recurribles autónoma y separadamente respecto de la resolución que pone fin al procedimiento de autorización del proyecto de obras o actividad<sup>5</sup>. Pone como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2011 (RC n° 545/2011), que afirma que de manera general que «la jurisprudencia de esta Sala... ha venido interpretando en forma muy restrictiva la posibilidad de control jurisdiccional de esas declaraciones de impacto medio ambiental, ya que las considera como actos de trámite o no definitivos que se integran, por su naturaleza, como parte de un procedimiento y no son susceptibles de impugnación independiente de la decisión final del mismo.

Cierto es que, en casos de negativa a emitir las declaraciones de impacto ambiental, las hemos considerado actos de trámite cualificados, susceptibles de impugnación independiente, como declaramos en la sentencia ya citada de 8 de abril de 2011, pero la regla general es su consideración como actos de mero trámite no impugnables. Son de recordar en este sentido las Sentencias de esta Sala, de 17 de noviembre de 1998 (Casación 7742/1997), de 13 de noviembre de 2002 (Casación 309/2000), de 25 de noviembre de 2002 (Casación 389/2000), de 11 de diciembre de 2002 (Casación 4269/1998), de 13 de octubre de 2003 (Casación 4269/1998), de 24 de noviembre de 2003 (5886/1999), de 14 de noviembre de 2008 (Casación 7748/2004), de 23 de noviembre de 2010 (Casación 5395/2006) y de 16 de febrero de 2011 (Casación 4792/2006)» (sic);

- tercero, la declaración de urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras de la estación depuradora es posterior en el tiempo a la aprobación del proyecto técnico, de suerte que se

<sup>5</sup> Cita a tales efectos la STS de 13.3.2012 (RC n° 1653/2011).

ajusta a lo dispuesto en el artículo 52 LEF y en consecuencia «es evidente que no hay obstáculo alguno para alegar el vicio de nulidad que analizamos en el momento que se ha hecho, sin necesidad de impugnación independiente “en el expediente relativo a la aprobación del proyecto y en el trámite oportuno, cual podría ser el trámite de información pública a que se sometió la declaración de impacto ambiental de 23 de noviembre de 2009, o en su caso, haber recurrido la (citada) resolución de 3 de noviembre de 2009”, tal y como propone la interesada, y sin que pueda, por tanto, prosperar una alegación de desviación de poder que carece de consistencia» (sic).

Todos estos motivos conducen a la estimación íntegra del recurso contencioso-administrativo y a la consiguiente declaración de invalidez del Decreto 94/2010, haciendo ocioso el examen de los restantes motivos de impugnación expuestos por los demandantes, lo que no obsta a su impugnación en casación por parte de la Junta de Extremadura.

### **3. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO (STS DE 11.5.2015 [RC nº 1183/2013]). LAS COSAS EN SU SITIO**

Sólo la Junta de Extremadura prepara e interpone recurso de casación, en el que sin embargo no se personan las partes recurrentes. La Junta fundamenta el recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de febrero de 2013 en tres motivos, todos ellos al amparo de lo dispuesto por el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional. Por una parte, denuncia una infracción de dos bloques de normas, como consecuencia de la consideración por la Sala de instancia del Decreto 94/2010 como una disposición general:

- el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC, en adelante), en relación con los artículos 21 y 22 LEF y artículos 20 y 21 REF. La Junta entiende que el fallo yerra al atribuir al Decreto 94/2010 la naturaleza de norma reglamentaria, tratándose a su juicio de un mero acto administrativo anulable, en ausencia de una causa de nulidad de pleno derecho, al que por ello serían aplicables los artículos 63.2.3, 66 y 67 LPC y, por lo tanto, la posibilidad de su subsanación; y

- los artículos 21 y 22 LEF, toda vez que atribuyen a la declaración de urgencia de la ocupación el carácter de mero acto administrativo, en apoyo de lo cual cita las SSTS de 1 de febrero de 2008 (RC nº 10747/2004), 4 de julio de 2008 y 24 de octubre de 2012 (RC nº 6453/2009).

El Tribunal Supremo estima este primer motivo, como no puede ser de otro modo. Sirviéndose de los criterios clásicos de distinción entre disposiciones generales y actos administrativos<sup>6</sup>, estima que el Decreto enjuiciado ni está destinado a una pluralidad indeterminada de personas, ni se integra innovando el ordenamiento jurídico, ni tiene vocación de permanencia, ni establece mandatos generales y, muy al contrario, se agota con su mismo cumplimiento, razones todas ellas que abogan por calificarlo como un acto administrativo singular. Cita en apoyo de su razonamiento, por todas, sus propias Sentencias de 4 de abril de 2003 (RC n° 7693/2000) y 1 de febrero de 2008 (RC n° 10747/2004), puesto que se pronuncian sobre idéntica cuestión, afirmando que «no estamos ante una disposición de carácter general parece evidente dado que la característica indispensable para que estemos ante una disposición del tal naturaleza es que ésta forme parte del ordenamiento en tanto que no acontece así con el acto administrativo que se agota con su cumplimiento lo que, por otra parte, no sucede en la disposición general. La disposición general es un acto ordinamental que crea derecho en tanto que el acto se limita a aplicarlo. En el caso de las declaraciones de urgente ocupación no estamos ante el desarrollo de una potestad reglamentaria sino ante la declaración y aprobación de una resolución administrativa dirigida a una pluralidad de personas pero que ni crea derecho ni se integra en el ordenamiento jurídico como parte del mismo» (sic).

Esta configuración de la declaración de urgencia de la ocupación es por lo demás coherente con la doctrina jurisprudencial conforme a la cual constituye un acto objetivamente desfavorable para los propietarios al que

---

<sup>6</sup> Vid. a propósito de esta distinción, p.e., la doctrina del Tribunal Supremo sobre dos tipos de actuaciones diversas:

- por un lado, la consideración de todas las relaciones de puestos de trabajo como actos generales y no como disposiciones generales formulada por las Sentencias de 5 de Febrero de 2014 (RC n° 2986/2012) y 15 de Septiembre de 2014 (RC n° 209/2013) [vid. al respecto, Miguel Ángel Ruiz López, «La impugnación jurisdiccional de las relaciones de puestos de trabajo», Revista Vasca de Administración Pública (2013) 96, págs. 229-262; del mismo autor, «Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo y sus consecuencias procesales», Revista Española de Derecho Administrativo (2015) 168, págs. 209-232]; y,

- por otro, la caracterización de la convocatoria para la selección de municipios candidatos y la designación del elegido para albergar el Almacén Temporal Centralizado (ATC) de combustible nuclear gastado y residuos radioactivos de alta actividad como un simple acto administrativo cuya adopción no requiere el previo otorgamiento de audiencia a los ciudadanos al amparo de lo dispuesto por el artículo 105 CE, no obstante lo cual se observan las exigencias del artículo 6 del Convenio de Aarhus sobre participación ciudadana en las decisiones relacionadas con el medio ambiente [SSTS de 28 de octubre de 2013 (RC n° 1124/2012 y PO n° 230/2012)].

es de aplicación por ello el procedimiento contemplado en el artículo 105 LPC cuando su autora pretende revocarlo, con el efecto del desistimiento del procedimiento expropiatorio por su parte, y sin sujeción a las limitaciones constitucionales (artículo 9.3 CE) y legales (artículo 57.3 LPC)<sup>7</sup>.

Por otra parte, la Junta de Extremadura alega la aplicación indebida del artículo 12.1 TRLEIA, afirmando que,

- por una parte, el Decreto 94/2010 no sólo no adopta ninguna resolución, sino que tampoco autoriza la ejecución o realización de las obras, limitándose por el contrario a declarar la urgencia de la ocupación de terrenos necesarios para su materialización,
- por otra parte, su anulación judicial no alcanza ni el proyecto de obras, ni la declaración de impacto ambiental, y, consiguientemente,
- por último, dicho proyecto de obras no es subsumible en ninguno de los supuestos previstos en aquel precepto.

El Tribunal Supremo estima igualmente este segundo motivo. En rigor, la Sentencia comentada no cuestiona ni la obligatoriedad de la evaluación de impacto ambiental del proyecto de obras controvertido en el fondo del asunto, ni la irregularidad de su realización con posterioridad a la aprobación técnica del proyecto (por una diferencia de veinte días), sino más bien la conclusión extraída por la Sala de instancia, esto es, la invalidez del Decreto recurrido por inobservancia del artículo 12 TRLEIA.

El Tribunal Supremo rechaza las dos premisas de las que parte la Sala de instancia, porque

- primero, el Decreto impugnado no reviste naturaleza reglamentaria y por lo tanto no le es aplicable la sanción de nulidad de pleno derecho prevista por la concurrencia de cualesquiera vicios sobre el mismo (o sobre las actuaciones que lo originan), y,
- segundo, no es de recibo la invocación de vicios en la tramitación del proyecto de obras (en detalle, la ausencia de una previa declaración de impacto ambiental) con ocasión de la impugnación de actuaciones expropiatorias subsiguientes, como es la declaración de urgente ocupación, por mucho que aquél sirva de soporte legitimador de estas últimas. En este sentido, el Tribunal Supremo advierte un grave error de apreciación en la argumentación del fallo recurrido.

Una cosa es que el artículo 126 LEF faculte a los expropiados para impugnar en vía contencioso-administrativa las resoluciones que pongan fin al procedimiento expropiatorio o a cualquiera de sus piezas separadas, así

---

<sup>7</sup> STS de 22 de enero de 2014 (RC nº 2202/2011).

como los vicios aparecidos durante su tramitación como es doctrina consolidada<sup>8</sup>, y otra muy distinta pretender invocar estos últimos o aquéllos de los que adolezcan actuaciones previas y diferentes que son objeto de impugnación separada, como es el proyecto de obras que legitima la expropiación, «pues se trata de actos recaídos en dos procedimientos diferentes, aunque uno sea consecuencia directa del otro» (sic).

En efecto, la aprobación del proyecto de obras de construcción de la estación depuradora y la iniciación de la operación expropiatoria por medio de la declaración de urgencia de la ocupación constituyen actos individuales que son independientes, aun cuando estén relacionados entre sí. En un tono didáctico, el Tribunal Supremo explica que «la aprobación de este proyecto de obra pública se tramitó y se aprobó de forma autónoma, previa y separada al procedimiento expropiatorio. Una vez aprobado el proyecto de obras se dictó un acto independiente, aunque consecuencia del primero, destinado a iniciar un procedimiento de expropiación forzosa. La declaración de urgente ocupación de los bienes, iniciador del procedimiento expropiatorio, jurídicamente ha de ser considerado un procedimiento independiente del primero y que se rige por sus propias normas y garantías, entre las que no se encuentra la necesidad de tramitar y obtener una declaración de impacto ambiental, pues la decisión de iniciar un procedimiento expropiatorio por vía de urgencia no autoriza la realización de una obra o su instalación sino tan sólo la urgente ocupación de los bienes necesarios para llevar a cabo la obra previamente aprobada».

Por estos motivos, no ha lugar considerar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto 94/2010 como un supuesto de recurso indirecto contra reglamento, como tampoco son trasladables las exigencias del acto de aprobación del proyecto de obras a un acto de naturaleza y alcance distintos como es la declaración de urgente ocupación. El planteamiento no es nuevo a los ojos del Tribunal Supremo según se desprende de su Sentencia de 18 de diciembre de 2012 (RC nº 1544/2010):

---

<sup>8</sup> Lo ilustra del modo que sigue el fallo analizado: «Así lo han afirmado diferentes sentencias, entre ellas la STS de 14 de abril de 2007 que señala que “a la hora de impugnar el acuerdo del Jurado de Expropiación tal impugnación puede fundamentarse en vicios del procedimiento anteriores a dicho acuerdo”, o la de 16 de enero de 2003 que afirma “este Tribunal tiene reiteradamente declarado en multitud de sentencias, que por reiteradas hacen innecesaria su cita, que los vicios de procedimiento en que hubiera podido incurrirse en el procedimiento expropiatorio si fuesen determinantes de nulidad o anulabilidad podrán ser invocados a la hora de impugnar el acto del Jurado Provincial de Expropiación de fijación del justiprecio”» (sic).

«es preciso diferenciar entre esas dos fases —fase de aprobación del Proyecto, previa al expediente expropiatorio, y fase de ocupación en vía de urgencia, propia del expediente expropiatorio— y la no comunicación de los posible vicios de la primera, una vez concluida por acto administrativo no impugnado y firme, al ámbito de la segunda de ellas...Ni tan siquiera cabría plantearse la posible impugnación del Proyecto de determinadas variantes como consecuencia de ser dictado un acto de ejecución del mismo, si es que el acta previa a la ocupación puede llegar a conceptuarse así, pues el Proyecto es un mero acto administrativo y no una disposición de carácter general que habilite la posibilidad de impugnación indirecta que contempla el artículo 26.1º de la Ley Jurisdiccional y que, en todo caso, no fue empleada en el recurso tramitado en la instancia» (sic).

La conclusión que se infiere del razonamiento expuesto es impecable, a mi modo de ver. La falta de una declaración de impacto ambiental en plazo ni puede servir de fundamento de la anulación del acto recurrido, siendo imputable única y exclusivamente a la actuación dirigida a la aprobación del proyecto de obras, por lo demás consentida y firme, ni dicha declaración opera como presupuesto necesario de la declaración de urgencia de la ocupación, en razón de su carácter autónomo y separado y su finalidad diversa. En palabras del Tribunal Supremo,

«la ausencia de una previa declaración de impacto ambiental, en cuanto vicio imputable a la tramitación y aprobación del proyecto de obras, no es esgrimible como motivo de impugnación de la declaración de urgente ocupación, iniciador del procedimiento de expropiación forzosa, ni la declaración de impacto ambiental es exigible para adopción de la declaración de la urgencia de la ocupación de los bienes, tratándose por tanto de actos con diferente finalidad, así lo ha declarado STS Sala Tercera, Sección 3ª, de 15 de febrero de 1999 (rec. 72/1996).El Decreto impugnado declara la urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios para la ejecución de una obra pública, pero en cuanto tal ni aprueba el proyecto de obras ni autoriza su realización sino que se limita a iniciar el procedimiento expropiatorio para la ocupación de los terrenos necesarios para la realización del proyecto de obras previamente aprobado» (sic).

El Tribunal Supremo pone de relieve de esta suerte el enfoque erróneo de la Sala de instancia y sus consecuencias ilógicas. Queda meridianamente claro que no ha lugar trasladar de forma válida los vicios de la actuación conducente al proyecto de obras a la declaración de urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios para la ejecución del mismo, tanto más cuanto que genera una palmaria inseguridad jurídica, al alterar sin justificación alguna reglas procesales elementales sobre la estructura y sentido del

proceso impugnatorio de disposiciones generales y actos administrativos. Al decir de la Sentencia comentada,

«La extensión de las irregularidades apreciadas en la tramitación del proyecto de obras al posterior acto singular de declaración de urgente ocupación no solo es incorrecta por lo ya expuesto, sino que, además, genera una situación singular, generadora de inseguridad jurídica, pues anula el acto impugnado, la declaración de urgente ocupación, por los vicios que imputa a otro acto anterior cuya validez mantiene, al no poderlo anular por no haber sido impugnado directamente ni darse los requisitos para plantear una impugnación indirecta» (sic).

El Tribunal Supremo estima en definitiva los dos primeros motivos de casación esgrimidos por la Junta de Extremadura, lo que implica casar y anular el fallo recurrido sin necesidad de examinar el tercer motivo referente a la vulneración de los artículos 63 y 66 LPC, desestimando el recurso contencioso-administrativo en cuanto al fondo, sin imposición de costas.

#### 4. EPÍLOGO. ENSEÑANZAS EXTRAÍDAS DEL FALLO

El fallo analizado reviste un gran interés, no sólo porque hace gala de una impecable técnica jurídica, sino además porque ratifica un criterio sentado con anterioridad y avanza sus previsibles efectos de cara al futuro. En detalle, el Tribunal Supremo ofrece varias enseñanzas, algunas de las cuales merecen ser destacadas aquí. En primer lugar, vuelve a subrayar que la diferencia entre las disposiciones generales y los actos administrativos reviste gran importancia, a efectos procesales también.

En segundo lugar, deja claro que la invocación de argumentos basados en la hipótesis de la infracción de la legislación de impacto ambiental no lo puede todo, y menos aún constituye una suerte de patente de corso para alterar las reglas procesales generales. Más específicamente, dicho alegato no permite la reapertura de los plazos de impugnación frente a actos consentidos y firmes.

Y, en tercer lugar, la relación entre la aprobación de un proyecto de obras y la expropiación forzosa de los terrenos precisos para su materialización no es tal que la invalidez del primero se comunique a los actos a través de los cuales se lleva a cabo la segunda: por el contrario, la regla general es la incomunicación de los eventuales vicios que aquejen al acto de aprobación del proyecto de obras a las resoluciones que concluyan el procedimiento expropiatorio o alguna de sus piezas separadas.

Es de lamentar únicamente que el Tribunal no se pronuncie sobre el tercer motivo de casación invocado por la Junta de Extremadura, en el que

arguye que el escaso lapso de tiempo transcurrido entre la aprobación del proyecto de obras y la declaración de impacto ambiental (veinte días) representaría a lo sumo una causa de mera anulabilidad reconducible al artículo 63.1 LPC, que habría quedado subsanada en atención al principio de conservación de los actos administrativos. Habría despejado definitivamente todos los interrogantes, a buen seguro. Habría que esperar para ello a un nuevo pronunciamiento.

### **Sentencia de 11 de mayo de de 2015**

Visto por la Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen

anotados el presente recurso de casación con el número 1183/2013 que ante la misma pende de resolución,

interpuesto por LA LETRADA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, en la representación que ostenta, contra

sentencia de fecha 28 de febrero de 2013 dictada en el recurso 1107/2010 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. No habiéndose personado las partes recurrentes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor: «FALLAMOS.- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. JESÚS FERNÁNDEZ DE LAS HERAS en nombre y representación de D. Baldomero, D. Esteban y D. Jenaro, contra la resolución mencionada en el párrafo primero del fundamento primero de esta sentencia, cuya disconformidad a derecho y consiguiente nulidad se declara. Sin costas».

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, LA LETRADA DE LA JUNTA DE EXTREMADURA, presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso

de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: «... dicte en su día sentencia que case y anule la recurrida y se pronuncie de conformidad con los motivos del presente recurso y los pedimentos contenidos en el original escrito de demanda».

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, y no habiéndose personado las partes recurrentes, se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 29 de abril de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castoverde, Magistrado de la Sala

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO. En el presente recurso de casación, interpuesto por la Junta de Extremadura, se impugna la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de febrero de 2013 (rec. 239/2013) por la que se estimó el recurso interpuesto por el representante legal de D. Baldomero, D. Esteban y D. Jenaro contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 2 de junio de 2010 por el que se desestimó el recurso de reposición contra el Decreto 94/2010,

de 9 de abril por el que se declara la urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios para las obras «Estación Depuradora de Aguas Residuales y Colectores en Sierra de Fuentes».

La sentencia anuló el acuerdo impugnado y consiguiente el Decreto por el que se declaró la urgente ocupación de tales terrenos para la ejecución de las citadas obras, al considerar que al tiempo de aprobarse el proyecto de obras no existía la declaración de impacto ambiental.

SEGUNDO. Motivos de casación.

1º El primer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del art. 62.2 de la Ley 30/1992 en relación con los artículos 21 y 22 de la LEF y artículos 20 y 21 del Decreto de 26 de abril por el que se aprueba el Reglamento de Expropiación Forzosa.

La sentencia impugnada declara nulo el Decreto 94/2010 de 9 de abril por el que se declara la urgencia de ocupación de los bienes afectados por la obra antes indicada, al entender que se trata de una disposición general por lo que cualquier infracción conlleva su nulidad. La entidad recurrente considera, sin embargo, que se trata de un acto administrativo al que le resulta aplicable el régimen de nulidades previsto en el art. 62.1 y, al no ser nulo de pleno derecho por no concurrir ninguna de las causas previstas en dicho precepto, sería anulable, por lo que sería de aplicación los artículos 63.2.3, 66 y 67 de la Ley 30/1992 que permiten subsanar el vicio o infracción detectada.

Así mismo argumenta que al considerar el Decreto 94/2010 como una disposición general se vulnera la LEF y su REF (artículos 21 y 22 de la LEF) que configuran la declaración de necesidad de ocupación como un acto administrativo, como así han declarado también las STS de 1 de febrero de 2008 (rec. 10747/2004) STS de 4 de julio de 2008 y la STS de 24 de octubre de 2012 (rec. 6453/2009).

2º El segundo motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la indebida aplicación del art. 12.1 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero por que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental.

Considera que el art. 12 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero no resulta aplicable al supuesto que nos ocupa, porque el Decreto no adopta resolución alguna ni autoriza la ejecución o realización de la obra sino que simplemente declara la urgencia de la ocupación de terrenos necesarios para la ejecución de la misma. La sentencia anula exclusivamente el Decreto 94/2010 manteniendo el proyecto de la obra y la declaración de impacto, por lo que las actuaciones previas a la expropiación se mantienen al no resultar afectadas por la sentencia, sin que el Decreto impugnado se encuentre en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 12 del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental.

3º El tercer motivo denuncia la infracción de los artículos 63 y 66 de la Ley 30/1992.

Considera finalmente que el pequeño desfase temporal entre la aprobación del proyecto de obra y la declaración de impacto ambiental podría calificarse, a lo sumo, de una infracción del ordenamiento jurídico anulable, según el art. 63.1 de la Ley 30/1992. La declaración ambiental se realizó sobre un documento base del proyecto o estudio que fue sometido a información pública (DOE nº 186 de 25 de septiembre de 2009) en el que los recurrentes no realizaron alegaciones, por lo que cabe deducir que estaban conformes con lo publicado. Considera que el órgano medio ambiental tuvo en cuenta el documento inicial del proyecto a la hora de hacer la declaración de impacto y, en consecuencia, el proyecto técnico aprobado el 3 de noviembre de 2009 recoge las condiciones impuestas al evaluar el documento inicial, declaración de impacto que es favorable y habría sido la misma 20 días antes o después. Por todo ello, y aplicando el principio de conservación de actos no procede anular el Decreto impugnado.

TERCERO. La declaración de urgente ocupación como acto administrativo.

El primer motivo plantea si la declaración de urgencia para la ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación para la realización de las obras «Estación Depuradora de Aguas Residuales y Colectores en Sierra de

Fuentes» tiene la consideración de una disposición general o de un acto administrativo, y las consecuencias jurídicas, nulidad radical o mera anulabilidad, con la consiguiente posibilidad de subsanar los vicios o defectos advertidos.

El Decreto impugnado por el que se declara la urgente ocupación de los terrenos necesarios para la ejecución de unas obras concretas («Estación depuradora de aguas residuales y colectores en Sierra de Fuentes») debe ser considerado un acto administrativo singular que afecta a una pluralidad determinada de personas y no una disposición general, pues no innova el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, sino que se agota con su cumplimiento sin pretender regular de forma general situaciones futuras. Así lo ha declarado este Tribunal Supremo en anteriores sentencias, STS, Sala Tercera, Sección 6ª, de 4 de Abril de 2.003 (Rec. 7693/2000) y de 1 de febrero de 2008 (rec. 10747/2004), en la que también se planteaba si una declaración de urgente ocupación entraba en la categoría de disposiciones generales o si se trata de un acto administrativo, en las que ya afirmamos que «Que no estamos ante una disposición de carácter general parece evidente dado que la característica indispensable para que estemos ante una disposición del tal naturaleza es que esta forme parte del ordenamiento en tanto que no acontece así con el acto administrativo que se agota con su cumplimiento lo que, por otra parte, no sucede en la disposición general. La disposición general es un acto ordinamental que crea derecho en tanto que el acto se limita a aplicarlo. En el caso de las declaraciones de urgente ocupación no estamos ante el desarrollo de una potestad reglamentaria sino ante la declaración y aprobación de una resolución administrativa dirigida a una pluralidad de personas pero que ni crea derecho ni se integra en el ordenamiento jurídico como parte del mismo».

Le asiste la razón al recurrente en este punto sin perjuicio de las consecuencias que de ello pudiesen extraerse, pues para ello es preciso analizar previamente el segundo motivo de impugnación planteado.

CUARTO. Indebida aplicación del art. 12.1 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero. El segundo motivo cuestiona la procedencia de exigir la declaración de impacto ambiental como motivo de nulidad imputable al Decreto que aprueba la urgente ocupación. El recurrente considera que el art. 12 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental no resulta aplicable al supuesto que nos ocupa, porque el Decreto impugnado no autoriza la ejecución o realización de obra alguna sino que simplemente declara la urgencia de la ocupación de terrenos necesarios para la ejecución de la misma. Y puesto que la sentencia anula exclusivamente el Decreto 94/2010, que declara la urgente ocupación, manteniendo el proyecto de la obra y la declaración de impacto, las actuaciones previas a la expropiación se mantienen al no resultar afectadas por la sentencia, sin que el Decreto impugnado se encuentre en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 12 del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental.

El análisis de este motivo exige precisar, con carácter previo, que el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, considera que deben someterse a evaluación de impacto ambiental los «Los proyectos, públicos y privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I».

La declaración de impacto ambiental, según afirma la sentencia de instancia y en este punto no existe controversia, resulta necesaria para la aprobación del proyecto de obras en cuestión. Y en el supuesto que nos ocupa la declaración de impacto es de fecha posterior a la aprobación técnica del proyecto (la declaración se aprobó veinte días después). Esta circunstancia determina, a juicio de la sentencia de instancia, que se incumpliese el art. 12 del Real Decreto Legislativo 1/2008 al exigir que se emita la declaración de impacto ambiental «con carácter previo» a la resolución que autoriza la obra o instalación de que

se trate, incumplimiento que determina, a juicio del tribunal de instancia, la nulidad del decreto impugnado.

Pero para anular el Decreto que acuerda la urgente ocupación por un vicio imputable a la tramitación del proyecto de obras previo, el tribunal de instancia parte de dos premisas: en primer lugar, que la declaración de urgente ocupación es una disposición general por lo que cualquier vicio imputable a la misma o las actuaciones de las que trae causa determina su nulidad radical y absoluta; y en segundo lugar, que los vicios en la tramitación del proyecto de obras pueden ser invocados con motivo de la impugnación de los actos que integran el procedimiento expropiatorio, en concreto, al controlar la legalidad de la declaración de urgente ocupación, conforme al art. 126 de la LEF y la jurisprudencia que permite impugnar cada uno de los trámites que conforman el expediente expropiatorio al finalizar el mismo. Ya hemos descartado que el Decreto que acuerda la urgente ocupación de los terrenos sea una disposición de carácter general.

Y por lo que respecta al control indirecto de los vicios que pudiese adolecer la tramitación del proyecto de obras con motivo de la impugnación del decreto que acuerda la urgente ocupación, en concreto la falta de aprobación previa de la declaración de impacto ambiental, hay que partir de que el art. 126 de la LEF permite impugnar en sede contencioso-administrativa la resolución administrativa que ponga fin al expediente de expropiación o cualquiera de sus piezas, y la jurisprudencia de este Tribunal ha sostenido que los afectados al recurrir la resolución que ponga fin al procedimiento expropiatorio pueden impugnar también los vicios en que hubiese incurrido en la tramitación del expediente expropiatorio. Así lo han afirmado diferentes sentencias, entre ellas la STS de 14 de abril de 2007 que señala que «a la hora de impugnar el acuerdo del Jurado de Expropiación tal impugnación puede fundamentarse en vicios del procedimiento anteriores a dicho acuerdo», o la de 16 de enero de 2003 que afirma «este Tribunal tiene reiteradamente declarado en multitud de sentencias, que por reiteradas hacen innecesaria su cita, que los vicios

de procedimiento en que hubiera podido incurrirse en el procedimiento expropiatorio si fuesen determinantes de nulidad o anulabilidad podrán ser invocados a la hora de impugnar el acto del Jurado Provincial de Expropiación de fijación del justiprecio».

Ahora bien, esta jurisprudencia no es trasladable al supuesto que nos ocupa, puesto que la misma aparece referida a las irregularidades habidas en curso del propio procedimiento expropiatorio, pero no en los supuestos como el que nos ocupa, en los que con motivo de la impugnación de un acto del procedimiento expropiatorio se invocan irregularidades en que ha podido incurrir el proyecto de obras previo que justifica la expropiación, pues se trata de actos recaídos en dos procedimientos diferentes, aunque uno sea consecuencia directa del otro.

La aprobación de este proyecto de obra pública se tramitó y se aprobó de forma autónoma, previa y separada al procedimiento expropiatorio. Una vez aprobado el proyecto de obras se dictó un acto independiente, aunque consecuencia del primero, destinado a iniciar un procedimiento de expropiación forzosa. La declaración de urgente ocupación de los bienes, iniciador del procedimiento expropiatorio, jurídicamente ha de ser considerado un procedimiento independiente del primero y que se rige por sus propias normas y garantías, entre las que no se encuentra la necesidad de tramitar y obtener una declaración de impacto ambiental, pues la decisión de iniciar un procedimiento expropiatorio por vía de urgencia no autoriza la realización de una obra o su instalación sino tan solo la urgente ocupación de los bienes necesarios para llevar a cabo la obra previamente aprobada.

Así pues, los vicios en los que eventualmente podía haber incurrido el procedimiento para la aprobación del proyecto de obras no son invocables con motivo de la impugnación de cualquier acto dictado en el procedimiento expropiatorio posterior. Se trata de dos actos singulares independientes, aunque relacionados entre sí: el de la aprobación del proyecto de obras y el de iniciación del procedimiento expropiatorio. Ni nos encontramos ante una impugnación indi-

recta de una disposición general con motivo de la impugnación de un acto singular dictado en aplicación de la misma, ni es posible trasladar las exigencias propias de un concreto acto, como la aprobación de un proyecto de obras, a otro de distinto alcance, como es la declaración de urgente ocupación. Ya en nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2012 (rec. 1544/2010) dijimos que «es preciso diferenciar entre esas dos fases —fase de aprobación del Proyecto, previa al expediente expropiatorio, y fase de ocupación en vía de urgencia, propia del expediente expropiatorio— y la no comunicación de los posibles vicios de la primera, una vez concluida por acto administrativo no impugnado y firme, al ámbito de la segunda de ellas... Ni tan siquiera cabría plantearse la posible impugnación del Proyecto de determinadas variantes como consecuencia de ser dictado un acto de ejecución del mismo, si es que el acto previa a la ocupación puede llegar a conceptuarse así, pues el Proyecto es un mero acto administrativo y no una disposición de carácter general que habilite la posibilidad de impugnación indirecta que contempla el artículo 26.1º de la Ley Jurisdiccional y que, en todo caso, no fue empleada en el recurso tramitado en la instancia».

Es por ello que la ausencia de una previa declaración de impacto ambiental, en cuanto vicio imputable a la tramitación y aprobación del proyecto de obras, no es esgrimible como motivo de impugnación de la declaración de urgente ocupación, iniciador del procedimiento de expropiación forzosa, ni la declaración de impacto ambiental es exigible para adopción de la declaración de la urgencia de la ocupación de los bienes, tratándose por tanto de actos con diferente finalidad, así lo ha declarado STS Sala Tercera, Sección 3ª, de 15 de febrero de 1999 (rec. 72/1996). El Decreto impugnado declara la urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios para la ejecución de una obra pública, pero en cuanto tal ni aprueba el proyecto de obras ni autoriza su realización sino que se limita a iniciar el procedimiento expropiatorio para la ocupación de los terrenos necesarios para la realización del proyecto de obras previamente aprobado.

La extensión de las irregularidades apreciadas en la tramitación del proyecto de obras al posterior acto singular de declaración de urgente ocupación no solo es incorrecta por lo ya expuesto, sino que, además, genera una situación singular, generadora de inseguridad jurídica, pues anula el acto impugnado, la declaración de urgente ocupación, por los vicios que imputa a otro acto anterior cuya validez mantiene, al no poderlo anular por no haber sido impugnado directamente ni darse los requisitos para plantear una impugnación indirecta.

La estimación de estos dos primeros motivos de casación determina la nulidad de la sentencia impugnada haciendo innecesario el análisis del tercer motivo de casación.

QUINTO. Costas.

Por lo que respecta a las costas de este recurso de casación y dado que nadie se ha personado como parte recurrida, no procede hacer imposición de las costas.

Y en lo referente a las costas causadas en primera instancia no se considera procedente la imposición de las costas dado que el caso presentaba serias dudas de derecho respecto al alcance de la impugnación y de la comunicabilidad de los vicios apreciados en la tramitación del proyecto de obras y su incidencia en los actos posteriores del procedimiento expropiatorio, evidenciadas por la propia fundamentación esgrimida en la sentencia de instancia.

#### FALLO:

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la Junta de Extremadura contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de febrero de 2013 (rec. 239/2013) que se casa y anula.

SEGUNDO.- Que debemos desestimar el recurso interpuesto por D. Baldomero, D. Esteban y D.

Jenaro contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 2 de junio de 2010 por el que se desestimó el recurso de reposición contra el Decreto 94/2010, de 9 de abril por el que se declara la urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios para las obras «Esta-

ción Depuradora de Aguas Residuales y Colectores en Sierra de Fuentes».

TERCERO.- No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Octavio Juan Herrero Pina D<sup>a</sup>. Margarita Robles Fernández D. Juan Carlos Trillo Alonso D. José María del Riego Valledor D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Diego

Córdoba Castroverde D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Diego Córdoba Castroverde, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

# SOCIAL

## JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universitat de València

Consultor académico. Broseta abogados

(Tol 4986150)

**Cabecera:** Despido colectivo. Empresa sin representantes legales de los trabajadores. La negociación con el conjunto de ellos, que rechazaron nombrar una comisión, es irregularidad que no vicia el procedimiento. Dada la singularidad del caso la empresa tiene legitimación activa para reclamar que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva ex artículo 124.3 LRJS, demandando a la totalidad de la plantilla que había negociado el expediente. En atención a las circunstancias se amplía doctrina respecto de la legitimación de la comisión ad hoc, ex artículo 124 LRJS, extendiéndola a la plantilla íntegra cuando es ésta la interlocutora.

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** *Luis Fernando de Castro Fernández*

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 23/03/2015

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Cuarta

**Sección:** Primera

**Número Recurso:** 287/2014

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

Los hechos que dan lugar a la sentencia que se comenta son sustancialmente los siguientes:

1) Tras otras vicisitudes relacionadas con sus problemas económicos que no hacen al caso, una empresa de reducidas dimensiones inició en julio de 2013 procedimiento de despido colectivo con la intención de extinguir los contratos de la totalidad de sus trabajadores, diecisiete.

2) No existiendo en la empresa representación unitaria, la comunicación del inicio del procedimiento —así como la documentación que la empresa adjuntó— fue dirigida a todos los trabajadores.

3) A la primera reunión acudieron todos ellos, siendo informados por la empresa de que podían elegir una comisión ad hoc, si bien no se les informó

«de las consecuencia de la falta de elección de representantes» —hecho probado 5 de la sentencia de instancia—.

4) Los trabajadores declinaron la posibilidad de designar esta comisión, prefiriendo «negociar de modo conjunto».

5) Además de la primera reunión, se celebraron cuatro reuniones más, en las que se plantearon diversas cuestiones relacionadas con el despido colectivo. En la final, se votó una última propuesta de la empresa, que obtuvo ocho votos a favor y nueve en contra, por lo que se estimó concluido el período de consultas sin acuerdo.

6) Con posterioridad, la empresa notificó a la autoridad laboral la finalización del período de consultas sin acuerdo y su intención de proceder a trece trabajadores.

## 2. Procedimiento y sentencia de instancia [SAN 232/2013, de 20 de diciembre (To1 4053431)]

La empresa, conforme a las previsiones del art. 124.3 LJS, formuló demanda ante la sala de lo social de la Audiencia Nacional frente a los diecisiete trabajadores que habían participado en las consultas, solicitando que se dictara sentencia en la que se declarara «expresamente que la decisión de extinción de los contratos de trabajado de 13 trabajadores de la empresa, adoptada previa la tramitación de un expediente de regulación de empleo, es totalmente ajustada a derecho, al haberse cumplido todos los requisitos formales y materiales inherentes a tal declaración».

La AN, en su sentencia 232/2013, de 20 de diciembre, partió de que «la regulación legal y reglamentaria de los despidos colectivos contempla un procedimiento específico para las empresas, que no tengan representantes de los trabajadores»: la designación de una comisión representativa en alguna de las dos variantes establecidas en la normativa. Tal designación constituye, a su juicio, un «requisito constitutivo para la validez del período de consultas en las empresas, que no cuenten con representantes de los trabajadores, que obliga a la empresa a advertir a los trabajadores de su derecho, así como de las consecuencias de su incumplimiento, que son excepcionalmente gravosas, por cuanto no paralizarán el procedimiento si los trabajadores no realizan la elección de sus representantes». Por ello, «los trabajadores, afectados por el despido, no pueden disponer de ese requisito, ni están legitimados para negociar directamente el período de consultas».

En este contexto, concluyó que la empresa no había cumplido el procedimiento previsto legalmente: de un lado, porque la comisión no se constituyó conforme a las previsiones normativas; de otro, porque la opción de cons-

tituir la comisión no se dio hasta la primera reunión de las consultas y no antes de que estas comenzarán, sin haberse advertido expresamente de las consecuencias que podría tener la no designación. Como consecuencia de ello, la AN desestimó la demanda.

## II. LA STS DE 23 DE MARZO DE 2015

En el recurso de casación interpuesto por la empresa ante la sala de lo social del Tribunal Supremo, se afirma que la AN había desconocido las normas legales y reglamentarias en relación con el período de consultas. El primer tema que se plantea ante el TS es, pues, el de determinar si, en los supuestos de inexistencia de representantes de los trabajadores, en defecto de designación de la comisión representativa a la que se refieren estas normas, es admisible seguir el período de consultas con la totalidad de los trabajadores de la plantilla.

En íntima conexión con este tema —“son caras de una misma moneda”, afirma el TS—, la sentencia aborda la cuestión, suscitada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, de la posible inexistencia de legitimación, activa y pasiva, por haberse dirigido la demanda contra los trabajadores individuales de la empresa y no contra los representantes, desconociéndose con ello la literalidad del art. 124.3 LJS y la doctrina jurisprudencial anterior.

### 1. Sobre la posibilidad de seguir las consultas directamente con los trabajadores

El TS aborda en primer lugar la cuestión sustantiva, entendiendo, tras recapitular las normas aplicables —que no eran las actualmente vigentes, introducidas por el RDL 11/2013, publicado cuando las consultas ya habían comenzado y, por ello, inaplicables (cfr. disp. trans. 2<sup>a</sup>)—, que la interpretación realizada por la AN es incorrecta. Aunque es cierto que, en las empresas sin representantes, tales normas permiten elegir una comisión representativa de un máximo de tres miembros —bien directamente por los trabajadores bien remitiendo la designación a los sindicatos representativos—, el hecho de que no se haya hecho no puede tener la eficacia invalidante del procedimiento de despido colectivo que le asigna el tribunal de instancia.

De entrada, el TS analiza la finalidad de la regla que prevé la constitución de la comisión representativa, limitándola a tres componentes. A su juicio, busca «favorecer la fluidez en las negociaciones (contraria a una negociación un tanto masificada)». A la vez, señala que es probable que persiga

también «procurar una cierta equiparación entre las partes en el periodo de consultas» pues resulta de aplicación en pequeñas empresas en las que los trabajadores no tienen representación unitaria siendo previsible que «la empleadora acuda a negociar con escaso personal de asesoramiento (si es que le acompaña alguno)».

Por otro lado, el TS recuerda que la ley faculta al empresario para exigir la constitución de la indicada comisión, autorizándole a «continuar el procedimiento sin interlocutores» si no es elegida. En este contexto, difícilmente se puede rechazar la validez de las reuniones celebradas directamente con los trabajadores. Además, de acuerdo con los principios generales de la representación, resulta discutible «negar validez a los que se negocia “in proprio nomine” y sólo atribuírsela a la hecha por otro “in alieno nomine”».

En fin, las eventuales anomalías señaladas en el pronunciamiento de instancia —que la instrucción sobre la designación sobre la comisión sólo se produjera en la primera reunión no en la comunicación del inicio de las consultas y la falta de advertencia de los efectos de la no designación de la comisión representativa— se consideran defectos estrictamente formales, que no alcanzan trascendencia suficiente como para viciar el procedimiento de despido colectivo.

## 2. Sobre la posible impugnación empresarial del despido colectivo

En cuanto a los aspectos procesales —la posibilidad de que el empresario dirija la acción sobre el despido colectivo directamente contra los trabajadores que participaron en las consultas—, la literalidad del art. 124.3 LJS así como la doctrina anterior de la sala de lo social (sentencias de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013, y 22 de diciembre de 2014, rec. 81/2014) conducirían a descartar, como había razonado el Ministerio Fiscal, la posibilidad de que existiera legitimación procesal de los trabajadores individuales. En efecto, en la medida en que el proceso de impugnación directa del despido colectivo es, «desde luego, una variante del proceso colectivo», a él sólo pueden acceder sujetos de esta naturaleza. Del lado pasivo, esta idea está expresamente presente en el art. 124.3 LJS, a tenor del cual, en la impugnación emprendida por el empresario «estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores».

Sin embargo, el TS excluye en este supuesto la aplicación literal de la norma y de la jurisprudencia anterior, sobre la base del carácter «singular» del supuesto planteado. Sobre la base de su precedente doctrina en relación con la legitimación activa de las comisiones *ad hoc*, que había permitido a

éstas impugnar el despido colectivo, en cuanto portadoras siquiera limitadamente del interés colectivo (STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013), alcanza la conclusión de que la totalidad de la plantilla ostenta igualmente esta «cualidad “colectiva”» pues en caso contrario se haría «de peor condición al todo que a la parte». De este modo, se acepta que la demanda empresarial pueda ser dirigida contra todos los trabajadores que la componen.

### 3. El fallo

A la vista de todo lo anterior, el TS revoca la sentencia impugnada, si bien no se pronuncia sobre el fondo del asunto. El asunto se devuelve a la AN «—por su inmediación a la prueba practicada y proximidad a los términos del debate—» para que se pronuncie sobre la justificación de la decisión extintiva empresarial.

## III. COMISIÓN REPRESENTATIVA Y NEGOCIACIÓN DIRECTA CON LA TOTALIDAD DE LA PLANTILLA: PROBLEMAS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

Son varias las cuestiones abordadas en la sentencia que resultan de interés en relación con la controvertida interpretación de los requisitos procedimentales de los despidos colectivos, todas ellas al hilo de la no menos controvertida regulación de la actuación de las comisiones representativas en la reestructuración de plantilla. Aunque respecto de alguna de estas, la doctrina de la sentencia se mueve en líneas ya exploradas por la jurisprudencia anterior, en otras resulta profundamente innovadora, abriendo nuevas para el futuro. Pero, como también veremos, éstas no dejan de tener aristas problemáticas, tanto en relación con la determinación de sus límites como respecto de su inserción en el resto del sistema.

### 1. Sobre los incumplimientos formales en relación con el procedimiento de designación de la comisión representativa

La Sala aborda, de entrada, los posibles incumplimientos que se podrían haber producido en el procedimiento en razón de la forma en que la empresa notificó al conjunto de los trabajadores la posibilidad de designar la comisión representativa prevista en las normas aplicables. Recordemos que tales incumplimientos se refieren, de un lado, a la extemporaneidad con que

se avisó a la plantilla de ella —en la primera reunión de las consultas y no «a la apertura del período», como afirmaba el art. 26.3 RPDC, aprobado por RD 1483/2012, en su versión entonces vigente—; y, de otro, a haberse realizado tal aviso incorrectamente —puesto que no se indicó, como igualmente exigía el citado precepto, «que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento»—.

Aunque el TS no lo afirma expresamente, el rechazo de la existencia de incumplimiento relevante se fundamenta en uno de los criterios que ha venido siendo utilizado por su jurisprudencia desde la STS de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012, para valorar los defectos formales existentes en el período de consultas. De acuerdo con este pronunciamiento —que cuenta con algún precedente y ha sido seguido por otros—, «no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada».

Desde esta perspectiva interpretativa, la interpretación de la AN es difícilmente sostenible. Aunque se haya hecho tardíamente, la indicación de la posible constitución de la comisión representativa en modo alguno ha alterado la finalidad de las consultas puesto que, como se describe en los hechos probados de la sentencia impugnada, éstas existieron efectivamente, mediante el intercambio de sucesivas propuestas y contrapropuestas. Y lo mismo ocurre con la falta de indicación de los efectos que pudiera tener la no designación de la comisión representativa. Esta sólo podría llegar a ser relevante si el empresario hubiera omitido esa circunstancia y seguido el procedimiento sin concurso de los trabajadores. Pero incluso en este caso habrían de valorarse todas las circunstancias concurrentes pudiendo existir alguna que impida alcanzarla. Obsérvese, en efecto, que la sentencia que se comenta valora también la presencia de un asesor sindical en el supuesto controvertido.

Con toda probabilidad, estos criterios están llamados a perdurar en la jurisprudencia, aunque las reglas sobre comisión representativa hayan variado a partir de la reforma de verano de 2013; y ello con independencia del sentido de tales variaciones. Es verdad, de un lado, que una de las dos exigencias formales parece haberse endurecido: si, como exige el tercer párrafo del art. 51.2 ET, «la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del período de consultas», es claro que la notificación ha de producirse igualmente con anterioridad. Es más, la ley ha establecido un específico preaviso a fin de posibilitar el cumplimiento de esta exigencia que,

en supuestos como el que nos ocupa, alcanzaría los quince días —por no existir representantes de los trabajadores—. Creo, sin embargo, que iniciar las consultas sin haber cumplido a la perfección este requisito únicamente las invalidaría si los incumplimientos existentes pudieran poner en peligro su efectiva celebración y no hubieran sido objeto de subsanación por la actuación posterior de las partes.

En sentido diverso, pero en confirmación de la idea, puede notarse que ha desaparecido de la ley y del reglamento la indicación a los trabajadores de los efectos que puede tener la falta de designación de la comisión representativa a pesar de que estos son los mismos que los previstos antes de la reforma —la continuación del procedimiento sin interlocutor—. Es probable, sin embargo, que de ello no pueda deducirse la total irrelevancia de la falta de información al respecto por parte del empresario, sobre todo en unidades productivas pequeñas en las que los trabajadores actúen sin ninguna cobertura representativa.

## **2. La posible sustitución de la designación de la comisión representativa por la actuación directa de la plantilla: problemas interpretativos**

### *A) El carácter marginal de la posible negociación directa con la plantilla*

Mucho más novedosa es la doctrina que se establece en relación con la posible sustitución de la negociación con una comisión elegida por los trabajadores por la participación directa de estos en las consultas.

En este terreno, lo primero que debe tenerse en cuenta es que se trata de una posibilidad aceptada por el Tribunal Supremo de forma excepcional. Es verdad que descansa sobre argumentos que resultarían extrapolables a otros casos. Es significativo en este sentido que se extraigan de la teoría general de la representación —literalmente refrendados en las normas aplicables que suelen utilizar el potestativo «podrán» en relación con esta facultad—. Sin embargo, a la vista del conjunto de la argumentación contenida en la sentencia, no parece posible sacarla de su contexto ni extenderla más allá del caso para el que está establecida —y supuestos similares—.

a) De un lado, se excluye expresamente que la teoría de la representación voluntaria pueda ser utilizada en relación con los mecanismos legales de representación colectiva establecidos por el legislador. La sentencia reconoce, en este sentido, que se dan casos en que los representantes tienen facultades de las que los representados carecen. Ello ocurre «en el ámbi-

to de la representación legal, que el Derecho del Trabajo concreta en los numerosos preceptos que se remiten a la representación legal —unitaria y sindical—, y en los que la correspondiente actuación no puede ser llevada a cabo por los propios trabajadores afectados, sino —muy comprensiblemente— por sus representantes institucionales, más cualificados para ello que los propios afectados en las específicas materias para las que la establece».

O sea que, en ningún caso, la doctrina establecida por la sentencia comentada puede ser utilizada para «desapoderar» a los representantes unitarios o sindicales de las facultades que legalmente les corresponden en el ámbito de la reestructuración de plantilla. De hecho, la doctrina judicial (SAN 90/2012, de 25 de julio), confirmada a estos efectos por el TS (sentencia de 20 de mayo de 2014, rec. 166/2013), ha considerado contrario a la buena fe la existencia de negociaciones directas con los trabajadores, en paralelo a las que se producen dentro de las consultas formales con sus representantes.

**b)** De otro lado, ni siquiera en todos los casos de inexistencia de representación institucional o sindical de los trabajadores es posible entender que cabe acudir a la negociación directa por el conjunto de los trabajadores de la plantilla. La sentencia es, en este sentido, sumamente explícita cuando afirma que las consideraciones que se realizan sobre la teoría general de la representación no implican que se «dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión ad hoc por la negociación directa de los trabajadores, sino tan sólo que las concretas circunstancias de caso..., nos llevan a excluir que tal defecto pueda comportar la consecuencia que le atribuye la decisión recurrida».

Interesa observar que las «circunstancias» que se manejan a estos efectos son diferentes y no pueden quedar exentas de cierta crítica por varias razones. Se alude en concreto, y un listado que queda expresamente abierto, al «no excesivo número de trabajadores afectados; voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente los despidos; allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...». Mas es claro que algunas de éstas son sumamente indeterminadas —¿cuándo el volumen de afectados deviene «excesivo»?— o resultan difícil de valorar *a priori* —¿cómo puede saber la empresa en el momento del inicio de las consultas cuántos trabajadores aceptarán la propuesta de acuerdo?—. La más sencilla de apreciar en la práctica es la «voluntad unánime»; pero puede ser la más compleja de alcanzar...

## **B) La aplicabilidad de la doctrina tras la reforma de 2013**

Como hemos visto, las consultas que se cuestionan en el procedimiento se inician poco antes de la reforma introducida por el RDL 11/2013 y cul-

minan poco después de su entrada en vigor. En la no aplicabilidad de las normas vigentes desde el 3 de agosto, por aplicación de la disp. trans. 2ª del citado Decreto-Ley, insisten tanto la AN como el TS. Ello obliga a considerar cómo puede verse afectado el criterio establecido por la sentencia comentada por las nuevas reglas.

Tras el RDL 11/2013, las distintas vicisitudes de reestructuración colectiva de plantilla (traslados, modificaciones sustanciales, suspensiones y reducciones de jornada y despidos colectivos) presentan un régimen común en cuanto a la designación de los representantes de los trabajadores en ellas. Ello es así porque los diferentes preceptos que las regulan remiten a las extensas reglas establecidas en el art. 41.4 ET. Recapitulándolas, observamos que la previsión de designación de representantes específicos para participar en las consultas —sean electivos o de carácter sindical— aparece en tres casos distintos, en los que no siempre parece aplicable el criterio establecido en la sentencia comentada.

De entrada, cuando la reestructuración afecta a un único centro carente de representantes —apartado a)—, no parece que exista inconveniente en considerarla aplicable, siempre que concurren circunstancias suficientes para considerar adecuada la negociación directa con los trabajadores en los términos que hemos visto en el apartado anterior. Más dudosos son, sin embargo, los casos en los que el procedimiento afecta a varios centros de trabajo —apartado b)—. Creo, en primer lugar, que hay que excluir de la participación directa de los trabajadores afectados los supuestos en los que unos centros cuentan con representantes unitarios y otros, no —regla 1ª—. Ciertamente, los trabajadores de estos últimos pueden participar en el procedimiento mediante la designación de su propia comisión representativa. Pero la ley establece una regla específica para el caso de que esta designación no se produzca: repartir proporcionalmente la representación correspondiente a estos trabajadores de centros sin representantes unitarios entre los representantes de los centros que cuentan con ellos. En este contexto, aceptar que aquellos puedan participar directamente junto con los representantes de los otros centros implica desconocer las reglas legales de delimitación del alcance de la representación de estos y, por tanto, se sitúa en un terreno diferente al de la doctrina establecida en la sentencia comentada como hemos visto en el apartado anterior.

Por último, en el caso de que ninguno de los centros de trabajo afectados cuente con representantes unitarios, volvería a ser aplicable la doctrina del TS. Por supuesto, en estos casos, pueden aparecer dificultades para el desarrollo de las consultas: la dispersión geográfica puede contribuir a dificultar que éstas se desarrollen de acuerdo con su finalidad. Pero debe tenerse en

cuenta que el supuesto resuelto en la sentencia comentada es precisamente uno de éstos —sólo así se explica la competencia de la AN en el proceso de instancia—.

### C) Alcance del criterio jurisprudencial

El fundamento utilizado por la sentencia que se comenta para admitir la participación de la plantilla en las consultas permite abrir dos cuestiones adicionales en relación con su alcance.

**a)** La primera hace referencia a la posibilidad de recurrir a la negociación directa en los casos de unidades productivas pequeñísimas. En ellas resulta problemático implementar determinadas medidas de reestructuración, las que tienen siempre dimensión colectiva, con independencia del número de afectados, cuando el número de trabajadores no da, ni siquiera para designar una comisión *ad hoc* —que, por imperativo legal, ha de tener tres miembros—.

La interpretación del TS permitiría solventar este problema que actualmente se limita a las suspensiones y reducciones de jornada (art. 47 ET) —puesto que la inaplicación del convenio ha de tener tratamiento diferente como veremos de inmediato—. Sin embargo, pienso que la admisión de una negociación prácticamente individualizada de este tipo de medidas no deja de estar exenta de problemas y riesgos.

**b)** Conviene, en otro orden de cosas, observar que la doctrina se ha establecido en relación con un procedimiento de despido colectivo. Pero las reglas sobre formación de la comisión negociadora son comunes a otras vicisitudes relacionadas con la reestructuración de plantilla: los diferentes preceptos que las regulan (arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET) establecen reglas comunes en cuanto a las actuaciones previas a la iniciación del período de consultas y reenvían los criterios para su formación a las previsiones del extenso apartado 4 del art. 41. ET. Desde este punto de vista, cabría pensar que la doctrina del TS pudiera ser extrapolable más allá del ámbito del despido colectivo.

Sin embargo, el fundamento utilizado por la sentencia que se comenta no permite alcanzar esta conclusión sin importantes matices. Recuérdese, en este sentido, que, al justificar la negociación directa con la plantilla recurre a los principios generales en materia de representación, argumentando que el conjunto de la plantilla puede hacer directamente lo que puede hacer por medio de sus representantes. Esta idea permite deducir una derivada: la negociación directa únicamente puede ser admitida en los casos en los que aquélla sea titular de los intereses sobre los que versen las consultas.

Es posible aceptar la proyección de la doctrina del TS sobre traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo —con alguna duda—, reducciones de jornada y suspensiones y despidos colectivos. No parece, sin embargo, admisible en relación con la inaplicación de condiciones de trabajo ni, acaso, con la modificación sustancial de condiciones de trabajo que afecte a acuerdos o pactos colectivos. Mientras las primeras afectan a la dimensión constitutiva del contrato y, por tanto, el ejercicio de la autonomía individual puede afectarlas, las segundas tienen su origen en la autonomía colectiva que, de acuerdo con la interpretación consolidada, se desarrolla en un plano diferente y superior al de la individual. No hay que olvidar en este sentido las objeciones que se han movido doctrinalmente a la admisión de la actuación de la propia comisión representativa en este terreno, que han llegado a reputarse contrarias a las exigencias constitucionales—. Y, si bien es posible que ello no sea así en atención a la expresa habilitación legal con la que cuentan, lo que no parece fácil es que pueda irse más allá de lo establecido por el legislador.

#### D) *Algunos problemas operativos*

Por último, no debe olvidarse que la posibilidad admitida por el TS, aunque sea de forma limitada, no deja de abrir problemas operativos de cierta envergadura, como son los relativos al quórum. Y ello tanto por lo que se refiere a la participación en las consultas como en relación con la suscripción del acuerdo. Obsérvese que en la construcción del TS la plantilla aparece como un sujeto colectivo, diferente a la suma de los trabajadores afectados.

Pero, si eso es así, se hace preciso determinar cuáles son los criterios que permiten formar la voluntad de este sujeto colectivo. La sentencia da algunas pistas. De entrada, permite llegar a la conclusión de que la decisión de asumir el protagonismo en las consultas ha de ser unánime. Recuérdese que es éste uno de los criterios relevantes para aceptar la intervención de la plantilla en ellas (*supra*, A].b]). En sentido diferente, permite entender que la concurrencia de todos los trabajadores a todas las sesiones de las consultas no es un requisito de validez: en el supuesto resuelto éstas se reputan válidas aunque, como resulta de los hechos probados, en algunas de las sesiones no han participado todos los integrantes de la plantilla.

Cabe igualmente deducir de los hechos que el eventual acuerdo a la finalización del período descansa sobre la aplicación del principio mayoritario y no en el de unanimidad. Con toda probabilidad, por aplicación análoga de las reglas sobre la asamblea, la indicada mayoría ha de valorarse sobre la totalidad de los componentes de la plantilla —«la mitad más uno

de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo» (art. 80 ET)— y no sobre los que efectivamente participen en la sesión en la que se discute la propuesta de acuerdo. No es seguro, sin embargo, que las reglas sobre la formalización de las votaciones establecidas para la asamblea sean exigibles, porque tampoco lo es que lo sean en relación con la designación de la comisión representativa a la que la actuación directa de la plantilla sustituye.

### 3. En relación con la participación de la plantilla en la impugnación del despido colectivo

Por último, conviene hacer alguna reflexión en el terreno procesal y, en concreto, en relación con el impacto que la doctrina comentada puede tener sobre el proceso de impugnación del despido colectivo establecido en el art. 124 LJS. Dos son las cuestiones que cabe suscitar en este terreno:

a) En primer lugar, puesto que la sentencia acepta la legitimación pasiva en la demanda instada por el empresario, cabe preguntarse si habría que reconocer al conjunto de la plantilla igualmente legitimación activa para impugnar la decisión extintiva empresarial. Y la respuesta probablemente haya de ser positiva en los supuestos en los que se haya producido la participación directa del conjunto de la plantilla en las consultas.

Ciertamente, el art. 124.1 LJS limita la impugnación colectiva del despido a los representantes de los trabajadores, unitarios o sindicales —habiéndose excluido por el TS la participación de los trabajadores individuales (STS 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013)—. Pero no hay que olvidar que estas reglas han sido suavizadas por la jurisprudencia en relación con las comisiones representativas —a las que, como se ha indicado más arriba, se ha permitido esta impugnación directa (STS de 18 de marzo de 2014, rec. 114/2013)—. Si tenemos en cuenta que es precisamente esta doctrina la que el TS toma en consideración para admitir la legitimación pasiva de la plantilla en el supuesto de autos, habrá que concluir que cabe, en efecto, que sea ésta la que impulse la revisión judicial directa del despido colectivo. En caso contrario, y parafraseando la sentencia, se haría «de peor condición al todo (*la plantilla*) que a la parte (*la comisión representativa*)».

Por supuesto, respecto de esta posibilidad resultarán de aplicación los criterios generales. La cualidad colectiva precisa para actuar en el procedimiento del art. 124 LJS corresponde, según la sentencia que se comenta, a la totalidad de la plantilla. Por tanto, habría de ser esta totalidad la que impugnara directamente el despido colectivo, sin que resultara posible acceder a esta vía por una parte de ella, eventualmente disconforme con el acuerdo alcanzado con la empresa por la mayoría (arg. ex STS de 21 de diciembre

de 2014, rec. 81/2014, de la que se deduce la falta de legitimación de los disidentes del comité de empresa, por no tener la condición de sujetos colectivos).

**b)** En un sentido diferente, y en segundo lugar, hay que excluir que la doctrina establecida por la sentencia que se comenta implique la posibilidad de admitir la legitimación pasiva de la plantilla en supuestos diferentes a los considerados por ella puesto que existe una sustancial conexión entre su admisión y la forma en que se desarrollaron las consultas en el supuesto de autos. Desde esta perspectiva, creo que no cabe utilizarla para solventar los problemas prácticos que para la empresa derivan de la interpretación establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de diciembre de 2013, rec. 28/2013, mantenida en alguna otra posterior (STS de 21 de diciembre de 2014, rec. 81/2014).

Como es sabido, estos pronunciamientos excluyen fundadamente que quepa la impugnación empresarial del despido colectivo en los casos en los que haya existido acuerdo con la representación de los trabajadores, por la imposibilidad de constituir correctamente la relación procesal. De este modo, en estos supuestos la empresa no puede obtener un pronunciamiento general de conformidad a derecho del despido colectivo, viéndose abocada a una pluralidad de procesos individuales. En este contexto, podría aparecer la tentación de intentarlo a través de una demanda frente a la plantilla, como nuevo sujeto colectivo alumbrado por la sentencia que se comenta.

No creo, sin embargo, que ello sea posible. No existe la más mínima mención en la sentencia de 23 de marzo de 2015 que permita entender que tal haya de ser una conclusión que se derive de ella. Aparte de que no existe el más mínimo dato que pueda llevarnos a pensar que el pronunciamiento esté revisando la doctrina sentada en diciembre de 2013 y confirmada después, debe tenerse en cuenta la estricta separación entre representación voluntaria y legal en la que se fundamenta. No parece, pues, que el sujeto colectivo necesario para entablar la demanda por el empresario pueda hallarse en la plantilla, en los casos en que se haya alcanzado acuerdo con los representantes.

### Sentencia de 23 de marzo de 2015

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por la representación de LUMAC, S.A. frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictada en fecha 20/diciembre/2013

[autos 401/2013 ], a instancia de la citada empresa frente a FOGASA y D. Celestino, D. Cristóbal, D. Desiderio, D. Eduardo, D. Emiliano, D. Eulalio, D. Faustino, D. Fidel, D. Gaspar, D. Guillermo, D. Hipólito, D. Imanol, D. Jacobo, D. José, D. Justo,

D. Lorenzo, D. Mariano, sobre DESPIDO COLECTIVO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández,

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de LUMAC, S.A., de la que conoció de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare: «expresamente que la decisión de extinción de los contratos de trabajado de 13 trabajadores de la empresa, adoptada previa la tramitación de un expediente de regulación de empleo, es totalmente ajustada a derecho, al haberse cumplido todos los requisitos formales y materiales inherentes a tal declaración».

**SEGUNDO.-** Admitida a tramite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 20 de diciembre de 2013 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Desestimamos la demanda, promovida por la empresa LUMAC, SA, en la que nos solicita que declaremos ajustada a derecho la extinción colectiva de 13 contratos de trabajo y (sic) absolvemos a y D. Celestino, D. Cristóbal, D. Desiderio, D. Eduardo, D. Emiliano, D. Eulalio, D. Faustino, D. Fidel, D. Gaspar, D. Guillermo, D. Hipólito, D. Imanol, D. Jacobo, D. José, D. Justo, D. Lorenzo, D. Mariano de los pedimentos de la demanda».

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- La empresa LUMAC, SA tenía una plantilla de 17 trabajadores, quienes prestaban servicios en más de una comunidad autónoma.- En la empresa demandada no hay representantes unitarios de los trabajadores. SEGUNDO.- La empresa citada promovió un procedimiento de suspensión de contratos, cuya duración prevista fue de 319 días, que afec-

tó a toda su plantilla y comenzó a ejecutarse el 13-02-2013.- Varios trabajadores interpusieron demanda contra dicha medida, que fue declarada nula por sentencias de los Juzgados de lo Social nº 1 de Albacete de 21-06-2013 y nº 3 de Albacete de 23-07-2013. TERCERO.- El 25-04-2013 la UTE SECOM suscribió un contrato con la empresa LUMAC, cuyo precio unitario ascendía a 2.121.142, 75 euros, aunque dicho contrato nunca llegó a ejecutarse. CUARTO.- El 19-07-2013 la empresa demandada notificó a todos sus trabajadores su decisión de promover un procedimiento de despido colectivo, cuyo objetivo era la extinción de todos los puestos de trabajo.- En dicha comunicación se les invitó a participar en un período de consultas, que se llevaría a cabo desde el 22-07 al 5-08-2013.- En la comunicación se les informó que la causa era económica y se les adjuntó listados de trabajadores afectados y empleados, así como su clasificación profesional y su distribución por centros de trabajo y se aclaró que no se aportaban criterios selectivos, puesto que afectaba a la totalidad de la plantilla.- Se aportó, así mismo, el listado de trabajadores mayores de 55 años. Se adjuntó a las cartas nominativas citadas la documentación siguiente: memoria; informe técnico; vidas laborales de las cuentas de cotización de Albacete y Madrid; cuentas auditadas de 2011; cuentas de 2012 y avance de 2013; declaraciones de IVA de 1-01-2011 a 30-06-2013 y cartera de pedidos a 30-06-2013.- QUINTO.- El 25-07-2013 se produce la primera reunión, a la que acuden los 17 trabajadores de la empresa, donde se les informa por primera vez, que pueden elegir una comisión ad hoc, lo que se rechaza por los trabajadores, quienes prefirieron negociar de modo conjunto, sin que la empresa les informara de las consecuencias de la falta de elección de representantes.- El 29-07 se produce nueva reunión, a la que acuden todos los trabajadores, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida, donde los trabajadores, asesorados por doña Laura de FECOMA CCOO, propusieron lo siguiente: Indemnización de 40 días año trabajado con un tope de 15 mensualidades; que la diferencia que no cubre el FOGASA por los topes legales los asuma la empresa y la

creación de una bolsa de trabajo con los trabajadores despedidos, pero en todo caso la decisión de volver a trabajar con la empresa sea siempre la decisión del trabajador.- La empresa explicó que no podía asumir las indemnizaciones solicitadas.- El 1-08-2013 se produce nueva reunión, a la que acuden 16 trabajadores, porque uno de ellos se excusó por enfermedad de un familiar, donde la empresa pide disculpas por no poder identificar a los trabajadores que pretendía excluir del despido, informa sobre una de las sentencias que anularon el ERTE y oferta una bolsa para complementar las indemnizaciones entre 2.500 y 3.000 euros, lo que no se acepta por los trabajadores.- El 5-08-2013 se produce la última reunión, a la que acuden 16 trabajadores y la empresa oferta incrementar la bolsa a 40.000 euros a repartir por los trabajadores como consideraran oportuno y estos reclaman 100.000 a repartir con arreglo a criterios de antigüedad, lo que no se acepta por la empresa.- Se pasa a votar y el resultado es de 8 a favor de la propuesta empresarial y 9 en contra, por lo que se concluyó sin acuerdo el período de consultas. SEXTO.- La empresa notificó a la DGE la conclusión del período de consultas sin acuerdo, así como su decisión de despedir a trece trabajadores.- Notificó también su decisión a todos sus trabajadores. SÉPTIMO.- El 8-08-2013 notificó las cartas de extinción de los contratos a los trece trabajadores despedidos. OCTAVO.- El importe neto en euros de la cifra de negocios de la empresa demandada ascendió a 10.332.562,81 (2011); 3.622.486,70 (2012).- Las cifras de ventas se redujeron un 72,02% respecto a 2011 y en los seis primeros meses de 2013 se redujeron un 58,13%. Sus gastos de personal en euros ascendieron a - 3.839.235,13 (2011); 1.839.287,44 (2012). Sus resultados de explotación ascendieron a 1.125.647,53 (2011); - 471.952,87 (2012). Sus resultados de ejercicio ascendieron a 517.807,75 (2011); - 401.190,95 (2012); - 170.105,42 (primer trimestre 2013) y - 223.604,24 (segundo trimestre de 2013). En el ejercicio 2011 la empresa repartió 750.000 euros de dividendos entre sus socios. Se han cumplido las previsiones legales».

**QUINTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de LUMAC, S.A., articulando su recurso en el siguiente motivo: «ÚNICO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 207.e) de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción, por interpretación errónea del art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, del art. 41.4 del citado texto legal, así como el art. 2 de la Directiva 1998/59/CE, y del art. 26 del Real Decreto 1483/12, y del art. 124.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social».

**SEXTO.-** Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo en Sala General el día 18 de marzo de 2015, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO.-** 1.- Los hechos que son objeto de debate en las presentes actuaciones son resumibles en la forma siguiente: a) la empresa «Lumac, SA» tenía una plantilla de 17 trabajadores, sin representación unitaria o sindical; b) en 19/07/13 les comunica su decisión de iniciar procedimiento de extinción colectiva de los contratos, aportándoles la oportuna documentación; c) en la primera reunión —presentes todos los trabajadores— «se les informa... que pueden elegir una comisión ad hoc, lo que se rechaza por los trabajadores, quienes prefirieron negociar de modo conjunto, sin que la empresa les informara de las consecuencias de la falta de elección de representantes»; d) al concluir sin acuerdo el período de consulta —8 trabajadores votaron a favor de la oferta empresarial y 9 en contra— en 07/08/13 la empresa notificó individualmente a cada uno de los trabajadores su decisión de proceder al despido de 13 de ellos.

2.- En fecha 24/09/13, la referida empresa presentó demanda contra —exclusivamente— los referidos 17 trabajadores, solicitando se declarase ajustada Derecho la extinción colectiva de 13 contratos de trabajo. Demanda rechazada por la SAN 20/12/13 [autos 401/13], basándose en

que «no habiéndose cumplido el procedimiento, regulado en el art. 51.2 ET, en relación con el art. 26.3 RD 1483/2012, de 29 de octubre, no es posible declarar que el despido colectivo se ajustó a derecho, porque falta uno de los requisitos constitutivos exigidos por el art. 124.10 LRJS». Es más, se sostiene por la Audiencia Nacional que la conclusión no se altera por el hecho de que más de la mitad de los trabajadores despedidos se hubiera allanado a la demanda, «por cuanto el procedimiento... es un requisito de orden público, por lo que la negociación en el periodo de consultas seguido con los trabajadores afectados, se produjo en fraude de ley».

3.- La decisión de la Audiencia nacional se recurre en casación, con denuncia de haberse interpretado erróneamente los arts. 41.4 y 51.2 ET, el art. 2 de la Directiva 1998/59/CE, el art. 26 RD 1483/12 y el art. 124.3 LRJS.

4.- Plantea el Ministerio Fiscal en su estudiado informe, la posible inexistencia de legitimación —activa y pasiva— en las presentes actuaciones, al haberse dirigido la demanda contra los trabajadores individuales de la empresa y no contra un ente colectivo, contrariando así reiterada doctrina de la Sala. Cuestión íntimamente vinculada a la que en su momento resolvió la sentencia recurrida —son caras de una misma moneda—, pues no cabe duda de que si los trabajadores tenían legitimación para negociar directamente ellos, sin necesidad de nombrar una comisión al efecto, la tutela judicial parece imponer —como veremos— que también posean legitimación procesal para defender sus derechos en el proceso colectivo que traiga causa en el acuerdo o decisión con que hubiese finalizado el proceso de extinción colectiva. Y esta doble faceta —sustantiva y procesal— de un mismo aspecto aconseja que el examen de la cuestión se haga atendiendo al orden que en la realidad se plantea la exigencia, primeramente en el sustantivo del periodo de consultas y posteriormente en el procesal de reclamación de tutela.

**SEGUNDO.-** 1.- A la fecha en que se tramita el procedimiento de extinción colectiva, la normativa aplicable al caso disponía [conforme a la redacción dada por la 3/2012, de 6/Julio]:

a).- «En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el periodo de consultas a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4» (art. 51.2 ET).

b).- «En los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación durante la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores» (art. 26.3 RD 1483/2012, de 29/Octubre; antes de la reforma operada por el RD-Ley 11/2013, de 2/Agosto).

c).- «La empresa deberá comunicar a los trabajadores la posibilidad de esta designación a la apertura del periodo de consultas, si no lo hubiera hecho antes, indicando que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento» (art. 26.3, citado).

d).- «En las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma» (art. 41.4 ET).

2.- Las normas precedentemente expuestas por fuerza llevan a discrepar del criterio seguido por la sentencia de la Audiencia Nacional. Está claro que en las empresas sin representación legal —unitaria o sindical— de los trabajadores, éstos pueden elegir entre negociar ellos mismos o hacerlo vía representativa —también unitaria o sindical— en los términos que el precepto detalla. Y aunque ciertamente el legislador refiere —para el primer supuesto— que la negociación ha de hacerse por una «comisión de un máximo de tres miembros», el hecho de que hubiesen sido todos

ellos —los 17 trabajadores de la empresa— los interlocutores en el periodo de consultas no comporta, contrariamente a lo que ha entendido la Audiencia, vicio de procedimiento que cause la nulidad de la decisión empresarial extintiva; y menos —como se razona— por el hecho de que la empresa no hubiese indicado a los trabajadores «que la falta de designación [de la comisión] no impedirá la continuación del procedimiento». En efecto:

a).- Parece evidente que la limitación numérica —tres miembros— que la ley dispone para la comisión «ad hoc», tiene el objetivo de favorecer la fluidez en las negociaciones [contraria a una negociación un tanto masificada], a la par que muy posiblemente también persiguiese procurar una cierta equiparación entre las partes en el periodo de consultas, habida cuenta de que se trata de pequeñas empresas [por ello los trabajadores no tienen tan siquiera representación legal] y es muy presumible que la empleadora acuda a negociar con escaso personal de asesoramiento [si es que le acompaña alguno].

b).- Sentado ello, no se alcanza a comprender qué suerte de derecho necesario —que no orden público como se afirma en la recurrida, pues no se trata de materia procesal— pueda argumentarse para justificar que de oficio se acuerde la nulidad de una negociación en la que todo el perjuicio que pudiera atribuirse a la desproporción numérica entre los interlocutores [de un lado el empresario, con algún asesor, y de otro los 17 trabajadores de la plantilla] sería invocable por parte de quien precisamente reclama en vía judicial que se declare la corrección del proceso.

c).- De otra parte, desde el momento en que la empresa acepta negociar con la totalidad de los trabajadores, pese a que la ley le facultaba para exigir una comisión limitada a tres miembros y le autorizaba para continuar el procedimiento sin interlocutores para el caso de aquella comisión no fuese elegida, mal puede rechazarse la validez de las reuniones llevadas a cabo por los propios trabajadores y no por los tres representantes que pudieran haber sido comisionados, habida cuenta de que es insostenible —en el campo de la representación voluntaria— negar validez a los

que se negocia «in proprio nomine» y sólo atribuírsela a la hecha por otro «in alieno nomine»; tal posibilidad únicamente existe en el ámbito de la representación legal, que el Derecho del Trabajo concreta en los numerosos preceptos que se remiten a la representación legal —unitaria y sindical—, y en los que la correspondiente actuación no puede ser llevada a cabo por los propios trabajadores afectados, sino —muy comprensiblemente— por sus representantes institucionales, más cualificados para ello que los propios afectados en las específicas materias para las que la establece.

De todas formas conviene aclarar que lo precedentemente razonado no significa que la Sala dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la negociación directa de los trabajadores, sino tan sólo que las concretas circunstancias de caso [no excesivo número de trabajadores afectados; voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente los despidos; allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...], nos llevan a excluir que tal defecto pueda comportar la consecuencia que le atribuye la decisión recurrida.

d).- Asimismo, la falta de advertencia respecto de que la no designación de la comisión «no impedirá la continuación del procedimiento» [art. 26.3 del Reglamento], solamente puede alcanzar trascendencia alguna para el supuesto de que —efectivamente— no se hubiesen llevado a cabo negociaciones durante el periodo de consultas, pero no cuando las mismas fueron acometidas; siquiera lo hubieran sido por la totalidad de la plantilla, atendiendo a su expresa y declarada voluntad.

e).- En último término, tampoco puede acogerse el defecto que el estudiado informe del Ministerio Fiscal señala, respecto de que en su comunicación inicial de 19/07/13 la empresa no indicó a los trabajadores que tenían derecho a elegir sus representantes en la forma reseñada y que lo hubiera hecho en la primera reunión, siendo así que el mandato legal de que «[l]a comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunica-

ción empresarial de inicio del procedimiento de consultas» fue introducido por el RD 11/2013, de 2/Agosto, pero tal exigencia era inexistente en la fecha en que se inició el procedimiento de autos, puesto que hasta la entrada en vigor de aquella disposición [3/Agosto], el texto legal normaba que «... la designación [de la comisión] deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo». Aparte de que, en todo caso, ese posible defecto sería puramente formal y su evidente intrascendencia sobre el resultado del proceso obsta puede atribuirse una consecuencia tan drástica como la de anular todo el procedimiento. Y con mayor motivo cuando —como está declarado probado— los trabajadores fueron en todo momento asesorados por un miembro del Sindicato CCOO.

**TERCERO.-** 1.- Justificada así la legitimación negociadora que la sentencia recurrida entiende ausente, no resta sino examinar la falta de legitimación procesal que el Ministerio Fiscal denuncia, recordando al efecto la doctrina contenida en nuestras sentencias de 26/12/13 [rco 28/13 ] y 22/12/14 [rco 81/14 ].

Conforme a los citados precedentes, dado que en los procesos colectivos el objeto de bate ofrece un interés general que afecta a un colectivo de trabajadores, la legitimación únicamente se confiere a entes colectivos o de dimensión colectiva, tal como en reiteradas ocasiones había ya tenido ocasión de manifestar la propia Sala, al afirmar que en los procesos colectivos «sólo pueden ser parte los sujetos colectivos, no los trabajadores individualmente considerados, aunque sobre ellos puedan proyectarse los efectos de la sentencia colectiva de conformidad con el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral» (así, SSTs 10/05/99 —rco 4199/96—; 15/12/00 —rco 2014/00—; 22/12/00 —rco 411/00—; y 17/06/04 —rco 149/2003—). Y en el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, al recordar con su más temprana doctrina que «el procedimiento de conflicto colectivo no es hoy sino el modo específico en que se garantiza la tutela judicial efectiva en aquellos

supuestos en que la controversia es asumida por la colectividad de los afectados y planteada a través de instrumentos colectivos» [ STC 74/1983, de 30 de julio, FJ 1] y que «[e]sa configuración del objeto del proceso... explica que el litigio se sustancie siempre entre entes colectivos o de dimensión colectiva, entre los que se incluyen los empresarios» (STC 12/2009, de 12/Enero, FFJJ 3 y 4).

A ello añadimos en las precitadas sentencias de 26/12/13 [rco 28/13 ] y 22/12/14 [rco 81/14 ] que el criterio lo ratifica el art. 124.1 LRJS, al atribuir la impugnación de los despidos colectivos a los «representantes legales de los trabajadores» [propriadamente «unitarios»] y a los «representantes sindicales»; y lo corrobora el art. 124.3 LRJS cuando en el específico proceso instado por el empresario al objeto de obtener declaración judicial de ser ajustada a derecho su decisión extintiva, proclama que «[e]starán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores».

3.- Por ello concluía tal doctrina afirmando que como la modalidad procesal del art. 124.3 LRJS «es, desde luego, una variante del proceso colectivo, tanto por su objeto, que se refiere a los pronunciamientos de carácter general que relaciona el número 2 de este precepto, como por el propio contenido de la sentencia, que el propio art. 124.3 define como declarativa... No puede admitirse la existencia de un proceso de impugnación colectiva del despido si no existe un sujeto colectivo que se ponga al despido... Si no hay sujeto colectivo en la posición de demandado y no es posible la entrada de los trabajadores individuales, hay que excluir el proceso del art. 124 LRJS... Si se parte de la premisa general de que los trabajadores individualmente considerados no pueden entrar en el proceso, hay que concluir necesariamente que la empresa demandante carece de acción para formular la pretensión...».

**CUARTO.-** 1.- No cabe duda de que la estricta aplicación de tal doctrina al supuesto de autos, en que la empresa ha demandado exclusivamente a los trabajadores afectados por la decisión extintiva colectiva, la conclusión habría de ser —como sostiene el Ministerio Fiscal— que

la reclamante carece de acción para promover el procedimiento en los términos en que lo ha hecho y que los demandados tampoco están pasivamente legitimados para ser parte en este proceso, de forma que esta consideración habría de llevar a que se desestimase la demanda por tales causas procesales y sin entrar a conocer el fondo del asunto.

2.- Ahora bien, tampoco cabe desconocer que el supuesto es un tanto singular, pues el protagonismo procesal de los trabajadores es simple consecuencia de que en la empresa no hubiese representación de los mismos, ni unitaria ni sindical, y de que ellos hubiesen optado por ser —todos— los interlocutores en el periodo de consultas. Peculiaridad ésta que no puede sino trascender al plano procesal, tal como resolvimos en la STS 18/03/14 [rc 114/13 ], cuyo criterio sobre la comisión «ad hoc» que contempla el art. 41.4 ET ha de ser extendida al caso de autos.

3.- Indicábamos en este precedente que la Ley 35/2010 [17/Septiembre] introdujo —en el art. 41.4 ET— una modalidad específica de representación de los trabajadores, denominada «comisión ad hoc», que se configura como «un órgano de representación extraordinaria, en tanto que solo surge en defecto de los mecanismos de representación legal o sindical “ordinarios”, y que puede calificarse de especializado en la medida en que tiene por exclusiva competencia la negociación que forzosamente haya de iniciarse con la propuesta empresarial amparada en los arts. 41 o 51 Estatuto de los Trabajadores». Pero —añadimos— «[s] orprendentemente, el legislador no ha tenido en cuenta esa realidad a la hora de acomodar las reglas procesales por las que ha de regirse la eventual impugnación de la decisión empresarial adoptada sin acuerdo y... al señalar a los sujetos legitimados para accionar por la vía del art. 124 LRJS, se ha limitado a mencionar a los representantes “clásicos”».

De esta forma, la aplicación literal del art. 124 LRJS «impediría la impugnación de las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical». Ahora bien, esta interpretación «supondría, no sólo vaciar

de contenido el derecho a tutela judicial efectiva que los trabajadores pueden tener desde la perspectiva colectiva, sino desvirtuar por completo el periodo previo de consultas en tanto que sobre él planearía la amenaza de que, de no alcanzarse un acuerdo con la comisión ad hoc, la decisión de la empresa devendría irrevocable, sólo pendiente de las eventuales acciones individuales de los trabajadores afectados, las cuales tienen una finalidad distinta y sirven a la tutela de intereses no comparables con los que el proceso colectivo trata de satisfacer». Y por tales razones, la precitada STS 18/03/14 llega a la conclusión que a la «comisión» constituida por los trabajadores para ser interlocutor en el periodo de consultas del procedimiento de extinción colectiva los términos debe dársele el mismo tratamiento que a los representantes de los trabajadores, pues «[n]o es factible admitir que la dinámica y alcance de las herramientas de defensa y de conflicto entre las partes sean distintas según se haya constituido o no representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo».

4.- Las anteriores afirmaciones son extensibles al supuesto de autos, porque si —en razón a la tutela judicial y a los exclusivos efectos de la legitimación del art. 124 LRJS— hemos de otorgarle entidad «colectiva» a la comisión que los trabajadores nombren —de entre ellos— para ser interlocutores en el periodo de consultas, con mayor razón habría de reconocerse la misma cualidad «colectiva» a la totalidad de la plantilla, pues —parece elemental— no cabe hacer de peor condición al todo que a la parte. Lo que nos lleva a rechazar la objeción efectuada —ciertamente no sin atendibles razones— por el Ministerio Fiscal, con la misma aclaración arriba indicada —FJ 2.2.c)— de que tal consideración que a la plantilla damos como «entidad colectiva» en orden a la legitimación procesal lo hacemos en atención a las circunstancias del caso y sin pretensión alguna de generalidad.

**QUINTO.**- Las precedentes afirmaciones nos llevan a estimar parcialmente el recurso y a revocar el pronunciamiento de instancia, por no concurrir la causa desestimatoria argumentada por la Sala de lo Social de instancia, pero sin que —como pre-

tende la empresa recurrente— decidamos sobre el fondo de la cuestión planteada y declararemos ajustada derecho la decisión extintiva objeto de la litis, pues aunque la resolución sobre el fondo sea —conforme al art. 215.c) LRJS— el pronunciamiento declarado preferente para el legislador, la complejidad que el propio debate pone de manifiesto aconseja que esa cuestión no sea resuelta por este Tribunal tan sólo con los escuetos datos de hecho que proporciona el octavo de los HDP, sino que sea la Sala de la Audiencia Nacional la que —por su inmediatez a la prueba practicada y proximidad a los términos del debate— decida sobre la justificación de la decisión extintiva en función del resultado probatorio y alegatos de las partes. Lo que se acuerda sin que haya lugar a la imposición de costas [ art. 235.2 LRJS ].

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

#### FALLO:

Que en el proceso sobre despido colectivo promovido por la representación de «LUMAC, S.A.», casamos y anulamos la sentencia que con fecha 20/Diciembre/2013 fue dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en los autos 401/13, y acordamos que por la misma se resuelva —con plena libertad de criterio— acerca de si está o no justificada la decisión extintiva que es objeto de pretensión y que ha sido planteada por

la referida empresa frente a FOGASA y D. Celestino, D. Cristobal, D. Desiderio, D. Eduardo, D. Emiliano, D. Eulalio, D. Faustino, D. Fidel, D. Gaspar, D. Guillermo, D. Hipólito, D. Imanol, D. Jacobo, D. José, D. Justo, D. Lorenzo, D. Mariano. Sin imposición de costas a la recurrente.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Jesús Gullón Rodríguez Fernando Salinas Molina María Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernández José Luis Gilolmo López Jordi Agusti Julia María Luisa Segoviano Astaburuaga José Manuel López García de la Serrana Rosa María Viroles Piñol María Lourdes Arastey Sahun Manuel Ramón Alarcón Caracuel Miguel Ángel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Jesús Souto Prieto

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico. El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

# CONSTITUCIONAL

## GEMMA FABREGAT MONFORT

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de València

(Tol 5009961)

**Cabecera:** Sentencia 66/2015, de 13 de abril de 2015. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad: utilización del criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. Discriminación por razón de edad en la elección de los trabajadores afectados en un despido colectivo

**Jurisdicción:** Constitucional

**Ponente:** *Antonio Narváez Rodríguez*

**Origen:** Tribunal Constitucional

**Fecha:** 13/04/2015

**Fecha publicación:** 22/05/2015

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Segunda

**Número Sentencia:** 66/2015

**Número Recurso:** 3875/2013

**Supuesto de hecho:** Recurso de amparo 3875-2013. Promovido por doña XXXX y tres personas más en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y un Juzgado de lo Social desestimatorias de su demanda en expediente de regulación de empleo.

## DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN LA ELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS EN UN DESPIDO COLECTIVO

### 1. ANTECEDENTES Y PARTES DEL LITIGIO

La Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril de 2015, BOE de 22 de mayo de 2015, se dicta a consecuencia del Recurso de amparo 3875-2013, promovido por cuatro trabajadoras en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y un Juzgado de lo Social desestimatorias de su demanda en expediente de regulación de empleo. Se trata de una supuesta vulneración del derecho a la igualdad por utilización del criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años como

factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo.

Los hechos relevantes para la cuestión que aquí afecta tienen que ver con lo siguiente:

a) Las demandantes de amparo venían prestando sus servicios para la empresa pública Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A (en adelante IVVSA). En fecha 2 de abril de 2012, el IVVSA comunicó a la autoridad laboral y a la representación de los trabajadores la apertura del periodo de consultas con el fin de proceder a la extinción de 252 contratos de trabajo, haciendo constar los extremos requeridos legalmente.

b) El periodo de consultas concluyó con un acta final de acuerdo de fecha 4 de mayo de 2012 en la que las partes reconocieron y aceptaron las razones económicas, productivas y organizativas, que habían negociado de buena fe, sin dolo, coacción, fraude ni abuso de derecho suscribiendo el acuerdo por el que, finalmente, quedaban afectados 211 trabajadores. Asimismo, en el acta se señalaba que, para su determinación, se atendería a los criterios de selección establecidos en la memoria, acordando el abono de las indemnizaciones en el momento de la notificación del cese a los trabajadores, la formalización del convenio especial para los mayores de 55 años y la realización de los ceses en el periodo de los cuatro meses siguientes a la terminación de las consultas.

c) Los criterios establecidos para la designación de los trabajadores afectados por los despidos fueron cuatro, sin carácter excluyente y con valoración en su caso de combinación de varios de ellos. Tales criterios fueron los siguientes:

- El criterio principal para la designación de trabajadores afectados es su pertenencia a las distintas direcciones, departamentos o unidades de trabajo que van a verse afectadas por su eliminación, así como la pertenencia a las órdenes de ejecución.

- Respecto a las direcciones, departamentos o unidades de trabajo que se mantienen y que serán objeto de reestructuración dirigido a su adecuado dimensionamiento, se tendrá en cuenta como criterios: la experiencia profesional de los trabajadores y los años de experiencia en el IVVSA, así como su polivalencia funcional, perfil y capacidades técnicas específicas para las áreas y puestos de trabajo que se quieren conservar tras la adopción de la medida extintiva, pertenencia a una categoría o grupo profesional, adscripción geográfica a los centros de Valencia, Castellón y Alicante, y todo ello vinculado a una estructura de costes sostenible.

Se tendrá en cuenta la experiencia y polivalencia de los trabajadores y que haya podido observarse en el IVVSA durante su prestación de servicios en el Instituto.

- En determinados departamentos y respecto de aquéllos puestos o funciones que presenten determinadas peculiaridades o se caractericen por su especial tecnicidad, tales como los Departamentos de Sistemas y Análisis y Programación, se acudirá principalmente a criterios relacionados con la experiencia, titulación y conocimientos específicos, tareas llevadas a cabo, conocimiento de programas y de aquéllos específicos del IVVSA, capacidad de reciclaje y adaptación, además de experiencia y polivalencia, teniendo en cuenta las necesidades que deben ser cubiertas para dar servicio al conjunto del IVVSA y nueva estructura de los Departamentos.

- Con el objetivo de establecer una nueva estructura de la plantilla que se mantenga a largo plazo en su nuevo dimensionamiento, y de ocasionar el menor perjuicio para el trabajador, se aplicará como criterio en la selección de trabajadores afectados el de aquellos trabajadores que se encuentren en una situación más próxima a la jubilación. El IVVSA suscribirá el correspondiente convenio especial con la Seguridad Social en aquéllos casos en que sea preceptivo.

d) El 11 de mayo de 2012 la empresa comunicó al comité de empresa la relación de trabajadores afectados, llevando a efecto el IVVSA, en la misma fecha, comunicación a la autoridad laboral del acuerdo con traslado de copia íntegra así como anexo de la relación de trabajadores afectados.

e) A las recurrentes en amparo se les notificó su cese de forma individual refiriendo las causas justificativas del mismo así como la inclusión en el listado de afectadas en aplicación de los criterios establecidos en el acuerdo, con abono a cada una de ellas de la cuantía acordada en relación a su antigüedad y salario.

f) Resultaron afectados por el despido todos los trabajadores de 55 o más años, a los que se les gestionó el convenio especial con la Seguridad Social.

g) Las demandantes de amparo y otra trabajadora interpusieron demanda sobre despido contra el IVVSA, y contra el presidente del comité de empresa, por entender que su despido era discriminatorio por razón de edad.

Todas las demandas fueron acumuladas a la primera presentada, autos 785-2012 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia, que, en fecha 19 de noviembre de 2012, dictó Sentencia desestimatoria por inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno en el cese de las recurrentes. Afirma el Juzgado de lo Social que «la fijación del criterio de la edad, no puede fundar la alegación de una situación discriminatoria respecto al contenido de los acuerdos libremente adoptados por las partes que negociaron el expe-

diente y en lo que se fundamenta la resolución del despido, ya que se trata de un criterio objetivo, de aplicación igual para cuantos se encuentren en tal situación, tratándose además del colectivo más próximo a la jubilación y por tanto con menores expectativas de vida laboral, llevando incluso a efecto en el propio acuerdo con la representación de los trabajadores de unos sistemas de prestaciones y mejoras, incluyendo las previsiones de abono del convenio especial con la Seguridad Social, etc.». Asimismo, señala que «las actuaciones que toman en consideración la edad pueden ser valoradas ajustadas a derecho o no en relación a las circunstancias del caso y el cuerpo de doctrina jurisprudencial referido viene a señalar que en supuestos de crisis de empresa el criterio de afectación del expediente según la proximidad a la edad de jubilación es adecuado, y todo ello valorando que en el caso de autos el citado criterio no es el único que se determina ni se acredita mínimamente que haya sido el único utilizado puesto que para ello hubiera sido preceptivo acreditar la preferencia en su caso respecto a otros trabajadores (lo que por el tipo de proceso no era factible)».

h) Contra esta Sentencia interpusieron las demandantes de amparo un recurso de suplicación que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2013. Consideró la Sala que no existía discriminación en los despidos de las cuatro recurrentes, «pues los mismos se encuadran en los criterios de selección establecidos, debiéndose tener en cuenta que razones productivas, económicas y organizativas han justificado el acuerdo de extinción colectiva alcanzado, lo que a su vez justifica la decisión empresarial sin que se aprecie indicio de discriminación» en sus despidos.

Frente a esta Sentencia se interpone el recurso de amparo que da lugar a la sentencia que aquí se analiza.

## 2. DEBATE JURÍDICO Y FUNDAMENTOS

Tras haber identificado los antecedentes y las partes, procede analizar el debate jurídico que resolverá el Tribunal Constitucional y los fundamentos jurídicos que se pondrán en cuestión.

1º) Como se ha visto, el debate de fondo tiene que ver con determinar si constituye o no discriminación por razón de edad la inclusión como trabajadores preferentes afectados por el despido colectivo a los mayores de 55 años.

Al respecto, las recurrentes fundamentan su demanda de amparo en la vulneración del derecho a la no discriminación por edad reconocido en el art. 14 CE.

Tras citar y reproducir el contenido de la jurisprudencia constitucional en materia de discriminación por edad, la sentencia recoge la parte de la demanda en las que las recurrentes insisten en que la edad ha sido incluida en el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea entre las razones por las que se prohíbe toda discriminación. Asimismo, señalan que en el ámbito nacional debe destacarse la relevancia de la nueva redacción dada por la disposición final cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, a la disposición adicional décima del Estatuto de los trabajadores, declarando nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que prevean la jubilación forzosa por cumplimiento de la edad de jubilación, disposición que viene a concretar una de las medidas contenida en la Estrategia global para empleo de los trabajadores y trabajadoras de más edad 2012-2014, publicada por resolución de 14 de noviembre de 2011 de la Secretaría de Estado de Empleo y que recoge el actual consenso de empresarios y sindicatos en la materia.

2º) Consideran las recurrentes que, de manera discriminatoria, en el ámbito específico de los despidos colectivos, continúa vigente un criterio que puede ser concretado en palabras de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011, entendiéndose que «parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte la lesión del art. 14 CE». Se oponen a ese criterio. Es más, consideran que constituye una discriminación por razón de edad, por cuanto que suponen que no hay una previsión legal que ampare el uso del criterio de la edad en actuaciones como la llevada a cabo por el IVVSA. Además, en este sentido, añaden que el Tribunal Supremo ha afirmado que la libertad empresarial de selección del personal afectado en un despido colectivo no legitima actuaciones discriminatorias.

Igualmente creen que no hay razón por la que el personal mayor de 55 años no pueda continuar trabajando con normalidad, máxime cuando le faltan muchos años para alcanzar la edad legal de jubilación, cada vez más retrasada y, en todo caso, voluntaria. Ni tampoco entienden que exista razón alguna para suponer una vinculación temporal futura mayor al personal menor de 55 años cuando no existe ningún pacto de permanencia y ese personal menor es el que, en realidad, más cambia de trabajo. De otra parte, indican, es una medida indiscriminada, referida a todo el personal mayor de 55 años y no referida a algún o algunos puestos concretos de trabajo.

Señalan también que el sacrificio que se impone con el despido al personal mayor de 55 años es desproporcionado, ya que se le priva de trabajo

y con una cobertura limitada de desempleo, complementada sólo, durante un corto período de tiempo, a una edad en que sus perspectivas de ocupación son notablemente peores que las de los trabajadores más jóvenes. Consideran, en ese sentido las demandantes, que no solo se les priva de la retribución por el puesto de trabajo cuando aún les restan muchos años para la jubilación, sino que además se les perjudica notablemente en la cuantía de las futuras pensiones, como consecuencia del despido, a lo que se añade que, a su juicio, no se les haya ofrecido la menor garantía en relación a una pensión mínima.

3º) Una vez recibidas las actuaciones, a través de diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 17 de julio de 2014, se acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Letrado de la Abogacía de la Generalitat en nombre y representación del IVVSA, y dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por término de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC.

Las recurrentes, en escrito registrado el 30 de julio de 2014, presentaron sus alegaciones ratificándose en su escrito de demanda de amparo.

El 17 de septiembre de 2014 presentó sus alegaciones el Letrado de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta de la empresa pública Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A.

Lo más relevante de estas alegaciones puede sistematizarse como sigue:

1. Manifiesta, en primer lugar, su oposición a la realidad fáctica contenida en el recurso y, en concreto, en relación con los criterios de afectación de los trabajadores, pues uno de los criterios era encontrarse en una situación próxima a la jubilación, pero hay que resaltar, que no era el único. En efecto, se señala, y eso no lo hacen las recurrentes, que este criterio fue establecido con el objetivo de disponer de una estructura de plantilla que se mantuviera a largo plazo y de ocasionar un menor perjuicio para el trabajador que fuera incluido en la relación de despedidos, previa suscripción de convenio especial con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo. El Letrado se remite a los argumentos sostenidos en las Sentencias recurridas y añade que existe un criterio consolidado jurisprudencialmente según el cual es razonable incluir como trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo a aquellos que se encuentren más próximos a la jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte lesión del art. 14 CE.

2. Además, indica, que este no ha sido el único criterio fijado para la selección de trabajadores afectados por el despido colectivo, ni tampoco el prioritario y, a continuación, analiza cómo afecta el resto de requisitos de-

terminantes de la elección de los afectados por el despido a las recurrentes, concluyendo que, efectivamente, también en su caso se cumplía otro de los requisitos determinantes puesto que estaban adscritas a Direcciones generales que iban a desaparecer.

3. En concreto, una de las afectadas estaba adscrita a la Dirección de Gestión Urbanística, que iba a desaparecer y otra estaba adscrita a la unidad de renta básica de emancipación de la Agencia Valenciana de Alquiler, que también desaparecería.

No obstante, señala también el Letrado de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, que algunos de los trabajadores de esta unidad quedaron en suspenso, y su contrato se revitalizó después como consecuencia de la encomienda de gestión que, con posterioridad se suscribió con la Consellería. En concreto, de tal Unidad fueron dos trabajadores los que consiguieron la revitalización de sus contratos; uno, licenciado en derecho, y otra, administrativa, al igual que la recurrente, pero más joven (47 años), por lo que no tenía acceso a los beneficios de los más próximos a la jubilación, y, además, con titulación superior, licenciada en psicología, en consecuencia, con mayor polivalencia funcional que la tercera recurrente (el de la polivalencia era otro criterio determinante de selección de los afectados), trabajadora del Centro de Gestión de la Vivienda Pública, que se ha visto drásticamente reducido al pasar de 70 trabajadores aproximadamente, a 40, agregando a lo expuesto que, de los 30 afectados, 10 eran mayores de 55 años y todos ellos, en base, primero, a la referida reestructuración y, después, a su edad, han sido incluidos en el expediente de regulación de empleo. Por último, la cuarta recurrente estaba adscrita a la encomienda de gestión del plan estratégico valenciano, que también iba a desaparecer.

4) El letrado concluye señalando que ha existido un pleno cumplimiento de la legalidad en la fijación del criterio de selección a los trabajadores más próximos a la edad de jubilación, habiéndose aplicado por igual a todos los trabajadores que se encontraban en la misma situación jurídica y sometidos al mismo régimen jurídico. Indica también que en el despido colectivo han sido incluidos los 35 trabajadores mayores de 55 años pero no hay que olvidar tampoco que, del total de una plantilla de 238 trabajadores, fueron incluidos 211.

4º) Por su parte, el Ministerio Fiscal, en escrito registrado el día 23 de septiembre de 2014, presentó sus alegaciones interesando que fuera denegado el amparo solicitado. Y ello por lo siguiente:

1). Comienza su escrito el Fiscal recordando los antecedentes de este asunto y el contenido de las Sentencias recurridas. Señala que las razones esgrimidas para justificar el acogimiento de la edad de 55 años o más como

causa de despido objetivo han sido dos, de un lado que eran trabajadores que por estar más próximos a la edad de jubilación su permanencia era más gravosa para la empresa, pues cesarían más pronto en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje. Y la segunda, que la medida era la que causaba menos perjuicio a los trabajadores por encontrarse en una situación más próxima a la jubilación, lo que determinaría que la empleadora suscribiera el convenio correspondiente con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo legalmente, no discutiéndose que tal convenio se haya celebrado en relación a las trabajadoras recurrentes.

2). Indica también el Ministerio Fiscal, que se previó además una mejora voluntaria de prestaciones en función del colectivo y tramos de edad a partir de la edad de 45 años, siendo el último tramo entre 58 y 61 años con una cuota mensual bruta de 849 euros desde el acceso a la prestación de desempleo durante un período de doce meses, así como por otro período más corto, de ocho meses y medio, para los trabajadores entre 50 y 57 años.

3). Al respecto de los motivos mencionado por el IVVSA a los que me acabo de referir, afirma el Ministerio Fiscal, lo siguiente:

a.- a propósito del primero, el de garantizar la estabilidad de la plantilla, no parece muy convincente pues dado el gran número de trabajadores despedidos y la constitución de bolsas de trabajo, que también se contemplan, los costes de formación y aprendizaje a que se alude serían meramente retóricos.

b.- No obstante, el segundo de los motivos, a juicio del Ministerio Fiscal, sí parece basarse en causas objetivas y generales, pues es cierto que el colectivo de trabajadores mayores de 55 años en los supuestos de despidos colectivos cuentan con una mayor protección social que los demás trabajadores. Como también es verdad que con la suscripción de convenios especiales se posibilita acceder a la jubilación anticipada, eso sí con los coeficientes reductores pertinentes.

c.- Es cierto, añade, que su situación es peor que la que tendrían si continuaran en su puesto de trabajo, pero es mejor que la de los trabajadores despedidos de menos edad, debiendo relativizarse las dificultades de acceso al trabajo de los trabajadores de más de 55 años, pues de un lado, existen medidas legales para favorecerlo y por otra parte en las actuales circunstancias dichas dificultades afectan a gran parte de los trabajadores, por lo que no puede compartirse el criterio de la demanda de que el sacrificio que se les impone sea desproporcionado.

d.- Por ello, afirma, la elección de los trabajadores que cuentan con mayor protección social que se ha producido en este supuesto cumple los requisitos de justificación y proporcionalidad exigidos constitucionalmente.

### 3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

La postura del Tribunal Constitucional en torno al debate que se ha expuesto va a ser clara y resolverá considerando que la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado al ir acompañado, en este caso concreto, de una serie de medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral.

En efecto, se trata de una decisión matizada.

Partiendo de entender que la edad como factor de discriminación ha sido considerada por el TC como una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE —y que por otra parte en el ámbito laboral ratifica el art. 17 ET—, el TC insiste en que resulta imprescindible someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto. En ese sentido, se refuerza la idea de que sólo se puede fundar un tratamiento diferenciado en base a estos motivos, incluido la edad, cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, lo que al final exige analizar las circunstancias concretas que se dan en cada supuesto.

La empresa da, como avanzaba, dos motivos en ese sentido:

El primero, que la permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación le era más gravosa, pues habían de cesar antes en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje;

El segundo y último, que la medida adoptada era la que menos perjuicio podía ocasionar a los propios trabajadores, pues los que respondieran a aquel criterio se hallarían en una situación más próxima a la jubilación y tal circunstancia determinaría que la empresa suscribiera el convenio especial correspondiente con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo legalmente.

Al respecto de si estas dos razones constituyen un sacrificio proporcionado o si por el contrario carece de esa necesaria proporcionalidad para dar cobertura a la decisión empresarial desde el punto de vista de la prohi-

bición de discriminación contenida en el art. 14 CE., el TC viene a decir lo que sigue:

Por lo que se refiere a la primera, el TC coincide con el Ministerio Fiscal a la hora de entender que el motivo de los gastos en formación a los que alude la empresa para que los trabajadores afectados por el despido sean los de mayor edad, en el sentido de que así cuando se jubilen no habrá que sustituirlos por trabajadores más jóvenes a los que dar formación, es un motivo que carece de envergadura suficiente a esos efectos. De hecho, incluso tácitamente el TC parece ratificar la calificación de este gasto como retórico, tal y como expresamente lo define el propio Ministerio Fiscal cuando se pronuncia a propósito de estos costes de formación derivados de la jubilación de cuatro trabajadores, puesto que se entiende que son escasamente significativos si se evalúan dentro de un procedimiento de despido colectivo que afecta a 211 trabajadores.

No obstante, y en el mismo sentido que el Ministerio Fiscal, el TC es más condescendiente a la hora de evaluar la justificación y proporcionalidad del segundo motivo alegado por la empresa. En efecto, el hecho de que la empresa adopte medidas compensatorias del perjuicio que para los trabajadores supone el despido, parece a juicio del TC motivo suficiente para justificar la elección de los trabajadores de edad más próxima a la jubilación como colectivo afectado por el despido sin concurrencia de discriminación.

Al respecto hay que tener en cuenta que, en primer lugar, el de la edad no fue el único requisito que tomó en consideración la empresa a la hora de determinar quiénes se iban a ver afectados por el despido, sino que junto con el mismo también se tuvo en cuenta el hecho de que ciertos departamentos de la empresa se fueran a extinguir, así como la polivalencia funcional de los trabajadores de cada uno de esos departamentos; y, en segundo lugar, y de forma más relevante, no hay tampoco que olvidar que el criterio de la edad va acompañado de una serie de medidas que consiguen paliar los daños que un despido produce en el trabajador, al compensarle la empresa parcialmente la disminución de ingresos que genera la pérdida del trabajo y suscribir los correspondientes convenios especiales con la Seguridad Social para cada uno de los afectados.

En efecto, IVVSA, cumple con cuanto exige el art. 51.9 ET, en el sentido de suscribir el convenio especial en los términos previstos en la LGSS que permite al trabajador afectado por el despido generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando. Pero además, con la misma finalidad de atenuar en los trabajadores afectados el efecto perverso que ocasiona un despido colectivo, la empresa adopta una medida compensatoria más al pactar mejoras voluntarias en la prestación de des-

empleo de los afectados. Todo ello sin perjuicio de que una vez agotada la prestación por desempleo los trabajadores mayores de 55 años que no tengan rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional y que la renta media de su unidad familiar no supere tampoco esa cantidad, puedan percibir un subsidio por desempleo hasta cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación (art. 215.1.3 LGSS).

#### 4. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

La relevancia de esta sentencia es evidente por cuanto establece una interpretación esencial a propósito de la edad como elemento determinante en la elección de los afectados por un despido colectivo.

En efecto, tal y como las propias recurrentes alegan, el pronunciamiento de la concurrencia de discriminación o no en la elección del requisito de la edad como factor a considerar en la elección de los trabajadores afectados por el despido, es relevante por lo siguiente:

1. En primer lugar, por la repercusión social de la temática planteada en un momento en que la crisis económica se traduce en un número muy importante de despidos, articulados en muchos casos a través de despidos colectivos, en los que se establecen criterios de selección del personal que en la realidad descargan por diversas razones de manera más intensa sobre las personas de más edad.

2. En segundo lugar, porque la problemática planteada en este recurso no había sido abordada por el TC, que se había pronunciado sobre diversos supuestos de discriminación por edad, pero no en el marco de los despidos colectivos.

3. Y, finalmente, por la importancia de la intervención del TC desde su especial perspectiva de definidor de los derechos constitucionales del trabajador en el día a día de las relaciones laborales.

Ciertamente, como dice la propia sentencia, la edad como factor de discriminación es reconducible a una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE. Y en ese sentido, y teniendo en cuenta la necesidad de someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto, en su aplicación práctica se llegado por parte del TC a soluciones diversas, siempre de acuerdo con el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad, y en correspondencia con la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados, tanto en procesos de amparo constitucional como de control de normas con rango

de ley (entre otras, SSTC 190/2005, 7 de julio; 247/2005, de 7 de noviembre; 280/2006, de 9 de octubre; 341/2006, de 11 de diciembre; 63/2011, de 16 de mayo; 79/2011, de 6 de junio; 117/2011, de 4 de julio, y 161/2011, de 19 de octubre).

La importancia de la sentencia, pues, radica en que si bien se parte de que no es posible establecer al respecto de la edad una doctrina absoluta, en el sentido de que no hay una admisión general de la edad como factor determinante ni tampoco una prohibición taxativa de su uso como elemento de selección en un despido, el TC sí fija una pauta de cómo y en que condiciones puede ser admisible seleccionar a los despedidos según su proximidad a la jubilación sin que ello resulte constitutivo de una discriminación por razón de edad. Fija los condicionantes y los requisitos que en atención a las circunstancias concurrentes pueden hacer que la edad como factor diferenciador resulte constitucionalmente admisible.

## 5. ANÁLISIS JURÍDICO

Pues bien, la consideración a la que llega el TC tras analizar desde la justificación estricta y la proporcionalidad el supuesto enjuiciado, no solo me parece acertada sino necesaria desde la perspectiva clarificadora de los criterios de selección de trabajadores afectados por el despido colectivo.

En efecto, si la delimitación de la objetividad en los requisitos determinantes para la elección de los trabajadores afectados por los despidos desde siempre ha sido una cuestión poco pacífica, la controversia se intensifica si, además, entra en concurrencia, como ocurre en este caso, un elemento que puede presumirse constitutivo de discriminación, como es el de la edad.

Al respecto, la sentencia del TC que aquí se analiza resulta clarificadora. No tanto porque realiza un análisis exhaustivo del requisito de la edad desde la consideración de un factor susceptible de generar discriminación, sino porque creo que sitúa el debate donde debe estar: en el análisis concreto de cada supuesto de hecho.

Así, el TC sin negar que la edad puede ser un elemento constitutivo de discriminación, impone someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto, insistiendo, en esa línea y en consecuencia con ello, en que la edad solo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad.

En el caso enjuiciado esa proporcionalidad, en opinión del TC, no está justificada por el mayor coste en formación que supondría tener que contratar a otros trabajadores cuando los hoy más cercanos a la edad de jubilación

efectivamente se jubilen, lo que se considera irrisorio por parte del TC, pese a lo que alega la empresa; pero sí que lo está, por el contrario, a juicio del TC en atención al segundo motivo que alega la empresa, puesto que este se considera suficiente y adecuado en los términos expuestos como para que en el despido se tenga en cuenta, entre otros criterios determinantes para la elección de los trabajadores afectados, el de la mayor edad o mayor proximidad a la edad de jubilación.

En ese sentido, la suscripción de un convenio especial con la seguridad social por parte de la empresa; y la compensación con una cantidad a tanto alzado la prestación de desempleo de los trabajadores, como mejora voluntaria, se considera por el TC atenuantes suficientes del perjuicio que a un trabajador le supone dejar de estar en activo.

Y es por eso que se considera que la elección de trabajadores próximos a la edad de jubilación resulta, en ese caso concreto, proporcionada y no constitutiva de discriminación.

Las medidas que mitigan el perjuicio, por su proporcionalidad y justificación, hacen que a juicio del TC la elección de los trabajadores de mayor edad se entienda ajustada a derecho y no constitutiva de una discriminación prohibida ex. art. 14 CE

## 6. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA

Las consecuencias jurídicas, incluso en el plano práctico, de la doctrina que se desprende de la sentencia comentada son evidentes y haciendo una rápida enumeración podríamos deducir las siguientes:

1ª) La determinación de cuando los criterios que determinan la elección de los trabajadores afectados por el despido son constitutivos de discriminación, en general, no es algo solucionable a priori, sino que se condiciona en la mayoría de las ocasiones a las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto.

2º) Determinados motivos de discriminación a los que hace referencia el art. 14 CE no constituyen en si mismo un listado cerrado pero sí resultan ejemplificativos de las razones de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población en posiciones discriminatorias, desventajosas y contrarias a la dignidad.

3º) La edad, como factor de discriminación, tiene encaje en esa fórmula abierta con la que cierra la regla de la prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización como

factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto, tal y como para el ámbito laboral confirma el art. 17 ET.

4º) De acuerdo con lo anterior, la edad, como elemento determinante de selección de los trabajadores afectados por el despido no será constitutivo de una discriminación únicamente si concurren exigencias rigurosas que justifiquen la elección de la edad como criterio y existe además en su adopción una estricta proporcionalidad entre la necesidad de la medida adoptada y su motivo o razón de ser.

5º) La firma del convenio especial con la seguridad social; y la fijación de una cuantía compensatoria del perjuicio económico que a los trabajadores les va a suponer perder el trabajo a consecuencia de su inclusión entre los afectados por el despido colectivo, se considera en este caso motivo suficiente por el TC para entender que la selección de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación a efectos de su inclusión en el despido no constituye una discriminación por razón de edad.

En ese sentido, las medidas que la empresa adopta para minimizar los perjuicios ocasionados al trabajador constituyen a juicio del TC motivo suficiente para entender que en el caso que enjuicia la STC 66/2015 la selección de los trabajadores afectados en función, entre otros motivos, de su edad, resulta justificado, proporcionado y no contrario al art. 14 CE.

### **Sentencia núm. 66/2015, de 22 de mayo de 2015**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asúa Batarrita, Presidenta; don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro González-Treviño Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3875-2013, promovido por doña XXXX, doña XXXX, doña XXXX y doña XXXX, representados por la Procuradora de los Tribunales doña XXXX y asistidos por el Abogado don XXXX, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2013, por la que se desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juz-

gado de lo Social núm. 1 de Valencia de 19 de noviembre de 2012. Han intervenido el Letrado de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta de la empresa pública Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

1. La Procuradora de los Tribunales doña XXXX, en nombre y representación de doña XXXX, doña XXXX, doña XXXX y doña XXXX, bajo la dirección del Letrado don XXXX, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento mediante escrito registrado en este Tribunal el 21 de junio de 2013, por entender vulnerado el derecho a la

no discriminación por razón de edad reconocido en el art. 14 CE.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso, relevantes para su resolución, son los siguientes:

a) Las demandantes de amparo venían prestando sus servicios para la empresa pública Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A. En fecha 2 de abril de 2012 el Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., comunicó a la autoridad laboral y a la representación de los trabajadores la apertura del período de consultas con el fin de proceder a la extinción de 252 contratos de trabajo, haciendo constar los extremos requeridos legalmente.

b) El período de consultas concluyó con un acta final de acuerdo de fecha 4 de mayo de 2012 en la que las partes reconocieron y aceptaron las razones económicas, productivas y organizativas, que habían negociado de buena fe, sin dolo, coacción, fraude ni abuso de derecho suscribiendo el acuerdo por el que, finalmente, quedaban afectados 211 trabajadores. Asimismo, en el acta se señalaba que, para su determinación, se atendería a los criterios de selección establecidos en la memoria, acordando el abono de las indemnizaciones en el momento de la notificación del cese a los trabajadores, la formalización del convenio especial para los mayores de 55 años y la realización de los ceses en el período de los cuatro meses siguientes a la terminación de las consultas.

c) Los criterios establecidos para la designación de los trabajadores afectados por los despidos fueron cuatro, sin carácter excluyente y con valoración en su caso de combinación de varios de ellos. Tales criterios fueron los siguientes:

«- El criterio principal para la designación de trabajadores afectados es su pertenencia a las distintas direcciones, departamentos o unidades de trabajo que van a verse afectadas por su eliminación, así como la pertenencia a las órdenes de ejecución (encomienda). De esta forma, se verán afectados por la extinción aquellos trabajadores pertenecientes a las direcciones, departamentos o unidades de trabajo de líneas de actividad que se suprimen, y en concreto se verán afectados los trabajadores pertenecientes a las siguientes:

Dirección de Comunicación.

Dirección de Gestión Urbanística.

Dirección de Infraestructuras.

Dirección de Ordenación Urbanística.

Dirección de Gestión y Venta de Inmuebles.

Departamento de Unidad de Apoyo Técnico del Área de Suelo.

Departamento de Seguridad y Salud Obras del Área del Suelo.

Unidad de Contratación de la Dirección de Asesoría Jurídica y Contratación.

Unidad de protección de Datos de la Dirección de Asesoría Jurídica y Contratación.

Unidad de servicios, suministros y actividad preventiva de la Dirección de Recursos Humanos.

Unidad de Renta Básica de Emancipación de la Dirección Agencia Valenciana de Alquiler.

Unidad de mediación y alquileres de la Dirección Agencia Valenciana de Alquiler.

Unidad de Gestión en Alicante de la dirección Centro de Gestión de Vivienda Pública.

Departamento de Gestión de Suelo Público de la dirección Centro de Gestión de Vivienda Pública.

Sin perjuicio de lo anterior, en determinados supuestos excepcionales en los que en principio el trabajador quedaría afecto a la extinción en base a su vinculación a direcciones, departamentos o unidades que se suprimen, podrá hacerse prevalecer criterios de experiencia y polivalencia, a fin de realizar una adecuada reestructuración del IVVSA en su conjunto, primando criterios de experiencia y polivalencia, en los términos indicados en el siguiente apartado.

- Respecto a las direcciones, departamentos o unidades de trabajo que se mantienen y que serán objeto de reestructuración dirigido a su adecuado dimensionamiento, se tendrá en cuenta como criterios: la experiencia profesional de los trabajadores y los años de experiencia en el IVVSA, así como su polivalencia funcional, perfil y capacidades técnicas específicas para las áreas y puestos de trabajo que se quieren conservar tras la adopción de la medida extintiva, pertenencia a una categoría o grupo profesional, adscripción geográfica a los centros de Valencia, Castellón y Alicante, y todo ello vinculado a una estructura de costes sostenible. Se tendrá en cuenta la ex-

perencia y polivalencia de los trabajadores y que haya podido observarse en el IVVSA durante su prestación de servicios en el Instituto.

- En determinados departamentos y respecto de aquéllos puestos o funciones que presenten determinadas peculiaridades o se caractericen por su especial tecnicidad, tales como los Departamentos de Sistemas y Análisis y Programación, se acudirá principalmente a criterios relacionados con la experiencia, titulación y conocimientos específicos, tareas llevadas a cabo, conocimiento de programas y de aquéllos específicos del IVVSA, capacidad de reciclaje y adaptación, además de experiencia y polivalencia, teniendo en cuenta las necesidades que deben ser cubiertas para dar servicio al conjunto del IVVSA y nueva estructura de los Departamentos.

- Con el objetivo de establecer una nueva estructura de la plantilla que se mantenga a largo plazo en su nuevo dimensionamiento, y de ocasionar el menor perjuicio para el trabajador, se aplicará como criterio en la selección de trabajadores afectados el de aquellos trabajadores que se encuentren en una situación más próxima a la jubilación. El IVVSA suscribirá el correspondiente convenio especial con la Seguridad Social en aquéllos casos en que sea preceptivo.»

d) El 11 de mayo de 2012 la empresa comunicó al comité de empresa la relación de trabajadores afectados, llevando a efecto el Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., en la misma fecha comunicación a la autoridad laboral del acuerdo con traslado de copia íntegra así como anexo de la relación de trabajadores afectados.

e) A las recurrentes en amparo se les notificó su cese de forma individual refiriendo las causas justificativas del mismo así como la inclusión en el listado de afectadas en aplicación de los criterios establecidos en el acuerdo, con abono a cada una de ellas de la cuantía acordada en relación a su antigüedad y salario.

f) Resultaron afectados por el despido todos los trabajadores de 55 o más años, a los que se les gestionó el convenio especial con la Seguridad Social.

g) Las demandantes de amparo y otra trabajadora interpusieron demanda sobre despido

contra el Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., y contra don XXXX, como presidente del comité de empresa, por entender que su despido era discriminatorio por razón de edad. Todas las demandas fueron acumuladas a la primera presentada, autos 785-2012 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia, que, en fecha 19 de noviembre de 2012, dictó Sentencia desestimatoria por inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno en el cese de las recurrentes. Afirma el Juzgado de lo Social que «la fijación del criterio de la edad, no puede fundar la alegación de una situación discriminatoria respecto al contenido de los acuerdos libremente adoptados por las partes que negociaron el expediente y en lo que se fundamenta la resolución del ERE, ya que se trata de un criterio objetivo, de aplicación igual para cuantos se encuentren en tal situación, tratándose además del colectivo más próximo a la jubilación y por tanto con menores expectativas de vida laboral, llevando incluso a efecto en el propio acuerdo con la representación de los trabajadores de unos sistemas de prestaciones y mejoras, incluyendo las previsiones de abono del convenio especial con la Seguridad Social, etc.». Asimismo, señala que «las actuaciones que toman en consideración la edad pueden ser valoradas ajustadas a derecho o no en relación a las circunstancias del caso y el cuerpo de doctrina jurisprudencial referido viene a señalar que en supuestos de crisis de empresa el criterio de afectación del expediente según la proximidad a la edad de jubilación es adecuado, y todo ello valorando que en el caso de autos el citado criterio no es el único que se determina ni se acredita mínimamente que haya sido el único utilizado puesto que para ello hubiera sido preceptivo acreditar la preferencia en su caso respecto a otros trabajadores (lo que por el tipo de proceso no era factible)».

h) Contra esta Sentencia interpusieron las demandantes de amparo un recurso de suplicación que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2013. Consideró la Sala que no existía discriminación en los despidos de las cuatro recurrentes, «pues

los mismos se encuadran en los criterios de selección establecidos, debiéndose tener en cuenta que razones productivas, económicas y organizativas han justificado el acuerdo de extinción colectiva alcanzado, lo que a su vez justifica la decisión empresarial sin que se aprecie indicio de discriminación» en sus despidos.

Frente a esta Sentencia se interpone el presente recurso de amparo.

3. Las recurrentes fundamentan su demanda de amparo en la vulneración del derecho a la no discriminación por edad reconocido en el art. 14 CE.

Tras citar y reproducir el contenido de la jurisprudencia constitucional en materia de discriminación por edad, recuerda la demanda que la edad ha sido incluida en el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea entre las razones por las que se prohíbe toda discriminación. Asimismo, señala que en el ámbito nacional debe destacarse la relevancia de la nueva redacción dada por la disposición final cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, a la disposición adicional décima del Estatuto de los trabajadores, declarando nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que prevean la jubilación forzosa por cumplimiento de la edad de jubilación, disposición que viene a concretar una de las medidas contenida en la Estrategia global de para empleo de los trabajadores y trabajadoras de más edad 2012-2014 publicada por resolución de 14 de noviembre de 2011 de la Secretaría de Estado de Empleo y que recoge el actual consenso de empresarios y sindicatos en la materia.

A juicio de las recurrentes, a pesar de la evidente evolución que ha habido tanto en los textos normativos como en los criterios judiciales en relación con la discriminación por edad, sin embargo, en el ámbito específico de los despidos colectivos, continúa vigente un criterio que puede ser concretado en palabras de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 según el cual, «parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y,

consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte la lesión del art. 14 CE».

En contra de dicho criterio, sostienen las recurrentes que el empleo de la edad superior a los 55 años como factor determinante del cese de las demandantes, en cuanto integrantes del colectivo de empleados de la empresa mayores de esa edad, constituye un caso evidente de actuación discriminatoria que debe, en consecuencia, ser declarado como despido nulo. Esta conclusión se justifica, en primer lugar, porque no hay una previsión legal que ampare el uso del criterio de la edad en actuaciones como la llevada a cabo por la empresa. Además, en este sentido, añaden que el Tribunal Supremo ha afirmado que la libertad empresarial de selección del personal afectado en un despido colectivo no legitima actuaciones discriminatorias.

A continuación, afirman las recurrentes que la actuación empresarial impugnada carece de justificación objetiva. No hay razón por la que el personal mayor de 55 años no pueda continuar trabajando con normalidad, máxime cuando le faltan muchos años para alcanzar la edad legal de jubilación, cada vez más retrasada y, en todo caso, voluntaria. Ni tampoco hay razón alguna para suponer una vinculación temporal futura mayor al personal menor de 55 años cuando no existe ningún pacto de permanencia y ese personal menor es el que, en realidad, más cambia de trabajo. De otra parte, indican, es una medida indiscriminada, referida a todo el personal mayor de 55 años y no referida a algún o algunos puestos concretos de trabajo.

Señalan también que el sacrificio que se impone con el despido al personal mayor de 55 años es desproporcionado, ya que se le priva de trabajo y con una cobertura limitada de desempleo, complementada sólo, durante un corto período de tiempo, a una edad en que sus perspectivas de ocupación son notablemente peores que las de los trabajadores más jóvenes. A las ahora demandantes no solo se les priva de la retribución por el puesto de trabajo cuando aún les restan muchos años para la jubilación, sino que además se les perjudica notablemente en la cuantía de

las mismas, como consecuencia del despido, a lo que se añade que, a su juicio, no se les haya ofrecido la menor garantía en relación a una pensión mínima.

Por último, las recurrentes justifican la especial trascendencia constitucional de la cuestión que se plantea en este recurso en cuatro razones. En primer lugar, por la relevante y general repercusión social de la temática planteada en un momento en que la crisis económica se traduce en cientos de miles de despidos, articulados en muchos casos a través de despidos colectivos, en los que se establecen criterios de selección del personal que en la realidad descargan por diversas razones de manera más intensa sobre las personas de más edad. En segundo lugar, porque la problemática planteada en este recurso no ha sido tratada por este Tribunal que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre diversos supuestos de discriminación por edad, pero no en el marco de los despidos colectivos. En tercer lugar, porque en los tribunales competentes perduran unos criterios que chocan con los criterios generales de este Tribunal, en aplicación de la Constitución y la normativa internacional. Y, finalmente, porque la problemática aquí planteada ha sido objeto de importantes novedades, tanto legales a nivel internacional y nacional, como judiciales, que requieren de la intervención de este Tribunal desde su especial perspectiva de definidor de los derechos constitucionales.

4. Por providencia de 7 de abril de 2014, la Sala Segunda acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), requerir a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, para que en el plazo de diez días remitiera certificación o copia averada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 561-2013. Igualmente se acordó dirigir comunicación al Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o copia averada de las actuaciones correspondientes a los autos 785/2012, debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días pudieran com-

parecer en el recurso de amparo a quiénes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo.

5. Por escrito presentado el 28 de mayo de 2014 en el Registro General de este Tribunal, se personó en el recurso de amparo el Letrado de la Abogacía General de la Generalitat de Valencia.

6. Una vez recibidas las actuaciones, a través de diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 17 de julio de 2014, se acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Letrado de la Abogacía de la Generalitat en nombre y representación del Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., y dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por término de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC.

7. Las recurrentes, en escrito registrado el 30 de julio de 2014, presentaron sus alegaciones ratificándose en su escrito de demanda de amparo.

8. El 17 de septiembre de 2014 presentó sus alegaciones el Letrado de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta de la empresa pública Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A.

Manifiesta, en primer lugar, su oposición a la realidad fáctica contenida en el recurso y, en concreto, en relación con los criterios de afectación de los trabajadores, pues uno de los criterios era encontrarse en una situación próxima a la jubilación, pero hay que resaltar, señala, y eso no lo hacen las recurrentes, que este criterio fue establecido con el objetivo de disponer de una estructura de plantilla que se mantuviera a largo plazo y de ocasionar un menor perjuicio para el trabajador que fuera incluido en la relación de despidos, previa suscripción de convenio especial con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo.

El Letrado se remite a los argumentos sostenidos en las Sentencias recurridas y añade que existe un criterio consolidado jurisprudencialmente según el cual es razonable incluir como trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo a aquellos que se encuentren más

próximos a la jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte lesión del art. 14 CE.

Además, indica que este no ha sido el único criterio fijado para la selección de trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo, ni tampoco el prioritario y, a continuación, analiza lo que ocurrió con cada una de las recurrentes. Así, doña XXXX estaba adscrita a la Dirección de Gestión Urbanística, que iba a desaparecer. Doña XXXX estaba adscrita a la unidad de renta básica de emancipación de la Agencia Valenciana de Alquiler, que también desaparecería. No obstante, señalaba también, que algunos de los trabajadores de esta unidad quedaron en suspenso, y su contrato se revitalizó después como consecuencia de la encomienda de gestión que, con posterioridad se suscribió con la Consejería. En concreto de tal Unidad fueron dos trabajadores los que consiguieron la revitalización de sus contratos; uno, licenciado en derecho, y otra, administrativa, al igual que la recurrente, pero más joven (47 años), por lo que no tenía acceso a los beneficios de los más próximos a la jubilación, y, además, con titulación superior, licenciada en psicología, en consecuencia, con mayor polivalencia funcional que la recurrente. Doña XXXX, trabajadora del Centro de Gestión de la Vivienda Pública, que se ha visto drásticamente reducido al pasar de 70 trabajadores aproximadamente, a 40, agregando a lo expuesto que, de los 30 afectados, 10 eran mayores de 55 años y todos ellos, en base, primero, a la referida reestructuración y, después, a su edad, han sido incluidos en el expediente de regulación de empleo. Por último, doña XXXX, adscrita a la encomienda de gestión del plan estratégico valenciano, que también iba a desaparecer.

Concluye señalando que ha existido un pleno cumplimiento de la legalidad en la fijación del criterio de selección a los trabajadores más próximos a la edad de jubilación, habiéndose aplicado por igual a todos los trabajadores que se encontraban en la misma situación jurídica y sometidos al mismo régimen jurídico. Indica también que en el expediente de regulación de empleo han sido incluidos los 35 trabajadores mayores de 55

años pero no hay que olvidar tampoco que, del total de una plantilla de 238 trabajadores, fueron incluidos 211 en el expediente de regulación de empleo.

9. Por su parte, el Ministerio Fiscal, en escrito registrado el día 23 de septiembre de 2014, presentó sus alegaciones interesando que fuera denegado el amparo solicitado.

Comienza su escrito el Fiscal recordando los antecedentes de este asunto y el contenido de las Sentencias recurridas. Señala que las razones esgrimidas para justificar el acogimiento de la edad de 55 años o más como causa de despido objetivo han sido dos, de un lado que eran trabajadores que por estar más próximos a la edad de jubilación su permanencia era más gravosa para la empresa, pues cesarían más pronto en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje. Y, la segunda, que la medida era la que causaba menos perjuicio a los trabajadores por encontrarse en una situación más próxima a la jubilación, lo que determinaría que la empleadora suscribiera el convenio correspondiente con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo legalmente, no discutiéndose que tal convenio se haya celebrado en relación a las trabajadoras recurrentes.

Indica, también, que se previó además una mejora voluntaria de prestaciones en función del colectivo y tramos de edad a partir de la edad de 45 años, siendo el último tramo entre 58 y 61 años con una cuota mensual bruta de 849 euros desde el acceso a la prestación de desempleo durante un período de doce meses, así como por otro período más corto, de ocho meses y medio, para los trabajadores entre 50 y 57 años.

Afirma el Ministerio Fiscal que la primera de las razones esgrimidas, la de garantizar la estabilidad de la plantilla, no parece muy convincente pues dado el gran número de trabajadores despedidos y la constitución de bolsas de trabajo, que también se contemplan, los costes de formación y aprendizaje a que se alude eran meramente retóricos.

La segunda de ellas, a su juicio, sí parece basarse en causas objetivas y generales pues es cierto que el colectivo de trabajadores mayores de 55 años en los supuestos de despidos colectivos cuentan con una mayor protección social que los demás trabajadores y que con la suscripción de convenios especiales se posibilita acceder a la jubilación anticipada, eso sí con los coeficientes reductores pertinentes.

Es cierto, añade, que su situación es peor que la que tendrían si continuaran en su puesto de trabajo, pero es mejor que la de los trabajadores despedidos de menos edad, debiendo relativizarse las dificultades de acceso al trabajo de los trabajadores de más de 55 años, pues de un lado, existen medidas legales para favorecerlo y así se recoge en la demanda y por otra parte en las actuales circunstancias dichas dificultades afectan a gran parte de los trabajadores, por lo que no puede compartirse el criterio de la demanda de que el sacrificio que se les impone sea desproporcionado. Por ello, afirma, la elección de los trabajadores que cuentan con mayor protección social que se ha producido en este supuesto cumple los requisitos de justificación y proporcionalidad exigidos constitucionalmente.

10. Por providencia de 9 de abril de 2015, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 13 del mismo mes y año.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Las demandantes de amparo imputan a las resoluciones impugnadas la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de edad (art. 14 CE). Afirman que la utilización del criterio de la edad superior a 55 años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo constituye un caso evidente de actuación discriminatoria. Consideran que la utilización de este criterio carece de justificación objetiva y supone un sacrificio desproporcionado para el personal mayor de 55 años, ya que se les priva de trabajo con una cobertura limitada de desempleo —complementada solo durante un corto período de tiempo— a una edad en que sus perspectivas de ocupación

son notablemente peores que las de los trabajadores más jóvenes.

El Letrado de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta de la empresa pública Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., para la que prestaban servicios las recurrentes, interesa la desestimación del recurso de amparo. Señala que uno de los criterios utilizados para la selección de los trabajadores despedidos fue el de tener una edad próxima a la jubilación con el objetivo de establecer una estructura de plantilla que se mantuviera a largo plazo y de ocasionar un menor perjuicio para el trabajador afectado por el expediente, previa suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo, añadiendo a lo expuesto que existe un criterio consolidado jurisprudencialmente según el cual es razonable incluir como trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo a aquellos que se encuentren más próximos a la jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales más cortas, sin que ello comporte lesión del art. 14 CE.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa también que se deniegue el amparo solicitado al entender que la elección de los trabajadores que cuenten con mayor protección social, como ha sucedido en este supuesto, para incluirlos en la relación de despedidos como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, cumple con los requisitos de justificación y proporcionalidad exigidos constitucionalmente.

2. La selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo constituye una facultad del empresario que, aunque inscrita en sus poderes de organización, debe ejercerse respetando la preferencia legal de los representantes de los trabajadores, las garantías que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores en general y los condicionantes establecidos en el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, sin que en ningún caso pueda incurrirse en fraude de ley o abuso de derecho y sin que la actuación empresarial pueda estar guiada por móviles discriminatorios.

En el presente supuesto, los criterios establecidos para la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo, que resultaron aprobados durante el período de consultas, fueron los cuatro que se han detallado en los antecedentes de esta resolución. El último de dichos criterios señalaba que serían incluidos en la relación de despido los trabajadores que se encontraran en una edad más próxima a la jubilación. Pues bien, la cuestión que debemos determinar en este recurso de amparo es si la selección de los trabajadores despedidos en virtud de este último criterio constituye, como sostienen las recurrentes en amparo, una discriminación por razón de edad.

3. La doctrina de este Tribunal relativa al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE) fue resumida en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, en la que afirmamos que «el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas».

En la referida resolución —STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 b)— recordamos, sin embargo, que la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, «sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy

arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2, y 145/1991, de 1 de julio, FJ 2)».

Al respecto este Tribunal «tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).» [STC 200/2001, FJ 4 b)].

Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal ha considerado que se trata de una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad

más estricto, en aplicación del cual hemos llegado a soluciones diversas, en correspondencia con la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados, tanto en procesos de amparo constitucional como de control de normas con rango de ley (entre otras, SSTC 190/2005, 7 de julio; 247/2005, de 7 de noviembre; 280/2006, de 9 de octubre; 341/2006, de 11 de diciembre; 63/2011, de 16 de mayo; 79/2011, de 6 de junio; 117/2011, de 4 de julio, y 161/2011, de 19 de octubre).

Esta interpretación del Tribunal se ve reforzada, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 CE, por el tenor del art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad, referencia expresa que ha llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a reafirmar el carácter de «principio general del Derecho de la Unión» que alcanza esta concreta prohibición (Sentencia de la Gran Sala de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH*, FJ 21).

4. Una vez sentado que la edad, como factor al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, debemos analizar las circunstancias concretas que se dan en este supuesto.

Como se ha señalado en los antecedentes, el día 4 de mayo de 2012 el Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., llegó a un acuerdo con los representantes de los trabajadores por el que se decidió la extinción del contrato de trabajo de 211 empleados de esta entidad. Como también se ha destacado precedentemente, uno de los criterios para escoger a los despedidos era el de la edad, pues podían verse afectados por el expediente de regulación de empleo aquellos trabajadores que se encontraran más próximos a la edad de jubilación. De este modo, resultaron afectados todos los trabajadores de la empresa que tenían 55 o más años de edad, en concreto 35 trabajadores de un total de 211 despedidos, a quienes se les gestionó el convenio especial con la Seguridad Social. A la vista de este presupuesto fáctico, debemos determinar si la utilización de

la edad como criterio de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo tuvo una justificación razonable y proporcionada.

En este punto, hay que recordar que fueron dos las razones esgrimidas por la empresa para justificar el criterio referente a la edad. De una parte, la empresa señaló que la permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación le era más gravosa, pues habían de cesar antes en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje; de otro lado, la entidad argumentó que esta medida era la que menos perjuicio podía ocasionar a los propios trabajadores, pues los que responderían a aquel criterio se hallarían en una situación más próxima a la jubilación y tal circunstancia determinaría que la empresa suscribiera el convenio especial correspondiente con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo legalmente. Debemos, pues, determinar si estas dos razones constituyen un sacrificio proporcionado o si por el contrario carece de esa necesaria proporcionalidad para dar cobertura a la decisión empresarial desde el punto de vista de la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE.

5. La primera razón aducida por el Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., se refiere, como acaba de exponerse, al ahorro de los costes de formación que la empresa habría de asumir una vez que los trabajadores afectados se jubilasen y que fuera necesario reemplazarlos. Hay que coincidir con el Ministerio Fiscal en que dicha razón carece de envergadura suficiente para justificar la diferencia de trato dada a las recurrentes por razón de su edad.

En primer lugar, como señala la Fiscal ante el Tribunal Constitucional, los costes de formación derivados de la jubilación de cuatro trabajadores son escasamente significativos si se evalúan dentro de un procedimiento de despido colectivo que afecta a 211 trabajadores (procedimiento en el que se acordó, a su vez, la constitución de bolsas de trabajo). En el contexto de un expediente de regulación de empleo de semejantes proporciones, no es de extrañar que el Ministerio Fiscal califique estos costes de «retóricos».

De otro lado, es igualmente patente que el mero ahorro de estos costes futuros es un criterio de selección insuficiente, ya que no guarda proporción con el perjuicio que la situación de desempleo supone para los trabajadores afectados. Una selección de trabajadores realizada exclusivamente en atención a dichos costes entrañaría un sacrificio desproporcionado que no podría considerarse objetiva y razonablemente justificado. La primera razón aducida por la empresa no resulta, pues, convincente a efectos de justificar la diferencia de trato dada a las recurrentes de amparo por razón exclusiva de su edad.

6. La segunda justificación ofrecida por la empresa para utilizar la edad como criterio de selección de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo se refiere, como se ha expuesto anteriormente, al menor perjuicio que el despido supone para los trabajadores de más edad, dada la mayor protección social brindada a los mayores de cincuenta y cinco años.

Entendemos que esta circunstancia sí puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, siempre que se cumplan determinadas exigencias.

En efecto, tal y como tempranamente señaló este Tribunal en relación con la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo, el sacrificio personal y económico impuesto a determinados trabajadores por razón exclusiva de su edad sólo puede ser legítimo si se ve compensado de forma efectiva, de modo que no suponga una lesión desproporcionada en relación con los fines que persigue la medida adoptada (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 9, y 58/1985, de 30 de abril, FJ 7). Siguiendo esta misma línea de razonamiento, la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo en función del menor daño o perjuicio que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad, sólo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación

suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.

De este modo, la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral. Así, conforme establece el art. 51.9 de la Ley del estatuto de los trabajadores, cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existe la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en los términos previstos en la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), lo que permite al trabajador generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando. En el supuesto ahora examinado, dicho convenio fue efectivamente suscrito para todas las recurrentes en amparo. En el mismo sentido, una vez agotada la prestación por desempleo los trabajadores mayores de 55 años que no tengan rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional y que la renta media de su unidad familiar no supere tampoco esa cantidad, podrán percibir un subsidio por desempleo hasta cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación (art. 215.1.3 LGSS).

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que en el caso que nos ocupa la empresa estableció determinadas mejoras voluntarias de la prestación por desempleo para los trabajadores de mayor edad, que incrementaban su duración cuanto mayor fuera la edad del trabajador. En efecto, para los trabajadores entre 45 y 49 años, ambos inclusive, se pactó una cuota mensual bruta de 840 euros desde el acceso a la prestación por desempleo durante el período máximo de seis meses; para los trabajadores entre 50 y 57 años de edad, ambos inclusive, se pactó, asimismo, una cuota mensual bruta de 840 euros desde el

acceso a la prestación por desempleo durante un período máximo total de ocho meses y medio, de forma que percibiera un importe de 840 euros durante los primeros ocho meses y un noveno mes de 420 euros, y trabajadores entre 58 y 61 años, una cuota mensual bruta de 840 euros desde el acceso a la prestación por desempleo durante un período máximo de doce meses. De este modo, dicho complemento empresarial pretendía evitar que los trabajadores afectados sufrieran un perjuicio desproporcionado respecto de su situación en activo.

De acuerdo con lo expuesto, la existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación hace que el criterio de la edad resulte en el presente caso proporcionado, lo que nos conduce a concluir que la utilización de dicho criterio no vulnera el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad.

El motivo debe ser desestimado.

**FALLO:**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por doña XXXX, doña XXXX, doña XXXX y doña XXXX.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de abril de dos mil quince.-Adela Asúa Batarrita.-Fernando Valdés Dal-Ré.-Juan José González Rivas.-Pedro José González-Trevijano Sánchez.-Ricardo Enríquez Sancho.-Antonio Narváez Rodríguez.-Firmado y rubricado.