



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2778

Madrid, lunes 11 de enero de 2010



## TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/265458

TC Sala 2ª, Sentencia 26 noviembre 2009. Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

### Suspensión del desalojo del domicilio familiar al suponer un perjuicio difícilmente reparable

*El TC suspende la ejecución de la sentencia que ordenó el decomiso de una finca para hacer frente a las responsabilidades civiles por el desvío de fondos reservados del Ministerio del Interior. Señala que, de acuerdo con consolidada doctrina constitucional, las resoluciones judiciales que privan de la posesión de la vivienda pueden originar un perjuicio de difícil reparación, ya que la finca es el domicilio familiar desde hace más de veinte años, y su suspensión no implica una grave perturbación de los intereses generales.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, aunque en forma ciertamente imprecisa el demandante de amparo solicita la suspensión del pronunciamiento de la Sentencia condenatoria recurrida en amparo en el extremo que ordenó el comiso de las fincas "El Relumbrar", en la localidad de Alpera (Albacete), y "La Berzosilla", sita en el municipio de Torreldones (Madrid), así como su venta y aplicación del precio al pago de las correspondientes responsabilidades civiles. El recurrente funda esta nueva petición de suspensión en el perjuicio irreparable que ha de causarle el desalojo de las citadas fincas y, en singular, el de la finca sita en Torreldones, al que autoriza la providencia dictada por la Sala sentenciadora el 8 de septiembre de 2009, por constituir su domicilio familiar y carecer de otra vivienda en la que vivir junto con su familia. Tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, aunque en este último caso también por razones añadidas, se oponen a la suspensión interesada por considerar que el re-

currente no ha satisfecho la carga que le incumbía de probar los perjuicios invocados.

SEGUNDO.- En una consolidada doctrina constitucional de la que es buena muestra el más reciente ATC 26/2009, de 26 de enero, este Tribunal ha declarado que salvo supuestos excepcionales, las resoluciones judiciales, como es el caso, que ordenan el desalojo de la vivienda o local "pueden originar un perjuicio difícilmente reparable que aconseja optar por la suspensión de la ejecución", toda vez que "la pérdida de la posesión del inmueble podría dar lugar a un perjuicio difícilmente reparable en su integridad, al generar una situación irreversible". No obstante, como es común a todas las peticiones de suspensión, en esa misma doctrina está igualmente subrayado que corresponde al recurrente "la carga de acreditar los perjuicios que justifican la adopción de la medida cautelar, poniendo de relieve las concretas circunstancias de las que se derivaría ese perjuicio de especial intensidad".

Ciertamente en el presente incidente, conforme de consuno han

puesto de relieve el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en sus respectivos escritos de alegaciones, el recurrente no ha aportado junto con su escrito de suspensión ningún documento que pruebe que la finca "La Berzosilla" sita en Torreldones (Madrid), constituye su domicilio habitual y familiar.

Este silencio no ha de impedir, sin embargo, tener por acreditado el citado extremo. De un lado porque, según se desprende de las actuaciones correspondientes al presente proceso constitucional de amparo y, en particular, conforme certifican las sucesivas escrituras de poder para pleitos aportadas junto con sus escritos, el recurrente consta domiciliado desde el primer momento en la citada localidad de Torreldones, urbanización "La Berzosilla", calle Media Ladera. (s) Por añadidura el hecho de que la citada providencia de 8 de septiembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid autorice a la Administración a proceder justamente al "desalojo de los ocupantes" de la citada finca confirma esta conclusión.

Y de otro, pero sobre todo, porque la Sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Madrid declara probado que la citada finca de La Berzosilla "constituye el domicilio habitual de Rafael" (apartado 5.9 del relato de hechos probados). Esta conclusión fáctica, que el órgano judicial utiliza además para confirmar su decisión condenatoria (FJ 20.B.1), y aceptada más tarde por el Tribunal Supremo, es una declaración judicial imposible de pasar por alto, que no puede ser cuestionada en este trámite, dada la naturaleza de nuestra jurisdicción constitucional, y que suple sobradamente el déficit de acreditación considerado. En estas condiciones, reclamar del recurrente la cumplida acreditación documental de que reside efectivamente junto con su familia en la citada finca "La Berzosilla" resulta una exigencia desproporcionada, por excesivamente rigurosa y formalista; sin que todo lo anterior signifique naturalmente prejuzgar de ningún modo el fondo del presente asunto ni, en consecuencia, el sentido de la decisión a dictar.

TERCERO.- Descartado el citado motivo de oposición, y teniendo en cuenta la doctrina constitucional que antes se ha recordado, procede acce-

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Suspensión del desalojo del domicilio familiar al suponer un perjuicio difícilmente reparable 1

### TS

#### CIVIL

Validez de contrato de abanderamiento, imagen de asistencia técnica y comercial de suministro con estación de servicio 2

#### PENAL

Delito continuado de apropiación indebida 4

#### ADMINISTRATIVO

La clasificación urbanística del suelo no afecta a la línea de deslinde de la zona marítimo terrestre 12

#### SOCIAL

Incompetencia del orden social para conocer de la pretensión sobre reconocimiento de relación laboral 14

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

der a la petición de suspensión interesada toda vez que, de no acordarse la suspensión tanto de la Sentencia condenatoria impugnada como de la posterior providencia de 8 de septiembre de 2009, dictada en su ejecución, la Administración podría efectivamente proceder al desalojo del recurrente de su domicilio permanente y habitual que comparte con su familia, con los consiguientes perjuicios difícilmente reparables que supone la privación de la posesión de la citada vivienda sita en la localidad de Torreldones. Por otra parte, el hecho, igualmente subrayado por el Abogado del Estado para oponerse a la suspensión, acerca de que el recurrente no ha aportado ninguna prueba que demuestre la imposibilidad o, cuando menos, dificultad de encontrar otra vivienda que sustituya a la desalojada no puede ser causa suficiente para denegar la suspensión interesada, pues, conforme hemos advertido en otras ocasiones semejantes, el desalojo forzoso del recurrente del domicilio que ocupa desde hace más de veinte años supone un perjuicio difícilmente reparable en su integridad y, por tanto, suficiente para justificar la suspensión, "dado el natural y prolongado arraigo del recurrente en el mismo, en cuyo entorno tiene organizadas sus relaciones sociales" (AATC 187/2001, de 2 de julio, 416/2006, de 15 de noviembre, y 26/2009, de 26 de enero). Finalmente no se advierte tampoco en este momento procesal, atendidas las circunstancias del presente caso, que la suspensión de la ejecución pueda entrañar una perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales y libertades públicas de un tercero.

Por todo lo expuesto, la Sala

### FALLO

Suspender la ejecución de la Sentencia de 18 de octubre de 2004 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que confirmó la dictada el 21 de enero de 2002 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid en el Procedimiento Abreviado 34/2000, así como la providencia de este último órgano judicial de 8 de septiembre de 2009, dictada en la ejecutoria 52/2002, exclusivamente en cuanto a los respectivos pronunciamientos relativos a la finca "La Berzosilla", sita en Torreldones (Madrid).

Así, lo acordaron, mandaron y firmaron. Guillermo Jiménez Sánchez.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.

## TS CIVIL

2009/229003

TS Sala 1ª, Sentencia 13 julio 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Validez de contrato de abanderamiento, imagen de asistencia técnica y comercial de suministro con estación de servicio

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la AP, que revocando la de instancia, desestima la pretensión de la recurrente sobre la declaración de nulidad del contrato de abanderamiento, imagen de asistencia técnica y comercial de suministro con estación de servicio, al no tener el demandante la condición de revendedor y no vulnerarse, por tanto, la normativa europea sobre la limitación de la competencia, sin que tampoco se pueda alegar la nulidad del citado contrato por inexistencia de causa, al sí estar fijado el precio en forma de comisión.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. D. Constantino firmó con CEP-SA el 30 de junio de 1996 un «contrato de abanderamiento e imagen, de asistencia técnica y comercial, y de suministro en régimen comisionista con estaciones de servicio.» Algunas de las cláusulas del contrato se reproducen en el AH primero de esta resolución.

2. El 16 de octubre de 1998 D. Constantino interpuso demanda contra CEP-SA solicitando que se declarase la nulidad del contrato suscrito el 30 de junio de 1996, por inexistencia e ilicitud de la causa. En los fundamentos de derecho relativos al fondo se alegaba la condición de revendedor del actor, la nulidad contractual por falta de determinación de requisito esencial del precio del contrato fijado a su arbitrio de modo unilateral por CEP-SA y la aplicación de los efectos de la nulidad establecidos en el CC cuando concurre causa torpe imputable una de las partes. CEP-SA, además de oponerse a la demanda, formuló demanda reconven-

cional fundada en el incumplimiento de la cláusula de exclusiva.

3. En el suplico de la demanda y en los fundamentos de la misma no se alegaba el incumplimiento de las normas de Derecho comunitario sobre competencia como fundamento de la nulidad (AH segundo de esta resolución).

4. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción por entender, en síntesis, que el demandante tiene la condición de revendedor según la interpretación de las cláusulas contractuales, por lo que la absoluta indeterminación del precio fijado para la venta de los productos suministrados es contraria a la buena fe y a los artículos 1449, 1261.3, 1275 y 1255 CC.

5. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia, desestimó la demanda y estimó la reconvencción fundándose, en síntesis, en que: (a) los argumentos dados por el Juzgado no son suficientes para calificar el contrato como de reventa, pues (i) el Reglamento de la CEE núm. 1984/83, de 22 de junio, puede ser aplicable a contratos distintos de la compra para reventa y la confesión judicial no se refiere a in-

terpretaciones o calificaciones jurídicas; (ii) el mero hecho de que no esté determinado qué parte de comisión corresponde a garantía y qué parte es la retribución ordinaria del comisionista no excluye la existencia de dicha comisión de garantía por la asunción de riesgos por el comisionista; (iii) la responsabilidad asumida por el titular de la estación de servicio se limita a la correcta medición de los aparatos surtidores y de la calidad e identidad de los productos por él suministrados al público y ello supone la exclusión de responsabilidad de Cepsa por los daños que puedan provocar los productos fabricados y suministrados; (iv) el titular tiene la obligación de abonar a Cepsa Estaciones de Servicio, S. A., las ventas de carburantes y combustibles que realice por cuenta de Cepsa Estaciones de Servicio a los 9 días de la fecha de su entrega, lo que supone que su obligación no es el pago de la totalidad de los productos recibidos de Cepsa, sino solamente de aquellos que haya vendido por cuenta de Cepsa, pudiendo en consecuencia proceder a la devolución de las mercancías que no haya vendido por cuenta de la demandante; (v) tanto en la LAg como en las directivas comunitarias no se establece que el comisionista tenga que ser una persona dependiente del comitente; (b) debe concluirse que nos hallamos ante un contrato de comisión mercantil pues así se infiere (i) de la denominación del contrato; (ii) de las obligaciones contraídas, propias de una relación de comisión mercantil; (iii) del hecho de que no esté determinado ni fijado el precio de venta, elemento propio de un contrato de comisión mercantil en el que el vendedor tiene que fijar libremente los precios; (c) ha existido incumplimiento de las obligaciones contractuales en cuanto a la exclusividad de suministro por parte del demandante.

6. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandante, el cual fue admitido en sus motivos primero, tercero y cuarto por razón de la cuantía al amparo del artículo 477.2.2.º LEC.

SEGUNDO. - Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del apartado 3.º del número 2 del artículo 477 LEC por cuanto que la sentencia recurrida incurre en infracción de las normas del ordenamiento jurídico por vulneración de los arts. 1281 y siguientes CC, referidos a la interpretación de

los contratos y del art. 6.3. del mismo Cuerpo Legal en relación con el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (antiguo art. 85 del Tratado) y del Reglamento Comunitario CEE núm. 1984/83, de 22 de junio, que lo desarrollaba, por cuanto la resolución del recurso presenta interés casacional ya que resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo y de distintas Audiencias Provinciales.»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que resulta aplicable al contrato la prohibición contenida en el art. 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de la que solo podría quedar exento de conformidad con el Reglamento CEE 1984/83, al que se sometieron expresamente las partes, el cual constituye el marco regulador de este tipo de contratos de suministro en exclusiva suscritos en el ámbito de las estaciones de servicio y resulta incompatible con el régimen de comisión de fijación de precios de venta al público, por lo que la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y de unos precios controlados por éste determina la nulidad de pleno derecho del contrato por aplicación del art. 6.3 CC.

El motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.** - Admisibilidad el recurso.

No pueden estimarse las alegaciones a la parte recurrida, que en el escrito de oposición propugna la inadmisibilidad del recurso de casación, por las siguientes razones:

a) Seguido el procedimiento por razón de la cuantía, como reiteradamente ha declarado esta Sala (STS 11 de diciembre de 2008, RC núm. 2756/04), es inadmisibile el recurso interpuesto invocando la concurrencia de interés casacional al amparo del artículo 477.2.3.º LEC. No obstante, en aras de la efectividad del principio de la tutela judicial, el recurso debe ser examinado, habida cuenta de que en los motivos de casación se invoca la infracción normas del ordenamiento jurídico susceptibles de fundamentar un recurso de casación admitido por razón de la cuantía. En consecuencia, como ya se anuncia en el ATS 21 de octubre de 2008, dictado en el trámite de audiencia de este recurso, esta Sala no examinará la existencia del interés casacional alegado por la parte recurrente.

b) El defecto consistente en la cita de preceptos genéricos o heterogéneos será examinado en relación con la fundamentación de cada motivo de casación.

c) El defecto consistente en hacer supuesto la cuestión sobre la voluntad contractual de las partes en contra de lo manifestado en la sentencia será examinado en relación con la

fundamentación de cada motivo de casación.

d) El defecto consistente en la no-coincidencia entre los preceptos citados como infringidos en el escrito de preparación y en el escrito de interposición del recurso, que afecta especialmente a los motivos primero y tercero, será examinado en relación con la fundamentación de cada motivo de casación.

**CUARTO.** - Alegación de vulneración del TCE.

La desestimación del primer motivo de casación se funda en las siguientes razones:

a) La invocación de los artículos 1281 y siguientes CC, así como algunas de las argumentaciones expuestas en la fundamentación del motivo parecen dirigidas a combatir la calificación efectuada por la Audiencia del contrato sometido a enjuiciamiento como de comisión mercantil. No se formula, sin embargo, con la suficiente concreción para determinar con exactitud la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida, puesto que, contraviniendo lo declarado en la jurisprudencia (STS 18 de marzo de 2009, RC núm. 14131/05), se cita con carácter general y heterogéneo un conjunto de los preceptos que hacen referencia a la interpretación de los contratos en sus distintos aspectos. Esta circunstancia, como opondrá la parte recurrida, es por sí suficiente para la inadmisibilidad del motivo de casación en la parte correspondiente a esta alegación.

La jurisprudencia declara que la calificación de los contratos efectuada por la sentencia recurrida no puede ser revisada en casación si no incurre en alguna infracción legal o es manifiestamente infundada (STS 20 de marzo de 2009, RC núm. 128/2004 y 10 de febrero de 2009, RC núm. 1340/2002). En el caso examinado, la sentencia recurrida se limita a considerar, en el punto contemplado específicamente en este motivo del recurso, que el argumento empleado por la sentencia de primera instancia, en el sentido de que el contrato está sujeto al Reglamento (CEE) número 1984/1983, de la Comisión, de 22 de junio, no es suficiente para su calificación como contrato de reventa o, alternativamente, de comisión. Este razonamiento no puede considerarse desacertado, por cuanto el Reglamento (CEE) número 1984/1983 está dirigido a establecer determinadas exenciones por razón de categoría a las prohibiciones de restricción de la competencia para ciertos contratos de compra para reventa de carburante en estaciones de servicio con pacto en exclusiva, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y no prejuzga su calificación desde el punto de vista del Derecho interno. En efecto, lo que importa a efectos de la aplicación del Reglamento, como dice la STJCE de 14 de

diciembre de 2006 (C 217-2005), es más la realidad económica que la calificación jurídica (ap. 46).

b) La nulidad de pleno derecho del contrato por aplicación del artículo 6.3 CC por ser contrario a una norma imperativa consistente en la prohibición de limitaciones a la competencia establecida en el artículo 81 TCE puede entenderse planteada en el escrito de preparación (en el que se citaba este último precepto), pero no fue planteada en la demanda, como se pone de manifiesto en los AAHH de esta resolución, y, en consecuencia, no ha podido ser examinada, ni lo ha sido, por el Juzgado ni por la Audiencia Provincial, que únicamente han tenido en consideración la petición de declaración de nulidad del contrato derivada de la indeterminación del precio. En consecuencia, constituye una cuestión nueva que no puede ser examinada en casación sin vulnerar los principios de contradicción y defensa ni contradecir el principio de especialidad en el que se funda el recurso de casación, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala.

**QUINTO.** - Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del apartado 3.º del número 2 del artículo 477 LEC, por cuanto que la sentencia recurrida incurre en infracción de las normas del ordenamiento jurídico por vulneración del art. 1.6 CC, al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la doctrina de los actos propios por cuanto que la resolución del recurso presenta interés casacional ya que resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo.»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que se infringe la doctrina de los actos propios al no reconocer efectos al hecho de que el recurrente abonaba a CEPSA cada suministro a los nueve días de la descarga del producto en su estación de servicio en su integridad y con independencia de haberlo vendido o no a los consumidores y usuarios. Añade que este hecho es determinante de la existencia de un contrato de reventa y no de comisión, lo cual, unido a la asunción del riesgo por parte del recurrente, determina que la fijación de precios por la operadora a las estaciones de servicio con ella vinculadas contractualmente constituya una práctica prohibida por el art. 81 del Tratado y por el art. 1 LDC.

El motivo debe ser desestimado.

**SEXTO.** - La doctrina de los actos propios.

La calificación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y sólo puede ser revisada en casación

cuando incurre en error o en manifiesta arbitrariedad. En el caso examinado el recurso pretende combatir esta calificación fundándose en la doctrina de los actos propios, la cual conduciría a la conclusión de que una de las razones por las cuales la sentencia recurrida considera que se trata de un contrato de comisión (a saber, que el comisionista asumía la obligación de abonar únicamente la mercancía vendida) no sería aceptable, por cuanto de los actos propios del comisionista se desprendería que este abonaba la totalidad de la mercancía recibida.

Esta argumentación no puede ser aceptada por las siguientes razones:

a) El precepto que se cita como infringido y la doctrina los actos propios no han sido invocadas en el escrito de preparación del recurso. Este hecho, opuesto por la parte recurrida, es por sí suficiente para determinar la inadmisibilidad de este motivo de casación.

b) El principio de los actos propios únicamente vincula respecto de aquellos que implican el reconocimiento definitivo de una situación jurídica. La práctica del abono por parte del comisionista en el plazo de nueve días estipulado de la totalidad de una mercancía sujeta normalmente a rotación no comporta reconocimiento de la obligación de abonar el producto que no fuera despachado.

c) La calificación del contrato efectuado por la sentencia recurrida no se funda únicamente en el elemento que acaba de considerarse, sino en otras consideraciones relativas a la denominación del contrato; a ciertas obligaciones asumidas por el comisionista propias de una comisión mercantil; a la asunción por el comitente de ciertas obligaciones impropias de una relación de compra para reventa; a la limitación de la responsabilidad del titular de la estación de servicio a los aspectos relativos a la correcta medición de los aparatos surtidores y la calidad e identidad de los productos suministrados; y a la existencia de una comisión de garantía reconocida en favor del comisionista en relación con la asunción de riesgo. La impugnación de uno de los argumentos en que se funda acumulativamente la calificación efectuada por la Sala de apelación es insuficiente, en el plano lógico, para demostrar el desacierto o la falta de conformidad con el ordenamiento jurídico de la calificación efectuada interpretando conjuntamente las cláusulas del contrato.

d) Como se verá al examinar el cuarto motivo de casación, la calificación del contrato como de compra para la distribución o reventa carecería de consecuencias jurídicas en relación con el efecto postulado por la parte recurrente en la demanda, que consiste en la nulidad de pleno derecho por falta de determinación del precio.

SÉPTIMO. - Enunciación del motivo cuarto.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del apartado 3.º del número 2 del artículo 477 LEC, por cuanto que la sentencia recurrida incurrir en infracción de las normas del ordenamiento jurídico por vulneración de los artículos 1256, 1261 1449 y 1281 y siguientes del CC por cuanto que la resolución del recurso presenta interés casacional ya que resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales.»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la indeterminación del precio determina la existencia de un vicio de nulidad insubsanable en el contrato por inexistencia o ilicitud de la causa, pues el precio de adquisición de los productos suministrados por el operador se sometía a unas difusas circunstancias del mercado.

El motivo debe ser desestimado.

OCTAVO. - Determinación del precio.

La desestimación del motivo cuarto de casación se funda en las siguientes consideraciones:

a) Como opone la parte recurrida, el motivo se funda en la cita de preceptos genéricos y heterogéneos sin precisar con exactitud la infracción cometida. Ese defecto es por sí suficiente para determinar la inadmisibilidad del motivo.

b) Partiendo de la calificación del contrato como de comisión, la cual no ha sido eficazmente combatida en este recurso de casación, resulta aceptable la argumentación de la Audiencia Provincial en el sentido de que el precio del contrato, cifrado esencialmente en la comisión que debía percibir el comisionista, «está perfectamente determinada y clara en el contrato, así como la forma en que se debe proceder a la revisión de la misma en su caso».

c) La STS 20 de diciembre de 2007, RC núm. 4626/2000, en argumentos que son susceptibles de ser trasladados al caso enjuiciado, considera, en contemplación de una cláusula del contrato de abanderamiento en que se fijaba la garantía del precio atendiendo a criterios de mercado y a la media de los productos ofrecidos por otros suministradores el área geográfica y comercial, que de esta cláusula no puede considerarse que el contrato no contenga una determinación del precio, porque a lo largo de la vigencia del contrato de abanderamiento se produjo la fijación de los precios, de lo que es prueba que durante este periodo se vendieron los carburantes y se cobraron las correspondientes comisiones, lo que demuestra que el precio se había ido

determinando por acuerdos de las partes. Añade que la inexistencia de precio cierto produce la nulidad del contrato porque impide su cumplimiento por falta de objeto; pero esto no ha ocurrido en el litigio que la sentencia considera, porque el contrato se cumplió, lo que prueba que esta causa impeditiva no concurrió.

NOVENO. - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

### FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Constantino contra la sentencia de 24 de enero de 2003 dictada por la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación núm. 524/2001, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Alas-Pumariño Larrañaga en nombre y representación de Cepsa Estaciones de Servicio, S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid en el Juicio de Menor Cuantía núm. 720/98 y en consecuencia desestimando íntegramente la demanda iniciadora del procedimiento debemos absolver y absolvemos a Cepsa Estaciones de Servicio, S. A., de las pretensiones contra ella deducidas y en concreto debemos declarar y declaramos no haber lugar a la nulidad del contrato de 30 de junio de 1996 existente entre las partes y estimando íntegramente la demanda reconvencional planteada por Cepsa Estaciones de Servicio, S. A., contra D. Constantino debemos declarar y declaramos que el contrato de abanderamiento, imagen de asistencia técnica y comercial y de suministro con estaciones de servicio de fecha 30 de junio de 1996 suscrito entre D. Constantino y Cepsa Estaciones de Servicio, S. A., es ajustado a derecho, vigente, válido y eficaz y obliga a las partes a observar su cumplimiento, igualmente que D. Constantino ha incumplido reiteradamente el contrato de 30 de junio de 1996 al no respetar la exclusiva de suministro de combustibles y carburantes por lo que debemos condenar y condenamos a D. Constantino al íntegro cumplimiento del contrato de abanderamiento e imagen de fecha 30 de junio de 1996 y especialmente en cuanto a la exclusiva contractual de

suministro a favor de Cepsa Estaciones de Servicio, S. A., debiendo abstenerse en lo sucesivo de abastecerse de productos de terceros ajenos a Cepsa Estaciones de Servicio, S. A., e igualmente a indemnizar a Cepsa Estaciones de Servicio, S. A., en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los daños y perjuicios que con carácter de lucro cesante se le han irrogado desde agosto de 1998 hasta la fecha de firmeza de la sentencia aplicando las bases que figuran en el suplico de la demanda reconvencional y subsidiariamente para el supuesto de incumplimiento del contenido de la sentencia se entenderá que opta por la resolución del contrato debiendo ser obligado en la forma establecida en el apartado tercero del suplico de la demanda reconvencional, condenando igualmente a la parte demandante al pago de las costas causadas en primera instancia y sin hacer imposición de costas en esta alzada».

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

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

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



TS Sala 2ª, Sentencia 16 julio 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

## Responsabilidad civil subsidiaria de entidad bancaria Delito continuado de apropiación indebida

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado, la Sala acoge el formulado por la acusación particular, ambos contra sentencia que condenó al primero por un delito continuado de apropiación indebida. El TS dicta segunda sentencia por la que declara la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria, ya que si los empleados o dependientes de la misma ingresaron los cheques nominativos no en la cuenta de consignaciones, sino en la particular del querellado, lo que hicieron fue sustituir el beneficiario que el librador había señalado en el documento por otra persona distinta.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por José Ignacio

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional establecido en el art. 14 CE. en relación con lo dispuesto en el art. 24.2 CE, relativo al derecho de defensa y asistencia letrada, arts. 118, 520.2 c), 788.1, 788.2, 788.3, 791 y 793.9 LECrim., art. 50 Estatuto de la Abogacía y arts. 238, 240, 542 y 545 LOPJ, derecho fundamental a la igualdad ante la Ley; y el motivo segundo por infracción de precepto constitucional, art. 24.2, en relación con los arts. 118, 520.2 c), 788.1, 788.2, 788.3, 791 y 793.1 LECrim. y arts. 238 y 240 LOPJ, al

afectar a la vulneración del derecho de defensa y asistencia letrada, art. 24.2 CE, en cuanto reitera con mayor detalle lo ya expuesto en el motivo precedente, deben ser analizados conjuntamente.

Se entiende vulnerado aquellos derechos fundamentales por el Tribunal encargado de dictar sentencia, como consecuencia de ser desestimada por dicho Tribunal la petición o solicitud, como artículo de previo pronunciamiento, relativa a la suspensión de la vista del juicio oral señalada para el 9.1.2008, para proceder seguidamente el acusado a ejercer su derecho de defensa y de libre designación de letrado de su confianza que se encargara de ejercitar su derecho de defensa con plenas

garantías, tras haber renunciado previamente el recurrente a ejercitar el derecho de autodefensa que le otorga y reconoce el art. 50 del Estatuto de la Abogacía, acordando el Tribunal, contrariamente a la suspensión solicitada por el acusado, la continuación de la vista para evitar dilaciones indebidas, atendida la condición profesional que como abogado ostenta y ejercita dicho acusado.

Ciertamente entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 de la Constitución Española, reconoce no solo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso en el inciso final del art. 24.1 CE.” (STC. 47/87).

La STC. 198/2003 de 10.11 ha destacado la interdependencia y la íntima conexión que existe entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, “derecho que tiene como finalidad al igual como todas las demás garantías que conforman el derecho en que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción y que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso en el inciso final del art. 24.1 CE.” (STC. 47/87).

Y centrándonos en la defensa técnica la STC. 199/2003 de 10.11, FJ 4, señalaba:

“... ha de recordarse, por una parte que este Tribunal ha reconocido la especial proyección que tiene la exigencia de asistencia letrada en el proceso penal por la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que en él se debaten y por la relevancia de los bienes jurídicos que puedan verse afectados (SSTC. 18/95 de 24.1, 233/98 de 1.12, FJ. 3, 162/99 de 27.9, FJ. 3), y por otra, que la exigencia de la asistencia letrada no tiene un alcance único ni un contenido unívoco en todos los supuestos en que está reconocida constitucionalmente, sino que está vinculada a la diferente función que como garantía constitucional ha de cumplir en cada uno de los dichos supuestos...”.

Por ello, el derecho de igualdad reconocido genéricamente en el art. 14 CE. puede ser reconducido al ámbito específico del art. 24.2 CE, que consagra el derecho de defensa y asis-

tencia letrada, y la desigualdad podrá producirse si la autoridad judicial impide que algunas de las partes del proceso se vean representadas y defendidas por profesionales libremente designados por ellas.

Ahora bien también hemos declarado reiteradamente, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, significa “ que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses “ (S.S.T.C. número 112/87 de 2.7, 114/88 de 10.6, 237/88 de 13.12), por si mismo (autodefensa) o con la asistencia de letrado, si optas.en por esta posibilidad, o la misma fuese legalmente impuesta (STC. 29/95 de 6.2).

Precisamente, la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional para garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes, por lo que corresponde a los órganos judiciales velar que en las distintas fases de todo el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean éstas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen.

Además, como hemos señalado en la STS. 252/2008 de 22.5, el concepto constitucional de indefensión es más estricto y no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada.

La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potes-

tad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE.

Así la STS 31.5.94, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce “indefensión” en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción formal se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa SSTC 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse evitado la infracción denunciada.

- Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta

a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivocada o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95).

- Ello es así, porque la situación de indefensión alegada exige la constatación de su material realidad y no sólo de su formal confirmación. Tal exigencia es reiterada de modo constante por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de meras irregularidades procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de Derechos reconocidos en la Carta Magna que la parte, interesadamente, les asigna.

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

De ahí que, en pura correspondencia con al proscripción constitucional garantista de un proceso justo, se plasman exigencias en evitación de abusos o de actividades interesadas en la confirmación artificial de situaciones de indefensión que, al alcanzar cotas de imposible corrección, hagan precisa una técnica quirúrgica anulatoria nunca deseable, aunque si perseguida, por quienes, sometidos a un proceso inculpativo con reales posibilidades de condena, consiguen así dilatar al máximo la conclusión del mismo.

En resumen para que los vicios del procedimiento puedan tener una relevancia de orden constitucional, es preciso la concurrencia de la mencionada indefensión material que no existe -dice la STS. 1163/2006 de 16.11 -, “incluso en el caso de un proceso seguido inaudita parte, cuando de las actuaciones se colija que el denunciante en un recurso de amparo no ha desplegado la diligencia apropiada en la defensa de sus derechos”,

añadiendo después la misma sentencia del TC 128/2005, que “si bien es cierto que los errores de los órganos judiciales no deben repercutir negativamente en la esfera del ciudadano, también lo es que a este le es exigible una mínima diligencia, de forma que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación incorrecta de aquellos carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte”.

Y si esto nos dice el Tribunal Constitucional respecto de los procesos de amparo que ante este órgano se suscitan, lo mismo ha de decirse para los recursos de casación penal en que se alega infracción de algún derecho fundamental, de orden sustantivo o procesal.

SEGUNDO.- En el presente caso se aduce que se solicitó por escrito de 8.1.2008 que literalmente decía:

“por medio del presente escrito, vengo a poner de manifiesto y comunicar a esta Sala y sección a que me dirijo mi renuncia en cuanto a continuar asumiendo como letrado mi propia defensa, al estimar mayormente conveniente y apropiado -en aras de asegurar y garantizar total e íntegramente el cumplimiento de aquellos derechos fundamentales regulados y proclamados por el art. 24 CE.- procedo a la libre designación por mi parte de aquél Abogado y compañero que se encargue de mi defensa en las presentes actuaciones y juicio oral. Razón ésta por la cual, dando cumplimiento tales derechos reconocidos y salvaguardados constitucionalmente por el citado art. 24 anterior, solicito se proceda a suspender el comienzo de las sesiones que del juicio oral se encuentran señaladas para el próximo miércoles día 9 del presente mes de enero y año en curso 2008, acordándose la concesión del plazo previsto para poder proceder a designar libremente aquél Abogado o compañero encargado de asumir mi defensa. Para que seguidamente, una vez efectuada dicha designación, fijar nueva fecha de señalamiento para el comienzo de las sesiones del juicio oral”.

Como dicho escrito, presentado el día anterior a la deliberación de la vista, no pudo ser proveído ni resuelto por la Sala, dicha solicitud fue planteada al comienzo de la vista como cuestión de previo pronunciamiento por el hoy recurrente. Petición de la que la Sala dio traslado a las partes, mostrando la acusación particular su conformidad, no así el Ministerio Fiscal quien se opuso a dicha suspensión por entender que dicha solicitud se hacía en fraude de Ley con finalidad dilatoria, no procediendo la misma dado el conocimiento de los autos que el acusado tenía como consecuencia de su condición profesional de abogado en ejercicio, argumentación a la que se adhirió el responsable civil subsidiario, Banco Bilbao Vizcaya.

La Sala, tras la oportuna deliberación, no accedió a lo solicitado por el acusado y acordó la continuación del juicio oral, dando inicio a las sesiones de la vista señalada, haciéndose constar por el hoy recurrente la protesta oportuna a los efectos de hacer valer su derecho mediante el posible recurso de casación contra dicho acuerdo.

Entiende el recurrente que la desestimación de la solicitud del acusado de renunciar a su propia defensa -dada su condición como letrado ejerciente- en el juicio oral, proceder a la suspensión de la vista, y acordar la concesión de un plazo para la designación libre de un abogado de su confianza que asuma su defensa, vulnera no solo el derecho de igualdad reconocido por el art. 14 CE, sino también el derecho de defensa y asistencia letrada reconocido por el art. 24.2 CE, y el resto de las normas de la LECrim. y de la LOPJ. citadas en los motivos.

El motivo debe ser desestimado.

Una cosa es que cualquiera que sea parte en juicio pueda cambiar la persona de su letrado en el momento que estime oportuno, dado el principio de confianza básico en la relación profesional entre abogado y cliente, y todo ello con independencia de que en un principio y para el caso de coincidir la condición de imputado junto con la profesional de abogado en ejercicio, se posibilite a través del art. 50 del Estatuto de la Abogacía el ejercicio de la autodefensa, posibilidad contemplada como un derecho del imputado y no como una imposición, obligación o mandato, y no sometida a preclusión alguna, lo que implica que asumida en un primer momento la autodefensa, pueda con posterioridad renunciarse a la misma y valerse de letrado de su libre elección, y otra muy distinta que ese derecho de defensa, reconocido en el art. 24.2 CE, sea ilimitado, pues como se dice en la STS. 985/2006 de 17.10, está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal de rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso del derecho, fraude de Ley o procesal, según el art. 11.2 LOPJ.

En efecto el Tribunal Constitucional recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, emanada al aplicar e interpretar el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que el derecho de defensa “garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita”, sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal (STS 37/1988, fundamento jurídico 61).

Y es que la confianza que al acusado le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal, y por ello la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector de él. Pero la necesidad de contar con la confianza del acusado no permite a éste disponer a su antojo el desarrollo del proceso ni elegir, sin restricción alguna, cuándo se reitera o se mantiene la misma (STC 162/1999, de 27 de septiembre), pues el ejercicio del derecho de asistencia letrada entra en ocasiones en tensión o conflicto con otros intereses protegidos también por el derecho fundamental que el art. 24.2 C.E. reconoce en relación con el derecho a obtener la tutela de los Tribunales y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

De esta forma, -dice la STS. 123/2006 de 9.2 - es legal y constitucionalmente posible incluso imponer limitaciones en el ejercicio de la posibilidad de designar Letrado de libre elección en protección de otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando dichas limitaciones no produzcan una real y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada, de manera que queden a salvo los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho (SS.T.C. 11/1981, 37/1987 y 196/1987). Con más razón será posible no atender una petición injustificada de cambio de Letrado cuando, por las circunstancias, en que ésta se produce se ponga de relieve, a juicio del Tribunal, que no es el mejor ejercicio del derecho de defensa, sino otros intereses, legítimos pero no atendibles, los que se escudan tras dicha pretensión, pues como ha recordado la jurisprudencia el derecho de defensa y asistencia letrada, como no lo es ninguno, no es absoluto y no puede utilizarse torticeramente y con fines espurios para suspender el juicio o sorpresivamente (STS. de 11 de julio de 1997).

Así lo ha acordado y recordado ésta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS.T.S. 1066/1996, de 23 de diciembre; sentencia 1.723/2000, de 10 de noviembre, y Auto de 24 de abril de 2003) cuando recuerda que la facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el art. 11.2 de la L.O.P.J. (SS.T.S. de 23 de marzo de 2000 y 20 de enero de 1995, entre otras).

De ahí la improcedencia, por ejemplo, “del cambio de Letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la vista y no

conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado” (Auto T.S. de 24 de abril de 2003).

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1766/2003, de 26 de diciembre, recuerda que “(...) el derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado está reconocido como un derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución e implica la posibilidad del interesado de encomendar el asesoramiento técnico en el proceso a un Letrado que merezca su confianza o, en su defecto, a otro que le sea designado de oficio.

Es un derecho que también viene expresamente reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En nuestro derecho procesal penal, en determinados momentos del proceso, es un derecho de la parte que se convierte al tiempo en un requisito de validez de las actuaciones procesales, pues el legislador ha entendido que, para el correcto desarrollo de las mismas en condiciones adecuadas para una efectiva defensa del acusado, o en general de las partes, es precisa la presencia de un profesional que ostente la dirección jurídica de sus intereses.

Así ocurre en el momento del plenario en las causas por delito, en las que la defensa de las partes debe estar necesariamente encomendada a un abogado...En este sentido, es posible que el interesado cambie el letrado voluntariamente designado cuantas veces lo considere oportuno, siempre que ello no suponga un uso fraudulento del derecho con el consiguiente perjuicio para el proceso, reflejado negativamente en los intereses en juego.

En estos casos, el Tribunal debe rechazar la pretensión al amparo del artículo 11.2 L.O.P.J. siempre que no se acredite una razón objetivamente atendible”.

En el caso presente el propio recurrente admite que mediante diligencia judicial de fecha 15.1.2004, consistente en la declaración judicial del imputado José Ignacio, al ser requerido por el Juez Instructor para designar abogado que se encargase de su defensa, por éste expresa y literalmente se manifestó, atendida su condición de letrado e imputado, ejercitar el derecho de autodefensa reconocido por el art. 50 del Estatuto de Abogacía.

Asimismo que idéntica manifestación y en igual sentido se hizo por parte de José Ignacio con motivo de la diligencia judicial de notificación

y emplazamiento practicada el 17.10.2006, donde nuevamente el imputado vuelve a manifestar su intención de ejercitar el derecho de autodefensa reconocido en el art. 50 Estatuto de Abogacía, atendida su condición de Letrado en ejercicio; una vez formulados los correspondientes escritos de acusación.

De todo ello se deduce que desde el inicio de las diligencias hasta el escrito presentado el 8.1.2008 -el día anterior al comienzo de la vista oral- el acusado ha estado defendido y asistido por abogado en ejercicio: el mismo que asumió su autodefensa.

Siendo así desde su última auto designación, 17.10.2006, hasta el 8.1.2008 tiempo sobrado hubo para que el acusado hubiera interesado la designación de otro letrado que asumiera su defensa con más garantías, por lo que -como recuerda la STS. 278/2005 de 2.3.- no está justificado en modo alguno es esperar al mismo día señalado para el juicio para realizar tal nueva designación, cuando ya todo está preparado para su celebración y la única solución para atender a la voluntad del acusado respecto del cambio de letrado habría de llevar consigo inevitablemente la suspensión del acto para un nuevo señalamiento.

Otra cosa habría sido si el nuevo abogado hubiera acudido al juicio oral para hacerse cargo de la defensa por estar debidamente preparado para ello. En tal caso probablemente nadie se habría opuesto a la voluntad del acusado y el tribunal habría accedido a dicha sustitución.

El acusado, por su condición de letrado en ejercicio, cuando se auto designó para la asistencia jurídica y defensa como Abogado -como acertadamente precisa la acusación particular en su escrito de impugnación del motivo- "expresamente se acogió a la habilitación que para su propia defensa autoriza el Estatuto de la Abogacía, con los derechos, los deberes, las prerrogativas y las facultades que a éste corresponden.

En esa condición ha estado presente en la fase instructora, ha tenido oportunidad de libre intervención en la totalidad de las diligencias practicadas, ha conocido las pericias emitidas y las declaraciones de los testigos, ha tenido conocimiento de los escritos de acusación, ha formulado su escrito de defensa, ha designado procurador que le represente, ha propuesto prueba y, en general, y con rotundidad, se ha visto asistido de todas las garantías que nuestra legislación prevé para el acusado.

Y todo ello, además, con la especial circunstancia de que, siendo el acusado letrado en ejercicio, no puede haber duda alguna sobre su pleno conocimiento de la trascendencia de sus actuaciones que, como acusado conoce y, como letrado, libremente realiza en orden, a su propia defensa.

Siendo igualmente significativo, e incluso paradójico, que habiendo pretendido cambiar de letrado en el acto de la vista, sea el mismo acusado quien continúa llevando su propia defensa en la formalización del presente recurso de casación.

Consecuente no se aprecia situación alguna de indefensión material, el acusado ha estado en todo momento en situación de poder legítimamente defenderse y su petición de designación de nuevo letrado fue de todo punto extemporánea y efectuada en fraude de Ley y abuso de derecho, sin que, además, se justifique o explique con alguna razón o dato que pudiera dar credibilidad a su alegación.

Los motivos deben, por lo expuesto, ser desestimados.

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de Ley a tenor de lo establecido en el art. 849.2 LECrim. al haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas tendientes a acreditar y probar el acuerdo alcanzado entre la querellante (Banco Vitalicio de España) y el querellado (José Ignacio) en cuanto a la procedencia de la liquidación de cuentas pendientes de saldar como consecuencia de las minutas de honorarios profesionales devengados por la intervención profesional como abogado del querellado, previa petición y requerimiento de la querellante en un número importante de procedimientos judiciales pendientes de pago.

Se argumenta en el motivo que contrariamente a cuanto se recoge en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia recurrida, está acreditado la totalidad del contenido de la declaración judicial del querellado, en orden a la falta de los requisitos necesarios para la concurrencia del tipo penal del art. 252; el acuerdo alcanzado entre el responsable de los Servicios Profesionales Jurídicos del Banco Vitalicio y el querellado, letrado colaborador anterior de dicha aseguradora, relativo a la liquidación pendiente de cuentas y minutas de honorarios pendientes de saldar", y el acuerdo alcanzado en cuanto al traspaso de expedientes por parte del querellado o la nueva letrado colaboradora de aquella entidad, Matilde, y distintas relaciones de "Juras de Cuentas" en distintos procedimientos por parte del imputado y letrado José Ignacio formuladas frente a la aseguradora Banco Vitalicio en reclamación de honorarios profesionales, cuyo montante total asciende a 97.891,17 euros.

-El testimonio prestado en el acto del juicio oral por la nueva abogada de la aseguradora D<sup>a</sup> Matilde:

Documentos los referidos que acreditan, según el recurrente, la inexistencia de apropiación indebida alguna por parte del acusado, las buenas relaciones y colaboración habida entre la querellante y el querellado

relativos a la "liquidación de cuentas u honorarios pendientes de saldar" acordado entre ambas partes para proceder seguidamente a una compensación de crédito a favor de una u otra parte.

El motivo debe ser desestimado.

Como decíamos en las SSTS. 416/2007 de 23.5:

"el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo

■  
*"El art. 120 CP  
proclama una  
responsabilidad civil del  
tipo de la subsidiaria en  
contra de las personas  
naturales o jurídicas a  
que hace referencia,  
titulares de una  
actividad empañada en  
su dinámica por las  
infracciones a que se  
alude, sobre el  
presupuesto de que el  
hecho punible cometido  
"no se hubiera  
producido sin dicha  
infracción"."*  
■

sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiene de este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún

motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredite de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios.

La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediatez en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediatez.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim. consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes,

siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Igualmente ha de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Ahora bien quedan excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediatez percibe (STS. 1006/2000 de 5.6).

Situación ésta predicable en relación a la propia declaración del acusado y el testimonio de la letrada Matilde, y respecto al resto de los documentos cuyo contenido no ha sido ratificado por sus emisores o receptores ni durante la instrucción ni en el juicio oral, o bien se refieren a puntuales expedientes, a una cantidad concreta y determinada y a específicas minutas en esas fechas pendientes de pago, por lo que no acreditan, por sí solos el pretendido error de la Sala en orden al pretendido derecho de retención del acusado de las cantidades objeto de la querrela, contando con la aquiescencia de la querellante.

El recurrente pretende una nueva valoración de dichos documentos conforme a los propios argumentos, ello no significa otra cosa que disentir de la valoración de los hechos que es competencia exclusiva del Tribunal de instancia (STS. 10.4.2003), salvo que aquella valoración haya sido arbitraria, ilógica o irracional, impugnación no encuadrable en la vía del art. 849.2 LECrim.

CUARTO.- El motivo cuarto por infracción de Ley, a tenor de lo establecido en el art. 849.1 LECrim. en relación a la aplicación indebida de

una norma de carácter sustantivo, art. 252 CP, relativo a la apropiación indebida, atendida la liquidación previa de cuentas pendientes.

Hemos de recordar que cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. el recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, al no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador.

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas.

Así más que modificándolos radicalmente en su integridad, alteran su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Pues bien en los hechos probados se recoge expresamente como entre los años 1991 y 2000, el acusado mantuvo relaciones profesionales en su condición de abogado en ejercicio con la compañía aseguradora Banco Vitalicio de España, en virtud de las cuales, además de encargarse de la

defensa de sus intereses en numerosos procedimientos judiciales derivados fundamentalmente de accidentes de circulación, se encargaba también de efectuar pagos, ingresos y consignaciones en las correspondientes cuentas de los diferentes juzgados de la provincia de Toledo, para lo cual Banco Vitalicio le hacia entrega de multitud de cheques, conformados para que procediera a su ingreso en dichas cuentas de consignación.

A continuación se destaca como "tratándose de consignaciones en la cuenta del Juzgado, lo que remitía era un cheque a favor de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, entidad adjudicataria en la gestión de las cuentas de consignaciones de los Juzgados, las cuales el querellado ingresaba en sus propias cuentas corrientes aperturadas en dicha entidad, procediendo después a efectuar el traspaso de fondos desde las mismas a las cuentas de consignaciones de los Juzgados.

"Sin embargo en diez ocasiones y por un importe total de 410.804 euros, los cheques fueron ingresados en su propia cuenta pero en ninguno de ellos se realizó traspaso alguno de fondos a las cuentas de los Juzgados correspondientes, haciendo suyas hasta la fecha, el acusado de las expresadas cantidades, las cuales ha incorporado a su patrimonio con animo de ilícito enriquecimiento".

Del anterior relato fáctico la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de apropiación indebida del art. 252 no puede ser cuestionada.

Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo:

a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad;

b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado;

c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

En el caso presente la incorporación al propio patrimonio de las cantidades recibidas para un destino concreto y determinado integra el tipo delictivo del art. 252 CP.

En este sentido, la jurisprudencia, por ejemplo sentencia 918/2008 de 3.12 ha declarado que el momento consumativo del delito de apropiación indebida tendrá lugar, tratándose de la distracción del dinero por no darle el destino convenido, en la fecha en que debió darse tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del poseedor (SSTS. 448/2000, 1248/2000 de 12.7), precisándose que con la conducta del autor, cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega. No basta pues la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (SSTS. 8.7.98, 11.7.2005).

Como se ha dicho en SSTS. 712/2006 de 3.7 y 219/2007 de 9.3, "en el delito de apropiación indebida la potencial disponibilidad o posibilidad de disponer, como criterio decisivo para determinar la consumación, hemos de hallarlo en el momento en que el agente hace propio (o tiene posibilidad de hacerlo) lo que tiene obligación de poner a disposición del partícipe".

En nuestro caso, nos hallaríamos ante un delito de apropiación indebida de dinero, cuyo momento comisivo hay que fijarlo en el instante en que el autor no le da el destino pactado, incumpliendo la obligación y reteniendo su posesión, y en los supuestos de posesión clandestina -en el sentido de que nadie tiene conocimiento de ella aparte del agente- el nudo crucial es el llamado por la jurisprudencia "punto sin retorno", hasta cuya llegada el sujeto podría disolver la cosa sin consecuencias penales.

Naturalmente habrá de examinarse ponderadamente cada caso para conocer el instante en que se habrá producido la consumación del hecho.

Parece claro -dice la STS. 143/2005 de 10.2 - que si la apropiación es descubierta o denunciada (reclamación previa de la cosa, ejercicio de acciones judiciales...) dicho momento se ha cumplido y el agente no quedaría libre de responsabilidad criminal si restituyera la cosa (o el dinero) a partir de tal instante, restitución que en el caso presente ni siquiera se ha producido.

QUINTO.- Asimismo debe descartarse cualquier derecho de retención de la empresa querellada sobre las cantidades percibidas. Esta Sala

(ver reciente STS. 9.7.2008) se ha pronunciado abundantemente sobre la problemática del delito de apropiación indebida y la incidencia que sobre el mismo tiene la liquidación de cuentas entre las partes, declarando que la trascendencia de tal elemento debe ser valorada en cada caso particular.

En este sentido la jurisprudencia (por ejemplo STS. 228/2006 de 3.3), ha entendido que no puede afirmarse que se haya cometido un delito de apropiación indebida cuando se acredite que entre quienes aparecen como denunciante y denunciado se han producido relaciones mercantiles o de contenido económico de tal complejidad que sea imposible con los datos disponibles en la causa penal establecer la existencia de una cantidad perteneciente a uno de ellos de la que se haya apropiado el otro. La dificultad en esos casos reside en distinguir si lo que existe es una deuda no satisfecha, o dicho de otro modo, pendiente de pago, o un acto de apropiación ilícita.

De manera que, en esos casos, ha de concluirse que, aunque exista formalmente un acto de apropiación, no es posible afirmar el elemento subjetivo consistente en el ánimo apropiatorio de lo ajeno, pues aún se ignora en qué medida lo es. Es precisa entonces una liquidación que determine finalmente a quien corresponde el derecho a recibir una cantidad y a quien la obligación de satisfacerla como consecuencia de aquellas relaciones, y la derivación a la jurisdicción civil para la realización de tales operaciones.

A esta línea corresponden las sentencias de esta Sala, entre otras, de 30.5.90, 21.7.2000 y 20.10.2002, si bien se trata en todas ellas de operaciones sujetas a compensación de créditos y deudas por intereses recíprocos mercantiles entre las partes, derivados de una relación duradera en el tiempo, y de gran confusiónismo. Y, además, dicha línea es siempre restringida al ámbito de tales intereses mercantiles recíprocos, pues ordinariamente debe declararse que quien recibiendo dinero ajeno se queda con él, incorporándolo a su patrimonio, sin consentimiento del titular de tales sumas, queda incurso en la penalidad de la apropiación indebida, pues es ilícito (penalmente relevante) desapropiar a otro del dinero que le corresponde, máxime si no existe derecho alguno de retención, como seguidamente veremos.

Es por ello que en el caso de liquidaciones pretendidas por abogados que simplemente se apropiaron del dinero de sus clientes (bien procedentes de provisiones de fondos, indemnizaciones judiciales o pagos de terceros a ellos destinados) esta Sala, STS. 2163/2002 de 27.12, mantiene una línea uniforme de interpretación que considera improcedente que con pretexto de tal liquidación se intenten retener unas sumas a las que no

se tiene derecho por voluntad unilateral del letrado acusado por tal delito.

Así, la doctrina de esta Sala en casos similares (STS 28-1-1991) ha declarado que “no cabe aplicar por actos de autoridad propia por un Letrado al pago de los servicios prestados por él -S. de 19 de enero de 1981 - que “por lo que hace a la minuta de honorarios que presentó para compensar con ella las cantidades a que dio distinto destino del que debía, porque dicha minuta, al ser puesta en tela de juicio por su destinataria, no es instrumento hábil para realizar la expresada compensación, ya que por sí misma y por proceder de acto unilateral de quien la libra no justifica la existencia de un crédito real y vencido, que es condición imprescindible para que opere la citada compensación” (S. de 29 de marzo de 1984); pues, en definitiva, sólo la existencia de un derecho de retención con arreglo a las normas civiles puede integrar la causa de justificación del (entonces vigente) artículo 8.11 del Código Penal (S. de 2 de febrero de 1989); y tal derecho de retención (necesariamente típico civilmente, al suponer ónticamente una excepción al principio general de la interdicción de la autotutela) no corresponde a los Letrados o Abogados, como rectamente entendió la sentencia ahora sometida a recurso”. Improcedencia que repite igualmente acerca de la retención a título de liquidación de honorarios al Sentencia de 29-1-1990, y últimamente, en la Sentencia de 21-10-2002.

Esta Sala ha considerado en reiterados precedentes que en casos en que existe apropiación indebida cuando el Letrado, tras realizar o no gestiones correspondientes al asunto aceptado y sin rendir cuentas de las mismas, no devuelve las cantidades percibidas en provisión de fondos.

En ese sentido, se ha señalado que cuando se alude a aspectos complejos de las relaciones entre cliente y Abogado debe tenerse siempre en cuenta que, respecto a la cantidad percibida como provisión de fondos, la liquidación y rendición de cuentas corresponde al Letrado que la ha recibido (cfr. STS 709/1996, de 19 octubre).

En definitiva, el delito surge (STS 16-6-1993) “desde el momento en que la obligación de devolver el dinero percibido del Juzgado se quebranta, y bajo el pretexto de la pendencia de extensión de una minuta, que ninguna razón existía para su inactivación, no se lleva a cabo aquélla, a pesar de la insistencia constante de los fiadores y del celo del órgano judicial en la práctica de los varios y sucesivos requerimientos a que se ha hecho mención.

Cuando tardíamente, y sólo ante la sobrevenida de un procesamiento, el acusado decidió reponer la cantidad adeudada, bien puede colegirse

que el mismo había consumado el delito de apropiación indebida, y lo verificado no tiene otra significación que la reposición del monto de la suma distraída, con efectos meramente afectantes a la responsabilidad civil.

El procesado quebrantó la lealtad debida ante la confianza en él depositada por sus mandantes. Cual razonada y fundadamente se afirma en la sentencia recurrida, desde la reiterada y pertinaz negativa del acusado, sin causa ni justificación posible, a la devolución de la cantidad por él percibida, en concepto de depósito, y sobre la que no ostentaba ningún derecho de retención motivadora de su conducta, a sus clientes, se consumó el delito, porque la incorporación al patrimonio propio de tal cantidad, lo convirtió en propiedad ilegítima, quedando de manifiesto el lucro ilícito y el abuso de la situación de confianza que caracteriza la apropiación indebida”.

Sentencia que citamos únicamente a título de precedente jurisprudencial, en justificación de la línea que se mantiene por esta Sala Casacional.

Y reiterada en la STS. 147/2006 de 6.2 que, remitiéndose a la STS. 153/2003 de 8.2, indica “empero el acusado (abogado) no tenía derecho a quedarse con dinero recibido con la finalidad de entrega a otra persona, aunque, ciertamente, tuviera un derecho de crédito, si bien no protegido por un derecho de retención similar a los que están recogidos en los artículos 1600 y 1780 del Código Civil a favor respectivamente de quien haya hecho una obra en un bien mueble mientras no se le pague, y del depositario para que se le abone lo que le sea debido en razón del depósito. Por lo tanto, la conducta enjuiciada ha consistido en una apropiación.

Y también existió el elemento subjetivo de querer el agente quedarse con lo que sabía no era suyo”, y en la STS de 21-10-2002, núm. 1749/2002, que recuerda que “para que se considere lícita la negativa a entregar lo recibido alegando la titularidad de créditos contra aquél a quien se le debe entregar, es preciso que exista un derecho de retención que lo ampare”.

Y esta Sala ya ha negado en alguna ocasión que tal derecho corresponda a los letrados en relación a sus honorarios, de manera que las cantidades que estos profesionales perciban de terceros para entregar a sus clientes en relación con sus servicios profesionales no pueden ser aplicadas por un acto unilateral de propia autoridad a satisfacer las minutas que consideran que les deben ser abonadas, sino que deben ser entregadas en su integridad a aquellas personas a favor de quienes han sido recibidas, sin perjuicio de la reclamación que corresponda para hacer

efectivo el pago de sus honorarios como Letrado.

Doctrina que sería aplicable al caso actual, en el que la Sala de instancia, Fundamento Jurídico segundo rechaza la versión del acusado sobre la procedencia de esa liquidación, que considera ilícita, desde el momento en que resolviéndose la relación profesional entre ambos en el año 2001, ya en el año 1998 el acusado incorporó a su patrimonio cheques por más de cinco millones de pesetas y en 1999 cheques por importe de más de treinta millones, resultaría imposible de creer que años antes de finalizar esa relación profesional se autorizara al querellado a retener unas cantidades millonarias, que no olvidemos tenían una concreta finalidad, ser consignadas en procedimientos judiciales, con los inevitables perjuicios que para la aseguradora se derivarían de la falta de consignación -a la espera de esa hipotética liquidación de una relación profesional en tiempo futuro y por tanto, incierta, máxime cuando - y así se razona en la sentencia- el acusado no ha justificado que es lo que a él se le adeuda y en qué conceptos, no presentando relación alguna ni de procedimientos, minutas pendientes de cobro, etc...; y no concede veracidad alguna a sus manifestaciones de tener a disposición de la querellante el importe íntegro de los cheques que se le viene reclamando, pues de ser ello así no se entiende por qué razón el acusado no ha hecho entrega definitivamente de esos fondos que reconoce que están en su poder y que, al menos tras la interposición de la querrela, no puede tener ya ninguna duda acerca de que el supuesto pacto o compromiso que él dice haber alcanzado con algún directivo del Banco Vitalicio, de no reclamarse ninguna de las partes nada a la otra hasta la liquidación de cuentas, no ha sido finalmente asumido o aceptado por la dirección de la compañía. Lo mínimo que cabría esperar de ser cierta su disposición a la restitución, sería una consignación judicial de todo lo percibido, en espera de la pretendida liquidación.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

SEXTO.- El motivo quinto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. en relación con la inaplicación del art. 144 Ley 19/85 de 16.7 Cambiaría y del cheque (“el librado no podrá pagar el cheque con cruzado general más que a un Banco o a un cliente de aquél... El librado o el Banco que no observe las disposiciones anteriores responde de los perjuicios causados hasta una suma igual al importe del cheque”.

Argumenta el motivo que tratándose de cantidades entregadas al recurrente como letrado de la aseguradora querellante para proceder a su consignación judicial, en virtud de cheques conformados y cruzados para abonar en cuenta librados por el

Banco Santander Central Hispano (BSCH) a favor del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) y expedidos por la entidad aseguradora querellante (Banco Vitalicio de España).

Siendo así para que tales cheques hayan podido ingresarse en la cuenta del recurrente o bien debe producirse un endoso del título -lo cual no ha sucedido en ningún caso- o bien dichos cheques se ingresaron en la cuenta del imputado de forma indebida por parte del Banco beneficiario de los títulos.

De manera tal que siendo éste último el caso concreto en que nos encontramos, de conformidad y por aplicación del referido art. 144 Ley Cambiaria y del Cheque, de darse algún ilícito penal, nos encontraríamos ante el tipo penal del art. 254 CP. relativo al cobro de lo indebido por error del transmitente.

El tipo penal del art. 254 del Código Penal recoge una figura delictiva que por su naturaleza se ha considerado incardinable en la apropiación indebida al reunir el requisito más característico de este tipo penal:

“cerrar la mano” tras haber recibido la cosa; si bien se trata aquí de cosa entregada “sin querer”.

Se recoge así una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución.

Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarara su punición en la apropiación, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una artimaña típica de la estafa.

Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del art. 254 resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta.

La figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los arts. 1895 y siguientes del Código civil, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva.

Como delito patrimonial, la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, pero como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular

de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente, la consumación se produce cuando se niega a devolverlo o cuando, advertido del error existente no procede a su devolución. (STS. 1416/2004 de 2.12).

La STS. 2159/2002 de 28.12, aplica este precepto a quien habiendo recibido en su cuenta bancaria indebidamente un abono y comprobado el error, no lo devuelve, sino que dispone inmediatamente de él, antes de que el transmitente pueda hacer la retrocesión.

Situación que no es la contemplada en autos. El relato fáctico -cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim., nada dice sobre ese supuesto error del transmitente, que el recurrente asocia a la actuación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) al ingresar en la cuenta del acusado en dicha entidad bancaria, los cheques nominativos a favor de la entidad para su ingreso en las cuentas de consignaciones de los juzgados, lo que implicaría que el librado pagó por error y la aplicación del art. 144 Ley Cambiaria y del art. 254 CP, pero olvida que el “librado” no es el BBVA sino el Banco Santander Central Hispano (BSCH), entidad en la que el “librador” (Banco Vitalicio de España) tenía la cuenta contra la que se libraron los cheques, cuyo beneficiario o destinatario en el BBVA, entidad en la que el acusado tenía también cuentas abiertas.

Siendo así no hubo ninguna anómala actuación en el librado BSCH que pagó los cheques “a un Banco o cliente de aquél”, ni el acusado recibió por error el importe de los cheques, sino que tal como se recoge en los hechos probados el acusado “... se encargaba también de efectuar pagos, ingresos y consignaciones en las correspondientes cuentas de los diferentes Juzgados de esta provincia de Toledo, para lo cual Banco Vitalicio le hizo entrega de multitud de cheques conformados para que procediera a su ingreso en dichas cuentas de consignación...”, añadiendo además que:

“en diez ocasiones..., los cheques fueron ingresados en su propia cuenta pero en ninguno de ellos se realizó traspaso alguno de fondos a las cuentas de los juzgados correspondientes, haciendo suyas hasta la fecha el acusado las expresadas cantidades, 410.804 euros, las cuales ha incorporado a su patrimonio con ánimo de ilícito enriquecimiento”. Conducta la descrita, tal como se ha razonado en el motivo precedente, subsumible en el art. 252 CP.

Recurso interpuesto por Banco Vitalicio de España

SÉPTIMO.- El motivo único al amparo del art. 849.1 LECrim. por haberse infringido por inaplicación del art. 120.3 CP. por cuanto debió

declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria por darse las circunstancias de hecho y derecho previstas en dicho precepto, pretensión que la Sala de instancia entiende que no es necesario siquiera entrar a analizar ante la propia negligencia de la actuación de la querellante al no comprobar que los importes de los cheques no habían sido ingresados en las cuentas de consignaciones sino en las particulares del querellado.

Pronunciamiento éste incorrecto por cuanto, en primer lugar debió analizar si concurren los presupuestos de aplicación del art. 120.3 CP, en caso afirmativo si la actuación de la querellante puede considerarse falta de diligencia, y finalmente sus posibles efectos en orden a la responsabilidad civil, y posible aplicación del art. 114 CP.

Respecto a la primera cuestión en el art. 120 CP. se recogen los supuestos generales de responsabilidad civil subsidiaria concebida en defecto de la responsabilidad civil directa inherente a la criminal del acusado, es decir, se trata de una responsabilidad civil de “segundo grado”, solo efectiva ante el fracaso en la exigencia de responsabilidad al genuinamente obligado.

La responsabilidad civil subsidiaria solicitada lo es al amparo del art. 120.3 CP., precepto éste -no dice la STS. 229/2007 de 22.3 -, mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus - principales- (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la “culpa in vigilando”, “culpa in eligendo”, o la “culpa in operando”, que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una casi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad (“*cuius commoda eius incommoda*”), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal, que dispone:

“las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes:

a) que se haya cometido un delito o falta;

b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión;

c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna “infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad”, debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros);

d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual;

e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (STS. 1140/2005 de 3.10, 1546/2005 de 29.12, 204/2006 de 24.2, 229/2997 de 22.3).

Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del “hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria a que atiende el art. 120.3 CP. parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse perpetrado

do un delito o falta generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa. La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (art. 116 CP.). Comprobados cuantos requisitos condicionan la responsabilidad antedicha, subseguirá el pronunciamiento declarativo de la misma, condenando a la persona natural o jurídica considerada como titular del establecimiento en cuya sede tuvo lugar el hecho criminal.

Condena cuya efectividad se halla subordinada a la insolvencia del autor material. Los responsables civiles subsidiarios son tales "en defecto de los que lo sean criminalmente". La expresión "personas naturales o jurídicas" es eminentemente amplia y abarcadora: cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella.

El art. 120 CP. proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido "no se hubiera producido sin dicha infracción". Más debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez.

La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero - autor material del hecho-.

Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél.

En todo caso ha de constatarse una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula.

Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria.

Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad.

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometen los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la "culpa in eligendo" y en la "culpa in vigilando", como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil.

No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28.11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (v. art. 4.1 C.C.), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. art. 4.2 C.C.).

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS. 9.2.2004); y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

OCTAVO.- En el caso sometido a nuestra revisión casacional nos encontramos con 10 cheques librados por la querellante a favor del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, esto es nominativos, para su ingreso en la cuenta de consignaciones de los Juz-

gados en dicha entidad bancaria, siendo el querellado el mero tenedor, detentador o poseedor material, sin derecho alguno sobre los fondos que representaban sus respectivos importes, derecho que correspondería al beneficiario de los cheques.

No obstante lo cual los cheques nominativos a favor de BBVA fueron ingresados en la cuenta corriente particular del querellado en dicha entidad.

Siendo así la infracción denunciada en el motivo cometida por los "dependientes" o "empleados" de la entidad bancaria, debe entenderse cometida.

En efecto el art. 111 de ley 19/85 de 16 julio, Cambiaría y del cheque señala las distintas modalidades de libramiento del cheque, según quien sea la persona beneficiaria del mismo, y así distingue que el cheque puede ser librado para que se pague:

- a) a persona determinada con o sin cláusula "a la orden";
- b) a una persona determinada con la cláusula "no a la orden" u otra equivalente.
- c) al portador.

En el caso que nos ocupa en el "factum" se detalla como "tratándose de consignaciones en la cuenta del Juzgado, lo que remitía era un cheque a favor de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, entidad adjudicataria de la gestión de las cuentas de consignaciones de los juzgados", se trata por tanto de cheques nominativos, es decir a favor de una persona determinada, en este caso la entidad bancaria BBVA.

Por tanto si el cheque está expedido a favor de una persona determinada solo a ésta, y no a otra, deberá hacerse el pago. En este sentido la doctrina señala que el cheque nominativo se subsume dentro de los llamados títulos directos, estando, por consiguiente, legitimado para la percepción de su importe solamente el tenedor del mismo que al mismo tiempo sea la persona designada en el cheque.

Siendo así si los empleados o dependientes del BBVA ingresaron estos cheques nominativos no en la cuenta consignaciones sino en la particular del querellado, lo que hicieron fue sustituir el beneficiario que el librador había señalado en el documento (BBVA) por otra persona distinta (el querellado) con infracción de lo preceptuado en el art. 120 Ley Cambiaría y del cheque que, al regular la forma en que pueden ser transmitidos los cheques, dispone:

"El cheque al portador se transmite mediante su entrega o tradición.

El cheque extendido a favor de una persona determinada, con o sin

la cláusula "a la orden", es transmisible por medio de endoso".

Por tanto si los cheques que nos ocupan a favor de persona determinada extendidos, han sido transmitidos como si se tratara de títulos al portador, pues sin mediar endoso han sido ingresados en cuenta corriente de persona distinta de su beneficiario, la infracción reglamentaria que exige el art. 120.3 CP, se ha cometido, en concreto arts. 111 y 120 Ley Cambiaría y del cheque, y que tal infracción reglamentaria está relacionada con el delito cuya comisión acarrea la responsabilidad, no puede ser cuestionado, al ser evidente que de no haberse ingresado los cheques nominativos en la cuenta corriente particular del querellado, el delito de apropiación no podría haberse cometido.

NOVENO.- En base a lo razonado, el recurso interpuesto por la acusación particular debe ser estimado y declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, sin que la respuesta dada por la sentencia recurrida en el Fundamento Jurídico quinto para desestimar dicha pretensión pueda ser asumida.

Entiende la Sala que ingresados los cheques en una determinada cuenta, la querellante Banco Vitalicio tenía que obtener seguidamente información de tales ingresos y en la cuenta en que se habían efectuado, pudiendo realizar periódicamente sin más que atender a su correspondencia, la comprobación de que los importes de los cheques no habían ido a parar a las cuentas de consignación de los diferentes juzgados, sino a las particulares del acusado, y sin embargo durante años no hizo nada para impedirlo y continuó con la misma práctica.

En definitiva, la querellante pretende exigir a BBVA un celo que ella misma no ha puesta en una elemental labor de control del destino final de los fondos que entregaba al acusado, control que era perfectamente posible e incluso exigible en la actividad de un ordenado comerciante.

Argumentación que no resulta atendible.

Banco Vitalicio, librador de los cheques puede observar en su correspondencia y contabilidad si los cheques librados contra la cuenta del Banco Santander Central Hispano han sido o no cargados en dicha cuenta, pero en tal correspondencia no figura nunca el beneficiario final del cheque, esto es, la cuenta corriente concreta en la que se ha ingresado y su titular.

Cierto es que -como se señala en el recurso- que cualquier librador puede dirigirse a su banco librado para solicitar concreta información sobre el destino de algún cheque en

particular, pero exigir esa conducta a quien, como es el caso de una entidad aseguradora libra múltiples cheques al año como parte esencial de su actividad comercial, no es una actuación exigible a "un ordenado comerciante" ni se compadece con los usos y prácticas mercantiles, más aun en su caso como el actual en el que la sentencia declara probado que entre los años 1991 y 2000 el querellado mantuvo relaciones profesionales en su condición de abogado en ejercicio con la compañía aseguradora querellante, en virtud de las cuales además de encargarse de la defensa de sus intereses en numerosos procedimientos, la aseguradora Banco Vitalicio le hizo entrega de multitud de cheques conformados para que procediera al ingreso en las cuentas de consignación, añadiéndose en la fundamentación jurídica (FJ. 2º, Párr. 7) que ya en 1998 incorpora a su patrimonio cheques por más de cinco millones de pesetas, y (FJ. 4º, Párr. 3º) que "Banco Vitalicio hizo entrega de los cheques al abogado por la confianza que el mismo inspiraba derivada de su relación profesional y de su cualidad de letrado, entrega que evidentemente no habría realizado a una persona cualquiera".

Esto es, si la relación profesional se inició en el año 1991 y hasta 1998 no se produjo la primera apropiación los procedimientos fueron "numerosos" y "multitud" los cheques librados y entregados al acusado, si la relación profesional estaba presidida por la "confianza" que derivaba de su condición de letrado, hasta tal punto que expresamente se reconoce que tales cheques no habrían sido entregados a persona cualquiera, no puede calificarse de falta de celo y negligencia la actuación de la querellante.

No siendo ocioso destacar, como también se señala en el recurso, que Banco Vitalicio no tenía conocimiento ni podía razonablemente tenerlo de que los cheques no habían tenido el fin previsto hasta que en procedimientos judiciales que deberían estar finalizados por consignación se empiezan a recibir ordenes de embargo de cuentas, siendo la razón obvia por cuanto cualquier notificación judicial se realiza al Procurador y éste se la traslada al letrado -en este caso el propio querellado, quien se cuidó mucho de hacer saber a su cliente, la querellante, que las cantidades que figuraban en los cheques, entregados para su consignación, se las había apropiado.

Consecuentemente la mínima falta de diligencia que pudiera imputarse a la entidad aseguradora querellante carece de transcendencia alguna frente a la actuación delictiva del querellado y la infractora actuación de los empleados de BBVA con el que, no olvidamos, Banco Vitalicio no tenía relación directa alguna.

DECIMO.- Desestimando el recurso interpuesto por el condenado

José Ignacio, se le imponen las costas causadas en su tramitación, y estimándose el interpuesto por la Acusación Particular Banco Vitalicio de España, se declaran de oficio las costas del mismo (art. 901 LE-Crim.).

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por José Ignacio, contra sentencia de 17 de enero de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Primera, en causa seguida contra el mismo por delito de apropiación indebida, y condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Y debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Banco Vitalicio de España Cia. de Seguros y Reaseguros contra dicha resolución, y en su virtud casamos y anulamos referida sentencia dictando a continuación nueva sentencia más acorde a derecho.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

### SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Toledo, y fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo; y que fue seguida por delitos de apropiación indebida, deslealtad profesional y estafa, contra José Ignacio, con DNI. núm. 000, nacido el 29 de junio de 1963, hijo de Jesús y Julia, natural de la Prueba de Almoradiel (Toledo), casado, abogado, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en los Fundamentos de Derecho octavo y noveno de la sentencia precedente procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria, ex art. 129.3 CP. del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

### FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección Primera Audiencia Provincial de Toledo de 17 de enero de 2008, debemos declarar y declaramos la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria en defecto de José Ignacio, en relación a la indemnización

de 410.824 Euros a favor de Banco Vitalicio de España.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

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



2009/251569

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 30 octubre 2009. Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

## La clasificación urbanística del suelo no afecta a la línea de deslinde de la zona marítimo terrestre

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de San Fernando contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, confirmatoria de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente, que aprobó el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre. La Sala señala en primer lugar que la previa actuación o intervención estatal en el planeamiento urbanístico a través de los informes previstos en el art. 117 Ley de Costas no le vincula en la posterior actuación en materia de deslinde, y en segundo lugar, expone que la previa calificación del suelo como urbano no hace perder al suelo su carácter demanial, únicamente producirá efectos a la hora de fijar la servidumbre de protección de 20 metros.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación núm. 5134/05 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) dictó en fecha 18 de mayo de 2005, y en su recurso núm. 1070/02, por medio de la cual se desestimó el formulado por el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) contra Orden del Ministerio de Medio Ambiente de fecha 20 de mayo de 2002, que aprobó el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre en el tramo de costa de 3.685 metros del término municipal de San Fernando (Cádiz), comprendido entre La Clica (Caño de las Astillas) y el Caño Herrera.

La parte actora pretendió en ese recurso contencioso administrativo que se anulase la indicada Orden Ministerial, y para ello argumentó 1)

que antes de la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana -PGOU- de San Fernando, la Dirección General de Puertos y Costas emitió informe en sentido favorable, resultando que el PGOU ha resultando sustancialmente afectado por el deslinde de dominio público impugnado, para cuya realización la Administración de Costas, antes de la aprobación del deslinde, y con base en la necesaria coordinación de sus competencias con las competencias urbanísticas municipales, debió intentar llegar al acuerdo a que se refiere el artículo 117.2 de la Ley de Costas; y 2), que al modificar el deslinde las determinaciones contenidas en el PGOU, la Administración recurrida se ha extralimitado en sus funciones, invadiendo las competencias sobre urbanismo y ordenación del territorio que ostentan los Ayuntamientos y Comunidades Autónomas.

SEGUNDO.- La sentencia, tras analizar en el fundamento de derecho segundo la adecuación a Derecho del deslinde impugnado en función de las características naturales de los terrenos (conclusión a la que llega en función de la Memoria Justificativa y Descriptiva y de las pruebas documentales incorporadas al expediente), desestimó el recurso contencioso administrativo de conformidad con los argumentos señalados en el fundamento de derecho tercero, en que examinó la incardinación de competencias concurrentes entre las Administraciones en los procedimientos de aprobación del planeamiento urbanístico general y en el procedimiento de deslinde, llegando a la conclusión de que las determinaciones del planeamiento no pueden conllevar la pérdida de la condición demanial de aquellos bienes que deban tenerla por concurrir en ellos las características previstas en la legislación de costas. Dijo literalmente:

“Se alega, en esencia, que la línea probable de deslinde que fue tomada en consideración para la revisión del PGOU de San Fernando, informado favorablemente por la Administración de Costas, y la línea de delimitación finalmente aprobada son distintas y que la línea nueva de deslinde fijada vendría a alterar sustancialmente las determinaciones del planeamiento urbanístico municipal.

Al respecto hay que reseñar, como acertadamente pone de relieve la Abogacía del Estado, que una línea “probable” de deslinde incluida en el PGOU no es más que eso “probable” por lo que queda supeditada a la delimitación definitiva que siempre se realiza con un mayor número de datos, tal y como ha ocurrido en este caso.

Es decir, no puede otorgarse a esa línea probable de deslinde, que fue una propuesta inicial el carácter vinculante que pretende el Ayuntamiento demandante, ya que como tal línea probable está sujeta a la delimitación definitiva que finalmente se acuerde con mayores datos.

En el Anejo 7 de la Memoria que se refiere a las alegaciones recibidas, se efectúan unas consideraciones sobre el particular que son plenamente asumibles por la Sala, y así se dice que “línea probable, como tal, se define como una aproximación de la delimitación de los bienes de dominio público, que requiere luego un procedimiento muy complejo y acompañada de una documentación que depurará las posibles imperfecciones de la línea provisional. En este sentido, y a la vista de los informes geomorfológicos, topográficos y fotográficos realizados, así como de los ensayos granulométricos realizados de muestras de terreno, fue verificada la verdadera morfología y naturaleza de los terrenos ahora deslindados”.

En cuanto a las diferencias introducidas al avance de delimitación

que en 1990 se facilitó al Ayuntamiento demandante para su inclusión en el PGOU, se centran -según se señala en el citado Anejo- en las instalaciones militares de la Clica (o Avanzadilla) y en la playa de La Casería. Sobre la primera, se razona, que ha quedado acreditado con la documentación histórica que se adjunta, que se trata de terrenos ganados al mar por medio de las obras realizadas por la Armada Española, siendo de aplicación el artículo 9.4 de la Ley de Costas. Sobre la segunda, una meticolosa búsqueda en los archivos de la Dirección General de Costas dio lugar al hallazgo de la concesión otorgada a D. Romualdo por R.O. de 8 de abril de 1914 para la ocupación de 24.315,25 metros de la zona marítimo-terrestre en la playa de la Casería con destino a escombrera de cantera y establecimiento de un invernadero y canal de acceso, concesión que actualmente está incursa en caducidad al no destinarse a las condiciones iniciales del otorgamiento.

Es decir, se han justificado convenientemente en el expediente las diferencias introducidas.

En cuanto al informe favorable por la Dirección General de Costas a la revisión del PGOU aprobado el 20 de julio de 1992, hay que reseñar que dicho informe se evacuó con anterioridad a practicarse el deslinde que se impugna, cuya autorización para llevarlo a cabo se concedió el 16 de junio de 2000 -folio 5 de la Memoria- por lo que se informó dicho PGOU sin haber podido tener en cuenta el citado deslinde.

La STS de 4 de marzo de 2002 (Rec. 814/1995) dice “Tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala (sentencias, entre otras, de 23 Jun. 1971, 24 Nov. 1973, 26 Dic. 1978, 25 Nov. 1980, 26 Sep. 1981 y 2 Oct. 2000) que la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos requiere, respecto de éstos, que se trate de actuaciones realizadas con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica de manera indubitada. En esta misma línea, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo tiene declarado (así, por todas, en la sentencia de 9 mayo. 2000 el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (nemo potest contra proprium actum venire), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es in-

solvable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias de la Sala, como las de 27 Ene. y 24 Jun. 1996; 16 Feb., 19 mayo. y 23 Jul. 1998; 30 Ene., 3 Feb., 30 Mar. y 9 Jul. 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto (sentencias de 23 Jul. 1997 y 9 Jul. 1999), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico (...).”

Ese preciso significado no es, en modo alguno, el que cabe otorgar a la línea probable de deslinde en su día facilitada y a la conformidad mostrada con el PGOU por la Administración de Costas, por lo que no cabría apreciar vulneración del principio de los actos propios, ya que la existencia de un informe favorable a dicho Plan no vincula en modo alguno la funciones delimitativas del demanio costero.

En cuanto a la clasificación urbanística de los terrenos hay que señalar, que el dominio público marítimo terrestre es inmune a las determinaciones del planeamiento urbanístico que no pueden determinar una desafectación de pertenencias demaniales como se desprende de los artículos 132 de la Constitución, 7, 8, 9, 11 y 13.1 de la Ley de Costas.

En este sentido viene reiterando la Sala que, las características urbanísticas de los terrenos, no puede hacer perder a las zonas de dominio público tal carácter, pues obviamente el que la administración competente para la ordenación del suelo y del territorio efectúe una determinada clasificación urbanística no puede llevar a que se produzcan desafectaciones de pertenencias demaniales, de modo que no constituye tal clasificación causa suficiente para la inaplicación del régimen de protección costera de la Ley 22/1988 de Costas ni sirve para detraer las competencias que el artículo 132 de la Constitución asigna al Estado que ha de determinar y salvaguardar posteriormente tales bienes.

Así lo ha expresado también el Tribunal Supremo, Sala III, en sus sentencias de fechas 19 de noviembre de 2001, 13 de marzo, 15 de marzo y 19 de abril de 2002 y 23 de abril de 2003, entre otras.

También ha reiterado el T.S. (Sentencias de 20 de octubre de 2003 -recurso de casación 9670/98-, 30 de diciembre de 2003 -recurso de casación 2666/2000-, 10 y 12 de febrero de 2004 -recursos de casación 3187 y 3253 de 2001- 2 de marzo de 2004 -recurso de casación 1516/2001- STS 4 mayo de 2004, recurso de ca-

sación 4312/02) que “la circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica, estando contemplada en las Disposiciones Transitorias de la propia Ley de Costas la compatibilidad del dominio público marítimo terrestre con la clasificación como urbano del suelo por haber sido urbanizado en ejecución del planeamiento, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal contenida en los artículos 3.1 b de la Ley de Costas y 3.1 b de su Reglamento, pues, “lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones sino tal como es por naturaleza, de manera que las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde”.

Por último, la delimitación de competencias entre Ordenación del Territorio, esencialmente competencia de las Comunidades Autónomas, Urbanismo, esencialmente competencia de los Ayuntamientos, y Zona Marítimo Terrestre, de competencia estatal, es examinada en el fundamento de derecho cuarto, en el que concluyó que el deslinde aprobado no menoscaba competencia de otras Administraciones, y en el que literalmente dijo:

“No cabe tampoco apreciar la alegación efectuada respecto de que la Administración se ha extralimitado en sus competencias porque las competencias en ordenación del territorio y urbanismo corresponden a la Comunidad Autónoma y Ayuntamiento.

Este motivo está directamente vinculado con el anterior, donde hemos señalado que las características urbanísticas de los terrenos, no puede hacer perder a las zonas de dominio público tal carácter.

Además resulta incuestionable y no se ha puesto en tela de juicio, la competencia de la Administración del Estado para la determinación del dominio público marítimo-terrestre mediante los oportunos deslindes, si dicho deslinde afecta en algo a un determinado planeamiento urbanístico no significa que la Administración del Estado invada competencias en materias urbanísticas o que esté planificando el urbanismo de la zona deslindada.

En apoyo del criterio aquí mantenido conviene citar la STS de 10 de julio de 2002 (Rec. de casación 5232/96) que señala “hemos reconocido en más de una ocasión que un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en el espacio (SSTC 77/1982 y 103/1989, pudiendo pues, coexistir títulos competenciales diversos. Así, junto al medio ambiente, los de ordenación del territorio y ur-

banismo, agricultura y ganadería, montes y aprovechamientos forestales, o hidráulicas, caza y pesca o comercio interior entre otros. Ello significa, además, que sobre una misma superficie o espacio natural pueden actuar distintas Administraciones públicas para diferentes funciones o competencias, con la inexorable necesidad de colaboración (SSTC 227/1988 y 103/1989 y, por supuesto, coordinación. No sólo hay que identificar cada materia, pues una misma Ley o disposición puede albergar varias (SSTC 32/1983 y 103/1989, sino que resulta inevitable a continuación determinar, en cada caso, el título competencial predominante por su vinculación directa e inmediata, en virtud del principio de especificidad, operando así con dos criterios, el objetivo y el teleológico, mediante la calificación del contenido material de cada precepto y la averiguación de su finalidad (SSTC 15/1989, 153/1989 y 170/1989)...”

No cabe tampoco apreciar vulneración del artículo 117.2 de la Ley de Costas, ni del 116 de dicho texto legal ya que esos deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los que deben ajustarse las Administraciones públicas cuyas competencias incidan sobre el ámbito espacial contemplado en la presente Ley, no consta en modo alguno que se hayan vulnerado”.

**TERCERO.-** Contra esa sentencia la parte actora ha interpuesto el presente recurso de casación en el cual articula un único motivo de impugnación, al amparo del epígrafe d) del artículo 88.1 de la LRJCA, por “infracción del artículo 117.2 de la Ley de Costas”.

Alega la parte recurrente que la infracción se ha producido porque habiendo emitido informe la Administración de Costas con motivo de la tramitación del PGOU del municipio de San Fernando, en el año 1992, informe previsto en el artículo 117.2 de la Ley de Costas, y habiendo incorporado este Plan las determinaciones indicadas en ese informe de Costas, que contenía una línea de deslinde, no es ajustado a Derecho, por lesión del principio de coordinación administrativa previsto en ese artículo, que el Estado, con motivo del deslinde aprobado, modifique de forma imperativa, y en contra del parecer municipal, el PGOU.

Si con posterioridad a la aprobación del PGOU, afirma el Ayuntamiento recurrente, la Administración de Costas inició el procedimiento de deslinde, cuya propuesta contravenía el planeamiento urbanístico y disenta del informe emitido por anterioridad por esa misma Administración, resultaba obligado el ejercicio de las competencias de la Administración estatal en materia de deslinde de forma coordinada y consensuada con la Administración municipal, de acuerdo con los principios de información mutua, colaboración y coordinación,

previstos en el artículo 116 de la Ley de Costas. En definitiva, al resultar contrario el deslinde al planeamiento, el deslinde debía efectuarse mediante el consenso de las Administraciones implicadas, coordinando así sus diferentes competencias sobre un mismo ámbito territorial, coordinación que no se ha cumplido al dar primacía al deslinde aprobado sobre lo dispuesto en el planeamiento, infringiendo así el artículo 117.2 de la Ley de Costas e invadiendo con ellos las competencias del Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma.

Finaliza el motivo alegando infracción de la jurisprudencia, pues el Tribunal Supremo ha sostenido que las Ordenes Ministeriales que fijan zonas de seguridad en establecimientos militares ubicados en San Fernando, no podían modificar las determinaciones del planeamiento (STS de 3 de marzo de 1986, 11 de febrero de 1987 y 30 de noviembre de 1993).

**CUARTO.-** Vamos a desestimar este recurso de casación.

Las cuestiones planteadas en el presente recurso son sustancialmente idénticas a las que hemos examinado y resuelto en nuestra STS de 11 de febrero de 2009, RC 8391/2004, recurso interpuesto por el mismo Ayuntamiento de San Fernando, por lo que debemos reiterar lo que entonces dijimos y razonamos in extenso, en el sentido de que no existe vinculación alguna en el momento del deslinde por la previa actuación o intervención estatal en el planeamiento urbanístico. La previa clasificación del suelo e incluso la intervención estatal en dicha actuación a través de los informes previstos en el artículo 117, antes citado, no puede vincular la posterior actuación estatal en materia de deslinde, ya que la naturaleza demanial de los terrenos es absolutamente distinta y diferente del ejercicio de la potestad de planeamiento concretada en la clasificación y calificación urbanística de los mismos terrenos, no siendo posible que la actuación de esta potestad administrativa altere la naturaleza demanial de unos concretos terrenos ya que tal carácter no es fruto del ejercicio de una potestad discrecional - como la de planeamiento- sino, mas bien, el resultado irremisible de la declaración de tal carácter demanial por concurrir las características físicas contempladas en el artículo 3 de la LC, de conformidad con lo previsto en el artículo 132 de la Constitución Española. Dicho de otra forma, que la demanialidad resulta absolutamente inmune a las previas determinaciones del planeamiento urbanístico, las cuales no pueden, en modo alguno, obligar a una desafectación de pertenencias demaniales, tal y como se desprende del citado artículo 132 de la Constitución Española, así como 7, 8, 9, 11 y 13.1 de la LC.

También dijimos en la referida STS de 11 de febrero de 2009 que la clasificación del suelo como urbano

sirve únicamente para fijar la servidumbre de protección a 20 metros desde la línea interior de la ribera del mar, siempre que tal calificación la tuvieren los terrenos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas (Disposición Transitoria Tercera), pero tal clasificación no puede hacer perder al suelo su carácter demanial, ni crear dos realidades jurídicas antitéticas y esto no sólo por el dato concluyente de su apariencia física sino porque aunque jurídicamente la Administración competente para la ordenación del suelo y del territorio asigne una determinada clasificación urbanística a ese suelo no puede pretenderse que se produzcan con ello desafecciones de pertenencias demaniales, dejando sin contenido además las potestades que la Ley 22/88 atribuye a la Administración competente para ordenar y proteger el demanio marítimo terrestre. El concreto carácter urbano de los terrenos deslindados, en el momento de la entrada en vigor de la LC solo tiene repercusión —de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera de la LC— a los efectos de la fijación (tomando como referencia la línea interior de la ribera del mar) de la anchura de la servidumbre de protección.

**QUINTO.-** Al rechazarse todos los motivos de casación procede declarar no haber lugar al recurso, con condena a la parte recurrente en las costas del mismo (artículo 139.2 de la LJ 29/98). A la vista de las actuaciones procesales, esta condena sólo alcanza, por lo que se refiere a la minuta del Sr. Abogado del Estado a la cantidad máxima de 2000'00 euros (Artículo 139.3).

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

#### FALLO

Que declaramos no haber lugar al presente recurso de casación núm. 5134/05 interpuesto por el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en fecha 18 de mayo de 2005, y en su recurso núm. 1070/02.

Y condenamos a la parte recurrente en las costas de casación, en la forma dicha en el último fundamento de Derecho.

(...)



2009/234809

TS Sala 4ª, Sentencia 24 septiembre 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

A efectos de acreditar méritos para un concurso

## Incompetencia del orden social para conocer de la pretensión sobre reconocimiento de relación laboral

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que rechazó su pretensión de reconocimiento de existencia de relación laboral.*

*La Sala señala que, pese a superarse el requisito de la contradicción, ha de declararse de oficio la incompetencia del orden social pues lo que la parte pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar, mediante una sentencia laboral, un mérito a efectos de la puntuación de un concurso administrativo, es decir, obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal y esto no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción sino del contencioso-administrativo pues los períodos sobre los que se postula el reconocimiento de laboralidad son anteriores al momento de la presentación de la demanda y entonces ya no estaba vigente la relación con la consejería demandada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El demandante ha prestado servicios como técnico ve-

terinario para la Consejería de Política Agroalimentaria y Desarrollo Rural de la Xunta de Galicia, bajo la cobertura formal de sucesi-

vos contratos administrativos, en los distintos periodos (desde el 1-6-1998 al 31-12-1998, desde el 3-5-1999 al 31-12-1999 y desde el 5-5-2000 al 19-9-2002) y con los objetos que figuran en la declaración de hechos probados, transcrita en los antecedentes de la presente resolución. Tras agotar convenientemente la vía previa, la parte actora interpuso la demanda origen de estas actuaciones, en la que termina solicitando el reconocimiento del carácter laboral de su prestación durante los referidos periodos y la consecuente condena a estar y pasar por tal declaración y “a acreditar en legal forma la laboralidad de dichos periodos”.

2. La Sala de suplicación, revocando el fallo estimatorio de instancia, acoge favorablemente el recurso interpuesto por la Xunta de Galicia y concluye desestimando la demanda, razonando al respecto, con cita de doctrina jurisprudencial, que el actor carecía de acción para ejercitar una pretensión declarativa de reconocimiento de una relación laboral extinguida en septiembre de 2002 (hecho probado 1º) y que se refiere a periodos anteriores en el tiempo.

3. Contra este pronunciamiento recurre en casación para la unificación de doctrina la propia parte demandante, denunciando la infracción de los artículos 17.1 y 80.1.d) de la Ley de Procedimiento Laboral y 24.1 de la Constitución, en relación con el artículo 2.a) de la misma Ley procesal, y designando como sentencia contradictoria la de la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de diciembre de 2007 (R. 5738/04), que resuelve una pretensión análoga de declaración del carácter laboral de un vínculo contractual entre la misma Administración y un Veterinario durante unos determinados periodos temporales. La extinción de la relación había sido previamente calificada como despido nulo en la instancia pero, en suplicación, la Sala de Galicia lo declaró improcedente mediante sentencia de 7 de julio de 2002. La resolución referencial, con apoyo en su propia doctrina, rechaza la falta de acción opuesta por la misma entidad aquí demandada y confirma la sentencia de instancia, que había declarado, como se pedía en el escrito rector del nuevo proceso, la naturaleza laboral de los servicios prestados por el actor en aquellos periodos.

4. Concorre el presupuesto de la contradicción del art. 217 de la LPL entre la sentencia recurrida y la de contraste porque, ante la identidad de hechos, fundamentos y pretensiones (en ambos casos se trata de veterinarios que estuvieron vinculados a la misma Consejería, que vieron extinguida su relación en el año 2002, y que, años después, postulan el reconocimiento de la laboralidad con respecto a periodos anteriores), la recurrida aprecia la falta de acción al considerar que la reclamación no responde a un conflicto real entre las

partes, mientras que la referencial la acepta por entender que sí existe un interés cierto y vigente en la pretensión.

SEGUNDO.- 1. Sin embargo, pese a superarse el requisito de la contradicción, como esta Sala tiene declarado en supuestos sustancialmente iguales al presente, según seguidamente se verá, hemos de examinar de oficio la jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión ejercitada. En efecto, ya hemos dicho que la relación entre las partes terminó en el año 2002 y, según se comprueba en una atenta lectura de la demanda origen de estas actuaciones, la pretensión tiene por objeto que se califique la antigua relación en orden a la emisión de un certificado de servicios prestados y con la finalidad de mejorar la posición de la actora en las listas de sustituciones o contrataciones de la Xunta de Galicia y aportar su resultado como mérito en las oposiciones convocadas o incluirle en el currículo personal del interesado. Los periodos sobre los que se postula el reconocimiento de laboralidad son anteriores al momento de la presentación de la demanda o de la reclamación previa y entonces ya no se halla vigente la relación con la Consejería demandada. Resulta, pues, de aplicación nuestra referida doctrina, contenida, entre otras muchas, en la sentencia de 21 de marzo de 2007 (R. 1795/2006), a cuyo tenor: “no estamos ni siquiera en el plano hipotético ante una cuestión litigiosa que se promueva entre un empresario y un trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, como establece el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral. Sí que podría existir este supuesto, si la relación cuya naturaleza se debate estuviera vigente, porque en ese caso el orden social sería el competente para declarar la laboralidad del vínculo (sentencias de 2 de febrero de 1998, 18 de febrero de 1999, 19 de mayo de 2005 y 25 de mayo de 2006 entre otras muchas), lo que produciría, en caso de acogerse la demanda, efectos en el marco de la relación existente entre las partes. Pero, desde el momento que la eventual relación laboral entre las partes quedó extinguida hace varios años, el conflicto actual ya no se produce entre un empresario y un trabajador, salvo que ese conflicto tuviese por objeto el cumplimiento de alguna obligación derivada del vínculo que existió entre las partes y que pudiese ahora ser justiciable. No es éste el caso, pues lo que se pretende en la demanda no es una declaración que proyecte sus efectos sobre el desarrollo de aquella relación ya hace tiempo terminada, sino que lo que se pide es que se realice una calificación de la misma en orden a acreditar determinada puntuación en un concurso para el acceso a determinados puestos de trabajo de la Administración autonómica; cuestión que no correspondería al ámbito propio de la jurisdicción social, aunque se tratara de concursos para acceder a puestos de carácter laboral (sentencias de 14 de octubre de

2000 y 7 de febrero de 2003, entre otras muchas). En definitiva, lo que la parte demandada pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar mediante una sentencia laboral un mérito a efectos de la puntuación de un concurso administrativo, es decir, obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal y esto no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción. Se trata de un dato que tendrá que alegarse y acreditarse en el correspondiente procedimiento administrativo de selección y que, en su caso, dará origen a una controversia sobre la puntuación en un concurso para cuyo conocimiento será competente el orden contencioso-administrativo, en virtud de los artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ciertamente, en esa controversia podría resultar necesario decidir si la relación que el actor mantuvo con la Administración demandada entre 1992 y 1995 fue administrativa o laboral, pero es ésta una cuestión laboral que el orden contencioso-administrativo tendrá que resolver con carácter prejudicial conforme al artículo 4 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al pronunciarse sobre una pretensión administrativa principal relativa al resultado del concurso. Lo que no cabe es que esa cuestión prejudicial laboral en el proceso administrativo se transforme en un pleito laboral que resulta completamente artificial, porque ni existe ya relación laboral entre las partes, ni se ventila ninguna controversia de este carácter entre ellas.

Podría también sostenerse que el actor, aparte de la declaración de laboralidad vinculada a la acreditación de un mérito en un concurso, solicita también en el suplico de la demanda esa misma declaración, pero con un carácter general a “los efectos legales inherentes a dicha declaración”. Pero en ese caso estaríamos también ante una acción declarativa desprovista de cualquier utilidad práctica y que no responde, conforme a lo ya razonado, a un conflicto real y actual entre las partes. Como dice nuestra sentencia de 6 de marzo de 2007, dictada en el recurso 4163/2005, con cita de otras sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional, no es posible el recurso a acciones meramente declarativas para plantear «cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor, pues la actividad jurisdiccional en cuanto se ordena conceptualmente a la satisfacción de pretensiones fundadas en Derecho requiere siempre que exista un caso o controversia, una verdadera “litis”, sin que sea admisible “solicitar del Juez una mera opinión o un consejo”. El demandante carece, por tanto, de acción para deducir una mera pretensión declarativa sobre un reconocimiento general del carácter

laboral de una relación extinguida hace años, y esta falta de acción se traduce también en una falta de jurisdicción.”.

2. Por un elemental principio de seguridad jurídica (art. 9 CE), ha de estarse al criterio expuesto, reiterado, entre otras muchas, en nuestras sentencias de fecha 24 de mayo (R. 161/2006), 5 y 26 de junio (R. 263/06 y 856/06), 18 de julio (R. 1798/06), 31 de octubre (R. 1978/06), y 7 y 13 de noviembre de 2007 (R. 2263/06 y 1928/06), y 6 y 31 de marzo de 2009 (R. 1900/08 y 2093/08); procediendo, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que, de acuerdo con el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, proceda la imposición de costas por tener reconocido la parte recurrente el beneficio de justicia gratuita. Debe, sin embargo, aclararse, como ya hizo la Sala, entre otras, en sus sentencias de 31 de marzo y 6 de mayo de 2009 (R. 2093/08 y 1714/08) que, aunque la sentencia de instancia contiene formalmente un fallo absolutorio, se trata en realidad de un pronunciamiento de falta de jurisdicción por falta de una acción laboral actual, lo que supone que si se produjese un conflicto real en orden al reconocimiento de los méritos en un concurso administrativo de selección la parte podría ejercitar las acciones correspondientes ante el orden contencioso-administrativo.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Fernando, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de abril de 2008, en el recurso de suplicación núm. 1231/05, interpuesto frente a la sentencia dictada el 19 de enero de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo, en los autos núm. 996/04, seguidos a instancia del propio recurrente contra la Consejería DE POLITICA AGROALIMENTARIA Y DESARROLLO RURAL -JUNTA DE GALICIA-, sobre derechos. Sin imposición de costas.

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

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

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



## RESEÑA

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



2009/234618

TS Sala 1ª, Sentencia 8 julio 2009.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Indemnización por clientela en resolución de contrato de agencia

El TS desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la parte demandada contra la sentencia de la AP, que revocando la de instancia, le condena a satisfacer a la parte actora la correspondiente indemnización por clientela como consecuencia de la resolución del contrato de agencia. En relación al recurso extraordinario por infracción procesal, la Sala declara que la sentencia recurrida no incurre en incongruencia ni falta de motivación, habiéndose aplicado correctamente las normas sobre la carga de la prueba y su valoración. Y en cuanto al de casación, también se confirma acreditada la relación existente entre las partes, así como la legitimación activa de la persona física que actúa como representante de las distintas sociedades intervinientes en el negocio jurídico.

2009/234627

TS Sala 1ª, Sentencia 29 septiembre 2009.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Validez de acuerdo de la confederación para separar del cargo de secretaria general

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a la confederación demandada al entender válido el acuerdo adoptado por la asamblea de separar a la demandante del cargo de secretaria general que ocupaba en dicha entidad, al estar ajustado a las previsiones estatutarias y careciendo la demandante de legitimación para impugnarlo por corresponder ésta a las asociaciones que integran la confederación.

2009/234630

TS Sala 1ª, Sentencia 14 octubre 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Disolución y división de comunidad de bienes

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que estimó la demanda al considerar a la demandante la heredera de su esposo respecto a los demandados, hermanos de éste, declarando la disolución y división de la comunidad de bienes existente sobre las fincas reseñadas en la demanda cuya propiedad era de los demandados y del esposo de la demandante, efectuándose la disolución en ejecución de sentencia en la forma establecida y de acuerdo con la ley.



2009/217421

TS Sala 2ª, Sentencia 23 julio 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

### Delito de estafa y falsedad: derecho a cambiar de letrado

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de estafa y de falsedad. Sostiene el TS que una indebida actuación por parte del presidente del tribunal encuentra en la ley suficientes vías de impugnación de la sentencia. Por lo tanto, la renuncia del letrado al tiempo en que se celebra el juicio oral por razones como las alegadas, no es la solución adecuada, y esta Sala ya había advertido que el letrado que pretende abandonar la defensa por discrepancias con el tribunal actúa incorrectamente.

2009/217430

TS Sala 2ª, Sentencia 15 julio 2009.  
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

### Delito contra la salud pública: individualización de la pena

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusa-

dos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a minorar la pena de prisión impuesta a los recurrentes, pues la sentencia se muestra confusa y contradictoria sobre este particular, ya que cuando razona la individualización judicial de las penas se refiere en un primer momento a reducirlas en un solo grado merced a la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, y, en cambio, unas líneas más adelante expone que se reducirán en dos grados.



2009/234722

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 2 octubre 2009.  
Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

### Sanción impuesta por infracción de la normativa reguladora de las ayudas a la producción de forrajes desecados

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto frente a sentencia que rechazó la pretensión deducida contra la Orden Foral por la que se sancionaba a la recurrente por una infracción de la normativa reguladora de las ayudas a la producción de forrajes desecados, pues no se pueden aceptar los motivos sustentados en la valoración de la prueba y ausencia de motivación, ya que, el TC es tajante al declarar que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, reputando suficiente que las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi; pues la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por

parte de los Jueces y Tribunales a los que, ciertamente, la norma suprema no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas.

Ahora bien, la posibilidad de revisar cuestiones relacionadas con la prueba en el ámbito casacional se encuentra absolutamente limitada, pues no debe olvidarse que la finalidad del recurso es uniformar la interpretación del ordenamiento jurídico por lo que no cabe revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia a la que incumben tal función sin que este Tribunal constituya una segunda instancia.

2009/234690

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 5 octubre 2009.  
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

### Inadmisión de recurso por insuficiencia de la cuantía de las liquidaciones tributarias

El TS declara la inadmisión del rec. de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra sentencia que confirmó el Acuerdo del TEAR de Castilla la Mancha denegatorio de las reclamaciones formuladas, relativas al IVA, pues aun cuando las cuotas anuales de los dos ejercicios superan el umbral cuantitativo establecido legalmente, ninguna de las cuotas trimestrales devengadas pueden superar razonablemente el límite establecido legalmente.

Por otra parte es doctrina reiterada que el período de liquidación del IVA coincide con el del trimestre natural, de donde cabe inferir que, para determinar si la cuota excede o no, de la cuantía de tres millones de pesetas, hay que acudir a las cuotas trimestrales, y en este caso las mismas no superan esa cuantía.



2009/166024

TS Sala 4ª, Sentencia 17 junio 2009.  
Ponente: D. Víctor Fuentes López

### Aplicación a limpiador de Cámara de Comercio del Convenio de Oficinas a falta de uno específico

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador accionante contra sentencia que rechazó la aplicación del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Palencia para la determinación de su salario regulador a efectos de la indemnización por despido.

Señala la Sala que constando que el actor prestó sus servicios como limpiador en la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Palencia, es decir, en una oficina, sin existir un convenio colectivo específico propio, le era de aplicación el convenio de referencia.