



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 2855

Madrid, lunes 12 de julio de 2010



TS CIVIL

2010/71248

TS Sala 1ª, Sentencia 23 abril 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Improcedente caducidad del precontrato

Ejercicio del derecho de opción de compra por la arrendataria

El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, estima la demanda reconvenzional interpuesta por la recurrente -arrendataria en el contrato de arrendamiento con opción a compra-, y condena a las demandadas reconvenzionales al otorgamiento de escritura pública de compraventa de la finca litigiosa a favor de aquella. Declara el TS que debe rechazarse íntegramente la demanda inicial de las arrendadoras que solicitaba la declaración de caducidad del precontrato de opción, ya que ha quedado acreditado que se ejercitó dentro de plazo establecido para ello en el contrato de arrendamiento, y lo que se ha ido aplazando ha sido la celebración o consumación del mismo por cuestiones ajenas relativas a la inscripción de la finca en el registro de la propiedad que nada tienen que ver con la caducidad de la opción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión fáctica, prácticamente fuera de discusión, la resume la sentencia de la Audiencia Provincial en estos términos:

Las partes suscribieron el 1 de agosto de 1998 contrato de arrendamiento sobre la finca litigiosa, en cuya condición decimoquinta (debió numerarse como decimosexta, al haber otra 15ª anterior), primer párrafo, se decía "Durante el tiempo que dure el presente arrendamiento, incluido su prórroga, es decir un total de TRES AÑOS, sin prórroga posterior alguna, la parte arrendataria, podrá hacer uso de una opción de compra de la finca objeto de arrendamiento y descrita en el expositivo primero de este contrato, por el precio ya fijado en este acto de CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESETAS (145.000.000 ptas.) y como única forma de pago posible al contado, opción que deberá hacerse saber a

las arrendadoras como mínimo, con dos meses antes del vencimiento del contrato, pues caso contrario se entenderá automáticamente extinguida tal opción de compra";

El 11 de mayo de 2001 la arrendataria notificó por conducto notarial a las arrendadoras su decisión de ejercitar la opción de compra;

Mediante Burofax remitido el 27 de junio de 2001, comunicó a las arrendadoras nuevamente su deseo de ejercitar el derecho de opción de compra sobre la finca arrendada, si bien haciéndolas saber que la finca no aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo que las requería para que le facilitaran los documentos públicos que acreditaran su titularidad; A consecuencia de lo anterior y con fecha posterior a ello, aunque innominada, las partes suscribieron el denominado "ANEXO AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON OPCION A COMPRA", en el que hicieron constar, la

común disposición para llevar a cabo la opción (apartado primero), la advertencia al tiempo de llevarla a cabo de la falta de inscripción de la finca del núm. NUM002, antes referida (apartado segundo), "Que estando realizando los trámites pertinentes para la inscripción de la finca resultante de la agrupación en el Registro de la Propiedad de Navalcarnero, por mutuo acuerdo de las partes intervinientes, se prorroga la opción de compra de la finca, hasta tanto sea inscrita en el citado Registro de la Propiedad a favor de las transmitentes y por el tiempo necesario hasta tal inscripción, y a estos efectos, la arrendataria Dª Araceli seguirá abonando la renta pactada en los términos establecidos en el contrato de arrendamiento de fecha 8 de agosto del pasado año 1988 (sic), cuyas cantidades se descontarán igualmente del precio final de la compraventa" (apartado tercero), y que "Una vez inscrita la finca en el Registro de la Propiedad a favor de las arrendadoras éstas notificarán a Dª Araceli haber procedido a dicho tramite de inscripción y estar en disposición de llevar a cabo la transmisión de la finca, en cumplimiento de lo pactado en el contrato de arrendamiento indicado, y a partir de esta notificación, en el plazo de treinta días naturales, procederán a otorgar la correspondiente escritura en los términos pactados en el contrato de fecha 8 de agosto de 1998" (apartado cuarto);

Mediante Burofax de 26 de junio de 2002 las demandantes comunican a la demandada que ya se ha practicado la inscripción, conminándola para llevar a cabo la escritura de compraventa en determinada notaría en plazo de treinta días conforme a lo acordado en el referido anexo;

Al anterior Burofax contesta la demandada el 31 de julio de 2002, manifestando que se firmó el Anexo "aplazando el derecho del ejercicio de la opción hasta tanto sea inscrita en el citado Registro de la Propiedad a favor de los transmitentes", por lo que tras comprobar que solo está inscrita la agrupación pero no la escritura de declaración de obra nueva, les ratifica "de nuevo mi intención de ejecutar la opción de compra en los términos convenidos en cuanto me notificasen la inscripción de la declaración de obra nueva referida";

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable **4**

TS

CIVIL

Ejercicio del derecho de opción de compra por la arrendataria **1**

Limitación temporal de pensión compensatoria **3**

PENAL

Delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos **5**

Delito de estafa inmobiliaria con engaño previo y eficazmente bastante **11**

ADMINISTRATIVO

Creación de 15 juzgados para la mejora de la jurisdicción mercantil **13**

SOCIAL

Compensación por trabajo en festivo incluida en calendario laboral **14**

Parcial nulidad de convenio en lo referente al valor de la hora extraordinaria **15**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

La inscripción de la obra nueva se practica el 28 de octubre de 2002, y el 12 del siguiente noviembre se requiere notarialmente a la arrendataria, concediéndole nuevo plazo de treinta días para optar por elevar a público el contrato y en consecuencia adquirir la finca en cuestión;

Por igual conducto notarial contesta la requerida el 28 de igual mes y año, alegando la limitación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria y que “por lo tanto el derecho de opción de compra no caducará, según el anexo del precitado contrato hasta en tanto no estén dispuestos a transmitirme el bien libre de cargas y gravámenes estando debidamente inscrito en el Registro de la propiedad”;

El 3 de diciembre de 2002 las arrendadoras responden insistiendo en su requerimiento de 12 de noviembre anterior, sin que la limitación alegada por la contraparte impida transmitir la finca libre de cargas y gravámenes;

El 13 de igual mes de diciembre se personan las actoras en la notaría señalada al efecto, sin hacerlo la demandada;

El 23 del repetido diciembre se hace saber por vía notarial a la arrendataria que “queda resuelta la opción de compra a ejercitar al haber transcurrido el plazo pactado y sus correspondientes prórrogas y no haber comparecido en el plazo señalado a pesar de haberse notificado en forma como muy bien conoce y existe constancia notarial de todo ello”, manteniéndose el contrato como exclusivo arrendamiento con finalización por vencimiento el 31 de julio de 2003;

El 2 de abril de 2003, a través de Burofax, la demandada insiste en que deben transcurrir dos años desde la inscripción practicada conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, para la transmisión del bien inmueble objeto del contrato.

SEGUNDO.- Si la *quaestio facti* no plantea problema, la *quaestio iuris* sí lo presenta. Las sentencias de instancia la han resuelto en el sentido de entender, correctamente, que el artículo 207 de la Ley Hipotecaria no empece que el día a quo para el ejercicio de la opción sea la inscripción registral conforme al artículo 205, tal como ha mantenido la jurisprudencia en sentencias de 18 de abril de 2000 y 22 de enero de 2010. Pero ésta no es la cuestión.

El extremo esencial es el requerimiento notarial que la optante, la demandada-demandante reconvenzional hace en fecha 11 de mayo de 2001, dentro del plazo para el ejercicio de la opción, declarando su voluntad de ejercitarla, en estos términos indiscutibles:

“su decisión de ejecutar la opción de compra de las mencionadas fincas en el precio y condiciones fijadas en el precitado contrato. Debiendo formalizar la escritura pública de venta a favor de D^a Araceli y o la compañía mercantil que ella constituya según se determina en la cláusula decimoquinta de dicho contrato.”

El precontrato de opción es aquel por el que una de las partes atribuye a la optante el derecho de decidir la puesta en vigor de un contrato (normalmente, como en el presente caso, de compraventa) en un concreto plazo. En este sentido, sentencias de 21 de noviembre de 2000 (“implica la concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir la celebración o no del contrato principal de compraventa”, dice literalmente), 5 de junio de 2003, 26 de marzo de 2009. Por tanto, el efecto de produce es que si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo por resolución judicial, tras el precedente proceso. Lo cual se llevará a cabo inmediatamente, o más tarde o, por ejemplo, como en el caso presente, cuando se haya procedido a la inscripción de la finca objeto del precontrato en el Registro de la Propiedad.

Esta es la cuestión decisiva para resolver el presente caso. La demandada-demandante reconvenzional, D^a Araceli ejercitó la opción, manifestó su voluntad de contratar, lo que significa que puso en vigor el contrato quedando éste a resultas de celebrarlo formalmente, en el momento que decidan o procesalmente por medio de una resolución judicial.

Cuando en una serie de ocasiones, por razón de la pendencia de la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad se producen aplazamientos, no son la prórroga (por más que se emplee esta palabra) del precontrato de opción, sino, que, habiéndose ejercitado ésta (por tanto, puesto en vigor el contrato de com-

praventa) se ha ido aplazando no el ejercicio del precontrato sino la celebración del contrato, es decir, la consumación de aquél, como cumplimiento.

Esta es la postura que ha mantenido la optante desde su demanda reconvenzional frente a la caducidad que pretende de la parte demandante concedente de la opción y que ha sido ignorada por las sentencias de instancia. Es claro, por otra parte, que la misma no puede exigir el transcurso de los dos años a que se refiere el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, pero esto fue un problema de la consumación de aquel precontrato ya perfeccionado, no una cuestión de ejercicio del mismo que pueda llevar a la caducidad.

Las sentencias de instancia yerran por un error de enfoque. Su contenido es perfecto, pero no es aplicable al caso presente en que no hubo el paso del plazo para el ejercicio de la opción, sino que ésta se había ejercitado dentro del plazo y lo que podía discutirse era si debían transcurrir los dos años del artículo 207 de la Ley Hipotecaria, pero en ningún caso la caducidad de una opción ya ejercitada.

TERCERO.- Tras lo expuesto hasta ahora, es clara la estimación del recurso de casación y el rechazo de la demanda principal y la estimación de la reconvenzional, sin acoger el pedimento complementario que incluye en el suplico.

Los dos primeros motivos del recurso plantean la misma cuestión, la esencial en el presente caso.

Alegan que su derecho de opción no ha caducado, como se pide en la demanda y se declara en las sentencias instancia y, por el contrario, se ejercitó el 11 de mayo de 2001, por lo que han infringido los artículos 1255 del Código civil y 14 del Reglamento Hipotecario (primer motivo) y 1124 y 1258 del Código (segundo motivo). Efectivamente, se han infringido tales normas, puesto que las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código civil) acordaron el precontrato de opción de compra (artículo 14 del Reglamento Hipotecario) en el contrato de arrendamiento de 1 de agosto de 1998, opción que fue ejercitada en 11 de mayo de 2001, momento en que quedó perfeccionado el contrato de compraventa (artículo 1258 del Código civil) y que debe ser escriturado y cumplido por las partes (artículo

1124) cuya parte concedente, la demandante en la instancia y recurrida en casación, fue requerida a ello insistientemente por la optante, aplazándose el momento de la escritura, pero no prorrogándose la opción.

En definitiva, tal como se ha expuesto en el fundamento anterior, el precontrato no ha quedado caducado, como declaran las sentencias de instancia, sino que se ejercitó en debida forma y así debe ser declarado y en este sentido debe ser casada la sentencia recurrida.

Sin embargo, el motivo segundo se refiere al pedimento accesorio, que debe ser rechazado y desestimado el motivo que alega la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Es la parte del suplico de la demanda reconvenzional, transcrito en los antecedentes de hecho, relativa al plazo que impone el artículo 207 de la Ley Hipotecaria que entiende la recurrente que no debe sufrirlo y que la escritura de compraventa y el pago del precio de la compraventa no deben hacerse hasta transcurridos dos años desde la inscripción de la finca conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Dice así el suplico: que se condene a las demandadas reconvenzionales a otorgar la escritura pública... “libre de cargas y gravámenes y con eficacia frente a terceros de la inscripción registral, esto es, sin limitación o gravamen alguno...”.

La sentencia de 22 de enero de 2010, también en un caso del plazo de una opción de compra, recogiendo la doctrina jurisprudencial plasmada en la sentencia anterior de 18 de abril de 2000 (y también, aunque no tan claramente por las de 21 de enero de 1992 y 15 de enero de 2001) declara, sobre la medida que impone el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, lo siguiente:

“no es más que una medida que suspende la fe pública registral respecto a una inmatriculación que se ha obtenido por un medio que al legislador le merece una sospecha de irregularidad y que si realmente ha producido una inexactitud del Registro de la Propiedad no pueda quedar consagrada por aquel principio, que, por ello, queda suspendida su eficacia. Por tanto, el alcance del artículo 207 de la Ley Hipotecaria es la limitación o paralización de la protección que brinda el artículo 34 de la misma Ley. Este es el efecto que produce la norma y constituye su calificación: es una limitación del efecto esencial del Registro de la Propiedad; no más; ni menos, ciertamente.

Lo que significa que no es una carga o gravamen”.

Así, la posición de esta Sala, reiterando la propia doctrina de la misma, es que el plazo para el ejercicio de la opción de compra, si se ha pactado que el día a quo sea la inscripción en el Registro de la Propiedad (o la notificación de esta inscripción), no queda alterado por razón de que ésta se haya practicado al amparo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Y con más razón si no se ha pactado: el transcurso de este plazo no altera el cumplimiento del precontrato de opción.

CUARTO.- Al acogerse los dos primeros motivos del recurso de casación, esta Sala casará la sentencia recurrida, conforme dispone el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y asume la instancia.

Tal como se desprende de lo expuesto hasta ahora, debe rechazarse íntegramente la demanda que postulaba la declaración de caducidad del precontrato de opción, ya que éste se había ejercitado dentro de plazo, con la imposición de costas de la primera instancia, tal como establece el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y debe estimarse parcialmente la demanda reconvenzional, condenando a otorgar la escritura pública de compraventa, sin la alusión a las cargas o limitaciones que se mencionan en el suplico. Ello, sin condena en las costas de primera instancia, tal como dispone el mismo artículo 394.2. Y, por otra parte, tampoco se imponen las costas de este recurso, conforme al artículo 398.2.

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

FALLO

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D^a Araceli contra la sentencia dictada por la Sección 9^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 13 de marzo de 2006 que SE CASA Y ANULA.

Segundo.- En su lugar, se desestima la demanda en su día interpuesta por D^a Petra y D^a Celestina.

Tercero.- Se estima la demanda reconvenzional interpuesta por aquella recurrente y se condena a las anteriores, demandadas reconvenzionales, al otorgamiento de escritura pública de compraventa respecto a la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad número 1 de Navalcarnero a favor de D^a Araceli o la sociedad mercantil que designe, como compradora, en cuyo momento se procederá con carácter simultáneo al pago del resto del precio pendiente de abono descontados los pagos par-

ciales efectuados desde la fecha del precontrato de opción.

Cuarto.- En cuanto a las costas de primera instancia, se condena a la parte demandante principal en las causadas por su demanda. No se hace condena en las causadas por la reconvencción. Tampoco se imponen a ninguna de las partes, las causadas en la segunda instancia. No hay condena en las del presente recurso.

Quinto.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Rubricados.- Antonio Salas Carceller Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.

2010/71258

TS Sala 1^a, Sentencia 28 abril 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Atendidas las circunstancias personales de la esposa

Limitación temporal de pensión compensatoria

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que, con parcial estimación del recurso de apelación, limitó a dos años el período durante el cual el marido debía pagar la pensión compensatoria a la esposa separada, que el juez de instancia había fijado sin límite temporal en cuanto a su percepción. Considera el TS acertada la decisión de la AP de fijar un límite de tiempo a la pensión compensatoria, debido a la posibilidad real que tiene la actora de superar en un corto espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquella le generó la ruptura, teniendo en cuenta su edad y cualificación profesional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. Con fecha 14 de octubre de 2004 una persona presentó demanda

de separación matrimonial (matrimonio sin hijos) en la que solicitaba una pensión compensatoria por desequilibrio por importe de 1000 euros mensuales a cargo de su marido. A esta pretensión se opuso el demandado aduciendo, en síntesis, que el matrimonio había tenido una duración inferior a 8 años (en lugar de los 9 que se indican de contrario), que si la actora no había trabajado era porque no había querido, a pesar de lo cual tenía experiencia laboral como peluquera (actividad que realizaba en Cuba antes de casarse), que se encontraba realizando un curso que le permitiría incorporarse al mercado de trabajo de inmediato dada su juventud; que se había llevado 24000 euros de la cuenta común, cantidad suficiente para equilibrar el supuesto desequilibrio, y que en el año 2000 los esposos llegaron a suscribir un Convenio Regulador en el que no se pedía pensión, por lo que si entonces no había desequilibrio no se entiende que lo haya sólo cuatro años después.

2. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, y fijó una pensión compensatoria de 300 euros mensuales, sin límite temporal en cuanto a su percepción.

3. La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria dictó sentencia estimando en parte el recurso del esposo y rechazando en su integridad la impugnación de la esposa, revocando la sentencia apelada únicamente en cuanto la fijación de un plazo de dos años como límite temporal para su percepción. Este pronunciamiento se funda, en síntesis, en que, atendiendo a las circunstancias concurrentes -en particular, la duración del matrimonio (escasamente 8 años), la juventud de la actora y sus grandes posibilidades reales de conseguir la homologación de sus estudios y obtener un título que le permitiera acreditar cierta cualificación profesional-, incluidas entre las comprendidas en el artículo 97 CC, las cuales, tras ser libremente valoradas por el órgano judicial, permiten tener por existente el desequilibrio para la esposa y al mismo tiempo, pronosticar que la beneficiaria va a poder superar esa situación en el corto espacio de tiempo (2 años) que se señala.

4. Contra dicha sentencia recurre en casación la parte actora, al amparo del ordinal 3.^o del artículo 477.2 LEC, por existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta Sala, con cita como infringidos de los artículos 97, 100 y 101 CC.

SEGUNDO. - Enunciación del motivo primero y único de casación.

El motivo primero y único se introduce con la fórmula:

«Único. Se interpone el presente recurso de casación sobre la base de un motivo único, como es la infrac-

ción legal del artículo 97 CC, en relación con los artículos 100 y 101 del mismo texto legal».

En síntesis, la recurrente aduce existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta Sala, por no respetar la decisión de la Audiencia la doctrina fijada por este Tribunal en sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005 sobre la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión por desequilibrio, habida cuenta que en el presente caso y a la vista de las circunstancias declaradas concurrentes, que no combate, no se daban los requisitos que condicionan la limitación en la duración de la pensión compensatoria y que resultan del tenor del artículo 97 CC, en relación con los artículos 100 y 101 del CC. Con su planteamiento, la parte recurrente no pone en cuestión la posibilidad de limitar temporalmente la percepción de la pensión, haciendo abstracción del caso concreto, sino que, descendiendo a las circunstancias fácticas que singularizan este asunto, muestra únicamente su discrepancia con la apreciación que la Audiencia hace de la concurrencia de los factores, requisitos o presupuestos exigidos para no concederla con carácter indefinido, atacando únicamente, desde el pleno respeto a la base fáctica de la resolución impugnada, la conclusión jurídica alcanzada por el tribunal de apelación, con el único argumento de que los factores concurrentes en el presente litigio no presentan la similitud analógica necesaria para resolver en el sentido que lo hizo esta Sala en la sentencia de 28 de abril de 2005, pues, según defiende, aceptando como cierto que al momento de la ruptura contaba con 39 años, que el matrimonio había durado 9 años, y también que durante todo ese tiempo se dedicó al cuidado de la familia, de tales factores no cabe extraer la conclusión a que llega la Audiencia Provincial de que la pensión va a cumplir la función de compensar el desequilibrio, que constituye su razón de ser, en un plazo tan breve de tiempo como el señalado.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Temporalidad de la pensión compensatoria.

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias ha sido admitida en diversas SSTs (entre las más recientes, dos de 17 de octubre de 2008, RC núm. 531/2005 y 2650/2003, y otra de 21 de noviembre de 2008, RC núm. 411/2004) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005 -a las que hace alusión para acreditar el interés casacional-. Posteriormente la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión tem-

poral, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta función obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente aquellas, entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio.

Para formular este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación. Las SSTs 9 de octubre de 2008, RC núm. 516/2005, y 17 de octubre de 2008, RC núm. 531/2005 declaran que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, habrán de ser respetadas en casación siempre que sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad.

Solo es posible la revisión en el recurso de casación cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

La aplicación de esta doctrina comporta que haya que desestimar este motivo y con él, el recurso, toda vez que la decisión de la Audiencia Provincial de fijar un límite de dos años a la pensión compensatoria no resulta una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, sino que se muestra como el resultado de un juicio prospectivo sobre la posibilidad real que tiene la actora de superar en un corto espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquella le generó la ruptura, sustentado en los factores mencionados en el artículo 97 CC y construido con criterios de prudencia y ponderación.

La Audiencia Provincial toma en especial consideración que el matrimonio tuvo una duración aproximada de ocho años (lo que no excluye la existencia de desequilibrio pero sí permite limitar su importancia) y, en cuanto a las condiciones subjetivas de la esposa, valora junto a su juven-

tud (menos de cuarenta años al producirse el cese de la convivencia) la experiencia profesional inmediatamente anterior a contraer matrimonio y el hecho de que llevase un tiempo cursando estudios para obtener un título que permitiera acreditar su cualificación profesional y acceder al mercado laboral.

Todos estos factores permiten a la Audiencia Provincial formar la convicción, con alto grado de certeza, de que el plazo de dos años va a ser suficiente para que la actora obtenga un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, de modo que la función de compensación del equilibrio consustancial a la pensión compensatoria se agote transcurrido dicho plazo. En la medida que la decisión de la Audiencia Provincial se encuentra suficientemente razonada, y que su actuación se ajusta a los parámetros de prudencia y ponderación a los que se ha hecho referencia, sus conclusiones han de ser respetadas en casación, y en su virtud, el recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- Desestimación del recurso y costas.

No estimándose fundado el recurso, procede su desestimación y la devolución de las actuaciones al tribunal de que proceden, con arreglo al artículo 476.3 LEC, con imposición de costas a la parte recurrente, por aplicación del artículo 398 LEC.

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

FALLO

1. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Natalia contra la sentencia de 5 de septiembre de 2005, dictada en grado de apelación por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria en el rollo de apelación núm. 327/05, dimanante del juicio de separación matrimonial núm. 698/04, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torrelavega, cuyo fallo dice literalmente:

»Que debemos estimar parcialmente el recurso presentado por el Sr. Carlos Francisco, desestimando íntegramente la impugnación interpuesta por la Sra. Natalia. En consecuencia, debemos revocar parcialmente la sentencia de 21 de febrero de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torrelavega, en el sentido de que, debemos condenar y condenamos a D. Carlos Francisco a pagar a D.^a Natalia la cantidad de 300 euros al mes en concepto de pensión compensatoria, actualizable conforme al incremento del I.P.C. durante los dos años siguientes a la separación y a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se facilite al efecto.

En materia de costas, no procede una especial imposición de las costas respecto al recurso presentado por el Sr. Carlos Francisco, haciéndose cargo Doña. Natalia de las costas que se hayan provocado con su impugnación ».

2. No ha lugar a casar en virtud del motivo de casación formulado por la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN

LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol 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.



TC Sala 2^a, Sentencia 27 abril 2010. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

Vacatio legis de la LO 15/2003

Aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable

El TC decide inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la AP Tarragona sobre la disposición final 5^a de la LO 15/2003, de reforma del CP 95, en donde se destipifica la conducción de vehículos a motor y ciclomotores sin cobertura de seguro obligatorio de responsabilidad civil. El magistrado aduce que con el establecimiento de una "vacatio legis" de más de diez meses para la entrada en vigor del precepto despenalizador de la indicada conducta infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con el de proporcionalidad, así como el principio de legalidad penal material y el derecho a la tutela judicial efectiva. En resumen, el órgano judicial considera que de los indicados preceptos constitucionales, se deriva la imposición de que las normas penales más favorables entren inmediatamente en vigor. El Tribunal indica, como argumento para inadmitir la cuestión, que a partir de la fecha de entrada en vigor, la disposición final cuestionada dejó de erigirse en obstáculo para la aplicación de la nueva redacción del precepto penal, ello como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más favorable acogido en el art. 2,2 del CP 95 con carácter general, y con carácter particular en las disposiciones transitorias primera y quinta de la propia LO 15/2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona -actuando como tribunal unipersonal, conforme al art. 82.2 LOPJ- promueve cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal, en la medida en que impide la inmediata entrada en vigor del apartado 185 de su artículo único, por el que, modificándose el art. 636 del Código penal (CP), se destipifica la conducción de vehículos a motor y ciclomotores sin cobertura de se-

guro obligatorio de responsabilidad civil.

A juicio del Magistrado proponente, el establecimiento de una vacatio legis de más de diez meses para la entrada en vigor del precepto despenalizador de la indicada conducta infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con el de proporcionalidad (art. 9.3 CE), así como el principio de legalidad penal material (art. 25.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En fórmula de síntesis, el órgano judicial considera que de los indica-

dos preceptos constitucionales se deriva la imposición de que las normas penales más favorables entren inmediatamente en vigor.

Debemos comenzar precisando que aun cuando el Auto de planteamiento cuestiona en su integridad la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, sin embargo la duda de constitucionalidad está centrada exclusivamente en el primer inciso de la disposición ("La presente ley orgánica entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004"), que es el único contenido normativo del precepto con incidencia en la resolución del proceso penal a quo y, en consecuencia, el único cuyo análisis de constitucionalidad cabría abordar en el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 LOTC, al limitarse el resto de la disposición cuestionada a fijar diferentes momentos de entrada en vigor de otras disposiciones finales y apartados del artículo único de la Ley, ajenos al contenido de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

A lo anterior se añade que no ha de entenderse cuestionada la constitucionalidad del referido inciso en sí mismo y aisladamente considerado, sino sólo en la medida en que se proyecta sobre el apartado 185 de su artículo único, esto es, en la medida en que difiere la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 636 CP.

Las anteriores consideraciones conducen a un pronunciamiento de inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad, sin que exista ningún óbice para realizarlo en este momento procesal, dado que su previsión en el art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo, pudiéndose apreciar en un momento posterior la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 6/2010, de 14 de abril, FJ 1; y, entre otras, las que en ella se citan).

SEGUNDO.- Perfilado así el objeto del presente proceso, nos corresponde valorar la incidencia que en el mismo deba tener la circunstancia de que, durante su tramitación, el precepto despenalizador de la conducta enjuiciada en el proceso penal del que dimana la cuestión de inconstitucionalidad -la conducción de un vehículo a motor sin cobertura de seguro obligatorio de responsabilidad civil- haya entrado en vigor, una vez transcurrido el periodo de vacatio legis que fijó la repetida disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Pues bien, tanto la duda de constitucionalidad planteada como las posiciones de las partes intervinientes en el presente proceso constitucional son idénticas a aquéllas a las que dio respuesta el Pleno de este Tribunal

en la STC 6/2010, de 14 de abril, por lo que ha de apreciarse también aquí una pérdida sobrevenida de la relevancia del precepto legal cuestionado para la resolución del proceso del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad.

En efecto, indudablemente la disposición final cuestionada era relevante inicialmente para la resolución del proceso a quo en la medida en que impedía al órgano judicial aplicar la nueva redacción del art. 636 del Código penal antes del 1 de octubre de 2004.

Sin embargo, a partir de tal fecha la disposición final cuestionada dejó de erigirse en obstáculo para la aplicación de la nueva redacción del precepto penal, ello como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más favorable acogido en el art. 2.2 del Código penal con carácter general, y con carácter particular en las disposiciones transitorias primera y quinta de la propia Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La imposibilidad de que el órgano judicial pueda ya resolver el recurso de apelación que pende ante el mismo mediante la aplicación del art. 636 en la redacción vigente al tiempo de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, implica una desaparición sobrevenida de los presupuestos de apertura del presente proceso constitucional, que determina su extinción, pues, aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada siguiese siendo posible, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (STC 6/2010, de 14 de abril, FJ 3).

FALLO

PRIMERO.- Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3328-2004 planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona sobre la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en lo que excede de su primer inciso.

SEGUNDO.- Declarar la extinción de la indicada cuestión de inconstitucionalidad en lo que atañe al primer inciso de la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por desaparición sobrevenida de su objeto.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintisiete de abril de dos mil diez. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2010/31249

TS Sala 2ª, Sentencia 4 marzo 2010. Ponente: D. Luciano Varela Castro

Interpretación de la expresión "a sabiendas de su injusticia" Delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por los condenados en la instancia como autores de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que el elemento "a sabiendas" expresado en la descripción del tipo de prevaricación, de obvia naturaleza subjetiva, puede suscitar la cuestión de su integración en la determinación del injusto -configurando el dolo- o como presupuesto de la reprochabilidad del comportamiento al autor -conciencia de antijuricidad-. Si advertimos que, con o sin tal conocimiento, las resoluciones eran injustas, poca dificultad acarrea subsumir aquel elemento entre los personales propios del juicio de culpabilidad. Cuando el tipo objetivo incluye elementos normativos -ajeneidad de la cosa mueble que se toma-, el conocimiento de su concurrencia es, en lo subjetivo, una de sus exigencias. Sin ella el hecho -la toma de esa cosa- no es ilícito. En el delito de prevaricación administrativa la "arbitrariedad" de la resolución es un elemento normativo del tipo. Pero, a diferencia de otros supuestos, como el del hurto de la cosa ajena, la diferenciación entre la injusticia de la resolución dictada y la del acto de dictarla -posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta- constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley. Por eso la interpretación de la expresión, utilizada en el art. 404 CP 95, "a sabiendas de su injusticia" no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario, sino a su mera exculpación, cuando se estime que no actuó bajo esa condición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Josep María

PRIMERO.- En el primero de los motivos se denuncia la vulneración de preceptos constitucionales -artículo 24 en sus dos apartados- lo que cabe por el cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se estima que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con las debidas garantías. En ambos casos en virtud del mismo dato: el Presidente del Tribunal de instancia habría perdido la requerida imparcialidad al intervenir en el interrogatorio de testigos y formular determinadas valoraciones durante el desarrollo del juicio oral. De tal suerte quedaría despojado de la deseable pasividad del juzgador en el momento de la práctica de la prueba.

La ubicación de la imparcialidad del juzgador, dentro del catálogo de los diversos derechos fundamentales implicados en el proceso justo, resulta más atinada en cuanto incluida en

la garantía genérica del derecho a un proceso con todas las garantías.

La imparcialidad se reclama en una doble vertiente. Subjetivamente el juzgador debe abordar su función desde la ausencia de pre-judicios, es decir sin tener decidida la respuesta a las peticiones de las partes antes de que éstas formulen sus alegaciones y se practique la prueba que propongan. Objetivamente la posición y actividad del juzgador debe ser nítidamente diferenciada de la de parte. Y ello debe ser perceptible de tal suerte que no existan razones que legitimen la sospecha de que el juzgador no es un tercero ajeno.

Así se decía en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 229/2003 (Pleno), de 18 diciembre: Nuestra jurisprudencia ha señalado que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE) otorga al acusado en un proceso penal el derecho a exigir del Juez la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones

de las partes en el proceso, siendo un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas. (STC 130/2002, de 3 de junio).

Las alegaciones del recurrente no se dirigen a denunciar una situación que objetivamente legitime la sospecha de parcialidad del Presidente del Tribunal de instancia. Así no afirman la existencia de causa alguna de recusación.

El recurrente pretende que existen motivos para inferir, a partir de determinados datos de su comportamiento o actividad durante la práctica de la prueba, que subjetivamente dicho Magistrado tenía ya asumido el contenido de la decisión y ordenó su actividad a evidenciar el fundamento de ese sentido de lo que había de ser la sentencia, es decir que se comportó de manera alineada con las pretensiones de una de las partes, la acusadora.

Tales datos son enunciados por remisión a su constancia en la grabación del acto del juicio. Y consisten en expresiones vertidas en el ejercicio de las facultades de dirección del debate.

Pues bien, ante todo conviene precisar ya que, como el recurrente no desconoce, el ejercicio entre aquellas facultades, de la de interrogar a los testigos o peritos, o, incluso, al acusado, no excede siempre y necesariamente del contenido constitucionalmente posible de tales facultades. Como dijo la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional la imparcialidad no equivale a absoluta pasividad. Y recuerda como en relación con la iniciativa probatoria de oficio -lo que va más allá de la asunción de facultades de interrogatorio oficioso por el Tribunal "... la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECRIM., no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECRIM), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjui-

cio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio iudicis prevista en el art. 729.2 LECRIM, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto" (STC 188/2000, de 10 de julio; en el mismo sentido STC 130/2002, de 3 de junio).

Esas circunstancias del caso concreto empiezan por no ser debidamente descritas en el recurso. Con independencia de que la remisión, omitiendo dicha descripción, no sea suficiente, lo que no es subsanable es la falta de argumentación que ponga de manifiesto las razones por las que la parte estima que las preguntas -cualesquiera que fueran- formuladas a partes y testigos evidencian ese prejuicio contrario a la garantía constitucional de imparcialidad. Desde luego no merece tal tacha la expresión recogida en el motivo conforme a la cual el Presidente adelantó su criterio sobre la trascendencia penológica de la condición de extraños.

Por ello el motivo debe ser rechazado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se mantiene en la misma consideración de infracción de garantías constitucionales, siquiera omita aludir al cauce procesal que, hemos de entender, es el del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La garantía constitucional invocada es ahora la de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución. Y se invoca en relación a una concreta manifestación de su contenido: la falta de motivación de la decisión en la medida que no alude a las pruebas de descargo practicadas. Es por ello que se relaciona esa vulneración con la también constitucional garantía de tutela judicial efectiva, cuyo contenido se refleja también en la exigencia de una adecuada motivación de las decisiones jurisdiccionales.

Respecto a esta garantía constitucional de la presunción de inocencia venimos diciendo en nuestra reciente Sentencia núm. 33/2010 de 3 de febrero, y reiterando lo dicho en las núms. 1343/09 de 28 de diciembre, 1272/09 de 16 de diciembre, 1254/09 de 14 de diciembre, 1201/09 de 18 de noviembre, 1169/09 de 12 de noviembre, 1133/09 de 29 de octubre, 1088/09 y 1032/09 de 26 de octubre, 998/09 de 20 octubre, 978/09 de 15 de octubre, 995/09 de 7 de octubre, 969/09 de 28 de septiembre, 891/09 y 892/09 de

18 de septiembre 850/09 de 28 de julio, 849/09 de 27 de julio, 776/09 de 7 de julio, 714/09 de 17 de junio, 690/09 de 25 de junio, 622/09 de 10 de junio, 489/09 de 14 de mayo, 449/09 de 6 de mayo, 440/09 de 30 de abril, 225/2009 de 2 de marzo, 248/2009 de 11 de marzo y 242/2009 de 12 de marzo, 65/2009 de 5 de febrero, 331/2008 de 9 de junio, 625/2008 de 21 de octubre, 797/2008, de 27 de noviembre, 900/2008 de 10 de diciembre, que para determinar si esa garantía ha sido desconocida, lo que ha de constatar en primer lugar son las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena. Esto exige que se examine si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad.

En segundo lugar, como también indicábamos en aquellas resoluciones, y como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

Para constatar el cumplimiento de este específico presupuesto de enervación de la presunción constitucionalmente garantizada han de verificarse dos exclusiones:

La primera que la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- no parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

El vacío habrá sido colmado cuando, más allá del convencimiento subjetivo que el Juez, al valorar los medios de prueba, adquiera sobre la veracidad de la acusación, pueda estimarse, en trance de revisión, que no sustitución, de la valoración del Juez, que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación o, si se quiere, a excluir la mendacidad de la acusación.

La segunda la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la im-

putación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.

Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.

Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una duda objetiva debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Pues bien la tesis del recurrente no se dirige, según se cuida de advertir, contra la validez de los medios de prueba atendidos. Ni siquiera niega la aceptabilidad en términos de racionalidad de la conclusión establecida en la sentencia de instancia sobre la imputación formulada por la acusación. Pese a que, como veremos, pretenda debilitar las inferencias en que se funda.

Lo que se cuestiona es la falta de atención a la verosimilitud de la tesis alternativa formulada por el acusado que, estima, debería haberse dado por probada con el grado suficiente para erigirse en duda razonable que haga insuficiente la certeza adquirida respecto a la acusación.

La tesis del recurrente es que su comportamiento no merece otra valoración que no sea la de una cierta negligencia administrativa aprovechada por el abuso de confianza de que hizo gala el coacusado penado.

Admitiendo, en parte, los hechos base de que parte el proceso de inferencias que lleve al Tribunal a afirmar que existió una actitud de connivencia entre los penados, alega que la estructura racional de la argumentación se debilitará atendiendo a otros datos que ponen de manifiesto que las conclusiones inferibles desde aquellos que el Tribunal asumió, abarcan un amplio espectro de posibilidades, es decir presentan un panorama abierto, en el que también es razonable la tesis alternativa indicada.

No obstante tal argumentación no puede ser compartida por este

Tribunal. Ninguno de los elementos de prueba alegados permite vincular lo que aportan con la conclusión alternativa postulada por el motivo.

La previa realización de trabajos por otra empresa del copenado no sugiere la capacidad de las que aquí recibieron subvenciones o fueron contratadas. Tampoco la ausencia de un beneficio conocido por el recurrente, derivado de su comportamiento predica mera negligencia, ni excluye los elementos del tipo penal que se imputa que, como es sabido, no requiere ese aprovechamiento personal.

Tampoco merece mejor fortuna para el recurrente la discusión suscitada sobre la prueba alcanzada, en referencia ya a los hechos base, desde los que la recurrida llega a la conclusión inculpativa. La disponibilidad de infraestructura orgánica en el departamento dirigido por los acusados, en los términos que se predica probada, no se desvirtúa porque dos testigos afirmen, como dice el motivo, que la "dedicación del día a día las incapacitaba", -a las personas testigo- para la realización de los informes. Porque ello no se opone a una diversa ordenación de prioridades ni supone la inexistencia de otros elementos personales en aquellas estructuras que pudieran realizar el trabajo. Ello sin contar con que, además, lo relevante para que surja el delito imputado no es solamente que se recabaran fuera de la Administración los trabajos sino su inutilidad o falta de necesidad real de los mismos.

Que mediara informe favorable de los servicios jurídicos sobre el uso de la facultad excepcional de eludir procedimientos ordinarios de concurrencia entre los destinatarios de la subvención o la contratación, tampoco es indicador de que esta opción no tuviera en todo caso por finalidad hacer efectiva la connivencia entre los dos penados. Y menos aún sugiere que tal procedimiento revela la ausencia de fines espurios. Y lo mismo cabe decir sobre la corrección o no de la contabilización del importe de los estudios objeto de contratación. La acomodación a las exigencias jurídicas, tanto en aquellos procedimientos de tramitación como en éstos de contabilización, son de obvia compatibilidad con la finalidad ilícita que predica la imputación de los delitos que se atribuyen a los penados.

Más irrelevante, si cabe, es la alusión a los testimonios que emiten el juicio de valor consistente en predicar la imposibilidad de hecho en el penado para hacer seguimiento personal de los expedientes. No sólo porque no es propio del testigo hacer juicios de valor, sino porque ello contrasta con el hecho constatado por los demás medios de que esa posibilidad de seguimiento ha sido efectiva.

La exclusión de la Sección de Régimen interior puede no haber sido irregular, si se cree a la testigo Sra. G.D., pero, desde luego, en modo alguno es indicio de que ello ocurrió con el propósito de garantizar un mayor control o como muestra de diligencia.

Y lo mismo podemos decir, en cuanto a intrascendencia para justificar la tesis alternativa del penado antes determinada, respecto de los demás elementos de prueba aludidos: el no uso de los productos subvencionados o contratados, -que ni siquiera es contradicho por el recurrente-, o la supuesta exculpación de este recurrente por la asunción de responsabilidades, pretendidamente de manera excluyente, por el otro penado, pues no se acredita cual sea la razón por la que esta declaración es incompatible con la conclusión postulada en la sentencia recurrida.

Para terminar este motivo, debemos señalar que en el mismo la queja se centra, no tanto en la supuesta acreditación de la alternativa, cuanto en el silencio que, sobre tales elementos de prueba, caracteriza a la motivación expresa de la recurrida.

Este aspecto de la queja suscita la duda sobre la integración de la motivación en el ámbito de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Lo que lleva a una alegación cautelosa y simultánea de la garantía de tutela judicial efectiva que sí incluye esa exigencia como contenido propio.

En realidad cabe decir que lo que exige la presunción de inocencia es la existencia de motivos o argumentos que justifiquen la conclusión sobre la veracidad de la imputación. Más que la expresión de dichos motivos. Omitida esta expresión pero acreditada aquella existencia, no cabe decir que la presunción de inocencia no ha sido enervada.

Ello no impide, y de ahí el acierto al simultanear la segunda alegación de la garantía de tutela judicial, que, de concurrir tal omisión de exposición de motivos, se pueda considerar ocurrida una indefensión determinante de la anulación de la condena pero no de la absolución, que la vulneración de presunción de inocencia exigiría.

Ahora bien la vulneración de la tutela judicial por falta de motivación exige una orfandad de ésta de tal intensidad que la decisión surja como arbitraria y que, además, no permita, por la ocultación de razones, un adecuado debate en caso de recurso.

Es claro que ni la sentencia está carente de argumentos, ni la discusión, sobre los que existen a favor y en contra, estuvo limitada en este recurso.

TERCERO.- 1.- En el tercero de los motivos se impugna la posibilidad

de que el recurrente pueda ser partícipe del delito de prevaricación si no se proclama cometido el tipo del injusto de ese delito por falta del componente subjetivo, que el mismo requiere.

La sentencia de la instancia decide absolver al coacusado, que era Conseller de Treball, al que, en tal calidad, se le imputaba el delito de prevaricación. La razón de tal absolución se predica en los hechos probados donde se dice que: no ha quedado acreditado que el acusado Ignasi participara o tuviera conocimiento del acuerdo entre el aquí recurrente y el tercero de los acusados. Este acuerdo entre acusados consistía, según se proclama en el mismo lugar, en: distraer fondos del Departament de Treball mediante la concesión de subvención y el otorgamiento de ciertos contratos.

Declara la sentencia que está probado que el Conseller "firmó la resolución" que concedió la subvención y que también firmó las respectivas resoluciones de adjudicación de las realizaciones de estudios y las que mandaban hacer los correspondientes pagos.

También considera la sentencia que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación. Y afirma tal subsunción de los hechos en el tipo delictivo argumentando que "es evidente que las resoluciones eran prevaricadoras por sí mismas" (?) lo que justifica con la premisa fáctica de que no tenían otra finalidad que la ilícita sustracción de fondos públicos (FJ segundo).

No obstante proclama que no ha quedado acreditada la participación dolosa de la persona que las firma, el Conseller acusado (FJ séptimo). Y, a continuación, tras reconocer que dicha decisión puede resultar "extraña", explica con más detalle que no consta acreditado que el citado Conseller tuviera perfecto conocimiento de la injusticia y arbitrariedad de las resoluciones que el aquí recurrente le informó y propuso.

Ciertamente la sentencia no es especialmente rica en la argumentación jurídica de la absolución del Conseller acusado. Incluso es de discutible coherencia. Supliendo la ausencia de citas legales que arropen aquella decisión, cabe entender que la misma no parte de la exclusión de dolo, sino que parte de una exclusión de la culpabilidad del autor del hecho injusto. Así el Conseller vendría exculpado por aplicación del error de prohibición conforme al artículo 14.3 del Código Penal tenido por invencible.

En los hechos probados se relata cómo la tramitación previa y la decisión de propuesta incumbía al recurrente, y que el coacusado Conseller se limitó a firmar la resolución concediendo la subvención y las cuatro

resoluciones que adjudicaban la contratación. Lo que hizo según el hecho probado, desconociendo el pacto entre los otros dos acusados penados.

En la fundamentación jurídica, la sentencia recurrida entiende que el citado Conseller no actuó "dolosamente" (FJ séptimo). Pese, a que, entiende que sus resoluciones eran "prevaricadoras". Y, como razón de esa consideración, se establece que no existe prueba de que "tuviera perfecto conocimiento de la injusticia y arbitrariedad de las resoluciones que le fueron informadas y propuestas".

A los efectos de calificar el desconocimiento que se proclama, podría estimarse que el error versa sobre los datos de hecho que el recurrente conocía y ocultó al Conseller: no necesidad de los estudios, inutilidad de sus contenidos, y, más aún, real finalidad malversadora.

No obstante, al proclamar que lo desconocido es el carácter injusto de la resolución que firma, lo que se está proclamando es que el sujeto desconocía, no un hecho, sino su naturaleza ilícita.

De ello deriva que el error que funda la absolución atañe exclusivamente al elemento personal del reproche culpabilístico, -conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento- cuya ausencia exculpa al autor del acto injusto. Cuando la recurrida afirma que el Conseller actuó sin dolo se está refiriendo pues al denominado *dolus malus*.

El elemento "a sabiendas" expresado en la descripción del tipo de prevaricación, de obvia naturaleza subjetiva, puede suscitar la cuestión de su integración en la determinación del injusto -configurando el dolo- o como presupuesto de la reprochabilidad del comportamiento del autor -conciencia de antijuridicidad-. Si advertimos que, con o sin tal conocimiento, las resoluciones eran injustas, poca dificultad acarrea subsumir aquel elemento entre los personales propios del juicio de culpabilidad.

Cuando el tipo objetivo incluye elementos normativos -ajeneidad de la cosa mueble que se toma-, el conocimiento de su concurrencia es, en lo subjetivo, una de sus exigencias. Sin ella el hecho -la toma de esa cosa- no es ilícito. En el delito de prevaricación administrativa la "arbitrariedad" de la resolución es un elemento normativo del tipo. Pero, a diferencia de otros supuestos, como el del hurto de la cosa ajena, la diferenciación entre la injusticia de la resolución dictada y la del acto de dictarla -posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta- constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley. Por eso la interpretación de la expresión, utilizada en el artículo

404 del Código Penal, “a sabiendas de su injusticia” no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario, sino a su mera exculpación, cuando se estime que no actuó bajo esa condición.

Pues bien, siendo así, la absolución del Conseller no implica necesariamente que la sentencia proclame que los hechos cometidos por aquél -resoluciones concediendo subvención y adjudicando contrataciones- no eran injustos. Y así es claro que la objeción puesta a la participación -como supuestamente inviable respecto de un hecho justocarece de fundamento.

2.- Lo anterior ya haría innecesario entrar a considerar si la accesoriidad de la participación, como exigencia de que el hecho en el que se participa sea típico y antijurídico, se satisface si la intervención concurre a un hecho de antijuridicidad meramente objetiva. Es decir, si cabe responsabilizar al partícipe con independencia del componente subjetivo del tipo ejecutado por el autor. Y si por ello, cabría participar en un hecho antijurídico cuyo autor principal está incurso en un error de tipo venible o que, para él, es invencible.

Nadie puede verse obligado a responder si no es por su propio comportamiento y no por el de otro. Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad del partícipe no es ajeno al carácter injusto de lo hecho por otro, es decir por el autor. Se ha podido decir que en estos supuestos de pluralidad de intervinientes existe una unidad de hecho que deriva del sentido conjunto de las acciones de autor y partícipe. Si bien con la advertencia de que, justificada así la responsabilidad, la medida de la misma se determina en función solamente del propio comportamiento.

El problema se suscita en relación al establecimiento de los elementos de ese injusto que pueden considerarse excluibles sin que por ello deje de justificarse la responsabilidad del partícipe, porque lo realizado por el autor sigue siendo injusto.

Se ha dicho por sectores de doctrina autorizados que para dictar un juicio de antijuridicidad, cuando concurren las circunstancias que colman el tipo de una norma prohibitiva, sin que, simultáneamente, concorra ninguna circunstancia objetivamente justificadora, las representaciones del autor acerca de su hecho y la situación no siempre son requeridas en la misma medida. Puede ser suficiente que el autor debiera o pudiera conocer la realización del tipo. La imputación al autor sería a título de imprudencia.

El artículo 28 del Código Penal, lo que exige, es que los intervinientes, ya sean los “considerados” autores, como inductores o cooperadores necesarios, ya sean los cómplices, participen en la ejecución de un hecho. El que realiza el autor principal.

Tal precepto concibe la participación conforme a la denominada accesoriidad limitada. Basta la comisión de un hecho antijurídico, aunque su autor no sea culpable. Pero, doctrina y jurisprudencia convienen en que se excluye si el hecho del autor está justificado. Es decir, no se admite que la participación esté condicionada, sólo por una accesoriidad mínima.

Cuestión distinta es la admisibilidad de la participación cuando el acto ilícito del autor no reúne todas las exigencias típicas. Nada ha impedido al respecto la admisión como partícipe del sujeto en el que no concurren las objetivas condiciones típicas del autor en los denominados delitos especiales propios. Así no se cuestiona la figura de la inducción por el particular extraneus del delito del funcionario intraneus.

En cuanto a la relevancia del componente subjetivo del tipo, el autor ha de actuar dolosamente. (Si actuara imprudentemente la participación lo sería en delito de esa naturaleza y solamente en el caso de que existiera la previsión típica de tal modalidad). Pero no se requiere que el dolo del autor sea el denominado *dolus malus* que implica una representación del sujeto sobre la oposición entre su comportamiento y el Derecho. Es suficiente el denominado *dolo natural* o, si se quiere, *dolo típico*, referido al hecho típico.

En el delito de prevaricación ese dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. Pero no implica que el autor lleve a cabo una valoración de ese contenido de la resolución. Aunque la arbitrariedad debe predicarse de dicho contenido, la valoración de ésta se resuelve en la valoración de la propia conducta de su adopción, y por ello de la conducta del autor. Pero la valoración por el autor sobre la trascendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el *dolus malus* como parte de la imputación personal o culpabilidad.

En consecuencia, como dejamos dicho con anterioridad, el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe.

Quien haya ocasionado una errónea valoración por el funcionario del contenido de la resolución objetivamente arbitraria, determinando así en éste la voluntad de adoptarla, determinó la realización del hecho injusto a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, por más que el funcionario autor no sea culpable del delito de prevaricación por no actuar “a sabiendas” de la injusticia de su resolución. En consecuencia debe responder como inductor. Sin que tal

actuación implique utilización del funcionario como mero instrumento, por lo que no cabe hablar de una verdadera autoría mediata.

El motivo debe ser rechazado.

CUARTO.- En cuarto lugar el recurrente se queja de que, pese a su condición de extraneus -en la consideración que hace la recurrida- no se efectúa la rebaja de la pena a la que, a su entender, obliga el artículo 65.3 del Código Penal.

Sobre ello se extendió el recurrente en la vista de esta casación. Pero incurriendo en error. Y no solamente porque el citado precepto no haga de la rebaja una decisión ineludible.

El recurrente estima que los delitos de prevaricación y malversación son estimados en concurso medial y, conforme a la regla del artículo 77.2 del Código Penal, le supone menos pena la sanción por separado de ambas infracciones.

La sentencia, contra lo dicho por el recurrente, tipifica ambos delitos como prevaricación y malversación continuadas. Así pues la pena mínima, de sancionarse separadamente sería (de conformidad con el artículo 74.1 del Código Penal) de ocho años, seis meses y un día de inhabilitación por la prevaricación, que, rebajada en un grado (por aplicación del artículo 65.3 del Código Penal) se reduciría a cuatro años y tres meses de inhabilitación; y, por la malversación, cuatro años, seis meses y un día de prisión, además de la inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y un día.

De sancionarse con una única pena correspondiente al más grave (malversación) en su mitad superior (como autoriza el artículo 77.2 del Código Penal) la pena mínima sería: cinco años, tres meses y un día de prisión y nueve años y un día de inhabilitación absoluta. Porque se partiría de la mitad superior de la pena, en cuanto continuado (art. 74), para fijar la mitad superior de la que resulte, por razón del artículo 77. Tal pena puede considerarse más gravosa que la suma de las indicadas de penarse separadamente. Más cuando, respecto de dicha pena no cabe la rebaja por aplicación del artículo 65.3 del Código Penal ya que el recurrente es penado como autor intraneus.

No obstante, dado que la sentencia recurrida cae en el error de imponer pena (cuatro años y seis meses de prisión y seis años de inhabilitación absoluta) menos gravosa que la que correspondería, tanto de penarse separadamente los delitos, como de imponer la única pena que correspondería conforme al artículo 77 citado, el motivo debe ser rechazado. La pena impuesta ni siquiera alcanza a la que correspondería por solamente la malversación como delito continuado.

QUINTO.- En el quinto de los motivos se denuncia por el recurrente, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal infracción de los artículos 28.1 y 432 del Código Penal por estimar que no cabe valorar los hechos como malversación ya que los caudales malversados “no estaban a disposición” del recurrente, quien se habría limitado a ejecutar lo ordenado por su superior jerárquico, el Conseller absuelto.

No obstante la declaración de hechos probados expone que, conforme a la ley 13/1989, de 14 de diciembre de organización y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat de Catalunya, modificada por ley 2/1992 de 7 de julio, correspondía a este recurrente, como Secretario General del Departament, entre otras funciones (artículo 13 letra i) Dirigir y controlar la gestión del presupuesto del Departamento y (artículo 13 letra j) Supervisar la adquisición de suministros, bienes y servicios, así como los expedientes de contratación de cualquier tipo; autorizar los gastos dentro de los límites que se establezcan reglamentariamente y emitir informe de las propuestas y gastos que excedan de dichos límites y (conforme al artículo 13 letra k) Elaborar los programas de necesidades del Departamento y ejercer las otras funciones que la legislación vigente le atribuya.

Es obvio que los gastos que dieron lugar a la malversación sancionada lo fueron con cargo a los presupuestos, como adquisición, en buena parte, de servicios, y en todo caso las autorizaciones se efectuaron en virtud de la ineludible propuesta del recurrente.

Aquellas previsiones legales acarrear una atribución de custodia respecto al buen fin de los actos de gasto presupuestario, cuyo incumplimiento solamente fue posible por la disposición que de las partidas tenía el recurrente. A ello no se opone que tal disposición apareciera condicionada a otros actos que culminaron el procedimiento de sustracción diseñado, según los hechos probados, por el recurrente. Los actos de éste se reflejaron en informe propuesta de resolución concediendo la subvención y autorización del pago de la misma, y, en cuanto a los contratos, informe propuesta para su adjudicación, “vist y plau” con su firma respecto de las facturas y autorización y orden de pago son su firma. Tales actos son una ineludible aportación efectiva a la real disposición de fondos, por más que ésta exigiera el complemento de otras aportaciones, como la firma del Conseller. No está demás recordar que el artículo 12 de la norma antes citada y en relación a los caudales asignados al departamento le atribuya la facultad de “j) Autorizar los gastos propios del Departamento, dentro del importe de los créditos autorizados y de acuerdo con las

normas para la ejecución del presupuesto". Y autorizar significa aquí tanto como permitir (acepción 5 según el diccionario de la RAE) lo que, a su vez, es Dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo

Y es también de su competencia según el artículo 12 k) Firmar, en nombre de la Generalidad, los contratos relativos a asuntos propios del Departamento, en los términos establecidos por la legislación vigente. Lo que presupone la previa decisión sobre el contenido y alcance de dicho contrato.

En consecuencia, contra lo dicho por el recurso, concurre, según el hecho probado, el elemento típico constituido por las específicas cualidades del sujeto y la condición de su capacidad para incidir en la disposición del dinero público, conforme a la facultad legal que tenía atribuida.

Aquella conducta no puede tipificarse como de mera participación sino, tal como se indica en la recurrida, de verdadera autoría de la disposición malversadora.

El motivo se rechaza.

SEXTO.- Los motivos sexto y séptimo reiteran la reclamación sobre la entidad de la pena impuesta, alegando que debió pensarse los delitos de prevaricación y malversación por separado y aplicando la rebaja por ser extraneus.

Nos remitimos a lo dicho en el fundamento cuarto para rechazar estos motivos.

Añadiendo que no es aceptable la pretendida condición de extraneus respecto al delito de malversación conforme a lo que dejamos dicho en el fundamento anterior.

SÉPTIMO.- En el octavo motivo se postula una eficacia atenuatoria a partir del dato de haber prestado aval en fase de instrucción para responder de las responsabilidades civiles, hecho al que pretende una trascendencia equivalente, al menos analógicamente, al acto de reparar.

La sentencia recurrida estimó la concurrencia de esa atenuante en el otro penado. Tuvo en cuenta que el mismo consignó en concepto de reintegro cantidades por el importe de lo malversado.

La exclusión de la atenuante en relación con el aquí recurrente se justifica en que el mismo se limitó a prestar un aval bancario, sin consignar cantidad alguna a efectos de reintegro. El aval se prestó a los fines requeridos por el Juzgado que era la de garantizar la responsabilidad pecuniaria. Evitando así el embargo de bienes.

Estima el recurrente que si ese comportamiento, limitado a garanti-

zar la responsabilidad civil, carece de trascendencia en la determinación de la pena, se estría compeliendo a que el requerido lo sustituya por la efectiva entrega para extinción de deuda, lo que supone un reconocimiento de responsabilidad incompatible con el derecho a no confesarse culpable.

Es verdad que la actual configuración de la atenuante se ha objetado sin exigir que, además, se evidencie reconocimiento de culpa y, menos aún, atrición y propósito de no reiteración. Pero precisamente por esa objetividad el comportamiento que atenúa no enerva la presunción de inocencia porque no se hace ya equivalente en modo alguno a un reconocimiento de culpa. Como recuerda nuestra Sentencia núm. 809/2007 de 11 de octubre: Puede perfectamente consignar un sujeto acusado el importe total de la responsabilidad civil exigida y solicitar su absolución, por entender, por ejemplo, concurrente una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Pero lo que resulta inequívoco es que el legislador requiere para minorar la pena el dato objetivo de que el penado haya procedido a reparar el daño o a disminuir los efectos del delito. El tiempo verbal empleado por el legislador excluye toda promesa o garantía de hacerlo en el futuro. Tanto más cuanto que exige que, en todo caso, ello debe haber ocurrido con anterioridad a la celebración del juicio.

La oferta, para reparar, de los bienes que el penado tenía embargados en la pieza de responsabilidad civil fue considerada como insuficiente en cualquier medida para atenuar la pena en nuestra Sentencia núm. 529/2006 de 3 abril. Ni siquiera la efectiva consignación limitado, a efectos de evitar la traba en garantía de responsabilidad civil tiene trascendencia para atenuar. Así lo dijimos en la Sentencia de este Tribunal núm. 335/2005 de 15 de marzo: Una cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la Ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral.

Sin duda las sugerentes razones dadas por el recurrente pueden mover a iniciativas legislativas que sigan una política criminal que las asuma. Pero en la actual opción legislativa resulta incontestable que reparar difiere de garantizar ulterior reparación.

Y lo mismo cabe decir en cuanto a las referencias a la reparación ya efectuada por otro acusado. Como se recuerda en la Sentencia de esta Sala núm. 66/2008, de 23 enero Si hay varios acusados y unos reparan los daños producidos, aunque sea par-

cialmente, y otros no adoptan este comportamiento, la atenuante 5ª es apreciable para quienes repararon y no para quienes no lo hicieron. Se trata de una circunstancia de naturaleza personal que únicamente sirve para aquellos imputados en quienes concurra (art. 65.1 CP).

OCTAVO.- Finalmente se denuncia una supuesta infracción de ley en la determinación de la pena por vulnerarse lo dispuesto en los artículos 21.6 y 66.2 del Código Penal. Se alega al respecto que, además de la análoga de reparación, concurrirían también las modificativas atenuantes analógicas de dilaciones indebidas en la tramitación de la causa y por el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos. La suma de tales circunstancias, en la pretensión del recurrente, debería llevar a rebajar en uno o dos grados la pena.

1.- Por lo que concierne a la invocación de la reparación por la vía de analogía con ella que se predica para el aval prestado, basta reiterar lo que dejamos dicho. Garantizar la responsabilidad civil, de manera no espontánea, sino para evitar el embargo de bienes, constituye un acto de naturaleza que no mantiene parcelas comunes desde ninguna perspectiva con el acto reparador.

Podemos compartir así las tesis de quien con autoridad científica ha venido afirmando que la reparación tiene como finalidad contribuir al cumplimiento de los fines tradicionales del Derecho penal. Como una tercera vía, junto a penas y medidas ("dritte Spur") contribuye a restablecer la paz social previa a la comisión del delito, siquiera dentro de ciertos límites. Entre éstos cobra relieve la necesidad de atender a la gravedad del delito.

Pero también se ha dicho que la reparación cumple esa finalidad en la medida que es una reparación penal y se lleva necesariamente a cabo, con la carga simbólica que ello representa, en el proceso penal. Es decir, interesa más considerarla desde la perspectiva del autor del delito, su resocialización y la prevención de integración, que desde la perspectiva patrimonial de la indemnización a la víctima.

Importa más que el autor refleje una "renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada" que el cumplimiento de la obligación civil que deriva del delito y su resultado de restablecimiento del patrimonio del perjudicado. Lo relevante es pues el esfuerzo del autor en reparar en cuanto sea indicativo de efectiva resocialización y aceptación de la norma.

Así pues, ni la mayor reparación del daño lleva a mayor atenuación, ni la ausencia de esa plenitud reparadora debe erigirse en obstáculo de la aplicación de la atenuante.

La actitud del recurrente que decide truncar la efectividad de la reparación, condicionando la misma al resultado del proceso -que eso representa el aval que prestó- no da cuenta ni de elementos resocializadores. Antes bien constituye una actuación solamente dirigida a minimizar los efectos inmediatos del proceso penal -amenaza de embargo- sobre su propio patrimonio.

El motivo se rechaza

2.- En cuanto a las dilaciones que se dicen indebidas la estrategia argumental del recurrente discurre por un doble frente.

En primer lugar estima que la inversión de un tiempo en torno a seis años desde el inicio del procedimiento hasta la sentencia, supone una duración que el asunto por sus características no justifica. Hemos reiterado que la invocación del plazo total de un procedimiento, sin especificación de cuales son las concretas paralizaciones, no puede dar lugar a esta atenuante. Tal concreción es un ineludible presupuesto para abrir la posibilidad de valorar si ese concreto período de ralentización merece o no reproche. Y a quien ha de dirigirse éste. Al no hacerse tal indicación en el motivo, éste debe rechazarse.

Pero en segundo lugar, el recurrente introduce la novedosa argumentación por la que postula que también el transcurso de un largo período de tiempo entre el acacer delictivo y el nacimiento del procedimiento para su persecución debe acarrear una atenuante de la responsabilidad.

Desde luego no es ya que, como con la admitida en la práctica atenuante de dilaciones indebidas, falte aquí la cobertura legal. Es que, además, difícilmente cabe admitir el criterio desde una perspectiva político criminal. Tal sistema supondría una verdadera invitación a que el autor del delito tienda a sustraerse a la acción de la Justicia. Algo difícil de admitir en un Estado de Derecho.

La eventual consideración de la dilación en el inicio de la persecución no podría en ningún caso efectuarse prescindiendo de otros factores. Muy relevantemente los factores que explican esa tardanza. Así el protagonismo que al respecto suponga la sagacidad del autor en la evitación del conocimiento del hecho delictivo se erige en insalvable obstáculo a cualquiera atenuación.

Tampoco resulta admisible buscar identidad funcional entre los motivos que llevan a admitir la claudicación del Estado, en caso de concurrir los supuestos de prescripción, y los que llevarían a atenuar la responsabilidad para las situaciones en que el inicio de la persecución, ya procesal, del sospechoso ocurre cuando la prescripción estaba próxima a operar. Otra cosa supondría justificar la

prescripción solamente como ausencia del merecimiento de la pena.

Las referencias pues a eventuales moderaciones de la pena, por razón del atraso en la persecución, no podrían rebasar el ámbito del artículo 66.1.6 del Código Penal.

El motivo se rechaza

Recurso de Víctor Manuel

NOVENO.- En el primero de los motivos alegados por este recurrente se denuncia la vulneración de garantías constitucionales, por el cauce del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que debe entenderse ahora referido al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aludiendo genéricamente al derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

En concreto se denuncia la falta de motivación expresa en la recurrida respecto de su pretensión de que los hechos se subsuman en el tipo penal del artículo 433 y no en el artículo 432 del Código Penal.

La trascendencia del alegato reside en que, con independencia de la vulneración indicada del derecho a recibir una respuesta motivada, la estimación de la pretensión, cuya respuesta es omitida, llevaría a la impunidad ante la consignación del importe de lo malversado.

Ciertamente la sentencia recurrida no realiza esfuerzo alguno en justificar la no consideración de los hechos como constitutivos del tipo penal que sugiere el recurrente.

Pero sí que justifica la subsunción de los hechos en el artículo 432 del Código Penal. Cuando en los hechos probados proclama que los dos recurrentes se pusieron de acuerdo para "distraer fondos del Departament" a fin de que "finalmente el acusado Víctor Manuel pudiera disponer del dinero obtenido en beneficio propio y/o de terceros cuya identidad no ha quedado revelada". Y en el fundamento jurídico cuarto se califica el hecho como constitutivo del delito del artículo 432.1 del Código Penal. Y razona extensamente como concurren los elementos de dicho tipo penal. Entre las razones incluye la afirmación de que hubo "sustracción" de fondos cuyo destino era "el propio patrimonio de uno de los acusados". Y relata como considera indiferente que, además, se hubiera facilitado o no ese dinero sustraído a terceras personas.

La citada calificación de los hechos hace absolutamente incompatible la alternativa, subsidiariamente propuesta por el recurrente en sus conclusiones. En consecuencia esa alternativa ha sido de manera tácita pero inequívoca, rechazada motivadamente en la sentencia recurrida.

Y además, cabe añadir, se excluyó correctamente. Porque aquellos he-

chos probados son muy diversos de los que integran el tipo del artículo 433 del Código Penal que sanciona la mera malversación de uso. Por todas valga la cita de nuestra Sentencia núm. 657/2004, de 19 de mayo La diferencia entre ambas figuras delictivas radica en el propósito del agente que realiza la sustracción, integrándose el hecho en el art. 432 cuando el ánimo del sujeto activo es el de incorporar a su patrimonio el bien público detraído con vocación de ejercer sobre éste una relación dominical con carácter definitivo, o sea el conocido "animus rem sibi habendi", y será aplicable el art. 432 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio (animus utendi) (véanse SSTs de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000, entre otras muchas).

Por ello no cabe tener por vulnerada la garantía citada. Es el Tribunal Constitucional quien en su Sentencia núm. 271/2000 de 13 de noviembre, ha advertido que: no toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas, o todo defecto procesal por el que se hubiese dejado incontestado algún extremo del debate procesal suscitado entre las partes, produce una automática vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), pues sólo han de estimarse constitucionalmente relevantes, a estos efectos, aquellas incongruencias omisivas que hayan colocado a la parte en una verdadera situación material de indefensión. En este sentido, hemos diferenciado entre las alegaciones formuladas por las partes en apoyo de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismo consideradas, pues mientras que para las primeras el derecho a la tutela judicial efectiva no exige de modo necesario una explícita y pormenorizada contestación judicial a todas y cada una de ellas, siendo suficiente una respuesta genérica al problema planteado, en lo que concierne a las pretensiones la exigencia de respuesta expresa resulta siempre obligada, y sólo excepcionalmente, cuando así pueda deducirse del conjunto de la resolución, es posible admitir la existencia de una desestimación tácita de las mismas (SSTC 56/1996, de 4 de abril, y 130/2000, entre otras muchas).

Que de la resolución cabe deducir inequívocamente la exclusión de la subsunción de los hechos en el tipo postulado por el recurrente resulta obvio. Se está pues en el caso de tener por conocida la razón del rechazo en la sentencia recurrida.

El motivo se rechaza

DÉCIMO.- El segundo de los motivos se reitera la pretensión de calificar los hechos que se le imputan en el tipo penal del artículo 433 con la posibilidad de excluir la punibilidad

so pretexto del reintegro de lo malversado.

Basta remitir a lo que acabamos de decir para comprender que tal calificación no es compatible con el relato de hechos probados.

El motivo se rechaza

UNDÉCIMO.- En el tercero de los motivos alega este recurrente, como lo hiciera el otro, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se incurre en infracción de ley al considerarlo cooperador necesario del delito de prevaricación, dado que el acusado como autor -el Conseller- ha sido absuelto por estimar que actuó bajo error que excluye el dolo. Ello, se dice, implicaría la inexistencia del injusto en el comportamiento del autor y por ello faltaría el presupuesto de la responsabilidad del partícipe.

Damos por reproducido lo dicho en el fundamento jurídico tercero.

DUODÉCIMO.- Finalmente este recurrente denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la vulneración de las reglas de determinación de la pena derivadas del artículo 66.1.2º en relación con los artículos 21.5 y 21.6 del Código Penal.

1.- Estima que, además de la rebaja que corresponde por aplicación del artículo 65.3 del Código Penal, en cuanto extraneus respecto de los delitos imputados, debió considerarse que la atenuante de reparación tenía carácter de muy calificada y que debía añadirse la atenuación por el transcurso de tiempo en medida muy relevante entre el hecho imputado y el enjuiciamiento. No alega dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento.

Para rechazar este aspecto del motivo nos remitimos a lo dicho en el Fundamento Jurídico octavo respecto al similar alegado por el otro recurrente.

2.- En lo concerniente a la atenuante por reparación también nos remitimos a lo dicho en el Fundamento Jurídico octavo anterior.

Este recurrente llevó a cabo una verdadera reparación. Y ello se tradujo en la pertinente atenuación. Pero solicita que ésta sea de más entidad. Sin embargo, recordando lo antes dicho, no cabe olvidar la gravedad que tiene el tipo de delito cometido. Como tampoco que la cuantía de lo aportado, si no revela una especial sobrecarga para el que repara, no revela mayor presencia de elementos de resocialización. Y éstos se muestran ciertamente mitigados si atendemos a que, cualquiera que fuese el tiempo de inicio del proceso y de las intimaciones al imputado, éste conocía, desde la ejecución misma del hecho, la realidad de la sustracción y el importe de lo que sustrajo.

Por ello la dilación en dicha reparación justifica la valoración de la atenuante en la recurrida, circunscrita a los efectos normales y no cualificados.

El motivo se rechaza.

Recurso de Frances Xavier

DECIMOTERCERO.- En el primero de los motivos se denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se vulnera tanto el artículo 404, como el 432, ambos del Código Penal, al absolver a D. Ignasi de los delitos de prevaricación como del de malversación.

1.- Se argumenta, en cuanto al delito de prevaricación, que, con independencia de que conociera lo pactado entre sí por los otros acusados, no solamente concurrían los demás elementos del delito (calidad de funcionario y resolución administrativa arbitraria) sino que "sabía que se estaba operando de forma crasamente dispar con el derecho" y que "conocía de la ilicitud y arbitrariedad de lo que con su conducta auspiciaba de forma directa y determinante".

El cauce casacional elegido exige partir de los hechos probados dados. La casación solamente procede si esos hechos han sido indebidamente calificados en cuanto a su adecuación a un tipo penal determinado (o en relación a otra consecuencia derivada de una norma penal sustantiva o no penal pero de la misma naturaleza a observar en la aplicación de aquella).

Como hemos dejado expuesto, la sentencia recurrida no solamente no recoge como hecho probado que el acusado D. Ignasi conociera la ilicitud de las resoluciones que suscribió, sino que, en sede de fundamentación jurídica, justifica la exclusión de tal elemento entre los hechos probados.

Dice el Tribunal de instancia en el Fundamento Jurídico séptimo que el Tribunal "no ha alcanzado plena convicción de su participación dolosa" en todos los hechos probados.

Y concluye: "no existe prueba, no ya directa sino ni siquiera indiciaria, de que tuviera perfecto conocimiento de la injusticia y arbitrariedad de las resoluciones que le fueron informadas y propuestas."

Pues bien, no solamente es obligado pasar por tal declaración, sino que tampoco cabría revisarla en este recurso. En efecto el Tribunal refiere que ha examinado pruebas directas -siquiera en la medida que cabe hablar de tales para fijar la concurrencia de un elemento subjetivo- entre las que desde luego se encuentra la declaración de los mismos acusados. Pues bien la revisión de las valoraciones de esas pruebas de naturaleza personal no cabe hacerlas en la casación sin desatender la doctrina cons-

titucional al respecto fijada por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 167/2002.

En cualquier caso la recurrida proclama que la intervención se circunscribió a firmar las propuestas desde la plena confianza en la persona que las formulaba.

Podrá tacharse ese comportamiento de negligente, pero la exigencia por el tipo de prevaricación del elemento subjetivo de que la actuación se produzca "a sabiendas", exculpa la responsabilidad penal del sujeto que ignora ("no sabe") que el acto que se le imputa objetivamente es contrario a Derecho.

2.- Por lo que se refiere al delito de malversación, el recurrente considera que, indiscutida la presencia de los demás elementos del tipo penal, la atribución al acusado absuelto deriva de que ha sido "determinante, decisiva y directa la participación del acusado absuelto Ignasi Farreras para la efectividad del apoderamiento de los caudales públicos". Considera que era indiferente que conociera el pacto delictivo entre los otros dos acusados, dado que era el garante de que no se produjera la sustracción.

Asegura el recurrente que el absuelto necesariamente "estaba al caso de todo".

Nuevamente hemos de reiterar la obligada aceptación de los hechos probados para acudir a este cauce de la casación, y la imposibilidad de revisar en ésta una valoración de la prueba tributaria de medios de naturaleza personal.

El tipo delictivo de la malversación invocado exige la concurrencia de un elemento subjetivo, constitutivo de la antijuricidad, cuya ausencia, por ello, impide tener por realizado el injusto típico. Así no existe la malversación imputada si no se acredita la existencia de ánimo de lucro en el autor. Y la constatación de éste exige inferencias a partir de hechos que lleva a su afirmación de manera inequívoca.

Y en tal sentido cobra relevancia, contra lo afirmado por la acusación recurrente, la desvinculación del acusado absuelto respecto del pacto criminal convenido por los acusados ya que solamente a ellos se imputa haber dado al dinero sustraído el destino que implicaba la sustracción.

DECIMOCUARTO.- En el segundo motivo la acusación postula la concurrencia de un error en la valoración de la prueba conforme a lo previsto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal invocando como documentos los que recogen la firma del absuelto conteniendo las, según dicho recurso, resoluciones prevaricantes.

En realidad lo que discute el recurrente no es el hecho que esos docu-

mentos prueban: la realidad de la adopción de los acuerdos. Lo combatido es la inferencia que desde tal base se postula por el recurrente en sentido contrario a la afirmada en la sentencia recurrida.

Pues bien, el motivo casacional utilizado solamente autoriza a rectificar hechos que el propio documento, sin complementarias inferencias, acredita por sí solo. Y en este caso existe coincidencia entre la sentencia y recurrente sobre lo que dichos documentos prueban.

Si lo que se cuestiona es una inferencia, o la estructura racional del argumento que desde aquel hecho base lleva a afirmar como probada una consecuencia fáctica determinada, otro debe ser el cauce procesal. En su caso, si la argumentación de la recurrida se tiene por arbitraria, cabría invocar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En tal caso la consecuencia de la estimación del motivo no podría ser la imposición de una condena, fundada en la nueva argumentación en la valoración probatoria, sino la anulación de la recurrida. Y desde luego, ni ese ha sido el motivo esgrimido ni esa la consecuencia interesada.

Por ello, el motivo se rechaza.

DECIMOQUINTO.- De conformidad con el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos de casación.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuesto por Víctor Manuel, Josep María y por Francesc Xavier contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 30 de marzo de 2009, en causa seguida por delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos. Con expresa imposición de las costas causadas en los recursos de casación.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- José Antonio Martín Pallín.

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

2010/31671

TS Sala 2ª, Sentencia 12 marzo 2010. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Delito de estafa inmobiliaria constando engaño previo y eficazmente bastante

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de estafa inmobiliaria. El TS constata la existencia de un engaño, previo y eficazmente bastante, como medio para la obtención de dicha cantidad de dinero, ejecutado por el recurrente y dirigido a los referidos compradores, el cual queda evidenciado por circunstancias tales como la existencia de un embargo acordado con anterioridad sobre la finca de referencia y el estado de suspensión de las obras realizadas en ésta acordado por la autoridad municipal ante la ausencia de la preceptiva dirección técnica de tales trabajos, extremos que se ocultaron a los compradores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito de Estafa, a la pena de dos años y dos meses de prisión, fundamenta su Recurso de Casación en tres diferentes motivos, de los que el Tercero de ellos, por el que procede comenzar nuestro examen dada su naturaleza formal, se formula al amparo de los artículos 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e incorpora dos diferentes alegaciones, a saber:

A) En primer lugar se alude a la vulneración al derecho a la prueba (art. 85º.1º LECr), por el hecho de que la Audiencia admitiera, al comienzo de las sesiones del Juicio oral, la práctica de una prueba pericial propuesta por la Acusación Particular y no accediera a la solicitud de la Defensa para que dicha pericia no fuera realizada por el Arquitecto designado por la proponente sino por otro de designación del propio Tribunal.

Lo cierto es que el perito propuesto, y admitido, era el autor de un informe ya incorporado a las actuaciones, acompañatorio de la Querrela rectora de éstas, y por consiguiente su admisión, interesada en tiempo y forma procesalmente debida, a fin de que pudiera ser interrogado sobre el contenido de aquel documento, no sólo ha de reputarse correcta sino incluso tuteladora

también del derecho de la propia Defensa que así tuvo la oportunidad de dirigirle las preguntas y pedir las explicaciones que considerase pertinentes.

Frente a ello, la denegación de la contra pericia interesada por la parte acusada igualmente ha de tenerse por correcta, habida cuenta de que la petición en este caso se produce de forma extemporánea, en el acto del Juicio por primera vez, a pesar de que como queda dicho la aportada por la Acusación ya figuraba documentalmente en Autos.

Si a ello le añadimos que no se formuló, o al menos no consta que se formulase, protesta alguna por parte de la Defensa ante la decisión del Tribunal, requisito formal inexcusable, como sabemos, para cuestionar aquella ante esta Sala, resulta de todo punto evidente lo infundado de este primer apartado del motivo.

B) A su vez, en el segundo de los apartados del mismo motivo Tercero, con cita de los artículos 850 y 851 (sic) de la Ley procesal, se censura el hecho de que el Tribunal de instancia no aceptara la recusación formulada por el recurrente contra la representante del Ministerio Fiscal actuante, por amistad íntima con la Acusación Particular y enemistad manifiesta contra la Defensa, evidenciadas, según el Recurso, por el hecho de que dicha funcionaria le dijera al Letrado acusador, antes de comenzar el Juicio, que no se olvidase de proponer nueva prueba dentro del trámite de cuestiones previas.

Ni es posible la recusación de un miembro de la Fiscalía, según el artículo 28 del Estatuto Orgánico de esa misma Institución, que obliga a la abstención tan sólo a aquellos de sus miembros que se hallasen comprendidos en las causas previstas al efecto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Jueces y Magistrados, ni consta la existencia de otras pruebas, más que las propias manifestaciones de quien recurre, acerca de que efectivamente el hecho que denuncia se produjera del modo relatado.

Pero es que, además, aunque efectivamente fuera así, la simple comunicación de uno de los integrantes de la Acusación con otro de esa misma parte acusadora, auxiliándole en un aspecto relativo a la tarea mutuamente compartida, lejos de resultar reprochable o demostrativa de amistad o enemistad alguna, tan sólo revela una preocupación por el correcto quehacer profesional.

Por lo que también este apartado, y en definitiva todo el motivo, debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El siguiente motivo, Segundo en el orden del Re-

curso, se refiere a infracción de Ley por error de hecho en la apreciación y valoración de la prueba (artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), llevadas a cabo por el Tribunal "a quo", a la vista del contenido de ciertos documentos que obran en las actuaciones, en concreto las declaraciones prestadas por el propio recurrente a lo largo de la tramitación de la Causa, en las que reiteró que él desconocía el embargo existente sobre la finca vendida a los acusadores y la paralización de las obras realizadas en la misma, y la Certificación expedida por el Ayuntamiento de la localidad, que probaría igualmente su ignorancia, por falta de notificación, del hecho de que las obras se encontrasen suspendidas por decisión de la Autoridad municipal, al carecer de dirección técnica debidamente identificada.

El supuesto 2º del artículo 849 de la Ley procesal penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

La infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperidad.

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "literosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior.

En este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e informes periciales, por muy "documentada" que se encuentre en ellos no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales.

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que sustituido el contenido de la narración por el del

documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico.

Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles para el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, toda vez que, conforme a lo visto, las declaraciones del recurrente, contenidas en las actuaciones, por su carácter personal e intrínsecamente susceptibles de valoraciones alternativas, no pueden considerarse hábiles para evidenciar ese error incuestionable en los hechos declarados probados en la instancia, en el que consiste el fundamento y la razón de ser del presente cauce casacional.

En tanto que el Certificado del Ayuntamiento al que también se alude en el Recurso, que obviamente sí que ostenta el requerido carácter literosuficiente, exclusivamente acredita, en su literalidad, el hecho de la suspensión de las obras acordada por la Autoridad municipal, las causas de dicha decisión y la imposibilidad de notificación de la misma al interesado, pero ello no excluye, de manera indudable, el que Aquilino tuviera conocimiento por otros cauces de aquella suspensión de la obra, como la Audiencia consideró con razonable fundamento al tratarse precisamente del propietario de la finca, de modo que parece lógico afirmar que debiera conocer semejante circunstancia ya que él era concretamente quien habría de soportar los costes ocasionados por tales obras en aquella fecha.

Razones por las que también este motivo se desestima.

TERCERO.- Por último, el motivo Primero alega, con mención

del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de Ley, la indebida aplicación de los artículos 248, 249, 250 y 251 del Código Penal, al concurrir los elementos esenciales del delito tipificado en dichos preceptos tipificados.

El cauce casacional utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, en todo caso, ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, ya que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, puesto que integra los elementos propios de la infracción objeto de condena, tales como:

a) El desplazamiento de parte de su patrimonio llevado a cabo por Ernesto y Enma al entregar a Aquilino 19.260 euros para la finalización de las obras pendientes de realizar en la vivienda que habían adquirido al anterior titular de la misma.

b) La existencia de un engaño, previo y eficazmente bastante, como medio para la obtención de dicha cantidad de dinero, ejecutado por el recurrente y dirigido a los referidos compradores, que queda evidenciado, conforme al relato fáctico de la recurrida, por circunstancias tales como la existencia de un embargo acordado con anterioridad sobre la finca de referencia y el estado de suspensión de las obras realizadas en ésta acordado por la Autoridad municipal ante la ausencia de la preceptiva Dirección técnica de tales trabajos, extremos que se ocultaron a los compradores; la redacción, a pesar de todo ello, de un minucioso documento, suscrito con los perjudicados en el mismo acto en el que éstos entregaron su dinero, incluyendo una serie de compromisos entre los que se hallaba el de la entrega de la vivienda completamente finalizada antes del término de ese mismo año, lo que evidentemente ya se sabía en ese momento que era más que improbable, y, a la postre, el hecho de que, meses después, transmitiera Aquilino la propiedad de la finca registral de referencia a un tercero, con las

obras todavía sin concluir y sin proceder en momento alguno a la devolución, en todo o en parte, del importe recibido de los perjudicados.

c) El evidente ánimo de lucro ilícito del recurrente en dicha operación que concluyó con su ilegal enriquecimiento, apropiándose definitivamente de los 19.260 euros que le habían sido entregados, sin contraprestación alguna de su parte.

Conducta la relatada que, en definitiva y como hemos dicho, configura el tipo, tanto objetivo como subjetivo, del ilícito objeto de condena, confirmando la adecuada aplicación de los preceptos legales correspondientes.

Y por tales razones, una vez más estamos ante un motivo que ha de ser desestimado y, con él, la integridad del Recurso analizado.

CUARTO.- A la vista del contenido íntegramente desestimatorio de la presente Resolución, procede la declaración de condena en costas al recurrente, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, vistos los preceptos legales mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por la Representación legal de Aquilino contra la Sentencia dictada, el 17 de julio de 2009, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lérida, que condenó al recurrente, como autor de un delito de Estafa.

Se imponen al recurrente las costas procesales ocasionadas en este procedimiento.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar D. Perfecto Andres Ibañez D. José Manuel Maza Martín D. Manuel Marchena Gomez D. Siro Francisco Garcia Perez

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



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/53608

TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 21 abril 2010. Ponente: D. Agustín Puente Prieto

Creación de 15 juzgados para la mejora de la jurisdicción mercantil

Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Real Decreto por el que se dispuso la creación y constitución de 15 Juzgados para la mejora de la jurisdicción mercantil, puesto que no resulta posible atender a la pretensión que formula el recurrente, en relación con la nulidad de dicha disposición adicional, cuyo texto no permite acoger la pretendida vulneración de preceptos legales, dada la propia naturaleza de su disposición, que deja, en definitiva, en manos del CGPJ la aplicación de lo dispuesto en el art. 269,2 de la Ley Orgánica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo el Real Decreto 167/2009, de 13 de febrero, por el que se dispuso la creación y constitución de 15 juzgados para la mejora de la jurisdicción mercantil.

En su escrito de demanda el Colegio de Procuradores de Alicante y el de Abogados de la misma provincia suplican que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, tenga por formalizada en tiempo y forma demanda en el procedimiento de recurso 1/69/2009, y tras los trámites legales oportunos dicte Sentencia estimando íntegramente el mismo, y por tanto declarando la nulidad parcial del Real Decreto 167/2009, en el sentido de que en la disposición adicional única del mismo se debe hacer constar que el Juzgado de lo Mercantil Tres de Alicante, con sede en Elche, tendrá competencia para despachar los asuntos correspondientes a los partidos judiciales de Elche, Orihuela y Torrevieja, excluyendo a dicho Juzgado la competencia en materia de marca comunitaria.

Constituye, por tanto, el objeto de impugnación, según expresan los recurrentes, el Real Decreto que se recurre y, en concreto, su disposición adicional única, disposición adicional que prevé que, en el caso de que el Consejo General del Poder Judicial disponga que el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante se constituya en Elche, el Magistrado titular y el Secretario Judicial y medios destinados, percibirán el complemento de destino que corresponda a la localidad donde ejerzan sus funciones.

El citado Real Decreto afirma en su preámbulo que en el mismo se establece lo pertinente para el caso de

que el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante se constituya en Elche, en los términos previstos en el artículo 269.2 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.

En su demanda alegan los recurrentes, por un lado, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta judicial, los Juzgados de lo Mercantil de Alicante que se especialicen tendrán competencia, además, para conocer en primera instancia y de forma exclusiva, de todos aquellos litigios que se promuevan al amparo de lo previsto en los Reglamentos núm. 40, 94 del Consejo de la Unión Europea de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria y 6/2002 del Consejo de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios. En el ejercicio de esta competencia dichos Juzgados extenderán su jurisdicción a todo el territorio nacional, y únicamente a estos efectos se denominarán Juzgados de marca comunitaria.

Invocan, igualmente, los recurrentes en su demanda lo dispuesto en el apartado 3 de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de Reforma Concursal del Poder Judicial, en relación con los Tribunales de marcas comunitarias, entendiéndose que, en este ámbito, la decisión de instaurar un Juzgado de lo Mercantil Tres de Alicante en el municipio de Elche, impide que éste pueda tener competencia en aquellos asuntos relativos a marcas, dibujos y modelos comunitarios, pues lo contrario quebrantaría la razón por la que, en su momento, se asignó en exclusiva tal competencia específica en ámbito nacional a los Juzgados de lo Mercantil de Alicante.

Añade igualmente el recurrente, que el Consejo General del Poder Ju-

dicial en acuerdo de 23 de diciembre de 2008, al disponer la constitución del Juzgado núm. 3 de Alicante en Elche, limitó su competencia a los partidos judiciales de Elche, Orihuela y Torrevieja, habiendo aclarado posteriormente que no extendería su jurisdicción en materia de marca comunitaria, precisando, como pone de manifiesto en el escrito de conclusiones, que dicho Consejo, en acuerdo de 17 de diciembre de 2009, publicado en el BOE el 29 de diciembre, dispuso completar el acuerdo de 23 de diciembre de 2008 en el sentido de que el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, con sede en esta ciudad y constituido en la fecha de su entrada en funcionamiento en Elche, conocerá únicamente los asuntos de su competencia mercantil correspondientes a los partidos judiciales de Elche, Orihuela y Torrevieja, quedando reservado a los Juzgados de lo Mercantil núm. 1 y 2 de Alicante, con sede y constituidos en la capital de la provincia, el conocimiento en primera instancia y de forma exclusiva de todos aquellos litigios que se promuevan al amparo de lo previsto en los Reglamentos 40, 94 del Consejo de la Unión Europea sobre la marca comunitaria y 6/2002 de dicho Consejo sobre dibujos y modelos comunitarios, extendiendo el ejercicio de esta competencia su jurisdicción a todo el territorio nacional.

SEGUNDO.- La pretensión formulada por los recurrentes en su escrito de demanda, y como antes precisamos, aparece dirigida a obtener la nulidad parcial del Decreto 167/2009 “en el sentido de que la disposición adicional única del mismo se debe hacer constar que el Juzgado de lo Mercantil Tres de Alicante, con sede en Elche, tendrá competencia para despachar los asuntos correspondientes a los partidos judiciales de Elche, Orihuela y Torrevieja, excluyendo a dicho Juzgado la competencia en materia de marca comunitaria”.

Opone el Sr. Abogado del Estado a esta pretensión la jurisprudencia de esta Sala, en que, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción, se ha precisado que en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general, ello no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo por lo que, pretendiendo el recurrente añadir al precepto dicha nueva redacción, tal pretensión debe ser rechazada, invocando al efecto lo resuelto por esta Sala en sentencia de 6 de octubre de 2005 y 7 de julio de 2008.

Añade el Sr. Abogado del Estado que la sede del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante es Alicante, lo que comporta, en su opinión, que dicho Juzgado sea un Juzgado de marca comunitaria con jurisdicción nacional cuando se constituya en Alicante; no si se constituye en Elche.

Para precisar el ámbito del presente recurso conviene tener en cuenta que el mismo parece dirigido a impugnar, exclusivamente, la disposición adicional única del Decreto impugnado, en cuanto en ella no se recoge el texto de la modificación que los recurrentes pretenden, y que concretan en el suplico de su escrito de demanda, sin tener en cuenta que la disposición adicional única objeto de concreta impugnación no regula, en manera alguna, el ámbito a que extiende su jurisdicción el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, pues la determinación de la posibilidad de su constitución en Elche quedaba a la decisión del Consejo del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que permite que, pese a que un principio los Juzgados y Tribunales sólo podrán celebrar juicios o vistas de asuntos fuera de la población de su sede cuando así lo autorice la ley, como así lo dispone el apartado 1º de dicho precepto, sin embargo, y conforme al apartado 2, el Consejo General del Poder Judicial, cuando las circunstancias para el buen servicio de la Administración de Justicia lo aconsejen, y a petición del Tribunal o Juzgado, podrá disponer que los Juzgados y las secciones o salas de los Tribunales o Audiencias se constituyan en población distinta de su sede para despachar los asuntos correspondientes a un determinado ámbito territorial comprendido en la circunscripción de aquéllos.

A la vista del concreto contenido de la pretensión formulada por los recurrentes, en relación exclusivamente con la disposición adicional única, cuyo texto anteriormente hemos recogido, es evidente que en la misma no se contiene delimitación alguna del ámbito jurisdiccional del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante. Y ello sin perjuicio de que el Consejo del Poder Judicial, en el ejercicio de sus funciones expresamente recogidas en el preámbulo del citado Real Decreto, acordara, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 269.2 de su Ley Orgánica, que se constituyera exclusivamente como Juzgado de lo Mercantil con la jurisdicción territorial limitada que el propio Consejo precisó.

Quiere decir ello que, no contentiendo determinación alguna la citada disposición adicional en relación con la competencia del Juzgado de nueva creación Mercantil núm. 3 de Alicante en materia de marca comunitaria, no resulta posible atender a la pretensión que formula el recurrente, ni en relación con la nulidad de dicha disposición adicional, cuyo texto no permite acoger la pretendida vulneración de preceptos legales, dada la propia naturaleza de su disposición que deja, en definitiva, en manos del Consejo General del Poder Judicial la aplicación de lo dispuesto en el artículo 269.2 de la Ley Orgánica.

Por otro lado, es evidente que la anulación, en el negado caso de resultar procedente, de dicha disposición adicional objeto de impugnación, no permite establecer la forma en que ha de quedar redactada la misma por pronunciamiento de este Tribunal por oponerse a ello lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción que, abandonando la previsión establecida para limitados supuestos de las ordenanzas fiscales en el artículo 85 de la anterior Ley de la Jurisdicción, dispone que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen.

TERCERO.- Todo ello impone, en definitiva, la procedencia de desestimar el presente recurso contencioso administrativo, sin que se aprecien razones determinantes de la condena en costas de la partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

FALLO

Que procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación del Colegio de Abogados y Procuradores de Alicante contra el Real Decreto 167/2009 por el que se dispuso la creación y constitución de 15 Juzgados para la mejora de la jurisdicción mercantil dentro de la programación del año 2009, en lo que se refiere a la disposición adicional del citado Decreto. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Agustín Puente Prieto.- Carlos Lesmes Serrano.- José Manuel Sieira Miguez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Octavio Juan Herrero Pina.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Agustín Puente Prieto, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

compensatorios por el trabajo en festivo intersemanal, viene obligada a retribuir los festivos trabajados con el recargo pactado en el Convenio, pues la inferior jornada pueden motivarla otros hechos. La sentencia de contraste, dictada por el T.S.J. de Cataluña el 28 de septiembre de 2000 en el recurso de suplicación 4814/2000, ha entendido, sin embargo, que la concesión de más días de descanso al año de los previstos en el Convenio Colectivo compensa por los festivos intersemanales trabajados, lo que comporta el que la empresa no deba pagar nada por el trabajo en festivo, pues da descanso compensatorio.

Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos que requiere el artículo 217 de la L.P.L. para la procedibilidad del recurso que nos ocupa, ya que, ante supuestos sustancialmente idénticos en cuanto a hechos, fundamentos y pretensiones, han dado respuestas divergentes. La circunstancia de que el Convenio Colectivo aplicable sea distinto en cada caso no desvirtúa lo dicho, porque, aunque ambos regulan diferentes actividades sanitarias, resulta que las necesidades de la actividad sanitaria prestada todos los días del año son las mismas en cuanto a jornada laboral, y que el artículo 23-2 del Convenio aplicable en el caso de la sentencia recurrida tiene idéntica redacción que el artículo 28 del Convenio aplicable en el caso de la sentencia de contraste y es que el primero se aplica en la red sanitaria pública y el segundo en la privada. La igualdad sustancial se da porque, aparte de ser aplicable una disposición igual, en ambos casos se trata de trabajadores que descansan más días de los normados por el convenio, pero que se ven obligados a trabajar algún festivo, cuya retribución reclaman al no haberseles concedido un descanso compensatorio expreso. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar la doctrina contenida en las sentencias comparadas que ha fundado resoluciones contradictorias.

SEGUNDO.- Se alega por la recurrente la infracción del artículo 23 del Convenio Colectivo de la "Xarca Hospitalaria d'Utilizació Pública" en relación con el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre jornadas de trabajo.

Ante todo, conviene recordar que el artículo 23-2 del citado Convenio establece que: "Las horas trabajadas en día festivo intersemanal oficial que no tengan descanso compensatorio, se abonarán con un incremento del 75% sobre el valor retributivo de la hora ordinaria", precepto del que se deriva que si se concede el descanso compensatorio no es preciso abonar el recargo del 75%, bastando con el pago del plus por festivo del art. 27, lo que centra el litigio en determinar como debe concederse el descanso compensatorio: si de forma expresa por cada día o de forma tác-

tica cuando se da el descanso sin concretar su causa, cual ocurre cuando, como en el caso de autos, se establece un calendario laboral anual que lleva implícitos los descansos por los días festivos trabajados.

Debe recordarse, igualmente, que el artículo 24 del Convenio Colectivo aplicable garantiza 118 días de descanso al año (30 días de vacaciones, día y medio semanal, 14 días festivos y otros dos más), así como que los trabajadores afectados, según el relato de hechos probados y las afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, disfrutaban anualmente de más días de descanso de los que les garantiza el Convenio, incluso computados los festivos trabajados.

Así planteado el recurso, procede estimarlo y casar la sentencia recurrida, ya que, si el calendario de trabajo anual confeccionado no sobrepasa la jornada laboral anual del Convenio Colectivo y garantiza el disfrute de un número de días de descanso al año igual o superior al que concede el Convenio Colectivo, resulta evidente que el mismo se adapta a lo dispuesto en la norma convencional y en el artículo 47 del R.D. 2001/1983 que prevé excepciones a la regla de la libranza en festivo por razones organizativas como las que concurren en el sector sanitario que precisa prestar asistencia hospitalaria todo el año sin interrupción. Y es que cuando existe un calendario laboral previo no es preciso conceder un descanso compensatorio de forma expresa con posterioridad al trabajo en día festivo, pues la compensación se encuentra implícita en el calendario laboral que de forma expresa concede los descansos teniendo en cuenta las compensaciones por festivo, aunque no concrete los días a los que corresponde, calendario al que deberá estarse mientras no se anule, pretensión no ejercitada y que no se podría fundar en un supuesto derecho a cobrar el recargo del 75% por el trabajo en día festivo y a disfrutar del descanso compensatorio por el trabajo ese día cuando con el mismo no se sobrepasa la jornada anual del Convenio Colectivo, máxime cuando la empresa establece una jornada laboral menor y da más días de descanso de los que requiere la norma convencional, concesión que no puede imputarse a su mera liberalidad, sino al pago de la deuda más gravosa, al pago de los descansos compensatorios por trabajo en festivo, tal y como decidió al fijar y publicar el calendario laboral anual, cual se deriva de lo dispuesto en los artículos 1.172 y 1.174 del Código Civil sobre la forma de imputar los pagos realizados.

Esta solución interpretativa es seguida, también, por nuestra sentencia de 11 de febrero de 2010 (RCO 33/2009), dictada en proceso de conflicto seguido por la patronal para interpretar el mismo precepto del Convenio Colectivo que es aplicable al



2010/62127

TS Sala 4ª, Sentencia 20 abril 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Compensación por trabajo en festivo incluida en calendario laboral

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la fundación hospitalaria demandada contra sentencia que acogió parcialmente la pretensión de los trabajadores accionantes sobre compensación por trabajo en festivos.

Explica la Sala que cuando existe un calendario laboral previo no es preciso conceder un descanso compensatorio de forma expresa con posterioridad al trabajo en día festivo, pues la compensación se encuentra implícita en el calendario laboral que, de forma expresa, concede los descansos teniendo en cuenta las compensaciones por festivo, aunque no concrete los días a los que corresponde, calendario al que deberá estarse mientras no se anule.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El problema planteado en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el trabajo en días festivos intersemanales de los actores genera el derecho a la retribución de las horas trabajadas esos días con un incremento del 75 por 100, salvo que la empresa conceda descanso compensatorio, y, más concretamente, si ese descanso se encuentra implícito en el hecho de que la empresa elabora un calendario laboral donde se incluyen bastantes

más días de descanso de los exigidos por el Convenio Colectivo o si es preciso que a cada día trabajado en festivo se le impute un día de descanso concreto en todo caso.

La cuestión ha sido resuelta de forma distinta por las sentencias comparadas. La recurrida ha estimado que, como la empresa no ha probado que la reducción de jornada anual, ocasionada por el disfrute de más días de descanso de los previstos en el Convenio Colectivo, se deba a la concesión de descansos

caso de autos, donde se dice: “ que los calendarios compensados... donde se tienen en cuenta todos los factores y aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, pueden ser un instrumento válido de fijación de descansos compensatorios” porque “Como dice el informe del Ministerio Fiscal, “los días festivos intersemanales no disfrutados generan un descanso compensatorio”, pero en la regulación del convenio colectivo objeto de controversia “tal descanso carece de un período de referencia para su efectividad”, por lo que puede ser fijado o especificado ex ante mediante un “calendario de trabajo” siempre que éste “no sobrepase la jornada contratada” y cumpla las restantes prescripciones sobre ordenación del tiempo de trabajo”.

Con ello no se contradice el criterio mantenido en nuestra sentencia de 21 de febrero de 2006 (RCUD 502/2005), donde la desestimación de similar recurso se debió a que la empresa no probó que el mayor número de días de descanso concedidos se debía a la concesión de descansos compensatorios por día festivo trabajado. Pero debe tenerse en cuenta que estamos ante un recurso extraordinario, lo que impide al Tribunal salirse de los términos del debate y abordar otras cuestiones, razón por la que el diferente planteamiento de la cuestión justifica un cambio en la doctrina, máxime cuando la existencia de un calendario laboral previo constituye una prueba de la voluntad de la empresa de compensar el trabajo en festivo con más días de descanso de los garantizados por el Convenio, esto es un elemento probatorio nuevo que funda la adopción de una solución diferente.

Por todo ello, procede casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de esa clase que interpuso la empresa contra la sentencia de la instancia la que se revoca con expresa desestimación de las demandas origen de esta litis. Sin costas.

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

FALLO

Que estimando, como estimamos, el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado D. Francisco Carretero Palomares en nombre y representación de FUNDACIÓ PUIGVERT contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 1499/07, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Barcelona, en autos núm. 874/05 y los acumulados 920/05, sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Debemos casar y

anular la sentencia recurrida y estimar el recurso de suplicación que en su día interpuso la hoy recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Barcelona el día 29 de septiembre de 2006, la que revocamos en el sentido de desestimar íntegramente todas las demandas origen de este procedimiento. Sin costas en la tramitación del recurso de suplicación y del presente. Devuelvanse a la recurrente todos los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

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

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

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

2010/71362

TS Sala 4ª, Sentencia 21 abril 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Parcial nulidad de convenio en lo referente al valor de la hora extraordinaria

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la federación empresarial demandada contra sentencia que declaró la nulidad del art. 5º Convenio Colectivo para el sector de montajes y empresas auxiliares del metal en cuanto a la remisión del valor de la hora extraordinaria a la tabla salarial anexa, así como la nulidad de dicha tabla salarial en el apartado relativo al valor de la hora extraordinaria en todas las categorías.

Explica la Sala que no hay razón para dejar de interpretar y aplicar en su sentido literal el art. 35,1 ET en cuanto al mandato de que el valor pactado de cada hora extraordinaria en ningún caso podrá ser inferior al de la hora ordinaria, tratándose de una norma legal imperativa y de derecho necesario, que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, en su modalidad de común

o tradicional, lo ha interpuesto la Federación de Empresarios del Metal y Afines del Principado de Asturias (FEMETAL) contra la Sentencia dictada el día 9 de enero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Recayó dicha resolución en un proceso de impugnación del art. 5º del Convenio Colectivo del Sector de Montajes y Empresas Auxiliares del Metal del Principado de Asturias, publicado en el Boletín Oficial de dicho Principado de 23 de enero de 2008.

La demanda había sido interpuesta por Unión Sindical Obrera (USO) contra la mencionada Federación recurrente y contra los sindicatos UGT y CCOO, solicitando que se declarara la nulidad del art. 5º del mencionado Convenio Colectivo en cuanto a la remisión del valor de la hora extraordinaria a las tablas salariales del convenio, así como la nulidad de dichas tablas salariales en el apartado relativo al valor de la hora extraordinaria en todas las categorías.

Dicha demanda fue íntegramente estimada por la resolución hoy combatida, con apoyo fáctico -esencialmente- en que “el valor de la hora ordinaria de un trabajador que desarrolle su prestación de servicios en empresas comprendidas dentro del ámbito de aplicación (de este convenio colectivo), a jornada normal y perciba los mínimos convencionales, esto es, sin antigüedad, incentivos, turnicidad, etc., es superior al importe fijado para la hora extraordinaria en la práctica totalidad de los niveles previstos en el convenio” (hecho probado 5º).

SEGUNDO.- Consta el recurso de dos motivos, en el primero de los cuales, que se conduce por la vía del art. 205.c) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), se pretende la nulidad de la resolución de instancia, por sostener la recurrente que se han infringido normas reguladoras de la sentencia, porque, a su entender, los hechos que ésta declara probados no son suficientes para llegar a la conclusión a la que antes hemos aludido, sino que debió haber especificado cuál era el valor de cada hora ordinaria y cuál el de cada hora extraordinaria en cada categoría profesional.

Motivo éste que no puede prosperar, porque tanto la resultancia fáctica como la motivación jurídica de la resolución que se combate son suficientes para llegar a la conclusión que en el hecho quinto de los acreditados se obtiene, ya que en el hecho 4º se recogen todos los conceptos que forman la hora ordinaria y en el tercero se fija la jornada anual. Además, en el propio hecho 4º se tiene por reproducido en su integridad el contenido de la tabla salarial; y en el 4º fundamento jurídico se expone de manera suficientemente pormenorizada la forma en la que la Sala de instancia ha llevado a cabo los cálculos con cuya base obtuvo la conclusión acerca de que el valor de cada

hora ordinaria es superior al de cada una de las extraordinarias.

Ello aparte de que, en el fondo, la recurrente no niega esta realidad; y que, en el caso de que la hubiera negado, lo correcto y procedente al respecto habría sido encauzar el motivo por la vía del apartado d) del art. 205 de la LPL como error en la apreciación de la prueba, especificando cuál era, en su opinión, la redacción que debería haberse otorgado al hecho correspondiente, así como el documento en el que apoyara su aserto, cosa que no ha hecho.

TERCERO.- El segundo -y último- motivo del recurso se apoya en el apartado e) del citado art. 205 LPL, citando como infringidos los apartados 1, 2 y 3 del art. 82 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el art. 37.1 de la Constitución y los arts. 3.1.b) y 35.1, segundo párrafo, del propio ET.

Este motivo debe correr la misma suerte adversa que al anterior, pues constituye doctrina reiterada de esta Sala que actualmente (a partir de la reforma producida por la Ley 11/1994 de 19 de mayo) no hay razón para dejar de interpretar y aplicar en su sentido literal el art. 35.1 del ET en cuanto al mandato de que el valor pactado de cada hora extraordinaria “en ningún caso” podrá ser inferior al de la hora ordinaria.

Se trata de una norma legal imperativa y de derecho necesario, que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere (art. 3.5 del ET), y ello aun cuando la disposición tuviera lugar en virtud de lo pactado en convenio colectivo, pues la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el art. 37.1 de la Constitución española no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias (art. 3.1.b) del ET), y exija también (art. 85.1) que lo que en tales convenios se pacte lo sea “dentro del respeto a las leyes” (Sentencias de esta Sala de 2 de junio de 2003 -rec. 3153/02- y 28 de noviembre de 2004 -rec. 976/04 - y las que en ellas se citan). Doctrina ésta que se vuelve a reiterar, entre otras, en nuestras Sentencias de 12 de enero de 2005 (rec. 984/04), 6 de octubre de 2005 (rec. 3907/04) y 21 de febrero de 2007 (rec. 33/06).

En definitiva, procede la desestimación del recurso, con la obligada secuela de acordar la pérdida del depósito (art. 215 LPL), aunque sin condena en costas (art. 233.2), ya que se trata de un proceso de conflicto colectivo y no se aprecia temeridad en la conducta de la recurrente.

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2855

Madrid, 12 de julio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

FALLO

Desestimamos el recurso de casación, interpuesto por la FEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DEL METAL Y AFINES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS contra la Sentencia dictada el día 9 de enero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Asturias en el Proceso 20/08, que se siguió sobre impugnación de convenio colectivo, a instancia de UNIÓN SINDICAL OBRERA contra la mencionada recurrente y otros. Confirmamos la sentencia recurrida, sin imposición de costas, y acordamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

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

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

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Francisco García Sánchez 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.



2010/62013

TS Sala 1ª, Sentencia 29 marzo 2010.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Reivindicación de bien incautado por el Estado

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, confirma íntegramente la dictada en primera instancia que estimó la acción reivindicatoria ejercitada, declarando la Sala que ha quedado suficientemente acreditada la titularidad dominical de la actora respecto del inmueble litigioso -que, además, figuraba debidamente inscrito en el registro de la propiedad- del que fue privado por el Estado en virtud de un acto de incautación cuyos efectos han de cesar necesariamente a partir de la vigencia de la CE.

2010/31641

TS Sala 1ª, Sentencia 22 marzo 2010.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Imposibilidad de cambio de reglamentación de suministro de carburantes en régimen de comisión de venta en garantía

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda pidiendo el cambio de reglamentación contractual del contrato celebrado entre las partes para el suministro de carburantes por la entidad demandada a la actora en régimen de comisión de venta en garantía, para que ésta pudiera fijar libremente un margen comercial de reventa mayor que el que venía fijando la demandada durante toda la vigencia del

contrato con el perjuicio económico que ello le suponía, alegando la actora que pese a los términos empleados en el contrato su condición era de una compradora de productos para revenderlos, denegando la petición la citada sentencia en base a la oposición de la otra parte contractual demandada de ajustarse al contenido del contrato y por carecer del apoyo legal comunitario que la demandante recurrente le atribuye.



2010/26454

TS Sala 2ª, Sentencia 11 febrero 2010.
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Nulidad de la sentencia por inadmisión indebida de prueba

Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de corrupción de menores. El Alto Tribunal declara la nulidad de la sentencia por inadmisión indebida de prueba, ya que si de las declaraciones de los agentes viene a resultar en principio que no hubo irregularidad alguna en la clonación del disco duro, eso no hace sino subrayar la necesidad, desde el punto de vista del derecho a la defensa del acusado, de una prueba dirigida a demostrar -con éxito o sin él es cuestión que no puede apriorísticamente resolverse- lo contrario precisamente de lo que resulta de la prueba de cargo.

2010/31655

TS Sala 2ª, Sentencia 15 marzo 2010.
Ponente: D. Luciano Varela Castro

Denegación de prueba no motivada

Se estima el recurso de casación interpuesto por la acusación popular

contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de corrupción de menores y de agresión sexual. El TS declara la nulidad de la sentencia pues existen razones -denegación sin justificación, protesta que desmiente aquiescencia, siquiera fuera tardía, pertinencia y evidente utilidad de los medios de prueba propuestos- que llevan a que se tenga por vulnerada la garantía constitucional invocada; porque la denegación es obviamente arbitraria por la falta absoluta de motivación, y porque había motivos para admitirla, de tal suerte que, al no hacerse así, la acusación se vio indefensa para poder acreditar el dato esencial que podía trascender en la decisión sobre la participación que le atribuye al acusado.



2010/71337

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 23 abril 2010.
Ponente: D. José Manuel Steira Míguez

Perjuicios ocasionados en resolución sobre aprobación del deslinde

Se inadmite el rec. de casación interpuesto contra la Sentencia que estimó parcialmente el rec. contencioso-administrativo interpuesto, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación que, en concepto de responsabilidad patrimonial en solicitud de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución sobre aprobación del deslinde parcial puesto que aunque en el escrito de preparación del recurso se citan los concretos preceptos que se entienden infringidos, en modo alguno se justifica, en el sentir de la recurrente,

que la infracción de las normas de Derecho Estatal, que cita haya tenido relevancia, determinando el fallo recurrido.

2010/62115

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 14 abril 2010.
Ponente: D. José Díaz Delgado

Falta de competencia para instruir expedientes disciplinarios

Se desestima el rec. contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, que archivó la información previa relativa al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al entender que las cuestiones a las que se refería la queja eran de naturaleza jurisdiccional, y carecer este órgano de competencia para instruir expedientes disciplinarios por hechos presuntamente constitutivos de una infracción de tal carácter, cuya comisión no aparezca atribuida exclusivamente a miembros de la Carrera Judicial.



2010/16497

TS Sala 4ª, Sentencia 8 febrero 2010.
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Rechazada excepción de prescripción de acción de despido

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la fundación municipal demandada contra sentencia que rechazó la excepción de prescripción de la acción de despido del monitor de vela accionante.

Explica la Sala que la vía previa sólo suspende, no interrumpe, la caducidad, y que el "dies a quo" para el cómputo es el del cese real y efectivo en la prestación de servicios en la empresa, no aquel otro en el que finaliza el devengo teórico de las vacaciones que, compensadas en metálico, correspondían al trabajador despedido, y cuyo tratamiento legal ninguna relación tiene con el plazo normativamente establecido para impugnar el despido.