



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 2856

Madrid, martes 13 de julio de 2010



TS PENAL

2010/31677

TS Sala 2ª, Sentencia 15 marzo 2010. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Sin contraprestación por parte del librador

Falsedad ideológica en documento mercantil por la creación de recibos de pago

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos continuados de falsedad documental y estafa. Afirma la Sala que es indiferente que las relaciones contractuales con los librados estuvieran ya formalmente zanjadas o no fuera así debido a la imposibilidad de contactar con el acusado. Lo cierto e incuestionable, continúa el Alto Tribunal, es que el acusado libró los recibos a sabiendas de que no obedecían a operación comercial o profesional de ninguna índole y que los descontó con la conciencia de que no iban a ser abonados a la fecha de vencimiento. Y es claro que la entidad bancaria actuó con una confianza fundada y razonable en el ámbito concreto del tráfico mercantil en que operaba, y así quedó constatado posteriormente, ya que no fueron los clientes los que incumplieron sus obligaciones, sino el propio librador, quien fingió unas operaciones mercantiles o profesionales que realmente no existían.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia condenó, en sentencia dictada el 18 de mayo de 2009, a Nicanor, como autor de un delito continuado de falsedad documental como medio para cometer otro delito continuado de estafa, a las penas de tres años y siete meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio de abogado, asesor fiscal y laboral, y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de diez meses con una cuota diaria de seis euros. Y en cuanto a la responsabilidad civil, que indemnizara a Bancaja, S.A., en la cantidad de 56.328,30 euros, con sus intereses legales correspondientes.

Los hechos objeto de la condena se resumen, sintéticamente y a modo de introducción, en que el acusado concertó en Valencia con la entidad Bancaja, S.A., el 19 de junio de 2003, un contrato de descuento de efectos mercantiles por un límite de 90.000 euros.

Y si bien en una primera fase descontó con cargo a la póliza recibos librados a cargo de sus clientes por trabajos profesionales que les realizaba, en los últimos días del año 2005 y al inicio de 2006 descontó una serie de recibos confeccionados por él mismo que no obedecían a contraprestación alguna, por lo que no fueron atendidos por los librados y tampoco el acusado reintegró su importe a la entidad descontante.

Con lo cual, la cuenta arrojó un saldo negativo para el banco de 86.570,48 euros.

Contra la sentencia interpuso recurso de casación la defensa del acusado, formulando tres motivos, los tres por infracción de ley.

SEGUNDO.- 1. El motivo primero lo articula por la vía de los arts. 852 de la LECr. y 4.5 de la LOPJ, preceptos que pone en relación con el art. 24.2 de la Constitución, invocando la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Señala la parte recurrente, después de exponer las pautas generales sobre el concepto y los requisitos con que opera en la práctica procesal la presunción constitucional, que ni la prueba testifical practicada ni la documental que figura en la causa constituyen prueba bastante para enervar el referido derecho fundamental. Y más en concreto, alega que sí se ajustaban los recibos descontados por la entidad bancaria a las relaciones comerciales con las personas libradas -Gran Vía Turia S.L. y la notaria Estela -, con las que mantenía relaciones profesionales en su condición de asesor fiscal y contable cuando los recibos fueron girados. Cuestiona la prueba testifical por la falta de imparcialidad de los testigos, ya que tienen la doble condición de testigos y perjudicados, y además aduce que las auditorías internas contradicen la versión inculpativa que se acoge en la sentencia impugnada.

2. Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007 y 111/2008). Y es también doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia inculpativa ("más allá

SUMARIO

TS

CIVIL

Otorgamiento de escritura de división y constitución en régimen de propiedad horizontal **7**

PENAL

Falsedad ideológica en documento mercantil por la creación de recibos de pago **1**

Calificación de homicidio en lugar de asesinato al no existir actuación sorpresiva **6**

ADMINISTRATIVO

Falta de identidad legalmente exigida **8**

Mismo sujeto pasivo para sociedad dominante y sociedades dominadas **10**

SOCIAL

Nulo despido objetivo por falta de causa concreta **13**

Segunda carta comunicada durante la tramitación de un primer despido **14**

RS

RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

de toda duda razonable”) ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008).

Por lo demás, tratándose de prueba indiciaria el Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003).

Por su parte, esta Sala de Casación tiene afirmado en reiteradas resoluciones que el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en verificar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por tanto, y en primer lugar, si dicha prueba de cargo fue adquirida sin vulneraciones de derechos fundamentales; en segundo lugar, si fue introducida en el proceso y sometida a los principios que rigen el plenario, de contradicción, inmediación y publicidad; en tercer lugar, si se trata de una prueba suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia; y por último, si consta debidamente razonada en la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el iter discursivo y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a cualquier viso de arbitrariedad (SSTS 59/2009, de 29-1; y 89/2009, de 5-2).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-10; 672/2007, de 19-7; y 131/2009, de 12-2).

Finalmente, se ha incidido en numerosas resoluciones de la Sala en

que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada (SSTS 987/2003, de 7-7; 845/2008, de 2-12; y 89/2009, de 5-2).

3. El recurrente comienza su impugnación aduciendo que los recibos que presentó al descuento obedecían a la relación comercial o profesional con la entidad y la persona que en ellos aparecen como librados, y hace especial hincapié de forma reiterada en que sus relaciones profesionales como agente fiscal, laboral y contable todavía se hallaban en vigor cuando se emitieron, tanto con respecto a Gran Vía Turia S.L. como a Estela. Sin embargo, su argumentación no puede compartirse, vista la prueba de cargo practicada en la vista oral, tanto de índole testifical como documental.

En efecto, en la sentencia recurrida se argumenta que las personas que comparecieron a deponer como testigos en la vista oral del juicio, y que figuraban como librados o representantes de la entidad librada en los recibos, manifestaron que cuando se emitieron los conflictivos documentos las relaciones con el acusado ya estaban deterioradas y que como los recibos no obedecían a contraprestación alguna se negaron a abonarlos.

Por lo demás, el acusado ha tenido más de tres años para justificar documentalmente que los recibos descontados respondían a trabajos o servicios reales que les había prestado a los denunciados, sin que aportara documentación alguna acreditativa de las supuestas contraprestaciones, lo que revela que éstas no existieron.

Siendo así, deviene indiferente que las relaciones contractuales con los librados estuvieran ya formalmente zanjadas o no fuera así debido a la imposibilidad de contactar con él, como los denunciados alegaron. Lo cierto e incuestionable es que el acusado libró los recibos a sabiendas de que no obedecían a operación comercial o profesional de ninguna índole y que los descontó con la conciencia de que no iban a ser abonados a la fecha de vencimiento.

Ante la evidencia de la prueba testifical, la parte recurrente alega que los testigos de cargo carecen de imparcialidad dado que concurre en ellos la condición de perjudicados, por lo que no cabe hablar de testimo-

nios creíbles o fiables ni sustentar sobre ellos la prueba de cargo.

Frente a esto cabe redargüir, en primer lugar, que se está ante los problemas propios de la apreciación de las pruebas de carácter personal que se practican ante el Tribunal de instancia. Sobre esta modalidad probatoria, esta Sala de casación tiene declarado de forma reiterada que en la ponderación de las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos) se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno, en principio, al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos.

Esta estructura racional del discurso valorativo puede ser revisada en casación, censurando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (SSTS 227/2007, de 15-3; 893/2007 de 3-10; 778/2007, de 9-10; 56/2009, de 3-2; 264/2009, de 12-3; 901/2009, de 24-9; y 960/2009, de 16-10, entre otras).

Estas afirmaciones, ciertamente, deben ser matizadas, pues esta misma Sala también ha precisado que no cabe interpretarlas en el sentido de que el órgano de casación, operando con criterios objetivos, no pueda revisar la racionalidad con la que el Tribunal de instancia ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia.

Ni que, por lo tanto, el Tribunal que efectúa la revisión no pueda excluir de lo probado aquellos hechos respecto de los que considere que la prueba personal, tal como ha sido valorado su resultado, se muestra inconsistente. Pues “el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la inmediación y no ampararse en su mera concurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta” (SSTS 1579/2003, de 21-11; y 677/2009, de 16-6). Y en la

misma dirección, también se ha advertido que la inmediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos aun con la justificación de la misma, ya que la inmediación no blindada a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior (STS 716/2009, de 2-7).

En el supuesto que ahora se contempla, a tenor de lo argumentado, no se percibe que la Audiencia haya ponderado las declaraciones de los testigos reseñados de forma irracional o contraviniendo las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos, sino todo lo contrario. Pues, en efecto, la versión aportada por los testigos de cargo se ha visto refrendada por la prueba documental, en el sentido de que no se ha presentado ningún documento acreditativo de que la emisión de los recibos descontados estuviera respaldada por servicios o contraprestaciones que los justificaran. Esto unido al impago por los librados y a la no reintegración del dinero por parte del acusado a la entidad bancaria convierte en cierta la versión incriminatoria y corrobora el acierto de la convicción del Tribunal de instancia que ahora pretende cuestionar la parte recurrente.

De otra parte, el hecho de que todavía mantuviera algún contacto con los clientes que figuran como librados en los recibos no quiere decir que éstos hubieran autorizado al acusado a librar facturas o recibos en sus relaciones comerciales que no obedecieran a negocios o contratos subyacentes reales y efectivos, situación que implicaría un otorgamiento de facto de una especie de línea de crédito que en modo alguno está acreditada.

Por consiguiente, si la relación comercial o profesional entre el acusado y los librados no permitía librar esa clase de efectos sin causa alguna, resulta irrelevante para el argumento nuclear de la defensa que la relación comercial entre los denunciados y el acusado no hubiera sido rota formalmente en el momento de emitir los recibos sin contenido que fueron descontados por la entidad bancaria.

Por último, y en lo que respecta a todo lo referente al requisito del engaño y su verificación, así como al conocimiento del riesgo y a su asunción por parte de la entidad bancaria, nos remitimos a lo que se expone en el fundamento siguiente con motivo de analizar los requisitos de la estafa.

En consecuencia, no cabe acoger el primer motivo de impugnación.

TERCERO.- 1. En el motivo segundo, y con base en lo dispuesto en los arts. 849.1 de la LECr., se alega infracción de ley por haberse vulnerado lo dispuesto en los arts. 248 y 250.1.6 del C. Penal. En este caso alega la parte recurrente que no se dan los requisitos que exige el delito de la estafa, y en concreto el engaño bastante para conseguir el desplazamiento patrimonial del dinero por parte de la entidad bancaria. El impugnante señala que no se está ante un engaño antecedente, bastante y causante, pues lo que realmente sucedió es que el banco no observó el comportamiento exigible para proteger su patrimonio, obviando la cumplimentación del deber de autotutela exigible en el supuesto concreto, según se acreditaría con los informes de las auditorías.

2. Los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia, son los siguientes:

1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o inteligencia del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto.

2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción.

3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro.

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

En este caso el requisito cuya concurrencia cuestiona de forma reiterada el recurrente es el relativo al engaño bastante, argumentando que la entidad bancaria corrió por su avidez lucrativa un riesgo superior al normal, siendo la falta de control de sus operaciones y sus omisiones a la hora de autoproteger su patrimonio las que generaron un perjuicio que iba implícito en el riesgo excesivo creado.

Pues bien, sobre el requisito del engaño la jurisprudencia de este Tribunal tiene reiteradamente declarado que para que el engaño empleado por el autor del delito pueda reputarse bastante, debe ser suficiente para inducir a error a una persona medianamente perspicaz y avisada. Y a la hora de efectuar la anterior valoración, debe atenderse a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta parámetros tanto objetivos como subjetivos, de manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho.

Es preciso, por lo tanto, valorar la idoneidad objetiva de la maniobra engañosa y relacionarla en el caso concreto con la estructura mental de la víctima y con las circunstancias en las que el hecho se desarrolla. El engaño, según la jurisprudencia, no puede considerarse bastante cuando la persona que ha sido engañada podía haber evitado fácilmente el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión le imponía.

Cuando el sujeto de la disposición patrimonial tiene la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar un engaño bastante en el sentido del tipo del art. 248 CP, pues en esos casos, al no haber adoptado las medidas de diligencia y autoprotección a las que venía obligado por su profesión o por su situación previa al negocio jurídico, no puede establecerse con claridad si el desplazamiento patrimonial se debió exclusivamente al error generado por el engaño o a la negligencia de quien, en función de las circunstancias del caso, debió efectuar determinadas comprobaciones, de acuerdo con las reglas normales de actuación para casos similares, y omitió hacerlo (SSTS 1013/1999, de 22-6; 980/2001, de 30-5; STS 686/2002, de 19-4; 2168/2002, de 23-12; 621/2003, de 6-5; y 113/2004, de 5-2).

La STS 928/2005, de 11 de julio, subraya que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto, y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de auto responsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño.

Y en la sentencia 1024/2007, de 30 de noviembre, se afirma que es comprensible que la jurisprudencia

de esta Sala, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa.

Con respecto al ámbito concreto de la imputación objetiva, en la sentencia 900/2006, de 22 de septiembre, en un caso de estafa por descuento de efectos mercantiles, se argumenta que, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante".

Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado. Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva -prosigue la sentencia- parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto que, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que éste sea la realización del mismo peligro creado por la acción y, en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, debe crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (pronosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o por el azar.

Por ello modernamente -añade la STS 900/2006 - se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa.

En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental. Si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad so-

cial aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de pronosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo, que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, y así se recuerda en la STS 900/2006, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones posteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

Para finalizar con las citas jurisprudenciales, conviene reseñar la STS 482/2008, de 28 de junio, sobre un caso de estafa por descuento de facturas mercantiles, similar por lo tanto al que ahora se enjuicia. En ella se afirma que, tal como se ha declarado reiteradamente (entre otras muchas, en la STS 291/2008, de 12 de mayo), el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito.

Es cierto que en casos de negocios especulativos o de alto riesgo, los controles de auto-protección son mayores y, correlativamente, la capacidad de engaño disminuye, suponiendo que las barreras protectoras del derecho penal no pueden ser activadas en función de las características del negocio jurídico en sí mismo considerado. Pero, como también se ha dicho (véase al respecto la Sentencia 229/2007, de 22 de marzo), no puede desplazarse sobre el sujeto pa-

sivo del delito de estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél. Dicho de otra forma: el engaño, que debe ser bastante, en tanto que existente para conseguir el fin pretendido por el autor del delito, debe ser apreciado desde la perspectiva del que lo despliega, no de quien lo sufre, aunque éste, guiado por otros móviles, pretenda, a su vez, un aparente enriquecimiento patrimonial (que cree encontrar en lo que se presenta como escenario del delito), y que no es más que un subterfugio previamente creado por el estafador, como elemento adicional de su engaño, y del que se vale para orquestar su trama criminal.

En esa misma sentencia 482/2008 se recuerda también que de ordinario se ha exigido que el engaño sea antecedente o coetáneo al comportamiento delictivo, neutralizando la estafa el denominado “dolo subsequens”. Pero en lo concerniente a los contratos de descuento bancario, se ha acordado en un Pleno no jurisdiccional de esta Sala (de 28 de febrero de 2006) que “el contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en momento posterior durante la ejecución del contrato”.

3. Descendiendo ya al caso concreto que nos ocupa y operando con las referidas pautas jurisprudenciales, es claro que no pueden acogerse los argumentos de la parte recurrente relativos a la exclusión del requisito del engaño bastante y a la no concurrencia del elemento de la imputación objetiva del resultado que se alega en el escrito de recurso.

En efecto, si bien es verdad que en el descuento de recibos mercantiles como los aquí emitidos concurre siempre un determinado riesgo por parte de la entidad bancaria, ello no significa que el factor determinante de la defraudación fuera la falta de vigilancia o control por parte del banco con respecto al riesgo que contraía con el descuento de los recibos librados por el acusado. En este sentido, aunque en las auditorías internas de la entidad bancaria que se aportaron a la causa (folios 134 a 151 del rollo de Sala), al analizar algunas de las partidas de la oficina bancaria, se contenga la expresión de riesgo “notable a vigilar”, tal advertencia con motivo de una auditoría interna no ha de entenderse en el sentido de que en el supuesto concreto que ahora se examina la entidad bancaria actuara de forma negligente, de modo que su exceso de confianza y la falta de vigilancia generara el impagado integrante de la defraudación.

Esa tesis de la defensa no puede asumirse porque, al margen de que los informes de auditoría aportados carecen del carácter de documentos literosuficientes, lo cierto es que los

recibos que se reseñan en el “factum” como impagados fueron librados precisamente contra dos clientes que gozaban de una especial solvencia. La entidad “Gran Vía Turia, S.L.” es una sociedad integrada por registradores mercantiles de Valencia con el fin de construir un edificio destinado a la sede oficial de su colegio profesional, y se trata de una entidad que no consta que hubiera dejado en algún caso recibos sin pagar. Y otro tanto cabe decir con respecto a la notaria Estela.

Por lo tanto, no es cierto, como pretende sostener la parte recurrente, que la entidad bancaria por un afán excesivo de lucro corriera un riesgo extraordinario y fuera de los márgenes normales del tráfico mercantil al descontar los recibos que resultaron impagados; sino que ha sucedido realmente todo lo contrario: se descontaron los recibos porque el acusado los libró, planificando de forma metódica su actuar defraudatorio, contra dos clientes notablemente solventes que en modo alguna iban a generar sospechas ni suspicacias en los empleados de la entidad bancaria.

Era natural y razonable que la entidad descontara unos recibos que figuraban librados contra dos clientes de contrastada solvencia, confiando, como no podía ser menos, que los sujetos librados abonarían en su momento los recibos. El banco, lógicamente, no esperaba que los recibos fueran “ideológicamente” falsos, por no obedecer a ningún servicio prestado por el despacho del acusado, ignorando, sin negligencia por su parte, que a su vencimiento resultarían necesariamente impagados.

En la STS 900/2006, de 22 de septiembre, se afirma que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección; de lo contrario se impondría un principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones a que se obliga cada parte, de las relaciones que concurren entre las partes contratadas, de las circunstancias personales del sujeto pasivo y de la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En la STS 482/2008, de 28 de junio, se advierte que “el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección”.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea que “el hecho de que objetivamente fuera posible comprobar que el librador simulaba aceptaciones inexistentes o falsas intenciones de pago, no significa que no hacerlo sea una imprudencia, ni que el engaño sea ineficaz.

El engaño era adecuado porque contaba con la confianza de los bancos fundada en la buena fe que sigue siendo principio fundamental del tráfico mercantil. Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado”.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado es claro que la entidad bancaria actuó con una confianza fundada y razonable en el ámbito concreto del tráfico mercantil en que operaba, y así quedó constatado posteriormente, ya que no fueron los clientes los que incumplieron sus obligaciones, sino el propio librador, quien fingió unas operaciones mercantiles o profesionales que realmente no existían, acudiendo así a un señuelo o ardid falso que no podía esperar la entidad descontante, dadas fluidas relaciones comerciales precedentes con el ahora acusado. Por lo cual, ha de considerarse como una auténtica falacia argumental que el propio sujeto que generó el engaño al documentar unos servicios profesionales ficticios, alegue ahora la responsabilidad de la propia víctima por creerse un engaño que él mismo preparó de forma metódica y convincente, transcribiendo en los recibos los nombres de dos clientes cuya solvencia ningún banco cuestionaría.

A tenor de lo que antecede, se desestima por tanto el segundo motivo de impugnación.

CUARTO.- 1. Denuncia la parte recurrente en el tercer motivo, por la vía de la infracción de ley prevista en el art. 849.1 de la LECr., la incorrecta aplicación de los arts. 390, 391.1 y 3 del C. Penal, por no ser subsumibles los hechos en el tipo punitivo de la falsedad documental. Aduce la defensa que no se alteró ningún elemento de los documentos ni se simuló ni fingió la intervención de persona alguna que lo hiciera. Se trata -dice- de unos “recibos” confeccionados unilateralmente, en los que no se precisa la intervención de terceros, ya que no se requiere para su validez la firma del librado, sino únicamente los datos de éste y la firma del librador, y además ni siquiera aparecen confeccionados sobre papel especial o timbrado. Debe hablarse por tanto - señala- de documentos auténticos, sin que se haya alterado o simulado nada de su

contenido para llevar a error a la entidad bancaria.

2. Es cierto que el acusado no realizó ninguna falsedad material en los documentos mercantiles que presentó al descuento, pero ello no quiere decir que no incurriera en una falsedad ideológica. La falsedad material es aquella que afecta a la estructura física de un documento, al soporte material donde se contiene la declaración de voluntad; la falsedad ideológica se refiere a la veracidad de lo declarado, a la exactitud del contenido de la voluntad reflejado en el documento.

Concurren dos líneas jurisprudenciales sobre las falsedades ideológicas en documentos mercantiles, en concreto sobre las facturas falsas que simulan un negocio o prestaciones de servicios inexistentes.

La primera postura afirma que estamos ante una falsedad ideológica impune, y ha sido defendida fundamentalmente por las siguientes resoluciones: SSTS 1-4-1997, 26-2-1998 (caso Argentinia Trust) y 30-I-1998 (caso relativo a contratos falsos de trabajo).

Los principales argumentos de esta postura se centran en aducir que la subsunción de la conducta en el art. 390.1.2 del CP (simular total o parcialmente un documento, de forma que induzca a error sobre su autenticidad) contradice el tenor literal de la ley penal, pues la doctrina que así lo propone maneja un concepto de autenticidad sin soporte dogmático y por ello inseguro. Lo esencial para la tipicidad de la falsedad en este caso es que afecte a la autenticidad del documento, y la autenticidad de los documentos no alcanza a su contenido, luego el precepto no puede comprender los casos de documentos auténticos aunque se documente un negocio jurídico simulado. Se ataca la autenticidad, no porque se mienta sobre la causa de un contrato, sino porque se altere de alguna manera el soporte material (se cambia el nombre del emisor, se altera su firma, etc.). El caso del art. 390.1.2, a tenor de esta concepción, habría de ser catalogado como falsedad material, no ideológica.

De otra parte, otro sector de la jurisprudencia afirma que la falsedad ideológica puede punirse. En este sentido tenemos las SSTS 15-4-1997, 13-6-1997, 30-9-1997, 28-10-1997 (“Caso Filesa”) y 28-I-1999.

Los argumentos principales de esta segunda tesis se centran en cuestionar el concepto de autenticidad acogido por la posición contraria. Pues, en efecto, si se parte del criterio de que todo documento cuyo autor aparente coincide con su autor real es auténtico, con independencia de que no responda a realidad alguna, es claro que el art. 390.1.2 no podría aplicarse a los supuestos de las facturas o contratos mercantiles falsos aun cuando el documento en su

totalidad constituya una falacia. Ello puede generar consecuencias negativas para la seguridad del tráfico mercantil e incluso para el normal desarrollo de una convivencia organizada en un ámbito de confianza.

Cabe sostener razonablemente que no puede considerarse como auténtico aquel documento que es incierto en su integridad, salvo en la firma, es decir, que ha sido deliberadamente inventado para acreditar una realidad jurídica totalmente inexistente.

Conviene incidir, además, en que el concepto legal de documento incluye no sólo los que tengan eficacia probatoria, sino también aquellos que tengan cualquier otra "relevancia jurídica".

En igual sentido, ha de ponderarse la relevancia del principio de lesividad con respecto a falsedades documentales idóneas para ocasionar perjuicios a terceros. Y también que el hecho de que se despenalice una determinada modalidad de falsedad ideológica no quiere decir que se despenalicen las restantes.

Por todo lo cual, se acaba concluyendo en el referido segundo grupo de resoluciones que sí parece razonable incardinar en el art. 390.1.2 del CP aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente. A tenor de lo cual, debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja un acto inexistente, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su autenticidad (en sentido amplio).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26 de febrero de 1999 se pronunció a favor de esta segunda tesis, es decir, a favor de inculpar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido.

A partir de ese Pleno no jurisdiccional han abundado las sentencias en la línea de que en el art. 390.1.2 se contemplan falsedades ideológicas: SSTS 817/1999, de 14-12; 1282/2000, de 25-9; 1649/2000, de 28-10; 1937/2001, de 26-10; 704/2002, de 22-4; 514/2002, de 29-5; 1302/2002, de 11-7; 1536/2002, de 26-9; 325/2004, de 11-3.

En toda esta jurisprudencia se sienta como línea interpretativa mayoritaria, tal como se sintetiza en la STS de 29 de enero de 2003 (núm. 1954/2002), el criterio de que, "en términos generales, un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa.

Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento "genuino" con el documento "auténtico", pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como "auténtico" por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincide con su autor material.

Auténtico, según el diccionario de la Lengua Española en su primera acepción, significa "acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren", por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que "genuino" significa "puro, propio, natural, legítimo", sin especial vinculación con la veracidad y sí con la procedencia ("propio" de quien lo emite). En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad.

En definitiva, se acoge un criterio lato de autenticidad por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, ya que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría.

Por otra parte es la interpretación que permite dotar de contenido inculpario propio a esta modalidad falsaria del número segundo del art. 390.1, pues de otro modo habría que calificarla como un mero error del Legislador, ya que la tesis restrictiva únicamente incluye en esta modalidad las falsedades ya penadas en el número tercero.

Los Tribunales de Justicia, vinculados por el principio de legalidad, deben evitar una interpretación que conduzca directamente al absurdo, e interpretar las normas de acuerdo con su finalidad esencial, que es la de producir efectos jurídicos propios.

Por ello en la opción entre una interpretación reductora, basada en otorgar a un término legal un significado que no se corresponde con el lenguaje usual, y que produce como consecuencia la privación a la norma de cualquier funcionalidad y utilidad, y otra interpretación más lata, que es la conforme a la interpretación usual de los términos empleados por el Legislador, y que además es la que le otorga sentido y efectividad al precepto, hemos de inclinarnos

por esta última. Y ello porque ha de estimarse que el Legislador, que únicamente ha dejado vigentes tres modalidades de falsedad para los delitos cometidos por particulares, no iba a tipificar una modalidad desprovista de todo contenido."

Además, como recuerda la misma STS 1954/2002, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias sobre el caso Filesa, admite expresamente la constitucionalidad de esta interpretación lata del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental, al señalar que debe admitirse que también puede emplearse el término autenticidad en un sentido lato, en el que puede decirse (y se ha dicho muchas veces en la praxis penal y, en concreto, en aplicación de los tipos de falsedad, como ponen de manifiesto tanto la Sentencia como las alegaciones del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado) que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad (STC 123/2001, de 4-6).

En las sentencias más recientes dictadas sobre esta conflictiva cuestión se ha consolidado el criterio de que las llamadas falsedades ideológicas siguen siendo penadas, si bien con un carácter más restrictivo, en el actual texto penal. Y así, en la SSTS 213/2008, de 5-5, y 641/2008, de 10-10, se afirma que la diferenciación entre los párrafos 2º y 4º del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo 2º aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituiría la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una realidad jurídica absolutamente inexistente.

Y en la STS 692/2008, de 4-11, se establece que no cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean, con la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente que se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno. En otras palabras una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico.

La STS 894/2008, de 17-12, señala que la función probatoria, perpetuadora y garantizadora se han visto afectadas en cuanto se simula unos documentos mercantiles que nunca han existido y ya no se trata de que en las declaraciones que se contienen en los citados documentos se haya faltado a la verdad, se trata sencilla-

mente de que tales declaraciones jamás se han producido.

En la misma línea que las anteriores (con cita de los precedentes establecidos en las SSTS 1302/2002, de 11-7; 1212/2004, de 28-10; núm. 1345/2005, de 14-10; 37/2006, 25-1; y 298/2006, de 8-3), la STS 324/2009 argumenta que la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2 del C. Penal, de modo que, según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno.

Finalmente, en la STS 784/2009, de 14-7, con cita de algunas resoluciones anteriores, se recuerda que la diferenciación entre los párrafos 2º y 4º del art. 390.1 del C. Penal debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del art. 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente.

3. Al centrarnos ya en el análisis del caso concreto, se observa que el acusado descontó unos recibos de cancelación de facturas que carecían de respaldo comercial alguno, según quedó fehacientemente acreditado por pruebas personales y documentales, tal como se razonó en la motivación probatoria del fundamento segundo de esta resolución. De forma que presentó al descuento unos documentos en los que constaban como librados una entidad y una persona física de notable solvencia, sin que existieran ninguna contraprestación profesional en esos casos por parte del acusado que justificaran la emisión de tales recibos.

Así las cosas, dada la simulación íntegra de unas operaciones que pudieran legitimar la emisión de unos recibos que iban a operar en la práctica como documentos mercantiles descontables, es claro que concurre la falsedad ideológica prevista en el art. 390.1.2 del C. Penal. En efecto, se simulaba en su integridad un documento y se inducía a error sobre su autenticidad, entendida en su signifi-

cación amplia, que, tal como ya se ha anticipado, permite conceptuar como inauténtico lo que carece en absoluto de verdad. El acusado rellenó los recibos librándolos contra dos clientes a sabiendas de que éstos no le adeudaban cantidad alguna por la prestación de sus servicios, simulando de este modo la existencia de unos servicios profesionales y unas facturas totalmente inexistentes. Tan es así que, tal como se preveía, debido al vacío negocial los librados se negaron a abonar unos recibos totalmente mendaces, lo que derivó en el consiguiente perjuicio de la entidad descontante.

Por lo demás, la jurisprudencia de esta Sala ha dictado ya numerosas resoluciones estimando como documentos falsos insertables en el art. 390.1.2 del C. Penal los recibos y las facturas que carecen en su integridad de toda base real y que se emiten precisamente con el fin de ser destinados al descuento o a otras operaciones relacionados con el tráfico mercantil (SSTS 1302/2002, de 11-VII; 1345/2005, de 14-10; 63/2007, de 30-1; 213/2008, de 5-5; 692/2008, de 4-11; 894/2008, de 17-12; 324/2009, de 27-3; y 784/2009, de 14-7, entre otras).

A tenor de lo que antecede, se desestima también este último motivo de impugnación.

QUINTO.- El rechazo de los tres motivos del recurso determina la desestimación en su integridad, imponiéndose a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Nicanor contra la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta, de fecha 18 de mayo de 2009, dictada en la causa seguida por los delitos continuados de falsedad y estafa, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso, solicítese acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

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

2010/31680

TS Sala 2ª, Sentencia 30 marzo 2010. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Calificación de homicidio en lugar de asesinato al no existir actuación sorpresiva

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular frente a sentencia que absolviendo al primer acusado del delito de denegación de auxilio y del de omisión del deber de perseguir el delito del art. 408 CP 95, condenó al segundo acusado como autor responsable de un delito de homicidio. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que no puede hablarse de existencia de delito de asesinato, pues en el relato de hechos se declara que la víctima, enarbolando un palo de hockey, se acercó al acusado, que estaba apoyado en la valla, para que saliese de la pista, llegando a alcanzarle con el citado bastón y a cogerle del cuello, ante lo cual, el procesado sacó una navaja y, con ánimo de acabar con su vida le asestó dos puñaladas que le causaron la muerte. No ha existido, pues, una actuación sorpresiva o traicionera, o de otro tipo similar, contra un adversario desprevenido, que pudiera suponer un aprovechamiento de su inicial indefensión. La agresión es mutua entre ambos, se inicia por el fallecido y se produce en el marco de un enfrentamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal de instancia condenó a uno de los acusados, Patricio, como autor de un delito de homicidio, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de diez años de prisión, y absolvió al otro acusado, José Miguel, de los delitos de denegación de auxilio del artículo 412.3 y de omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408, ambos del Código Penal. Contra la sentencia interpone recurso de casación la acusación particular, en nombre de la esposa del fallecido. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida inaplicación del artículo 412.3 del Código Penal, pues sostiene que el acusado José Miguel, Policía Local en segunda actividad, con funciones de vigilancia interna del edificio del Ayuntamiento, que se encontraba a escasos metros del lugar donde se produjo la agresión de varias personas al fallecido, a pesar de ser requerido para que interviniera para prestar auxilio al agredido,

se abstuvo de ello sin causa justificada.

1. El artículo 412.3 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviera de prestarlo.

La condición de autoridad o funcionario público debe venir relacionada con el auxilio requerido, pues éste ha de estar comprendido dentro de las obligaciones del cargo. De otro lado, el auxilio omitido debe ser el pertinente en atención a las obligaciones del sujeto activo en relación con la realidad que percibe, según un examen objetivo de la situación en la que la cuestión se plantea, y no necesariamente el concretamente requerido por el particular. Y, en tercer lugar, la responsabilidad no puede ser establecida más allá de las posibilidades reales de reacción del sujeto.

2. En el caso, ha de señalarse, en primer lugar, que el acusado no omitió cualquier auxilio, sino que, ante el requerimiento relacionado con su intervención respecto de una agresión que varios jóvenes desarrollaban contra Gabino, vigilante de la pista de hielo, procedió a llamar a la central de la Policía Local pidiendo que enviaran un dispositivo, reiterando la llamada poco después al ver a aquel herido, tendido en el suelo, personándose efectivamente una patrulla del Cuerpo Nacional de Policía y otra de la Policía Local poco después.

En segundo lugar, debe examinarse si, dadas las circunstancias, una vez requerido, el auxilio procedente era el prestado o si, por el contrario, dado su cargo y las características del suceso estaba obligado a otra clase de intervención.

Dada la vía de impugnación es necesario partir de los hechos probados, dejando a un lado el examen de los testimonios personales, y la posibilidad de alterar aquellos a través de una nueva valoración de éstos. Según el relato de hechos probados, los sucesos tienen lugar en tres fases. En un primer momento, tres o cuatro jóvenes, sobre las 7,00 horas del día 1 de enero de 2007, es decir, en la madrugada del día primero del año, pretendieron entrar en la pista de hielo; el vigilante, les llamó la atención y los ahuyentó para que se marchasen. En un segundo momento, poco después, volvieron con más gente, con la intención de dar un escarmiento molestando y golpeando al vigilante, que en la huida había llegado a golpear a uno de los primeros. En el transcurso de la contienda, los jóvenes estuvieron acosando e intentando dar patadas y puñetazos al vigilante, que logró hacerse con un palo de hockey y comenzó a agitarlo para defenderse y perseguir a los atacantes. Y en un tercer momento, el vigilante, enarbolando el palo se acercó

al procesado Patricio, que estaba apoyado en la valla y se aproximó a él para que saliera de la pista, alcanzándole con el palo y cogiéndole del cuello, momento en el que el procesado sacó una navaja y asestó al vigilante dos puñaladas que le causaron la muerte.

Resulta de interés añadir, a los efectos de la valoración de la situación que pudiera hacer el acusado cuando fue requerido, que la autopsia no ha revelado que el fallecido tuviera heridas distintas a las dos puñaladas, ni vestigios de los golpes, hematomas o erosiones que pudieran ser el resultado del maltrato recibido por los integrantes del grupo, lo que se recoge con valor fáctico en el FJ 2º, apartado A) de la sentencia impugnada.

3. En consecuencia, cuando el acusado fue requerido para intervenir, lo que pudo observar, pues eso es lo que ocurría, no era una paliza propinada por un grupo a una persona, como pretende el recurrente, sino que fue una alteración del orden causada por un grupo de jóvenes, en el curso de la cual intentaban golpear sin conseguirlo, al menos de forma contundente, al vigilante de la pista de hielo, que se defendía con un palo, sin que apareciera una situación de urgencia que impulsara una actuación personal e inmediata tendente a evitar un delito u otro mal, pues, en su inicio, se trataba simplemente de un altercado, sin que de la acción de los jóvenes se dedujera un propósito seriamente lesivo contra el vigilante, como lo acredita la ausencia de lesiones o marcas de golpes que resulta de la diligencia de autopsia, y sin que el vigilante estuviera durante todo el suceso en situación de inferioridad, como resulta del hecho de que es él quien, según el hecho probado, se dirige inicialmente a Patricio sin que en ese momento interfirieran otros jóvenes.

Hasta ese momento, por lo tanto, la reacción del acusado solicitando la intervención de una patrulla para resolver el incidente es la adecuada teniendo en cuenta especialmente el número de intervinientes y la gravedad de la situación.

Es con posterioridad a esa valoración cuando la situación evoluciona alcanzando mayor gravedad como consecuencia del enfrentamiento directo entre el vigilante Gabino y el procesado Patricio, pues de un enfrentamiento general caracterizado por una agresividad que, hasta entonces, no se había traducido en golpes de gravedad, se pasa a una pugna entre aquellos en el curso de la cual Gabino llega a golpear a Patricio con el palo y a agarrarlo del cuello, y éste finalmente le asesta dos navajazos que, finalmente, le causan la muerte.

Acción esta última difícilmente previsible si se valora lo hasta entonces sucedido, y que tiene lugar en

tan corto espacio de tiempo que hace imposible otra reacción de auxilio por parte del acusado.

En consecuencia, no se aprecia que el acusado se abstuviera de prestar el auxilio que demandaban las obligaciones de su cargo en relación con la gravedad de la situación, aunque ésta evolucionara de forma imprevisible hacia la causación de un resultado lamentable, gravísimo e irreversible.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la indebida aplicación del artículo 139.1 del Código Penal, pues entiende que debió apreciarse la concurrencia de la agravante de alevosía. Argumenta que “resulta que el acusado portaba una navaja, que observa cómo D. Gabino se aproxima después de haber sido golpeado por un grupo de personas y que en lugar de marcharse del lugar le espera le espera tranquila y confiadamente apoyado en una valla. Cuando está lo suficientemente cerca extrae dicha navaja y le asesta dos puñaladas mortales. Todo ello sin que el Sr. Gabino tuviera oportunidad alguna de defenderse...” (sic).

1. Dispone el artículo 22.1 del Código Penal que es circunstancia agravante “ejecutar el hecho con alevosía” y que hay alevosía “cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS núm. 1866/2002, de 7 noviembre).

De lo antes expuesto se desprende que la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una con-

ducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados; y que, subjetivamente, venga caracterizada por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, en cuanto tendentes a asegurar el resultado, impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor.

2. En el caso, el Tribunal de instancia no ha declarado probado lo que el recurrente recoge en el motivo. Por el contrario, en el relato de hechos se declara que Gabino, enarbolando el palo de hockey, se acercó al acusado Patricio, que estaba apoyado en la valla, para que saliese de la pista, llegando a alcanzarle con el citado bastón y a cogerle del cuello, ante lo cual, el procesado sacó una navaja y, con ánimo de acabar con su vida le asestó dos puñaladas que le causaron la muerte.

No ha existido, pues, una actuación sorpresiva o traicionera, o de otro tipo similar, contra un adversario desprevenido, que pudiera suponer un aprovechamiento de su inicial indefensión. La agresión es mutua; entre ambos se inicia por el fallecido; se produce en el marco de un enfrentamiento de éste con un grupo de jóvenes, y entre agredido y agresor se desarrolla estando armado uno de ellos con un palo de hockey y el otro con una navaja.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la indebida inaplicación de la agravante de abuso de superioridad.

1. La circunstancia de abuso de superioridad requiere para su apreciación en primer lugar de la existencia de una desproporción efectiva y real entre la parte agredida y la agresora que determine un desequilibrio a favor de esta última; en segundo lugar que ese desequilibrio se traduzca en una disminución de las posibilidades de defensa ante el ataque concreto que se ha sufrido; y en tercer lugar que el sujeto activo conozca y se aproveche de ese desequilibrio y de sus efectos para la ejecución del concreto hecho delictivo.

2. No es apreciable en el caso la agravación de abuso de superioridad. El fallecido estaba armado con un palo contundente, lo que le permitía una defensa eficaz, y además, según se argumenta en la sentencia, se trataba de una persona corpulenta. Ningún elemento, pues, revela una desproporción de fuerzas entre ambos contendientes que pueda ser relevan-

te a los efectos de establecer una situación de superioridad de la que luego se hubiera abusado.

El motivo se desestima.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación procesal de la acusación particular Evangelina, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, con fecha quince de junio de dos mil nueve, en causa seguida contra Patricio y José Miguel, por delito de homicidio, de denegación de auxilio y de omisión del deber de perseguir delitos.

Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarda.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Francisco Monterde Ferrer.

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



2010/71249

TS Sala 1ª, Sentencia 29 abril 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Sin que esté finalizada la construcción

Otorgamiento de escritura de división y constitución en régimen de propiedad horizontal

El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada que condenó a la entidad demandada a otorgar en favor de la actora escritura de división y constitución del régimen de propiedad horizontal, en el único sentido de que se elimina la dilación que impone el auto de aclaración de la sentencia en el otorgamiento de la citada escritura. El citado auto concreta que, hasta que no termine la construcción, no está obligada la demandada al otorgamiento de la escritura en favor de la actora, sociedad inmobiliaria constructora del edificio que adquirió de aquélla, mediante permuta, el derecho de vuelo sobre el solar a cambio de entregarle varios pisos, locales y plazas de aparcamiento tras la construcción del edificio. En cambio el TS declara que la escritura debe otorgarse de inmediato ya que nada impide que se haga aunque el edificio no esté terminado, tanto más cuando en el presente caso la división ya se preveía en la escritura de permuta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este proceso, complicado desde su origen y con múltiples cuestiones, llega a casación con una sola, referida al auto de aclaración puesto tras la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección catorce, de Barcelona, de 17 de noviembre de 2005, objeto del presente recurso.

Todo ello parte del contrato en escritura pública de 14 de enero de 1999 que, modificando uno anterior en documento privado, es calificado

por dicha sentencia y no discutido en la instancia ni en casación, como contrato de permuta del derecho de vuelo sobre el solar ocupado por un antiguo edificio que es derribado, propiedad de la entidad demandada y recurrida en casación IMMORVETLLAT, S.L. que transmite a la sociedad inmobiliaria, demandante en la instancia y recurrente en casación CAMIJA, S.L. que se obliga a entregarle, una vez finalizada la construcción, varios pisos, locales y plazas de aparcamiento, constituyéndose el régimen de propiedad horizontal.

Esta última sociedad interpuso demanda, con una serie de pedimentos principales y subsidiarios, ampliada y rectificada posteriormente, cuando la obra no estaba totalmente terminada (lo estaba en un 65-70%) y ya se había constituido un estado de propiedad horizontal aún no formalizado en escritura pública. En cuanto interesa en este momento y respecto al recurso de casación se pidió en dicha demanda que se declarara ejercitado el derecho de vuelo y existente un estado de propiedad horizontal.

Estos dos pedimentos son acogidos por la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, haciendo referencia al otorgamiento de la escritura pública de constitución del régimen de propiedad horizontal. A instancia de ambas partes, dictó auto de aclaración en el que concreta que IM-MOREVETLLAT, S.L. no está obligada a otorgar la escritura pública de división en régimen de propiedad horizontal sino hasta la terminación de la construcción.

El recurso de casación que ha formulado la sociedad inmobiliaria, constructora del edificio, demandante en la instancia CAMIJA, S.L. se refiere, en sus dos motivos, exclusivamente, a este extremo relativo al tiempo de otorgamiento de la escritura; mantiene en ambos que dicha escritura debe otorgarse en el acto, inmediatamente, sin tener que pechar con las consecuencias perjudiciales que le supone el no otorgamiento inmediato. La parte demandada, IM-MOREVETLLAT, S.L. en un escrito en que más que formalizar su oposición a los motivos de casación, como dice el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento civil, presenta alegaciones como si de una contestación se tratara, no se opone a otorgar la escritura, pero insiste en otorgarla cuanto finalice la construcción, conforme ha ordenado la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Aunque lo habitual es que el otorgamiento de escritura pública como título constitutivo de la propiedad horizontal se lleve a cabo cuando el edificio esté ya terminado, nada impide que se otorgue cuando no lo esté, tanto más cuanto en el presente caso ya se había constituido un estado de propiedad horizontal aún no declarada mediante la escritura de división en régimen de propiedad horizontal, pero ya se preveía en la escritura de permuta. Es lícita y permitida por la Ley Hipotecaria la constitución y subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad del régimen de propiedad horizontal de un edificio en construcción. Es la situación que se ha llamado de "pre-horizontalidad", como estadio preparatorio de la propiedad horizontal, que surgirá definitivamente cuando la construcción esté terminada.

De aquí que no sea aceptable el razonamiento que hace el auto de aclaración de la sentencia recurrida que dice que se declara la existencia del régimen de propiedad horizontal,

pero, añade literalmente:

"en el presente caso, dadas las circunstancias concurrentes, de alteración de cabida y falta de determinación de la correcta distribución y extensión de cada departamento integrante del edificio, y atendidas las posiciones de las partes al respecto, se concluye en la sentencia que se aclara, que el otorgamiento de la escritura pública habrá de efectuarse necesariamente una vez concluida la construcción. Ello para evitar nuevas rectificaciones de escritura e inscripciones correspondientes".

TERCERO.- Consecuencia de lo expuesto, es la estimación del motivo primero del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el análisis del segundo. Se ha formulado conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.2º de la Ley Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1279 y 1280.1º del Código civil.

Efectivamente, la pretensión de la parte actora de otorgamiento de escritura pública al amparo de dichas normas y de conformidad con la normativa de la propiedad horizontal no tiene razón de ser su dilación en el tiempo. La sentencia de instancia contempla la escritura pública de constitución del régimen de propiedad horizontal y en el auto de aclaración, en el texto transcrito, argumenta la dilación de su otorgamiento de forma no jurídica, sino simplemente razonable sin apoyo normativo alguno, contraviniendo aquellas normas que se alegan como infringidas en este motivo de casación. Lo mismo ocurre con la explicación que da en los fundamentos de derecho (el quinto) de la sentencia, que tampoco contiene ningún apoyo legal para la dilación del otorgamiento, olvidando la posibilidad, o por mejor decir la carencia de impedimento legal, de hacerlo cuanto existe, como declara la sentencia, un estado de propiedad horizontal aun no declarado mediante escritura pública, que ya se preveía en el contrato de permuta.

CUARTO.- Por ello, debe casarse la sentencia recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, asumiendo la instancia, declarar que la escritura de división y constitución del régimen de propiedad horizontal no debe dilatarse a la terminación de la construcción, sino se otorgará inmediatamente, sin dilación alguna.

No procede condena en las costas causadas por este recurso de casación, en aplicación del artículo 398.2 de la misma ley.

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

FALLO

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HA-

BER LUGAR AL RECURSO DE CASACION, interpuesto por la representación procesal de "CAMIJA, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 17 de noviembre de 2005, que SE CASA y ANULA.

Segundo.- En el único sentido de que se elimina la dilación del otorgamiento de la escritura que impone el auto de aclaración de 10 de enero de 2006 y se declara que debe otorgarse de inmediato. En todo lo demás, se mantienen los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Tercero.- No procede condena en las costas de este recurso.

Cuarto.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación corres-

pondiente, 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 Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- 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.



TSJ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/37630

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 18 febrero 2010. Ponente: D. José Antonio Montero Fernández.

En el contenido de las actas

Falta de identidad legalmente exigida

El TS acuerda desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra sentencia de lo contencioso del TSJ Cantabria. La Sala argumenta que concurre en el caso de autos, la necesaria identidad objetiva, pues los "hechos" que sirvieron de base al pronunciamiento desestimatorio de la sentencia recurrida, no son sustancialmente iguales a los hechos reflejados en el acta a las que se refiere la sentencia de este Tribunal aportada como contradictoria, y que sirvieron de presupuesto para su fallo. Añade igualmente, que el sujeto pasivo tuvo cumplido conocimiento de las operaciones practicadas por la Inspección durante el desarrollo de las actuaciones inspectoras y que el informe ampliatorio de la misma vino a complementar lo expresado en el acta. No puede, pues, la entidad recurrente, quejarse de indefensión alguna porque ha tenido, en todo momento, la posibilidad de hacer valer sus derechos con plenitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina exige un doble fundamento: la existencia de una contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia o las sentencias alegadas en contraste; e infracción del ordenamiento jurídico por la sentencia impugnada. Así resulta del art. 97.1 LJCA al establecer que se interpondrá mediante escrito razonado que deberá contener relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa la sentencia recurrida.

Debe tenerse en cuenta, además, que entre uno y otro fundamento ha de existir una necesaria relación, en-

tendiendo que la infracción legal imputada a la resolución impugnada ha de constituir el objeto de la contradicción denunciada. De ahí que la contradicción opere como requisito de admisibilidad del recurso y como elemento de su fundamentación.

Por consiguiente, la procedencia del recurso se condiciona, en primer lugar, a que respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos (art. 96.1 LJCA), por lo que debe producirse la contradicción entre sentencias determinadas en las que concurre la llamada triple identidad: subjetiva porque las sentencias que se oponen como contrarias afectan a

los mismos litigantes o a otros diferentes en idéntica situación; fáctica o relativa a los hechos fijados en la sentencia impugnada y la invocada como contraste; y jurídica referente a las pretensiones ejercitadas en uno y otro proceso, de manera que, dada su analogía, desde el punto de vista de la aplicación del ordenamiento jurídico, reclamen una solución de idéntico sentido.

En segundo lugar, es necesario que exista la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida y que tal infracción constituya el objeto de la contradicción entre sentencias. En virtud de ello, es preciso establecer cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto, porque en función de esta decisión se habrá de estimar o desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que no basta con apreciar la contradicción para llegar a dar lugar al recurso (STS 24 de octubre de 1996). Sólo cuando se concluya que el criterio acertado es el de la sentencia antecedente se dará lugar al recurso, no en cambio si la tesis correcta es la contenida en la sentencia que se impugna.

SEGUNDO.- En el presente recurso, la representación procesal de la recurrente formula tres reproches a la sentencia impugnada. En primer lugar, que contradice la doctrina establecida por la sentencia señalada de contraste en orden a la trascendencia de la falta de los elementos esenciales de las Actas de la Inspección; en segundo término, que es, asimismo, contraria al criterio establecido por las sentencias mencionadas sobre la imposibilidad de los hechos constatados de deducir que el contribuyente dedique más de 1.800 horas al año a la actividad; y en tercer y último lugar, por haber sido sustituido el Magistrado ponente sin haber dado noticia previa a la parte actora, con quebranto del principio de tutela judicial efectiva, al privarle de su derecho al ejercicio de la recusación.

TERCERO.- La representación procesal de la parte recurrente, a través de su cita de la sentencia de 27 de octubre de 2001 de esta Sala no hace sino poner de relieve una constante doctrina de este Alto Tribunal, conformadora de una reiterada jurisprudencia, según la cual las actas deben consignar los elementos esenciales a que se refieren los artículos 145 de la Ley General Tributaria y 49 del Reglamento General de Inspección de los Tributos. De manera que el sujeto pasivo debe conocer por medio del ejemplar del Acta, que le entregan los Inspectores Actuarios, y que opera como notificación, los hechos y motivos de la propuesta de liquidación, como exige el artículo 124, apartado 1. a) de la Ley General Tributaria, así como las circunstancias relativas a la regularización que los actuarios estimen procedentes de las situaciones tributarias.

Sin embargo, para decidir el presente recurso, debe tenerse presente el verdadero fundamento o "ratio decidendi" de la sentencia recurrida para determinar, en primer lugar, si contradice la doctrina de las precedentes sentencias que la recurrente señala como término de comparación, y, en segundo lugar, para decidir, eventualmente, si dicha contradicción supone realmente una vulneración del ordenamiento jurídico, en concreto de los preceptos que regulan las Actas de la Inspección Tributaria.

CUARTO.- El fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, que, junto a otros razonamiento generales, parece singularizar la decisión adoptada por El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el presente caso se expresa en los siguientes términos: "El Acta de la Inspección contiene todos los requisitos exigidos por el art. 145,1,b) de la Ley General Tributaria, ya que expresa, si bien sucintamente, todos los elementos esenciales del hecho imponible, con referencia al que resulta trascendente a los efectos que nos ocupan, esto es, que la propuesta de regularización en ella contenida se basa en la superación por parte del recurrente de cinco unidades de módulo en relación con el personal asalariado, por lo que resulta improcedente la estimación de la base imponible con arreglo al sistema de índices o módulos. Evidentemente en el Acta de la Inspección no tienen por qué constar la totalidad de los datos absolutamente concretos y puntuales que se contienen en el informe ampliatorio, que no suple los reflejados en el acta, sino que pura y simplemente les da reflejo numérico y fáctico y los puntualiza, en especial en cuanto al relevante dato al que anteriormente hemos hecho referencia, de conformidad con lo establecido en el art. 42.2.a) del Reglamento de la Inspección, que hace preceptiva la emisión de dichos informes por los actuarios para completar las actas de disconformidad o de prueba prescintida".

Sostiene la parte recurrente que el motivo alegado contra el acto administrativo recurrido en la instancia, a saber, el acta adolece de vicios y defectos que conllevan su ineludible nulidad.

Como se ha anticipado, la sociedad recurrente aporta, como término comparativo para sostener la contradicción de doctrina en el extremo relativo a la falta de los elementos esenciales del Acta, la sentencia de esta Sala y Sección de 27 de octubre de 2001.

Según la recurrente, en la sentencia traída por ella a los autos para establecer el término de comparación con respecto a la que aquí se impugna, la impugnación se fundamentaba en que el acta reunía todos los requisitos esenciales exigidos normativamente al especificarse los elementos

esenciales del hecho imponible así como en la suficiencia de los detalles sin que se pudiera exigir en un impreso normalizado mayor especificación. La doctrina sentada en ella consagra la insuficiencia del acta en que no se cumplen los requisitos legales y contradice la doctrina recogida en la sentencia recurrida.

Pues bien, como en otras ocasiones hemos tenido oportunidad de decir la utilización de este recurso de casación, por excepcional, conlleva como requisito ineludible, no centrar el discurso casi exclusivamente en la demostración de que la doctrina de la sentencia impugnada está en contradicción con las sentencias de contraste, debiendo, sino prestar atención a los requisitos de identidad sustancial entre hechos, fundamentos y pretensiones de una y otra sentencia. Precisamente porque esta modalidad de recurso de casación es un recurso contra sentencias no susceptibles de recurso de casación ordinario y cuya cuantía sea superior a tres millones de pesetas (art. 96.3), ha de ponerse también especial cuidado en razonar que esos presupuestos efectivamente se dan en el caso que se somete al Tribunal de casación.

Por eso, al conocer este tipo de recursos nuestra Sala tiene que empezar por determinar si existe igualdad sustancial entre los hechos, los fundamentos y las pretensiones (art. 96.1). Y es que en el recurso de casación para unificación de doctrina es tan importante razonar con precisión las identidades cuya concurrencia exigen los arts. 96.1 y 97.1 como la contradicción de doctrina.

En el caso que nos ocupa, aun admitiendo que el litigante en el recurso a que se refiere la sentencia impugnada y el litigante en los recursos a que se refiere la sentencia de este Tribunal Supremo apuntada de contraste se encuentran en idéntica situación, pues se les incoó un acta por la Inspección tributaria e impugnaron la misma en sede jurisdiccional, no concurre la necesaria identidad objetiva pues los "hechos" que sirvieron de base al pronunciamiento desestimatorio de la sentencia recurrida no son sustancialmente iguales a los hechos reflejados en el acta a las que se refiere la sentencia de este Tribunal Supremo aportada como contradictoria y que sirvieron de presupuesto para su fallo. Y así, la sentencia aquí recurrida dice que se reflejaron los elementos esenciales, en concreto incide sobre la superación por parte del recurrente de cinco unidades de módulo en relación con el personal asalariado; La lectura de la sentencia aportada de contraste permite comprobar que los presupuestos fácticos de los que parten son distintos, no pudiendo, por tanto, servir para fundamentar un recurso de casación para la unificación de doctrina al no darse todas las identidades determinantes de la contradicción alegada. Así, en la misma se centra el discurso en las singularidades del

Impuesto General sobre el Tráfico de Empresa, y considera insuficiente el contenido del acta porque en relación con dicho impuesto la simple mención de incorporar a los ingresos del establecimiento permanente un importe determinado, procedentes de prestaciones fuera de España era netamente insuficiente por imprecisa y genérica. En la sentencia impugnada, además, junto a los principios exigidos, se dice que el acta se complementa con el criterio relativo a la relevancia del informe de la Inspección emitido en debida forma como elemento con virtualidad suficiente para proporcionar el adecuado conocimiento. En la sentencia de contraste no existe remisión a diligencia susceptible de completar esa información, considerando insuficiente la remisión a otro acta levantada en el Impuesto sobre Sociedades. No existe, pues, la identidad legalmente exigida.

Pero con independencia de lo que antecede -que justifica por sí solo la desestimación del recurso-, se debe agregar que si lo que la recurrente reprocha a la sentencia recurrida es la falta de motivación del Acta, en cuanto determinante de la posible indefensión del sujeto pasivo, que es, en definitiva, el tema que subyace en las sentencias aportadas de contraste detrás de la exigencia de que las actas expresen los elementos esenciales de hecho imponible y de su atribución al sujeto pasivo, con indicación, por sucinta que pudiera resultar, del origen y causas productoras de la diferencia entre la base declarada por el contribuyente y la constatada por la Administración, habrá que recordar de nuevo que lo decisivo, a los efectos que nos ocupan, es que el sujeto pasivo tuvo cumplido conocimiento de las operaciones practicadas por la Inspección durante el desarrollo de las actuaciones inspectoras y que el Informe Ampliatorio de la Inspección vino a complementar lo expresado en el Acta. No puede, pues, la entidad recurrente quejarse de indefensión alguna porque ha tenido, en todo momento, la posibilidad de hacer valer sus derechos con plenitud.

QUINTO.- En el Fundamento Jurídico Sexto la sentencia impugnada justifica las razones por las que tiene por probado la corrección de la asignación de 1.800 horas anuales, valorando el material probatorio y señalando a quién correspondía la carga de la prueba de haberse dedicado a otra actividad o no llevar el sujeto pasivo la dirección de su empresa.

La sentencia de 27 de junio de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, respecto de la determinación de los módulos, lo que hace es atender a las distintas pruebas practicadas, y en concreto a la diligencia en la que se hace constar las manifestaciones del compareciente y en los justificantes examinados, para valorar el material fáctico aportado y concluir en la inexistencia de

prueba suficiente para la asignación de las horas que realiza la Administración Tributaria. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 16 de febrero de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que en la misma línea lo que hace es valorar el material fáctico existente para llegar a una conclusión, en este caso dando especial importancia a los efectos probatorios, al cartel anunciando los horarios del taller, que debía prevalecer sobre la mera presunción sin apoyo que la avale.

En definitiva, no nos hallamos ante un supuesto de contradicción de doctrina, sino ante una mera discrepancia de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo, razonablemente justificada, en atención a los distintos parámetros que utiliza en cada uno de los procesos, respecto de los antecedentes fácticos y material probatorio del que en cada caso se vale el Tribunal a quo para concluir como lo hace. Por consiguiente, no hay doctrina que unificar, ya que de la sentencia impugnada no resulta que el Tribunal desconozca la doctrina legal sobre la carga de la prueba, sino que tiene por probados unos hechos en atención a la valoración que hace del material probatorio.

SEXTO.- Se afirma por la parte actora que se ha vulnerado el art. 24 de la CE, en su vertiente del derecho al Juez predeterminado por la Ley, así como el art. 203 de la LOPJ, por transgresión de las normas y garantías procesales por la falta de notificación oportuna de cambio de ponente.

Al efecto señala dos sentencias del Tribunal Supremo. Pero es de hacer notar que la de 17 de octubre de 2000, se pronuncia en sentido contrario al preconizado como doctrina correcta por el recurrente, esto es declarando que el defecto o irregularidad procesal sólo alcanza relevancia constitucional cuando tiene incidencia material concreta que se proyecta en el derecho a un proceso con todas las garantías, y que, desde luego, no alcanza dicha relevancia cuando lo que se hace es limitarse a invocar una hipotética causa de recusación; que es el caso que se asemeja al que nos ocupa, en el que ahora en el propio recurso de forma poco convincente, alega la recurrente que el ponente designado dictó con anterioridad una sentencia en contra de los intereses del actor; lo cual evidentemente, carece de fuerza de convicción necesaria para dotar a la alegación de la relevancia constitucional a efectos de determinar la nulidad procesal. La sentencia de 20 de marzo, en cambio, si consideró relevante, en los términos vistos, dado la procedencia administrativa del Magistrado ponente y la incidencia que ese hecho pudiera tener respecto de la objetividad e imparcialidad del mismo. De lo que se deduce que la doctrina jurisprudencial resulta de todo punto nítida, y que el cambio de ponente sin previa notificación a las partes tendrá o no

virtualidad invalidante en función del caso concreto, como se ha indicado, sin que en el caso concreto que nos ocupa a la vista de la causa opuesta tenga relevancia alguna, puesto que debería haberse señalado, al menos, qué influencia tuvo o pudo tener para el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Con todo, ha de indicarse que no es posible olvidar la peculiar técnica de este recurso de casación para unificación de doctrina que exige, como se ha dicho, la contradicción de la sentencia recurrida con otra u otras sentencias precedentes. Pues bien, en este caso, la cuestión que ahora se nos somete no fue objeto de atención por la sentencia impugnada, cuestión sobre la que no ha habido pronunciamiento al respecto, no fue tratada, por lo que difícilmente cabe una contradicción en este caso concreto, haciendo poco menos que imposible el contraste que se exige entre las sentencias para decidir cuál es la doctrina correcta, que constituye la esencia y función del recurso de casación para unificación de doctrina.

SÉPTIMO.- Por cuanto queda expuesto el recurso de casación para la unificación de doctrina de que nos venimos ocupando debe ser rechazado. Y siendo esto así, sólo resta añadir que, en cuanto a las costas de este recurso, deben ser impuestas a la parte recurrente la totalidad de aquellas, y en uso de las facultades que nos otorga el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción, establecemos el máximo de la cuantía de la minuta del Abogado del Estado en la cantidad de 3.000 euros.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina formalizado contra la sentencia, de fecha 27 de junio de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, con imposición de costas a la parte recurrente con el límite señalado en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frias Ponce.- Ángel Agualló Avilés.- José Antonio Montero Fernández.

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

2010/53545

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 15 febrero 2010. Ponente: D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Mismo sujeto pasivo para sociedad dominante y sociedades dominadas

No ha lugar a la casación planteada contra la sentencia que estimó en parte el recurso interpuesto frente a la Resolución del TEAC, desestimatoria de la reclamación formulada contra la liquidación practicada por el concepto de Impuesto sobre Sociedades, declarando la Sala que a efectos tributarios la sociedad dominante y las dominadas integran un mismo sujeto pasivo, careciendo sus operaciones internas de relevancia tributaria, por lo que se debe de aplicar la consolidada jurisprudencia conforme a la cual, las pérdidas por amortización de acciones propias, no son deducibles a efectos de calcular la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Formulan Votos Particulares D. Oscar González y D. Joaquín Huelin Martín de Velasco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Inverama, S.A., cabeza del grupo consolidado núm. 17/81, combate en esta casación la sentencia pronunciada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 1374/01.

En la instancia, dicha compañía obtuvo una pírrica victoria, ya que los jueces a quo acogieron su tesis en relación con el cálculo de los intereses de demora, pero en el resto ratificaron la actuación administrativa impugnada. Esta actuación consistía en la liquidación del impuesto sobre sociedades de 1991 practicada por la Oficina Nacional de la Inspección en Barcelona el 27 de enero de 1998, después ratificada por el Tribunal Económico-Administrativo Central en resolución de 25 de septiembre de 2001.

El fondo del debate, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, consistió en determinar si la reducción de capital por amortización de acciones propias realizada por la sociedad dominante genera una disminución patrimonial con relevancia fiscal en las compañías nominadas. La Sala de instancia, en una trabajada sentencia, en la que se da respuesta a una alegación de indefensión por no contener el acta de disconformidad levantada las menciones legalmente exigidas (fundamento tercero), analiza aquella cues-

tión de fondo avalando el criterio de la Administración (fundamentos cuarto y quinto), si bien modificando los parámetros para el cómputo de los intereses de demora (fundamento sexto).

Inverama, S.A., se alza frente al anterior pronunciamiento aduciendo seis motivos. Tres de ellos, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998 (2º, 4º y 6º), imputan a la sentencia discutida ser incongruente, carecer de motivación y causar indefensión por resolver en base a argumentos distintos de esgrimidos por las partes. Los otros tres, anclados en la letra d) del mismo precepto, achacan a la Audiencia Nacional no haber apreciado de oficio la prescripción del derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria (1º), infringir los preceptos que diseñan el contenido indisponible de las actas de inspección (3º) y, en fin, realizar una interpretación indebida de las normas mercantiles que regulan los negocios de las sociedades sobre las propias acciones (6º).

SEGUNDO.- Razones de coherencia en el discurso de esta sentencia aconsejan iniciar el examen del recurso por el primer motivo, que también es el que abre las quejas de alcance sustantivo. Es así porque, de concluirse que la Sala de instancia debió apreciar de oficio la prescripción del derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria, holgaría el análisis de los demás, ya que las supuestas deficiencias formales de la sentencia o sus quebras interpretativas de fondo quedarían automáticamente neutralizadas por resultar forzada la eliminación de los actos administrativos impugnados, al carecer la Administración de potestad para adoptarlos debido a su extinción por prescripción.

Inverama, S.A., considera que la Audiencia Nacional ha infringido el artículo 67 de la Ley General Tributaria por no examinar aquella la prescripción. Vaya por delante que conforme a nuestra jurisprudencia (sentencias de 23 de julio de 2002 (casación 5808/97, FJ 3º), 18 de noviembre de 2002 (casación 5812/97, FJ 3º), 4 de marzo de 2003 (casación 2839/98, FJ 4º), 17 de marzo de 2008 (casación 5697/03, FJ 4º) y 7 de abril de 2008 (casación 7863/02, FJ 3º), entre otras), los órganos jurisdiccionales también están obligados a apreciar de oficio aquella prescripción, de modo que, de no hacerlo así, desconocen el mandato contenido en el citado precepto de la Ley General Tributaria, sin perjuicio de plantear la cuestión a las partes para dejar a salvo sus derechos de defensa y el principio de congruencia procesal (artículos 33.2 y 65.2 de la Ley de esta jurisdicción).

Este motivo del recurso nos obliga a indagar los hechos, pues si, en realidad, se ha producido una suspensión de las actuaciones inspectoras por plazo superior a seis meses habrá

que negar efectos interruptores de la prescripción a la iniciación de procedimientos de comprobación e inspección, debiendo en tal caso comprobarse si entre el día a quo y aquel en el que se notificó la liquidación a Inverama, S.A., transcurrió el plazo de cinco años establecido a la sazón para entender extinguida por prescripción la potestad administrativa para fijar la cuota tributaria.

En tal pesquisa se han de tomar en consideración las siguientes fechas, que nadie discute: el día inicial del cómputo hay que situarlo el 25 de julio de 1992 en que finalizó el periodo voluntario de presentación de las liquidaciones correspondientes al impuesto sobre sociedades de 1991 (artículo 289 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre (BOE de 21 de octubre)), mientras que la fecha final es el 2 de febrero de 1998, en que se notificó al representante del sujeto pasivo el acto de liquidación adoptado el 27 de enero anterior.

En principio, el plazo quedó interrumpido con el inicio de las actuaciones de comprobación y de inspección, salvo que hubiesen quedado detenidas de forma injustificada por plazo superior a seis meses y por causa no imputable al obligado tributario (artículo 31, apartados 3 y 4, del Reglamento General de la Inspección de los Tributos), en cuyo caso aquel efecto no se habría producido.

Pues bien, el acta de disconformidad se levantó y suscribió el 2 de julio de 1997, formulándose el informe ampliatorio por el inspector actuario en el día siguiente, adoptándose la liquidación el 27 de enero del año sucesivo, que fue notificada el 2 de febrero. Ahora bien, ha de tomarse en consideración que el 5 de agosto de 1997 Inverama, S.A., presentó alegaciones al acta de disconformidad y al informe ampliatorio, alegaciones que producen el efecto de cortar aquella detención (sentencias de esta Sala de 7 de noviembre de 2008 (casación 4528/04, FJ 4º), 21 de mayo de 2009 (casación 137/03, FJ 5º), 21 de mayo de 2009 (casación 1690/03, FJ 4º) y 27 de mayo de 2009 (casación 6437/04, FJ 5º)). En esta tesitura, resulta claro que las actuaciones no quedaron detenidas sin explicación alguna y por razones no achacables a la compañía actora durante más de seis meses, ya que entre esa última fecha y el 2 de febrero del año siguiente no corrió el indicado lapso temporal.

Así pues, debemos llegar a la conclusión de que desde el día inicial para el cómputo del repetido plazo (25 de julio de 1992) hasta aquel en que quedó interrumpido por el inicio de las actuaciones inspectoras (... comprobar esta fecha) no paso el tiempo requerido para entender producida la prescripción que Inverama, S.A., ahora pretende, por lo que al

no apreciarla la Audiencia Nacional no pudo infringir el artículo 67 de la Ley General Tributaria de 1963.

El primer motivo, pues, debe desestimarse.

TERCERO.- Procede, pues, que nos adentremos en el análisis de las cuestiones de índole formal, que arrancan con la queja que se contiene en el segundo motivo, en el que se imputa a la sentencia de instancia un doble defecto de incongruencia, por resolver sobre hechos distintos de los alegados y atendiendo a una cuestión no planteada ni solicitada por la recurrente. La primera denuncia se sustenta en la referencia que se contiene en el fundamento tercero a la “esposa del recurrente”, mientras que la segunda busca cobijo en la alusión que se hace en el fallo al planteamiento de una cuestión de ilegalidad, una vez firme la sentencia.

Realmente, Inverama, S.A., aprovecha determinados defectos de edición de la sentencia para obtener unas consecuencias que en modo alguno se derivan de su contenido. Con toda evidencia aquellas dos referencias pertenecen a otro contexto, debiendo seguramente achacarse su presencia en un entorno que les es ajeno a las indeseables consecuencias de un inadecuado tratamiento informático del texto judicial. Pero tan evidente como ello es, a juicio de esta Sala, que ninguna de esos dos yerros debe conducir al desenlace querido por la sociedad recurrente.

Tras reproducir in extenso en el fundamento tercero la sentencia dictada por esta Sala el 20 de julio de 1992 (apelación 3780/90), la Audiencia Nacional, en efecto, alude a la cuestión relativa “a las supuestas omisiones de las actas”, así como “a la falta de intervención de la esposa del recurrente en el procedimiento de inspección”, para negar que ambas circunstancias hayan causado indefensión “a la recurrente”, puesto que en la demanda argumentó sobre el fondo del asunto. En el siguiente párrafo expresa que, existiendo elementos para decidir la controversia, en virtud del principio de economía procesal y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, resulta más ventajoso analizar la cuestión discutida que anular los actos recurridos y retrotraer las actuaciones para desandar el camino a fin de repetirlo de nuevo. Termina este fundamento de la sentencia (el tercero) analizando los requerimientos que impone el artículo 145 de la Ley General Tributaria al acta de disconformidad, para concluir que contaba con las menciones precisas y reiterar, según se indicaba al iniciarse dicho fundamento, la falta de mención por Inverama, S.A. de algún precepto legal que hubiese resultado infringido.

La somera exposición que acabamos de realizar evidencia que no existe la incongruencia ultra petita (por haberse decidido sobre hechos

extraños a los alegados) denunciada en el segundo motivo de casación, que afectaría no tanto a una pretensión como a una línea de impugnación, puesto que los jueces a quo han dado respuesta a la queja contenida en el fundamento primero de la demanda sobre la falta de mención en el acta de disconformidad de los elementos esenciales del hecho imponible, por más que Inverama, S.A., discrepe de la misma y por más que en el texto se haya deslizado una expresión (“la esposa del recurrente”) ajena al debate litigioso. La supuesta confusión que tal “intrusión” puede haber causado en el discurso del pronunciamiento discutido no pertenece tanto al ámbito de la congruencia procesal como al de la motivación, cuestión que, en lo que se refiere a esta parte de la sentencia, Inverama, S.A., ni siquiera suscita habida cuenta de que parece claro que la Sala de instancia considera que el acta de disconformidad satisfizo los requerimientos formales, sin que se hubiere causado indefensión a la sociedad actora.

Y llegados a este punto hemos de precisar nosotros ahora, para dejar zanjada esta inútil discusión, que la sociedad recurrente centró su tesis sobre este particular en la, a su juicio, errónea calificación jurídica de los hechos realizada por la Administración en el acta de la inspección, de donde obtiene que dicho documento carecía de los elementos esenciales del hecho imponible (véase el fundamento primero de su demanda). Con tal planteamiento intenta trasladar al plano formal de las garantías del sujeto pasivo lo que no es sino la clave de bóveda de la cuestión de fondo: la naturaleza de la operación societaria litigiosa, que obtuvo la debida respuesta en los fundamentos cuarto y quinto de la sentencia de la Audiencia Nacional y sobre la que nos detendremos más adelante por constituir el guiño del quinto motivo de casación.

Ni qué decir tiene que la sedicente incongruencia extra petita por resolverse en el fallo una pretensión no articulada (se trata de la mención a una cuestión de ilegalidad) también está ausente, no sólo por lo indicado más arriba en relación con el otro desliz de redacción esgrimido por Inverama, S.A., sino porque la decisión de suscitar una cuestión de aquella naturaleza escapa al poder de disposición de las partes y del propio órgano judicial, forzado a remitirla cuando la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación del acto impugnado sea consecuencia de la nulidad de la disposición general que le da cobertura, para cuyo control jurisdiccional carezca de competencia (artículo 27.1 y 123 y siguientes de la Ley 29/1998). No hay, pues, posibilidad de que la decisión de plantear una cuestión de ilegalidad sea incongruente por desconocer los límites del debate y ninguna consecuencia se deriva para los derechos de la

compañía recurrente por esa indebida mención, bastando para restablecer la situación con tenerla por no puesta.

CUARTO.- El cuarto motivo del recurso de casación, que también pertenece al grupo de los que hemos denominado “formales”, considera infringido el artículo 61 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, pues, al entender de Inverama, S.A., para considerar que el valor de la adjudicación en pago de las acciones era ajeno al del mercado (argumentación nueva ausente en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central) debió la Audiencia Nacional acordar la práctica de diligencias finales de prueba, posibilitando a las partes aducir cuantas alegaciones y pruebas considerasen convenientes para defender el valor de mercado que, en su caso, hubiera debido aplicarse a la operación objeto de controversia.

Esta queja también está destinada al fracaso por irrelevante. Poco importa que la adjudicación de acciones en pago respondiera al valor real de las deudas entre las sociedades del grupo consolidado o que la operación se hiciera a espaldas del mercado, según se infiere del fundamento cuarto de la sentencia de instancia. Es así porque la ratio decidendi no se localiza en esa circunstancia, sino en la tesis de que la pérdida derivada de la amortización por la sociedad dominante de acciones propias en poder de las dominadas no genera una disminución patrimonial en estas últimas, cualquiera que sea el valor que se asigne a las mismas y a los distintos componentes de la operación.

Sentado lo anterior, se ha de indicar que las reflexiones que realiza la Sala de instancia sobre la realidad del negocio, sus distintas fases y el modo que en se practicó, incluidos los parámetros de valoración, no se producen en el vacío, sin sustento probatorio alguno, sino que, según se comprueba leyendo los párrafos cuarto y quinto del fundamento cuarto, se cimientan en datos obrantes en el expediente administrativo, más en particular en los precios de operaciones realizadas con terceros unos meses más tarde que la litigiosa. En estas circunstancias, la Sala de instancia podía sentar esas premisas fácticas sin necesidad de acudir al artículo 61 de la Ley de esta jurisdicción, por contar en las actuaciones con los elementos necesarios.

QUINTO.- La última de las quejas formales (sexto motivo), en la que Inverama, S.A., se lamenta de la falta de motivación de la sentencia que discute, participa, en realidad, de la misma sustancia que la anterior, que lindaba con la fijación de los hechos del litigio. Ocurre, sin embargo, que esta nueva denuncia va más allá y se introduce de lleno en el ámbito vedado de la valoración de la prueba. En ella, Inverama, S. A. niega le certeza

de las afirmaciones que se contienen en el párrafo cuarto del fundamento de la sentencia con el mismo ordinal, en las que se alude a la inexistencia de terceros en la operación litigiosa, definiéndola como meramente interna del grupo.

Al no ser veraces tales consideraciones, estima que la sentencia incurre en falta de motivación, siendo en su opinión otra la realidad del negocio llevado a cabo. Estima que la descripción que de la misma se hace en la sentencia contradice los hechos recogidos en el informe ampliatorio al acta de disconformidad. Añade que la falta de motivación vuelve a ponerse de manifiesto en el fundamento quinto, cuando en el segundo párrafo se insiste en que el conjunto de actos relativos a las acciones se ejecutaron "sin intervención ni voluntad de terceros ajenos al grupo".

Como se ve, bajo la cobertura de una deficiente motivación, Inverama, S.A., se limita a discrepar lisa y llanamente de los hechos descritos en la sentencia. Con tal planteamiento, su denuncia no puede prosperar.

Hemos de recordar que, desaparecido de nuestro sistema procesal el error en la valoración de la prueba como motivo autónomo de casación, la única vía transitable para que en esta sede se revise la realidad fijada en la sentencia recurrida es la de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, denunciando la infracción de preceptos que disciplinen la valoración de pruebas tasadas o que las inferencias obtenidas por los jueces a quo se muestran carentes de lógica o irrazonables, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9.3 de la Constitución.

Pueden consultarse sobre este particular las sentencias de 6 de octubre de 2008 (casación 6168/07, FJ 3º), 15 de diciembre de 2008 (casación 7434/04, FJ 1º), 26 de enero de 2009 (casación 2705/05, FJ 2º) y 23 de febrero de 2009 (casación 7840/04, FJ 2º). Pues bien, nada de ello ha realizado en este caso Inverama, S.A., limitándose a afirmar que los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional no son ciertos y obteniendo de tal aserto, sin más, la carencia de motivación de su pronunciamiento.

El sexto motivo de casación debe, por tanto, también ser desestimado.

SSEXTO.- Llegamos así a los dos motivos que nos quedan por analizar, ambos de fondo. El primero de ellos, colocado en tercer lugar en el escrito de interposición, denuncia la infracción del artículo 145 de la Ley General Tributaria de 1963 y del 49 del Reglamento de la Inspección de los Tributos, así como la de los artículos 17 del Real Decreto legislativo 2795/1980 y 40 del Reglamento de procedimiento de las reclamaciones

económico administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996.

Para sustentar esta queja, Inverama, S.A., explica que en la demanda solicitó la nulidad de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central y de la liquidación tributaria de la que trae causa debido a que el acta de disconformidad no contiene los elementos esenciales del hecho imponible, circunstancia que no sólo infringió el ordenamiento jurídico sino que también le produjo indefensión, mientras que la sentencia de instancia argumentó en este punto que la demandante no había citado precepto alguno que considerase infringido, afirmación que la compañía recurrente estima sorprendente dado el deber de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa de juzgar no sólo a través de los fundamentos aducidos por las partes sino por otros que estimen puedan ser tomados en consideración.

En cualquier caso, a su juicio resultaba evidente que se estaba alegando indefensión por no haberse respetado lo dispuesto en los artículos 145 de la Ley General Tributaria y 49 del Reglamento de la Inspección, situación que se vio agravada por no haber tenido en cuenta el Tribunal Económico-Administrativo Central esta alegación.

No alcanzamos a comprender el planteamiento de este motivo, que resulta absolutamente retórico, sofístico y ajeno al caso. En efecto, la sociedad recurrente se queja de algo que es una realidad: al aludir a la ausencia en el acta de disconformidad de los elementos esenciales del hecho imponible no invocó precepto legal o reglamentario alguno; basta para comprobarlo con leer la demanda. No sabemos por qué se lamenta de que en la sentencia se diga algo que es cierto. Pero es que, además, de esa constatación por la Audiencia Nacional no se colige la consecuencia que hace valer en este motivo, pues dicho órgano jurisdiccional aplicó e interpretó el artículo 145 de la Ley General Tributaria y respondió a la alegación de indefensión aducida por la empresa demandante. Para constatarlo puede leerse el fundamento tercero de la sentencia impugnada.

En esta tesitura, el tercer motivo de casación debe ser también rechazado, conclusión que nos abre las puertas del quinto, donde se suscita la cuestión nuclear del debate procesal.

SÉPTIMO.- Dicho motivo gira en torno a la interpretación de los artículos 74, 75, 76, 77 y 79 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y del 15 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978.

Para resolver el debate se ha de tener muy presente que nos encontra-

mos ante la tributación por el impuesto sobre sociedades de un grupo consolidado, que, como señaló el abogado del Estado en la contestación a la demanda, responde a la ficción de que las sociedades que lo integran, pese a tener personalidad jurídica propia y patrimonios separados, a los efectos del impuesto sobre sociedades no se consideran como entidades independientes que adoptan decisiones y obtienen resultados con consecuencias individuales.

Por el contrario, han de contemplarse como secciones o departamentos de una sola entidad (el sujeto pasivo del grupo consolidado) que adopta decisiones y obtiene resultados globales. Por esta razón, los beneficios de unas sociedades se compensan con las pérdidas de otras, eliminándose las consecuencias fiscales de las operaciones en el interior del grupo. Así se infería de la disciplina contenida en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprobaron las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas (BOE de 27 de diciembre), y se obtiene hoy con mayor claridad del capítulo VII del título VII del actualmente en vigor texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades, aprobado por Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo), que para determinar la base imponible del grupo elimina los resultados por operaciones internas, entendiéndose por tales las realizadas entre sociedades del grupo (artículo 72.1).

De la disciplina normativa sobre la tributación de los grupos consolidados se alcanza también que todas las operaciones intra-grupo carecen de relevancia tributaria hasta el momento en el que traspasan el umbral interno y se realizan frente a terceros (artículo 73.1).

Así pues, en un grupo consolidado las distintas sociedades que la integran se sitúan, en relación con el grupo (sujeto pasivo del tributo), en una posición semejante a la que los socios de una compañía anónima ocupan respecto de ella.

Por esta circunstancia, resulta pertinente la mención que la Sala de instancia hace al artículo 130.1.c) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre (BOE de 21 de octubre), conforme al que no se computan como disminuciones patrimoniales a los efectos del impuesto las cantidades retiradas por los socios o partícipes en concepto de reducción de capital, distribución de beneficios o reparto de patrimonio social, o como consecuencia del rescate de sus acciones por la propia sociedad. Este pasaje de la sentencia se explica por la consideración de la sociedad dominante y las dominadas como elementos de una misma "personalidad" a efectos tributarios (el Tribunal Económico-Administrativo

Central emplea el término "equiparación"), de modo que la adquisición de acciones propias, cualquiera que sea la sociedad que las posea, dada su naturaleza interna carece de repercusión fiscal y no puede considerarse como una disminución patrimonial en sede de las dominadas, salvo que la operación se realice frente a terceros. Con este alcance es como ha de interpretarse el pasaje de la sentencia que la compañía recurrente discute, por lo que no cabe entender que se haya producido una extensión del hecho imponible por vía analógica incompatible con el artículo 23.3 de la Ley General Tributaria.

Y ya situados en esta perspectiva, en la que a efectos tributarios la sociedad dominante y las dominadas integran un mismo sujeto pasivo, careciendo sus operaciones internas de relevancia tributaria, hemos de aplicar nuestra consolidada jurisprudencia conforme a la que las pérdidas por amortización de acciones propias no son deducibles a efectos de calcular la base imponible del impuesto sobre sociedades. Son representativas de esa línea doctrinal las sentencias de 4 de febrero de 2003 (casación 1096/98, FJ 4º), 4 de marzo de 2003 (casación 2657/98, FJ 4º), 31 de enero de 2007 (casación 2049/02, FF.JJ. 2º a 4º), 30 de noviembre de 2007 (casación 4273/02, FJ 3º), 12 de diciembre de 2007 (casación 3189/02, FJ 3º), 8 de julio de 2009 (casación 1624/03, FF.JJ. 2º a 4º), 10 de julio de 2009 (casación 6817/03, FF.JJ. 3º y 4º), 16 de julio de 2009 (casación 1623/03, FF.JJ. 3º y 4º) y 3 de diciembre de 2009 (casación 3566/04, FF.JJ. 3º y 4º). Esta jurisprudencia se sustenta en la idea de que si se adquieren o rescatan acciones para su posterior amortización, sólo existe en el conjunto de la operación (adquisición/amortización) una disminución del neto patrimonial equivalente al precio de compra, operación que al ser similar desde el punto de vista económico y financiero a la reducción de capital no debe considerarse en ningún caso como disminución a efectos de la renta fiscal.

Nos remitimos, pues, a esa jurisprudencia, conocida y consolidada, limitándonos a afirmar, en respuesta a los específicos argumentos del quinto motivo de casación que, como ya hemos indicado en la mencionada sentencia de 8 de julio de 2009 (FJ 4º), el artículo 130.1.c) del Reglamento del impuesto sobre sociedades no constituye un exceso reglamentario, pues tiene cobertura en el artículo 15.2, párrafo segundo, de la Ley 61/1978, que niega la existencia de pérdidas patrimoniales que tengan su origen en las cantidades retiradas por los socios.

Insiste Inverama, S.A., en la no equiparación en la legislación mercantil entre la adquisición de acciones propias y la de las emitidas por la sociedad dominante, ya que el artículo 79 del texto refundido de 1989

de la Ley de sociedades anónimas asimila esas operaciones a efectos de los derechos políticos de los socios y no a los económicos. Frente a este recurrente planteamiento, hemos de manifestar que, además de desconocer las reglas a las que hemos aludido sobre la irrelevancia tributaria de las operaciones intra-grupo, olvida que las disposiciones del aquel texto refundido se refiere a los aspectos sustantivos y no a los tributarios de la operación (sentencias, ya citadas, de 8 y 16 de julio de 2009, FF. JJ. 3º y 4º respectivamente).

OCTAVO.- De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, el recurso de casación debe desestimarse, procediendo, en aplicación del artículo 139.2 de la Ley reguladora de nuestra jurisdicción, imponer las costas a la parte recurrente, con el límite de

mil quinientos euros para los honorarios del abogado del Estado.

FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por Inverama, S.A., contra la sentencia dictada el 11 de marzo de 2004 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 1374/01, condenando en costas a la compañía recurrente con la limitación establecida en el fundamento de derecho octavo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Manuel Martín Timón.- Joaquín Huelin Martínez de Velasco.- Oscar González González.

dades de la empresa. Invoca infracción, además de los preceptos citados, de otros varios concordantes del Estatuto de los Trabajadores (entre ellos, el art. 53.1) y de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) (art. 122.2 LPL). Aporta como sentencia de contradicción una dictada por la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 9 enero 2006. La contradicción, como se comprobará luego, es clara: la calificación del acto extintivo en la sentencia recurrida es la de despido improcedente, mientras que en la citada sentencia de suplicación se decidió en un litigio sustancialmente igual que la calificación jurisdiccional ajustada a derecho era de despido nulo.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso de la actora viene a decir que, puesto que el acto de extinción del contrato se acogió a la facultad empresarial atribuida en el citado art. 56.2 ET de reconocer por anticipado la improcedencia del despido con ofrecimiento simultáneo de la indemnización correspondiente, procede en el caso el abono de los salarios del período de preaviso no disfrutado. Efectivamente, tal requisito de preaviso está establecido en el art. 53.1.c) ET; y el abono sustitutorio de los salarios que hubieran correspondido por no disfrute del mismo se ordena en el 53.4 ET, párrafo primero. Según la argumentación de la representación letrada de la trabajadora, la facultad empresarial de proceder al despido con aceptación de la indemnización de despido improcedente no excluye la aplicación en el supuesto litigioso de los preceptos anteriores. La sentencia aportada para el juicio de contradicción es de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y lleva fecha de 18 julio 2006.

Pero el planteamiento del motivo incurre en el error manifiesto de sostener que la sentencia recurrida ha negado el derecho a la compensación económica por falta de preaviso, cuando con toda evidencia no ha sido así. La empresa recurrente ha sido condenada por la sentencia de suplicación a tal abono como se dice expresamente en su parte dispositiva, que revoca la sentencia de instancia "en la sola cuestión de adicionar al fallo el derecho de la actora a percibir la indemnización legal por falta de preaviso correspondiente a treinta días de salario". A la vista de lo anterior el motivo carece por completo de viabilidad, al apoyarse sobre una base inexistente y contraria a datos históricos incontrovertibles relativos a la resolución contenida en la sentencia recurrida, por lo que sin más consideraciones debemos desestimarlo.

Nos ceñiremos por tanto, una vez constatada la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada para comparación, al tema planteado en el primero motivo del recurso. Pero con carácter previo,

por conveniencia de claridad en la exposición de nuestro razonamiento, resulta oportuno recordar el tenor literal de los preceptos legales implicados en la resolución del litigio; aconsejan hacerlo la movilidad, complejidad y oscuridad de la redacción de los mismos, derivada esta última en buena parte de las numerosas remisiones normativas que en ella se producen. También, para una cabal comprensión de los términos de la cuestión debatida y de la solución en derecho que la misma requiere, merecerá la pena resaltar en esta parte de nuestra sentencia, determinados hechos probados concurrentes en el litigio, que pueden ser de especial relevancia a la vista de la aplicación en casación unificadora de la referida normativa legal.

TERCERO.- La redacción de los preceptos legales implicados en la decisión del litigio ha cambiado más de una vez en las fechas de vigencia de la relación de trabajo de la actora. En todo caso, la redacción a tener en cuenta, de acuerdo con la regla de derecho intertemporal aplicable (Disposición Transitoria 7ª ET), es la vigente en la fecha de la extinción del contrato de trabajo. A ella nos atenemos.

El art. 53.1 ET incluye entre los "requisitos" que han de ser observados en la "extinción del contrato por causas objetivas" la "comunicación escrita al trabajador expresando la causa" (letra a)) y la "(c) oncesión de un plazo de preaviso de treinta días" (letra c)).

El propio art. 53 en su apartado 4 ordena la calificación judicial de nulidad del despido o extinción acordada "(c) uando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo", con la salvedad expresa del requisito de preaviso. Para este supuesto de incumplimiento del preaviso se prevé una consecuencia jurídica distinta, que es el abono sustitutorio de la retribución que hubiera correspondido a tal período: "(1) a no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período".

El art. 56.1.a) ET fija como indemnización básica del despido improcedente, por la que como alternativa a la readmisión pueden optar según casos empresario o trabajador, la de "cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio". El art. 56.2 ET atribuye al empresario en determinadas condiciones la facultad de ejercitar por anticipado tal opción por la extinción del contrato con ciertas ventajas o consecuencias favorables para sus intereses. Las condiciones exigidas al empleador en este precepto son las siguientes: 1) "reconocimiento de la improcedencia" del despido acordado en el tiempo oportuno que se indica, a sa-



2010/78866

TS Sala 4ª, Sentencia 30 marzo 2010. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

No es suficiente con una genérica

Nulo despido objetivo por falta de causa concreta

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la limpiadora demandante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre nulidad de la extinción de su contrato por causas objetivas.

Explica la Sala que la causa de despido invocada por la empresa demandada fue, sin más especificaciones, la reestructuración de la plantilla, acogiéndose a la facultad de reconocimiento de la improcedencia del mismo con ofrecimiento simultáneo de indemnización, pretendiendo las consecuencias sustantivas y procesales ordenadas en el art. 56.2 ET, si bien, a juicio del Tribunal, en el caso de la extinción por causas objetivas, a diferencia de lo que sucede con los despidos disciplinarios, el legislador ordena la calificación de nulidad tanto para el despido objetivo en el que no se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa, como para el despido colectivo en el que no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora demandante se refiere a la interpretación conjunta de preceptos legales relativos al llamado despido objetivo por necesidades de la empresa (en la terminología de la ley: "extinción del contrato" "por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"). Se trata principalmente de determinar el alcance de las formalidades de esta modalidad de extinción del contrato de trabajo en relación con la vía especial de despido regu-

lada en el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

El primero de los dos motivos del recurso pretende, en contra de lo resuelto en la sentencia recurrida donde se ha calificado el cese de la trabajadora como improcedente, que el acto de despido por el que se ha extinguido su contrato de trabajo, acogido a la fórmula del citado art. 56.2 ET, sea declarado nulo en aplicación de lo dispuesto en el art. 53.4 ET. Tal declaración se impone, según el argumento de la trabajadora, cuando "el empresario no cumpliera los requisitos establecidos" para la extinción o despido objetivo por necesi-

ber, “desde la fecha del despido hasta la de la conciliación”; 2) ofrecimiento simultáneo al trabajador despedido de “la indemnización prevista” en el art. 56.1.a) ET que se acaba de mencionar de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio; y 3) “depósito de la cantidad anterior en el Juzgado de lo Social “a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste”.

A su vez, de acuerdo con el propio art. 56.2 ET, las ventajas que derivan del ejercicio de la facultad empresarial de anticipar la opción por la indemnización son las siguientes: 1) “el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido”, en concordancia por cierto con lo dispuesto de manera genérica en art. 55.7 ET; 2) la consignación judicial o puesta a disposición del trabajador despedido de “la indemnización prevista” en el art. 56.1.a) ET excluye o paraliza (según el momento en que haya tenido lugar) el devengo de la indemnización complementaria de despido, correspondiente a los salarios de tramitación o “salarios dejados de percibir”, que es la indemnización complementaria por despido establecida en el art. 56.1.b) ET; y 3) la aceptación por parte del trabajador de la indemnización básica de despido ofrecida típica un contrato de transacción en el marco de la relación individual de trabajo, de cuya licitud no cabe dudar en principio a la vista del tenor del precepto, transacción destinada bien a prevenir bien a poner fin a un posible litigio entre las partes de un contrato de trabajo extinguido por decisión del empresario (STS 18 diciembre 2009, ruid 71/2009, sala general).

La reseña de los preceptos legales directamente implicados en la solución del caso debe tener en cuenta además la remisión efectuada en el art. 53.5 ET, que es la que conecta la regulación de la extinción del contrato de trabajo por causas empresariales con el régimen indemnizatorio del despido improcedente establecido en el art. 56 ET. Dice así el art. 53.5 ET en la parte que nos interesa en este pleito: “La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario”; el precepto incluye a continuación determinadas salvedades que no afectan a nuestro caso.

CUARTO.- Son hechos del concreto supuesto litigioso a resolver, reflejados en el relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, los siguientes: a) el despido o decisión de extinción del contrato de la demandante se produjo el 21 de enero de 2008; b) el cese en el trabajo fue inmediato (“con efectos al mismo día” dice el hecho probado 4º), sin observancia de período de preaviso exigido en el art. 53.1.c) ET; c) la causa invocada por la empresa ha sido, sin más especificaciones, la “reestructuración de la planta-

lla”; d) la empresa se acogió en el propio acuerdo de extinción a la facultad de “reconocimiento de la improcedencia “del mismo con ofrecimiento simultáneo de indemnización, pretendiendo las consecuencias sustantivas y procesales ordenadas en el art. 56.2 ET; y e) el acogimiento expreso a tal facultad empresarial fue acompañado de la consignación judicial de una determinada cantidad en concepto de la “indemnización prevista” en el art. 56.1.a) ET.

Partiendo de estos hechos, que como ya se ha dicho coinciden sustancialmente en lo que concierne a los requisitos del acto de extinción acordado por el empresario con los de la sentencia recurrida, la argumentación del recurso de la trabajadora consiste en afirmar que el empresario no ha cumplido en el caso el requisito de expresar en la carta de despido la “causa” del mismo, carencia de la que deduce el incumplimiento del mandato del art. 53.4 ET, y la consiguiente calificación de su despido como nulo en lugar de improcedente.

A esto ha contestado en suplicación la sentencia recurrida que sí ha habido indicación de la causa de despido puesto que en la comunicación escrita del mismo se invocaba expresamente la “reestructuración de la plantilla” de la empresa. En el caso de la sentencia de contraste se llegó en cambio a la conclusión contraria, es decir a la calificación de nulidad del despido, en un litigio en que se había señalado como causa de la decisión extintiva la “reestructuración” del “departamento al que Vd. (la trabajadora despedida) pertenece”.

Lo que se cuestiona en el caso es, en definitiva, si una escueta referencia al tipo de causa de despido objetivo por necesidades de la empresa integra el requisito del art. 53.1.a) ET o si, por el contrario, la exigencia de expresión de causa va más allá, exigiendo una mención no ya del tipo de causa que se invoca sino de los hechos que la actualizan en el caso concreto del despido enjuiciado.

QUINTO.- La solución del caso con arreglo a derecho es, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la contenida en la sentencia de contraste, por lo que el recurso en este primer motivo debe ser estimado.

El significado de la palabra “causa” en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisa-

mente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET (al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52 c) ET sobre el despido objetivo) las “causas motivadoras” (art. 51.3 ET, art. 51.4 ET art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota. Así lo entendió tradicionalmente la jurisprudencia sobre causas de despido disciplinario (STS 3-11-1982; STS 10-3-1987, Rº 1100/1986), y así lo ha entendido en general la doctrina científica en lo que concierne al despido objetivo por necesidades de la empresa.

El razonamiento anterior no queda invalidado, como propone la sentencia recurrida, por una supuesta virtualidad general de la vía de despido del art. 56.2 ET. Este cauce especial está previsto en principio para el despido disciplinario y se extendería por remisión (aunque en el presente caso no es imprescindible pronunciarse sobre ello) a las extinciones del contrato por causas objetivas reguladas en el art. 52 ET. Pero en lo que concierne particularmente a las extinciones objetivas por causas empresariales del art. 52.c) ET la remisión no debe alcanzar a la supresión del requisito de forma escrita “expresando la causa”. A diferencia de lo que sucede con los despidos disciplinarios, en los que la omisión de las formalidades de la carta de despido determina la calificación de improcedencia y no de nulidad (art. 55.4 ET), el legislador ordena la calificación de nulidad tanto para el despido objetivo en el que “no se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa” (art. 122.2.a) LPL, que reitera lo dispuesto en el repetidamente citado art. 53.4 ET) como para el despido colectivo en el que “no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa” (art. 124 LPL).

SEXTO.- La sentencia estimatoria de unificación de doctrina debe resolver el debate de suplicación con arreglo a la doctrina unificada. Ello comporta en el caso la estimación del recurso de la trabajadora en el punto controvertido de la calificación judicial del despido, declarando que la que corresponde es la de despido nulo, con las consecuencias inherentes establecidas en el art. 55.6 ET de la “readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Consuelo, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 9 de febrero de 2009, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 18 de abril de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en autos seguidos a instancia de dicha recurrente, contra PROYECTOS INTEGRALES DE LIMPIEZA, S.A. (PILSA), LIMASA MEDITERRANEA, S.A. y FOGASA, sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por la trabajadora en el punto de la calificación judicial del despido, declarando que la que corresponde es la de despido nulo, con las consecuencias legales inherentes de la readmisión inmediata del trabajador, y del abono de los salarios dejados de percibir.

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

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

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

2010/78867

TS Sala 4ª, Sentencia 30 marzo 2010. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

No es ampliación de la primera Segunda carta comunicada durante la tramitación de un primer despido

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil demandada frente a sentencia que no consideró la segunda carta de despido ni como subsanación ni como ampliación de la primera.

En efecto, dice la Sala, no se cumplen los requisitos del trámite excepcional de subsanación a que se refiere el art. 55,2 ET. Tampoco

se admite la ampliación pues en rigor no cabe integrar dos cartas de despido de distintas fechas en una sola, habida cuenta de que la declaración de voluntad que contiene la primera ha producido ya sus consecuencias legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta por esta Sala del Tribunal Supremo, versa sobre la eficacia de una segunda comunicación o carta de despido en la que imputan nuevos incumplimientos de obligaciones laborales, sobre la situación jurídica de un trabajador que fue despedido previamente por causa disciplinaria distinta. En el caso, la primera carta de despido fue cursada el 20 de junio de 2008; y en ella se afirmaban comportamientos que a juicio de la empresa incurían en indisciplina o desobediencia en el trabajo.

La segunda carta de despido, entregada en el acto de intento conciliatorio, lleva fecha de 16 de julio de 2008; y en ella se acusan conductas relativas al uso del ordenador de trabajo constitutivas, según la empresa, de transgresión de la buena fe contractual.

Tales conductas imputadas en la segunda carta fueron averiguadas a raíz de la terminación de la prestación de servicios consecuente al primer acto de despido.

Interesa precisar que nos encontramos ahora en el proceso de casación unificadora iniciado frente a la sentencia de suplicación dictada en dicho pleito por el primer despido. Tanto en los grados jurisdiccionales anteriores de la instancia y la suplicación como en este proceso impugnatorio la representación letrada de la empresa ha pretendido y pretende el enjuiciamiento conjunto de todas las causas de despido invocadas en las dos cartas de despido remitidas al trabajador.

A tal efecto, la entidad empleadora ha planteado la segunda carta o comunicación de despido como mera "ampliación" de la primera, y no como un acto de despido diferenciado del precedente.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida ha confirmado en su integridad la sentencia de instancia, que había estimado la demanda de despido improcedente dictada por el Juzgado de lo Social, si bien ha modificado la narración fáctica de la sentencia para considerar probada la circunstancia

de que el trabajador despedido prestaba servicios a otra empresa desde el 9 de julio de 2008.

En el punto controvertido concierne a la eficacia de la segunda carta de despido, el razonamiento de la Sala de suplicación se puede resumir en dos pasajes que interesa reproducir a continuación.

En el primero excluye la consideración de la segunda carta de despido como ejercicio de la facultad empresarial de subsanar la primera al amparo del artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET): "actuada la facultad disciplinaria, la misma se agota y consume, salvo que el empresario acuda al expediente que posibilita el art. 55.2 ET, cuando no haya cumplido los requisitos del despido, pero con unas cargas y obligaciones... y en un plazo establecido" que "sigue la propia sentencia de suplicación recurrida- no se han observado en el caso.

En un segundo pasaje la propia sentencia de suplicación afirma que "esa carta que se entregó al trabajador en el acto de la conciliación administrativa previa carece de relevancia y eficacia en este proceso de despido", sin perjuicio del efecto "cautelar o preventivo" de la misma respecto de una eventual "readmisión" derivada del proceso de despido anterior o de la interrupción de la prescripción de los hechos imputados.

La sentencia de contraste razona y resuelve de distinta manera en un supuesto litigioso sustancialmente idéntico en el que a una trabajadora despedida se le imputaron determinados incumplimientos en una primera carta, a los que se añadieron otros en una segunda carta o comunicación de despido, entregada al cabo de un mes. La sentencia decidió valorar conjuntamente todas las faltas laborales contenidas en ambas comunicaciones.

Concorre por tanto la contradicción de sentencias que en este recurso extraordinario abre la puerta al fondo del asunto.

TERCERO.- Como recuerda el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido una doctrina sobre el "despido "cautelar" o "despido dentro del despido" que ha sido recordada en una sentencia del año pasado: STS 16-1-2009 (rcud 88/2008), cuya fundamentación conviene resumir.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre el despido cautelar expuesta en la sentencia citada:

1) "El despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción" (STS, pleno, 31-1-2007 rcud 3797/2005 y 12-2-2007 rcud 99/2006).

2) No obstante, se admite "la posibilidad de un segundo despido durante la tramitación de la impugnación de otro anterior... a partir de la consideración de la falta de firmeza de éste" (sentencias de casación ordinaria de 6 de octubre de 1984 y 8 de abril de 1986), sin perjuicio "del efecto extintivo del acto empresarial de despido al margen de su impugnación" (STS 8-4-1988, STS 7-12-1990, STS 20-6-2000 rcud 3407/1999, STS 15-11-2002 rcud 1252/2002).

3) En estos casos de lo que coloquialmente se llama "despido dentro del despido", ha de entenderse que "el segundo despido no constituye por sí mismo un reconocimiento o aceptación de la vigencia de la relación que extinguió el primer despido", sino que se configura como una medida preventiva para el supuesto de que la primera decisión extintiva no gane firmeza" (STS 4-2-1991).

4) "Si con posterioridad la primera decisión extintiva gana firmeza el segundo despido pierde incluso esa eficacia puramente cautelar y no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya lo está de manera firme... pero de no ser así el segundo despido puede desplegar una eficacia propia, sin perjuicio de lo que resulte de su impugnación" (STS 16-1-2009 rcud 88/2008).

A la vista de la doctrina anterior, que mantenemos y hacemos nuestra en la sentencia que dictamos ahora, el recurso debe ser desestimado.

La desestimación del recurso de la empresa que contiene la sentencia recurrida no supone, como se cuida de advertir la Sala de suplicación, la privación de toda eficacia al segundo despido acordado en el caso.

Expresamente se habla en ella del efecto "preventivo" o "cautelar" que puede derivarse de la segunda comunicación de despido enjuiciada.

Lo que con razón viene a decir la resolución impugnada es que no cabe considerar la segunda carta de despido ni como subsanación de la primera al amparo del art. 55.2 ET, porque no cumple los requisitos de

este trámite excepcional, ni como supuesta "ampliación" de la primera que pretende formar cuerpo con ella.

En efecto, esta hipótesis de ampliación de una primera carta de despido no es admisible en buena lógica, porque no cabe en rigor integrar dos cartas de despido de distintas fechas en una sola, habida cuenta de que la declaración de voluntad que contiene la primera ha producido ya sus consecuencias legales.

Distinto es el caso, admitido por la jurisprudencia en una sentencia reciente (STS 27-2-2009, rcud 1715/2008), de la inclusión en una única carta, junto a los hechos originarios del despido disciplinario, de otros hechos sancionables acaecidos en el momento en que se pretendió sin éxito la entrega de la carta que contenía el primer motivo.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad mercantil AUSA Trading, S.A., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 26 de mayo de 2009, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria-Gasteiz, en autos seguidos a instancia de D. Felicísimo, contra dicho recurrente, sobre despido. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir al que la Sala dará el destino legal. Condenamos a la parte recurrente al abono de los honorarios de Letrado de la parte recurrida.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martín Valverde.- Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Jordi Agustí Julia.- José Luis Gilolmo López.

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

RESEÑA

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



TS CIVIL

2010/62023

TS Sala 1ª, Sentencia 8 abril 2010.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Nulidad de actuaciones al aplicar la interrupción de la prescripción civil a contrato mercantil de adjudicación de viviendas

El TS declara haber lugar al rec. de casación ordenando reponer las actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia en segunda instancia con el fin de que la AP, sin apreciar la excepción de prescripción, dicte nueva sentencia resolviendo el rec. de apelación interpuesto, en el que se discute sobre la procedencia o no del pago de las cantidades reclamadas por la actora, a quien la demandada había adjudicado la ejecución de dos núcleos de viviendas de protección oficial, por las modificaciones en los proyectos originales y por los trabajos extraordinarios y complementarios que fue necesario realizar. Declara el TS que la jurisprudencia ha considerado que la regulación sobre interrupción extrajudicial de la prescripción contenida en el CC es también aplicable a los contratos mercantiles por lo que, habiendo quedado acreditada en este caso una reclamación de la demandante de carácter extrajudicial anterior al transcurso de los quince años antes de la presentación de la demanda desde el momento de la recepción de las obras, debe considerarse interrumpida la prescripción.

2010/71255

TS Sala 1ª, Sentencia 30 abril 2010.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Derecho a pedir indemnización por incumplimiento de precontrato de opción de finca ya vendida a tercero

El TS declara no haber lugar al recurso por infracción procesal y haber lugar al rec. de casación, revocando la sentencia impugnada y, en su lugar, con parcial estimación de la demanda, declara ejercitado dentro de plazo el derecho de opción de compra de la finca concedido por los demandados a la entidad actora -

declarado dentro de plazo ante notario el ejercicio del mismo y notificado a los concedentes, por mas que éstos tuvieran conocimiento más tarde-; si bien no procede decretar la nulidad de la venta de la finca de los demandados a un tercero, ya que éste no actuó de mala fe e inscribió su título en el registro de la propiedad por lo que se encuentra protegido por la fe pública registral. Declara la Sala que la consecuencia de dicho incumplimiento del precontrato de opción por parte de los demandados es que la actora puede reclamar la pertinente indemnización de daños y perjuicios, sin que sea posible determinarla en el presente proceso por falta de prueba de su cuantía.



TS PENAL

2010/26461

TS Sala 2ª, Sentencia 26 febrero 2010.
Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Delito de quebrantamiento de condena: ha de ser considerado simple y no continuado

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito continuado de quebrantamiento de condena y otro de lesiones. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece que el delito de quebrantamiento de condena ha de ser considerado simple y no continuado, pues la continuidad delictiva no aparece suficientemente justificada en la resolución recurrida, y no ha existido más que un solo encuentro, en donde el acusado ha incumplido la orden judicial, sin que pueda predicarse de tal incumplimiento el hecho de acompañarla al hospital para la curación de sus heridas.

2010/31658

TS Sala 2ª, Sentencia 15 marzo 2010.
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Absolución de los delitos de falsificación de tarjetas de crédito y continuado de estafa por falta de prueba

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la

Sala acoge el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de falsificación de tarjetas de crédito y continuado de estafa. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de los expresados delitos, ya que se pone de relieve que a este acusado no se le ocuparon las tarjetas, que no usó en ningún caso, ni firmó tickets de compra, ni realizó, ni intervino de manera relevante en operación alguna, pues en todos los casos tal protagonismo correspondió al otro, y no hay nada que acredite su implicación.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/71342

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 21 abril 2010.
Ponente: D. Ramón Trillo Torres

Derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo

Se acoge el rec. de casación formulado contra la sentencia dictada en el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, que se casa y anula por ser contraria a derecho ya que existen reiterados y constantes pronunciamientos de la jurisprudencia negando que los padres sean titulares de un específico derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo sin perjuicio de advertir que ello no autoriza a la Administración educativa ni a los centros docentes ni a los concretos profesores a imponer o inculcar ni siquiera de manera indirecta puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.

2010/71346

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 13 mayo 2010.
Ponente: D. Juan José González Rivas

Apreciación ilógica de la prueba practicada

Se estima el rec. de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ dic-

tada en el rec. contencioso-administrativo promovido contra la resolución del Tribunal calificador de las pruebas selectivas de acceso al cuerpo de mozos de escuadra, por la que se dejaba sin efecto el nombramiento del actor de mozo en período de prácticas, casándose y anulándose la sentencia recurrida al haber realizado una apreciación ilógica de la prueba practicada en las actuaciones, así como no observar la jurisprudencia sentada sobre el control de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores, determinando la quiebra del principio de igualdad del recurrente en relación con otros opositores que contando con un informe idéntico del evaluador principal del período de prácticas, fueron sin embargo declarados aptos.



TS SOCIAL

2010/45337

TS Sala 4ª, Sentencia 30 marzo 2010.
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

Apreciación de cosa juzgada en proceso sobre impugnación de convenio

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que estimó la excepción de cosa juzgada en proceso sobre impugnación de convenio. Señala la Sala que el precepto impugnado, regulador del precio de las horas extraordinarias, es transposición literal del que figuraba en el anterior convenio de empresa, y cuya legalidad se impugnó en proceso que finalizó con sentencia desestimatoria.

2010/78868

TS Sala 4ª, Sentencia 2 abril 2010.
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Concesión de prótesis ortopédica al existir accidente laboral

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la mutua demandada contra sentencia que declaró el derecho del trabajador del mar accionante a prótesis de miembro superior.

Explica la Sala que si bien la prótesis mioeléctrica que el demandante solicita sólo está expresamente prevista en el RD 1030/2006 de 15 septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, para los casos de amputación bilateral de los dos miembros superiores, lo cierto es que, tratándose de un accidente de trabajo, dicho reglamento no resulta de aplicación directa y automática, porque, salvo norma específica en sentido contrario, en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño y asistencia sanitaria.