



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 2869

Madrid, martes 14 de septiembre de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/92278

TS Sala 3ª, Sección 3, Sentencia 19 mayo 2010. Ponente: D. Eduardo Espín Templado

Compatibilidad entre marcas por suficiente diferenciación fonética, conceptual y gráfica

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid y en su lugar dicta otra por la que desestima el recurso interpuesto contra las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas por la concesión de la marca denominativa "Maxi Día%", para servicios de la clase 38. La Sala estima el recurso al considerar que la motivación de la sentencia impugnada es contradictoria y manifiestamente insuficiente respecto al concreto caso enjuiciado, y se declara la compatibilidad de la marca "Maxi Día%" con los signos prioritarios registrados por "Eroski, Sociedad Cooperativa" que esta sociedad opuso frente a la inscripción de aquella en diversas clases del Nomenclátor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación. Eroski S. Coop. recurre en casación contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la fecha del 18 de diciembre de 2.008, que desestimó su recurso contencioso administrativo entablado contra la concesión de la marca denominativa núm. 2.582.644 "Maxi día%", para servicios de la clase 38. La sociedad actora se oponía al registro de dicha marca en defensa de varias marcas prioritarias de su titularidad "E Eroski maxi" en la misma y otras clases del nomenclátor internacional.

La Sentencia impugnada funda el fallo desestimatorio con las siguientes consideraciones jurídicas:

"Tercero.- A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento de derecho anterior entendemos que es correcta la concesión de la marca MAXI día% al entender que

no existe una semejanza entre las marcas enfrentadas, siendo ambas denominaciones suficientemente distintas como para producir riesgo de confusión entre los consumidores. Tal como establecía el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de octubre de 2.004 (R 2004/5702), aplicable al presente caso "El artículo 12 de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre, exige, para que se produzca la prohibición general de acceso al Registro de una marca, la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) Que exista identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca o nombre comercial anteriormente solicitado o registrado.

b) Que tenga por finalidad designar productos o servicios idénticos o similares a los que ampara la marca precedente, o guarden relación con la actividad amparada por el nombre comercial ya registrado o solicitado. En estas prohibiciones generales, a diferencia de lo que ocurre en casos especiales (marca renombrada), basta que no se dé una de estas circuns-

tancias para que desaparezca la prohibición, y deba permitirse el acceso al Registro de la marca solicitada. Esto quiere decir, en primer lugar, que, aunque se produzca la similitud de los signos, no habrá prohibición si los productos, servicios y actividades designados son diferentes, y, en segundo término, que aunque los productos, servicios y actividades sean iguales, tampoco operará la prohibición si no existe similitud en los signos. Por tanto, el objeto del derecho sobre la marca es un signo puesto en relación con una clase de productos o servicios (regla de la especialidad de la marca). Como señala la doctrina, esta asociación de signo y producto se transforma de esta forma en una verdadera marca cuando la contemplación del signo produce en la mente de los consumidores las representaciones en torno al origen empresarial, calidad y, en su caso, buena fama de los productos (goodwill).

Al juzgador de instancia le corresponde valorar el grado de semejanza que se produce entre los diferentes signos, así como si los productos o servicios son similares o están relacionados. En esta labor aplica, al caso concreto, criterios de experiencia que le permitirán apreciar si se puede producir en el consumidor el error de que está adquiriendo algo que no está amparado por la marca que desea, o asociado con ella.

A diferencia de la identidad, que es apreciable a simple vista, los conceptos de semejanza, similitud o relación son indeterminados, y requieren en el juzgador una actividad dirigida a dar claridad al ámbito de incertidumbre del concepto. Se trata de una operación que ha de ejecutar en cada caso concreto, pues difícilmente encontrará precedentes que se ajusten al que tiene entre sus manos, dada la variadísima gama de términos, imágenes y signos que puede concebir el ingenio humano, y de actividades, servicios y productos que existen en el comercio de los hombres. De aquí, que las citas jurisprudenciales que se hacen en los escritos de estos recursos tengan un valor relativo, pues sin perjuicio de admitir su trascendencia en orden a fijar los criterios generales a que debe someterse la valoración de los conceptos de semejanza que usa la Ley, sin embargo, en relación con

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Condenado por apropiación indebida pese a absolución previa 4

TS

CIVIL

Condena al abono de cantidad inferior a la reclamada por sociedad agraria de transformación 6

PENAL

Absolución de guardia civil del delito de cohecho 9

ADMINISTRATIVO

Compatibilidad entre marcas por suficiente diferenciación fonética, conceptual y gráfica 1

Imposibilidad de revisión de la valoración de la prueba en casación 3

SOCIAL

Externalización de servicios informáticos no constitutiva de cesión ilegal 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

una marca específica es necesario atender a las múltiples y variadas circunstancias que concurren en cada caso concreto, y no cabe la menor duda de que frente a las sentencias que se invocan pueden alegarse otras de sentido contrario, no porque sean contradictorias sino porque responden a casos que revisten peculiaridades diferenciadas de ellas”.

En atención a dicha doctrina, que sigue plenamente en vigor con la aplicación de la Ley 17/01, entendemos que no existe razón para poder estimar la pretensión de la actora en tanto que no existe una identidad fonética susceptible de producir confusión en el mercado, además de dirigirse a ámbitos aplicativos distintos.” (fundamento de derecho tercero) El recurso se articula mediante tres motivos. El primero de ellos, amparado en el apartado 1.c) del artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción, se basa en la alegación de incongruencia interna de la Sentencia, que contiene referencias a precedentes no aplicables o equivocadas. Los otros dos motivos se acogen al apartado 1.d) del mismo precepto de la Ley jurisdiccional; en el segundo se aduce la infracción de los artículos 24 de la Constitución y 6.1 de la Ley de Marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre), por una insuficiente justificación de la aplicación del citado precepto legal, originándole indefensión; en el tercero se alega la vulneración de la jurisprudencia relativa al mismo artículo 6.1 de la Ley de Marcas y al 124.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo, relativo a la alegación de incongruencia de la Sentencia recurrida. Alega la parte recurrente en el presente motivo que la Sentencia infringe las normas reguladoras de la Sentencia por incurrir en incongruencia interna y en referencias equivocadas tanto a sus alegaciones como a hechos relativos a las marcas en litigio. Así, en el fundamento de derecho segundo se hace referencia al elemento conceptual de las marcas que no resultaría aplicable al caso de autos, y en el fundamento de derecho tercero se afirma erróneamente que las marcas se proyectan sobre ámbitos aplicativos distintos, todo lo cual hace dudar de qué expediente ha manejado la Sala juzgadora.

Pues bien, debe reconocerse que a pesar de la imprecisión de algunos de los argumentos de la parte recurrente, la Sentencia adolece de una manifiesta insuficiencia en la motivación de la decisión adoptada. Re-

sulta irrelevante que la referencia al elemento conceptual resulte inaplicable al caso presente, puesto que en el fundamento de derecho segundo lo que hace la Sala de instancia es una recopilación formularia y genérica de jurisprudencia válida para cualquier supuesto, por lo que no puede reputarse como una incongruencia el que alguna de tales referencias no sirva para el caso de autos. Por el contrario, la referencia a que los campos aplicativos de las marcas en litigio son distintos efectuada in fine del fundamento jurídico tercero es sin duda alguna un grave error, puesto que tanto la marca solicitada como una de las prioritarias se proyectan sobre los servicios de la clase 38, con independencia de que el mismo signo esté también registrado por la recurrente como marcas distintas en otras clases que asimismo han sido puestas como marcas prioritarias respecto a la pretendida. Ahora bien, dicho esto lo principal es que bajo la crítica de incongruencia la parte pone de relieve la manifiesta falta de fundamentación de la decisión desestimatoria, puesto que el fundamento jurídico tercero que se ha reproducido supra es el único que se refiere en concreto al supuesto a enjuiciar, pero sólo en los párrafos primero y último, siendo el primero una mera afirmación apodíptica sobre la falta de confundibilidad de las marcas en litigio y conteniendo el segundo el referido error sobre los campos aplicativos. Así pues, aunque imprecisamente denunciado como incongruencia interna, debe reputarse válida la denuncia de que la motivación es contradictoria y manifiestamente insuficiente respecto al concreto caso enjuiciado, como se dice expresamente in fine del motivo y es también puesto en relieve en el segundo motivo.

TERCERO.- Sobre los precedentes relativos a las marcas en litigio. Estimado el primer motivo y con ello el propio recurso de casación, resulta ya innecesario examinar los restantes motivos del recurso. Procede pues, en aplicación de lo estipulado en el artículo 95.2. d) la resolución del debate planteado en la instancia. Esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre los signos ahora enfrentados en otras clases del nomenclátor. Podemos por ello reproducir las consideraciones efectuadas en la reciente Sentencia de 6 de mayo de 2010 (RC 4.077/2.009), en la que hacemos una referencia a tales precedentes. Debe reseñarse además, que en dicha Sentencia -al igual que en otra anterior de 22 de octubre de 2009- se casa la Sentencia de instan-

cia por análogas razones a las del presente recurso:

“Cuarto.- En nuestra sentencia de 22 de octubre de 2009 (recaída en el recurso de casación número 2458/2008) casamos por quebrantamiento de forma la dictada con fecha 31 de enero de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso número 1168/2005, interpuesto también por “Eroski, Sociedad Cooperativa”. El fundamento jurídico de dicha sentencia que entonces consideramos insuficiente, desde el punto de vista de la congruencia procesal, se repite en la que ahora es objeto de recurso y su lectura abocará a la misma conclusión. En efecto, la sentencia impugnada incurre, por un lado, en la contradicción interna que ya hemos apuntado, lo que pone de relieve que ha realizado de modo manifiestamente erróneo la identificación del ámbito aplicativo de uno y otro signo. Y, por otro lado, al igual que sucedía en la de 31 de enero de 2008, no da explicación suficiente de las razones que han determinado el fallo. Todo lo cual determinará la estimación del primero (y, en parte, del segundo) motivo casacional, debiendo acto seguido esta Sala resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Quinto.- A estos efectos debemos recordar que esta Sala ha fallado en cuanto al fondo varios recursos análogos, entablados por la misma empresa recurrente contra otras tantas sentencias del tribunal de instancia favorables al registro de la marca “Maxi Día%”. Nuestros fallos han sido favorables a la compatibilidad de la marca “Maxi Día%” con los signos prioritarios registrados por “Eroski, Sociedad Cooperativa” que esta sociedad opuso frente a la inscripción de aquella en diversas clases del Nomenclátor. En la sentencia antes citada de 22 de octubre de 2009, una vez casada la de instancia, corroboramos la validez de la inscripción de la marca número 2.582.642 “Maxi Día%” para productos de la clase 35 del Nomenclátor. Y esta misma conclusión ha sido reiterada en otros pronunciamientos, como a continuación exponemos. Mediante nuestra sentencia de 27 de octubre de 2009 (recaída en el recurso de casación número 3138/2008) confirmamos la dictada con fecha 21 de febrero de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que a su vez había rechazado el recurso número 1201/2005, interpuesto por “Eroski, Sociedad Cooperativa” contra la inscripción de la marca número 2.582.641 “Maxi Día%” para produc-

tos de la clase 16 del Nomenclátor. Mediante nuestra sentencia de 31 de octubre de 2009 (recaída en el recurso de casación número 2576/2008) confirmamos la dictada con fecha 31 de enero de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, una vez más, había desestimado el recurso número 1177/2005, interpuesto por “Eroski, Sociedad Cooperativa” contra la inscripción de la marca número 2.582.637 “Maxi Día%” para productos de la clase 35 del Nomenclátor. Mediante nuestra sentencia de 31 de octubre de 2009 (recaída en el recurso de casación número 6040/2008) confirmamos la dictada con fecha 29 de mayo de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso número 1523/2005, interpuesto por “Eroski, Sociedad Cooperativa” contra la inscripción de la marca número 2.582.639 “Maxi Día%” para productos de la clase 38 del Nomenclátor. Mediante nuestra sentencia de 15 de enero de 2010 (recaída en el recurso de casación número 1742/2009) confirmamos la dictada con fecha 16 de octubre de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso número 1524/2005, interpuesto por “Eroski, Sociedad Cooperativa” contra la inscripción de la marca número 2.582.638 “Maxi Día%” para productos de la clase 36 del Nomenclátor.

Y, finalmente, mediante nuestra sentencia de 15 de enero de 2010 (recaída en el recurso de casación número 240/2009) confirmamos la dictada con fecha 29 de mayo de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso número 1521/2005, interpuesto por “Eroski, Sociedad Cooperativa” contra la inscripción de la marca número 2.582.645 “Maxi Día%” para productos de la clase 39 del Nomenclátor.” (fundamentos de derecho cuarto y quinto)

CUARTO.- Sobre el enfrentamiento entre “Maxi día%” y “Eroski maxi”. En la referida Sentencia de 6 de mayo de 2010 hemos afirmado la compatibilidad entre las marcas “Maxi día%” y “Eroski maxi” en los siguientes términos:

“Sexto.- Las razones determinantes de los fallos mencionados son igualmente aplicables al presente y bastan para desestimar la demanda del recurso contencioso-administrativo ahora planteado. En dicha demanda, al centrar el “tema litigioso” “Eroski, Sociedad Cooperativa” defendía que la marca aspirante 2.582.643 “Maxi Día%” era incompatible con la suya prioritaria (y

mixta) número 2.125.643 “E Eroski Maxi”. Siendo cierto que uno y otro signo tratan de proteger los mismos servicios (de seguros, financieros, monetarios, bancarios e inmobiliarios) también lo es que sus diferencias fonéticas, gráficas y conceptuales resultan innegables y bastan para hacer inaplicable la prohibición relativa de registro, como acertadamente resolvió la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Al igual que sucedía en el recurso 2458/2008, el contraste de los dos signos pone de relieve sus diferencias en los distintos planos. “Maxi Día%” es una marca denominativa en la que, como entonces afirmamos, el primer vocablo se asocia de forma inequívoca al segundo, gozando todo el conjunto de carácter distintivo. Por el contrario, la marca oponente “E Eroski Maxi” es un conjunto mixto donde resalta por su mayor tamaño la “E” característica, correspondiente al logotipo de “Eroski”, y aun esta misma y bien conocida denominación comercial.

El término “Maxi” queda así asociado a los otros, que son los que tienen mayor virtualidad identificadora, de modo que cada uno de los signos comparados “informa inequívocamente sobre el origen empresarial de uno y otro. En el caso de la marca prioritaria en el tiempo, aquel término figura en el plano inferior y subbordado frente a los otros (el logotipo y la denominación comercial), de lo que resulta un conjunto mixto y cromático distinto de la marca aspirante.

Afirmábamos entonces y reiteramos ahora que, desde el punto de vista conceptual, los signos enfrentados “se perciben como dos marcas diferentes aunque coincidan en el término Maxi porque por su ubicación en cada uno de los conjuntos marcarios, produce una evocación o sugerencia diferente: en el de la prioritaria su remisión al logotipo de Eroski y en el de la aspirante a Día”. Diferenciación potenciada en este caso pues la marca que, según la demanda, debe utilizarse como de contraste incluye además el término “Eroski”, de indudable eficacia distintiva.

En suma, la diferenciación fonética y conceptual, además de la gráfica, de los dos conjuntos justifica sobradamente la conclusión a la que llegó la Oficina Española de Patentes y Marcas, esto es, la de no aplicar al supuesto de autos la prohibición de registro contenida en el artículo 6 de la Ley 17/2001, de Marcas. Procede, en consecuencia, tras la casación de la sentencia de instancia, la desestimación del recurso contencioso-administrativo. En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, cada parte satisfará las de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las de la instancia, al no concurrir

temeridad o mala fe.” (fundamento de derecho sexto) El examen de los signos, aun siendo entonces para servicios de otra clase, es plenamente aplicable a las marcas idénticas ahora enfrentadas en la clase 38. Debemos pues ratificar la inaplicación de la prohibición contemplada en el artículo 6.1 de la Ley de Marcas que acordó la Oficina Española de Patentes y Marcas al otorgar la inscripción de la marca solicitada, decisión que debemos ahora declarar conforme a derecho.

QUINTO.- Conclusión y costas. Por las razones vistas en los anteriores fundamentos de derecho procede declarar que ha lugar al recurso de casación interpuestos por Eroski S. Coop., y desestimar en cambio el previo recurso contencioso administrativo entablado por dicha sociedad mercantil. No concurren las circunstancias legales para la imposición de las costas previstas en los artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLO

1. Que ha lugar y por lo tanto estimamos el recurso de casación interpuesto por Eroski S. Coop. contra la sentencia de 18 de diciembre de 2.008 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 553/2.006, sentencia que casamos y anulamos.

2. Que desestimamos el mencionado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Eroski, S. Coop. contra las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas de 26 de enero y 13 de julio de 2.005 dictadas en el expediente correspondiente a la marca núm. 2.582.644 “MAXI día%”.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yague Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.- Firmado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.

2010/62105

TS Sala 3ª, Sección 7, Sentencia 29 marzo 2010. Ponente: D. José Díaz Delgado

Imposibilidad de revisión de la valoración de la prueba en casación

Acuerda el TS desestimar el recurso de casación interpuesto contra la STSJ Andalucía, que estimó el contencioso interpuesto contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado por la recurrente frente a la resolución dictada por la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Junta de Andalucía que aprobaba la relación definitiva de aprobados en las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Administradores. Indica la Sala que la valoración de la prueba, que reiterada jurisprudencia impide que sea objeto de revisión en casación, es la razón esencial del recurso contencioso-administrativo, y no la vulneración del principio de igualdad, que la sentencia rechaza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos alegados por la recurrente en casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 69. e) de la misma, y de la jurisprudencia aplicable, consiste en impugnar la errónea tesis de la sentencia al no declarar inadmisibles el recurso contencioso-administrativo presentado.

Argumenta la recurrente que la actora interpuso recurso de alzada en fecha 17 de julio de 2007 contra la resolución, publicada en fecha 29 de junio de 2007, a que se ha hecho referencia en el encabezamiento de este recurso, e interpone el recurso contencioso-administrativo en fecha 24 de octubre de 2007, cuando a su juicio había transcurrido el plazo para interponerlo a tenor de lo dispuesto en el artículo 115.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dispone este precepto lo siguiente:

“1. El plazo para interponer este recurso será de diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites. Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potesta-

tivamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente”.

Ciertamente el precepto es confuso, pero lo decisivo es preguntarse si es posible o no impugnar por la vía de protección de los derechos fundamentales los actos dictados al resolver un recurso. Y efectivamente es así, pues claramente se dispone que cabe recurso contra los actos administrativos que resuelven recursos. Es verdad que la Ley, al decir que el plazo de interposición es de diez días que se contarán desde el transcurso de veinte desde la presentación del recurso administrativo, genera dudas y pudiera llevarnos a la interpretación de la Administración recurrente consistente en que el recurso se debiera interponer antes de que existiera acto resolutorio, o desestimación presunta, pues la Administración tiene un mes para resolverlo. Sin embargo, la interpretación lógica del precepto hace que debamos entender que, si cabe reaccionar por este procedimiento contra la resolución de recursos, solo transcurrido el plazo para resolverlo se puede entender desestimado. Y a esa solución se puede llegar interpretando en otro sentido, mas acorde con los principios de tutela judicial efectiva y “pro actione” la frase “cuando se haya interpuesto potestativamente un recurso administrativo”, que la recurrente entiende se refiere a cualquier recurso administrativo, puesto que el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales no exige el agotamiento de la vía administrativa. En efecto, el recurso de alzada no es potestativo, sino obligatorio para poder acudir después a la vía contencioso-administrativa, por lo que el particular tendrá que interponerlo si no quiere que el acto administrativo sea considerado como firme. En consecuencia con esta interpretación habrá de entender que el plazo previsto de 20 días no juega en el caso de recurso de alzada, dado que no tiene naturaleza potestativa.

Por otra parte sería absurdo interpretar que no se pudiera impugnar por esta vía de protección de los derechos fundamentales una presunta desestimación de un recurso, antes de haberse producido la desestimación, expresa o por silencio, entre los días 20 y la culminación del mes, y sin embargo se admitiera que, si se resolvía expresamente después en cualquier momento, entonces, al tratarse de un acto administrativo que podría vulnerar los derechos fundamentales, renacería de nuevo la acción, que en el plazo antes referido no podía ejercitarse. La jurisprudencia que cita la recurrente es anterior a la actual redacción de la Ley Jurisdiccional, por lo que no es de aplica-

ción. Por todo ello procede desestimar el presente motivo de casación.

SEGUNDO.- Como segundo motivo de casación alega la recurrente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la posible infracción por la sentencia de los artículos 14,23.2 y 53 de la Constitución Española.

Respecto de este punto, tras rechazar la posible existencia de una violación del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución la sentencia en su fundamento jurídico séptimo sostiene que:

Ha de considerarse que el art. 23 CE pudiera quedar infringido si se vulnera claramente el principio de mérito, y con ello se impide al interesado acceder a la función pública, como en el supuesto de la inaplicación o en la aplicación inadecuada de una de las Bases de la convocatoria en cuestión.

La recurrente alega que no se ha aplicado la Base 3.1 a) respecto del trabajo desarrollado, al no computarse el tiempo en que desarrolló funciones en el grupo de técnico de la Función Administrativa, especialidad Administradores Generales, en el SAS, que debe entenderse como "puesto de trabajo de Cuerpos o especialidades homólogas en cualquier Administración Pública", como precisa la propia Base.

De igual forma, entiende que no se ha aplicado la Base 3.2 d) al no computarse la superación de ejercicio correspondiente a prueba selectiva para acceso al grupo técnico de la Función Administrativa, especialidad Administradores Generales, en el SAS, que debe entenderse como prueba de acceso a Cuerpos o especialidades homólogos al que se aspira en otras administraciones públicas, como delimita la propia Base.

Para solventar la cuestión planteada, ha de estar certificado expedido por el Director General de personal y desarrollo profesional del SAS con fecha de 21-3-07, que determina que el grupo de técnico de la Función Administrativa (donde desempeñó funciones la recurrente) tiene idénticas funciones que el personal funcionario del Cuerpo A.1100 destinado en el referido Servicio, siendo su cometido el de realizar propuestas de resolución de recursos, estudio y redacción de informes, tramitación de solicitudes y peticiones de asesoramiento a los Tribunales calificadoros y Comisiones de valoración designados en las distintas convocatorias para la selección y provisión de plazas del SAS, así como la realización de cualquier otra función que le sea asignada según las necesidades del servicio. Con ello, ha de entenderse que el grupo de técnico de la Función Administrativa del SAS es homólogo al referido en la convocatoria en cuestión.

Así, el tiempo transcurrido desde el 2-3-2001 hasta 27-4-2005 debe computarse en aplicación de la Base 3-1 a) de la convocatoria. Y de igual forma, debe computarse el haber superado pruebas selectivas de acceso a cuerpos o especialidades homólogas, en aplicación de la Base 3.2 d), al acreditarse esta circunstancia mediante certificado de 28-10-04 del Subdirector de personal del SAS.

Es decir, lo que hace la sentencia recurrida es considerar que la actora acreditaba méritos suficientes que debían computarse en aplicación de la Base 3.1.a) y que ello conllevaba igualmente el derecho de la misma a que se le tuviera por superadas las pruebas selectivas de acceso a cuerpos o especialidades homólogas, en aplicación de la base 3.2.b). En consecuencia, esta valoración de la prueba, que reiterada jurisprudencia impide que sea objeto de revisión en casación, es la razón esencial del recurso contencioso-administrativo, y no la vulneración del principio de igualdad, que la sentencia rechaza. Respecto de la existencia de estos méritos la recurrente no los discute, sino que tan solo afirma que en su caso debió seguirse un recurso contencioso-administrativo ordinario. La sentencia recurrida razona que la aplicación de las bases exigía un reconocimiento de los méritos de la recurrente, y su falta supone una vulneración del principio de mérito en el acceso a la función pública. En consecuencia, aceptando dicha tesis, procede igualmente desestimar este motivo de casación.

CUARTO.- Por todo ello, no procede dar lugar a la estimación del presente recurso, con expresa condena en las costas procesales a la recurrente, al exigirlo así el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en virtud de la habilitación de dicho precepto, se fija como cuantía máxima de los honorarios de la parte recurrida la cantidad de 1500 euros.

FALLO

1.- No ha lugar al recurso de casación número 5612/2008, que pende ante ella de resolución, interpuesto por LA JUNTA DE ANDALUCIA, contra la sentencia de 22 de septiembre de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso contencioso-administrativo número 2188/2007, seguido por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado por la recurrente frente a la resolución de 17-7-07 dictada por la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Junta de Andalucía que aprobaba la relación definitiva de aprobados en las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Administradores, es-

pecialidad Administradores Generales A. 1100, convocadas mediante Orden de 7-4-05.

2.- Ha lugar a condena en las costas procesales a la recurrente en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico



TC, Sección 4, Sentencia 17 mayo 2010. Ponente: D. Elisa Pérez Vera

Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías Condenado por apropiación indebida pese a absolución previa

Se interpone recurso de amparo contra la SAP de Teruel, que confirmó la condena del recurrente por un delito de falsedad en documento privado, además de otro de apropiación indebida. El Tribunal otorga parcialmente el amparo solicitado por basarse, entre otras razones, en que el órgano de apelación, efectivamente sí ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías del recurrente, al ser condenado como autor de un delito de apropiación indebida, del que había sido previamente absuelto, operando una alteración del relato de hechos probados de la sentencia de instancia con base en una valoración de la declaración del acusado, sin respetar las garantías de inmediación y contradicción. Añade que, el motivo esgrimido en la demanda sobre la indebida personación en la causa, carece de trascendencia constitucional, tratándose de una cuestión de legalidad ordinaria, cuyo enjuiciamiento corresponde a los órganos judiciales en el ejercicio exclusivo de la competencia que les confiere el art. 117,3 CE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de amparo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 28 de abril de 2006, que confirmó la condena del recurrente por un delito de falsedad en documento privado impuesta en Sentencia del Juzgado de lo Penal de Teruel de 14 de diciembre de 2005, condenándole además como autor de un delito de apropiación indebida. El actor atribuye a la resolución de la Sala la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido para fundamentar la condena por este último tipo penal a valorar la prueba personal practicada en la instancia sin respetar los principios de inmediación y contradicción. Por otra parte, se invoca como vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, imputable ahora tanto a la Sentencia del Juzgado como de la Audiencia Provincial, ante la ausencia de prueba de cargo suficiente para sustentar la condena por el delito de falsedad. Finalmente, el demandante considera también vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías ante la irregular personación en la causa de la parte

que se ha constituido como acusación particular.

El Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo respecto del primer motivo por la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido el Tribunal de apelación a condenar por el delito de apropiación indebida sin un previo examen directo y personal del acusado sin que se extienda este pronunciamiento a la presunción de inocencia al concurrir otros elementos probatorios; debiendo descartarse por infundadas las demás denuncias articuladas en la demanda sobre la ausencia de prueba de cargo respecto del delito de falsedad y sobre la irregular personación en la causa de la acusación particular.

La representación procesal de D. Enrique y D^a María Josefa Peralta, por su parte, propone la desestimación de todas las quejas presentadas, en base a los razonamientos que se exponen en los antecedentes de esta resolución.

SEGUNDO.- Respecto de la primera infracción denunciada sobre el derecho a un proceso con todas las

garantías, atribuible al Tribunal de apelación, conviene traer a colación, siquiera de manera sucinta, la consolidada doctrina constitucional, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y reiterada en numerosas Sentencias posteriores, según la cual el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental invocado, impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción. Así, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

Por lo que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación, antes de corregir la efectuada por el órgano de instancia (entre las últimas, SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3 y 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 2).

Por otra parte, recientemente hemos interpretado, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación a los supuestos en que la Sala de apelación ha procedido a la reproducción del soporte videográfico del juicio absolutorio de primera instancia, que este "examen personal y directo" por parte del Tribunal implica "la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones" (STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6 y 2/2010, de 11 de enero, FJ 3).

TERCERO.- En el presente caso, resulta que el Juzgado de lo Penal de Teruel absolvió al demandante de amparo del delito de apropiación indebida, por el que había sido acusado por la acusación particular. En la Sentencia dictada pone de relieve, sin hacer referencia alguna a este delito en los hechos probados, que "se ha de estimar la excepción de prescripción del art. 131 CP por haber transcurrido el plazo de 3 años fijado en este precepto para este tipo de infracciones" (FJ 1). Por el contrario, la Audiencia Provincial de Teruel re-

vocó en apelación este pronunciamiento, condenándole como autor del expresado tipo penal. A tal fin, la Sala añade al relato fáctico del Juez a quo una serie de hechos probados que fundamentan la condena por esta nueva infracción, en particular que el acusado firmó en un procedimiento expropiatorio dos actas de adquisición por mutuo acuerdo de dos fincas propiedad de D. José María utilizando el dinero obtenido en su propio beneficio.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal, luego de razonar que no se había producido la prescripción aplicada por el Juez de instancia (cuestión ésta no controvertida en la demanda), procede a una ponderación de la declaración del imputado en el juicio oral, haciendo constar en su sentencia que: "el acusado reconoce en el juicio que recibió una notificación del Servicio Provincial de Obras Públicas sobre la expropiación de unas fincas y que firmó las actas de expropiación", que "el acusado firmó ambas actas, en la primera de ellas con la expresión "PO" antes de la rúbrica", que "en los dos documentos figuraba D. José María como propietario de los inmuebles, haciéndose pasar el acusado como representante del mismo ante la Administración", que "es posteriormente, cuando el importe correspondiente al pago de las fincas expropiadas es ingresado en una cuenta corriente en la que aparecían como titulares D. José María, D. Sebastián y D^a Trinidad cuando el acusado dispone del mismo como si fuese su dueño", por lo que "D. Sebastián, como cotitular de dicha cuenta corriente, ostentaba en principio la legítima posesión del dinero, que pertenecía exclusivamente a la herencia yacente de D. José María, convirtiéndose el acusado el título de posesión inicialmente legítimo en titularidad ilegítima con conciencia y voluntad de disponer de la cosa que no era suya como propia" (FJ 4). La Audiencia Provincial procede a esta valoración del testimonio del acusado sin haber celebrado vista pública durante la sustanciación del recurso de apelación, entendiéndose que con el visionado de la cinta de video donde fue reproducido el juicio oral "se han respetado los principios de intermediación y contradicción en esta segunda instancia, como parte del derecho a un proceso con todas las garantías" (FJ 3).

CUARTO.- Así las cosas, cabe concluir que el órgano de apelación ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías del recurrente en amparo, ya que éste le condenó como autor de un delito de apropiación indebida, del que había sido previamente absuelto, operando una alteración del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia con base en una valoración de la declaración del acusado sin respetar las garantías de intermediación y contradicción. En este plano no tiene trascendencia la singularidad de la cuestión planteada, consistente en que la

Sentencia del Juzgado, al apreciar la prescripción respecto de este ilícito penal, no exteriorizó valoración probatoria alguna respecto del mismo, por cuanto, como reconoce la STC 63/2005, de 14 de marzo, también en un supuesto en que la sentencia de instancia había sido absolutoria al apreciarse la prescripción, en todo caso se ha producido "una valoración distinta de dicha prueba testimonial por el Tribunal ad quem sin que, al no haberse celebrado vista oral del recurso de apelación, la práctica de la misma se hubiera llevado a cabo en su presencia con las debidas garantías de intermediación y de contradicción, ni se hubiera dado la oportunidad a los procesados de ser oídos por la Sala antes de ser condenados por ella por primera vez" (FJ 11).

Respecto del argumento que utiliza el Tribunal para justificar la ponderación de la declaración del acusado, como también admite la STC 120/2009, de 18 de mayo, antes citada, si bien "la Audiencia Provincial entendió que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaba facultada para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en dicho juicio", sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de realizar esta valoración "al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparencia ante el Tribunal de tales personas" (FJ 7).

QUINTO.- Según conocida doctrina de este Tribunal Constitucional, la constatación de la anterior vulneración determinara también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en la medida en que la eliminación de las pruebas irregularmente valoradas deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero también cuando, a partir de la propia motivación de la Sentencia, se constata que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia en dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia (SSTC 126/2007, de 21 de mayo, FJ 4; 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5 y 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 5, entre otras).

En el presente caso, se tienen en cuenta por el Tribunal de apelación, como reconoce el Ministerio Fiscal en su informe, otros elementos de prueba, como las actas de adquisición por mutuo acuerdo de las fincas expropiadas y el extracto de la cuen-

ta bancaria en donde se ingresó el dinero obtenido, cuya ponderación sí puede válidamente realizarse en segunda instancia sin necesidad de reproducción en el debate procesal dada su naturaleza de prueba documental (por todas, STC 229/2005, de 12 de septiembre, FJ 4). Ahora bien, la referencia a los datos derivados de estos documentos está absolutamente imbricada en la motivación de la Sentencia con las explicaciones proporcionadas por el acusado sobre su actuación, por lo que estos elementos probatorios carecen de eficacia probatoria autónoma desvinculados de su testimonio. Así el Tribunal, partiendo de la inicial posesión legítima por parte del acusado del dinero obtenido por la expropiación, al parecer como consecuencia de las relaciones que venían sosteniendo el finado con el ahora recurrente y su esposa, centra la cuestión nuclear a los fines de dar por acreditados los elementos constitutivos del delito de la apropiación indebida, en la acción posterior del acusado "con conciencia y voluntad de disponer de la cosa que no es suya como propia". Para llegar a esta apreciación, en particular para dar por constatado el elemento subjetivo que requiere este ilícito penal, era esencial la valoración de la declaración del acusado, no siendo determinante para este juicio sobre la tipicidad el contenido de las referidas actas de expropiación (que tan sólo acreditan que aquel las firmó en nombre o sustituyendo al propietario de las fincas), ni concluyente el extracto de la cuenta bancaria donde se ingresó el dinero, porque en éstas aparecen como cotitulares, además del ahora demandante de amparo, su esposa D^a Trinidad y D. José María.

De acuerdo con lo anterior, hemos de declarar la vulneración del derecho del recurrente a la presunción de inocencia, respecto de la condena de que ha sido objeto por el delito de apropiación indebida, anulando la Sentencia recaída en este aspecto sin retroacción de actuaciones.

SEXTO.- Como segundo motivo se invoca la infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), atribuible tanto a la Sentencia de instancia como a la de apelación, ante la ausencia de prueba de cargo suficiente para basar la condena de que también ha sido objeto el recurrente por un delito de falsedad en documento privado. No obstante esta queja carece claramente de fundamento, pues los órganos judiciales intervinientes han atribuido al mismo la autoría de la falsificación de la firma del vendedor en el contrato de compraventa tras una amplia ponderación de diversos elementos probatorios, no sólo las periciales caligráficas realizadas por la policía científica, como se afirma en la demanda, sino también otras diligencias de prueba, como la propia declaración del acusado y su esposa y demás testigos comparecientes al juicio oral.

Así, el Juzgado de lo Penal razona en el fundamento jurídico primero de su Sentencia que de dichos informes periciales se desprende que la firma obrante en el contrato no fue realizada por el fallecido D. José María, pudiendo haber sido realizada por el acusado la firma plasmada en el apartado "el vendedor" ante "las analogías observadas entre la firma dubitada e indubitada". Este principio de prueba, que el propio órgano judicial valora como no concluyente, se encuentra corroborado por otras circunstancias deducidas del resto de las testificales practicadas. Entre estas:

1) El hecho de que ni por el acusado ni por su esposa se haya mantenido a lo largo del tiempo la misma versión de los hechos, existiendo contradicciones y ambigüedades en sus testimonios sobre algunos aspectos relevantes, como el lugar en que se firmó el contrato, las copias que se firmaron del mismo o la entrega del dinero constitutivo del precio de las fincas.

2) El hecho de que el acusado no se presentara como propietario de las fincas supuestamente enajenadas. Así, no se notificó el cambio de titularidad de una de éstas al que venía siendo su arrendatario, ni se hizo saber a los familiares del difunto la existencia de la venta, lo que evidencia por parte del acusado "el ánimo de ocultar lo que en su fuero interno sabía que no se ajustaba a la licitud de los hechos conforme a Derecho".

3) El hecho de que el acusado dejase transcurrir casi cinco años para conseguir la inscripción registral de las fincas aludidas en el contrato.

4) A estas constataciones, el Juzgado añade una valoración de las testificales aportadas por la defensa del acusado, razonando que las mismas no aportan datos ciertos sobre el otorgamiento del referido contrato. La Audiencia Provincial, por su parte, confirma esta valoración probatoria en el fundamento jurídico segundo de su resolución, incidiendo en el resultado de las periciales practicadas, la falta de uniformidad de las manifestaciones prestadas por el recurrente y su esposa sobre las circunstancias que rodearon el otorgamiento del contrato y el propio comportamiento del acusado, no presentándose como propietario de las fincas supuestamente adquiridas ante terceros. Respecto de dichas periciales, la Sala, en contra de lo afirmado en la demanda, explica convenientemente que estas periciales se practicaron con todas las garantías, no habiéndose utilizado otros documentos del fallecido para su práctica (en particular las firmas obrantes en un documento fiscal o en una póliza de seguros) porque "no consta la certeza de que dichas rúbricas las hubiese llevado a cabo D. José María, por lo que poca garantía podría ofrecer un informe realizado sobre los mismos" (mismo FJ).

De lo anterior se desprende que, si bien no existe prueba directa que permita acreditar la falsificación de la firma, los órganos judiciales se han servido para esta condena por el delito de falsedad de la denominada prueba indiciaria, habiendo afirmado este Tribunal Constitucional que la misma es perfectamente válida para fundamentar en ella un juicio de culpabilidad, siempre que los indicios se basen en hechos plenamente acreditados y que el Tribunal explicita el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los hechos probados, llega a la conclusión de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano (por todas, SSTC 66/2006, de 27 de febrero, FJ 3 y 150/2006, de 22 de mayo, FJ 8). Requisitos que se aprecian en el presente caso, por cuanto la inferencia practicada por los órganos judiciales, debidamente explicitada en sus sentencias, no puede ser calificada como irrazonable, ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia ni desde la óptica del grado de solidez requerido, puesto que los datos tenidos en cuenta resultan suficientemente concluyentes, sin que a este Tribunal le competa ningún otro juicio ni entrar a examinar otras inferencias propuestas por quien solicita el amparo (por todas, STC 239/2006, de 17 de julio, FJ 7).

SÉPTIMO.- Finalmente, de acuerdo con lo sostenido por el Ministerio público, el motivo esgrimido en la demanda sobre la indebida personación en la causa de D. Enrique y D^a María Josefa carece de trascendencia constitucional, tratándose de una cuestión de legalidad ordinaria, cuyo enjuiciamiento corresponde a los órganos judiciales en el ejercicio exclusivo de la competencia que les confiere el art. 117.3 CE, no siendo, por otra parte, irrazonable o arbitrario el argumento esgrimido por la Audiencia Provincial al pronunciarse sobre esta cuestión en el sentido de que "aun cuando fueran desconocidos en ese momento los herederos del difunto, es lo cierto que existían personas o instituciones, en su caso, con un derecho expectante que fue lesionado con la actuación del acusado" (FJ 2 de su Sentencia). Por lo que este tercer motivo sobre la supuesta lesión del derecho a un proceso con todas las garantías también ha de ser rechazado.

FALLO

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por D. Sebastián y, en su virtud:

PRIMERO.- Declarar que la Sentencia de 28 de abril de 2006 dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, en el rollo de apelación núm. 14-2006, ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del demandante de amparo (art. 24.2 CE).

SEGUNDO.- Restablecerlo en sus derechos y, a tal fin, anular la referida resolución judicial, en cuanto se refiere a la condena impuesta al mismo como autor de un delito de apropiación indebida del art. 249 del Código penal, debiendo quedar subsistentes el resto de los pronunciamientos recaídos en la Sentencia.

TERCERO.- Desestimar la demanda de amparo en todo lo demás. Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diecisiete de mayo de dos mil diez. Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente.- Elisa Pérez Vera.- Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados.



TS Sala 1^a, Sentencia 21 mayo 2010. Ponente: D. Francisco Marín Castán

Condena al abono de cantidad inferior a la reclamada por sociedad agraria de transformación

El TS desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia recurrida que, con parcial estimación de la demanda, condenó a la sociedad anónima demandada, titular de la fábrica de conservas y compradora de la cosecha de cerezas de la sociedad agraria de transformación actora, a pagar a ésta una suma inferior a la reclamada por la venta de dicho producto, teniendo en cuenta que la demandada había ido comunicando su disconformidad a la vendedora a medida que iba recibiendo los cargamentos de cerezas, que dicha demandada requirió los servicios de un ingeniero técnico agrícola y la presencia de un notario para constatar que la fruta seguía llegando sin las óptimas condiciones previstas, y que a la demandada no cabía imponerle que dejara de recoger la fruta pues se había comprometido a llevarse toda la cosecha y siempre podía esperar que las diferencias se resolvieran en el momento de la liquidación dado que así lo habían hecho en anteriores campañas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante de los recursos a examinar ahora por esta Sala fue promovido por una sociedad agraria de transformación de Jarque de Moncayo (Aragón) contra la sociedad anónima titular de una fábrica de conservas vegetales en Cieza (Murcia) reclamándole el pago íntegro de la cosecha de cerezas de la campaña 2002 que, como en campañas anteriores, esta última había comprado a la primera, habiendo surgido en esta ocasión la controversia porque la demandada compradora, que a medida que iba recibiendo los cargamentos de cerezas en su fábrica comunicaba a la vendedora su disconformidad con la calidad y el tamaño de muchas partidas por no ajustarse a lo pactado, había practicado una liquidación final del contrato por 190.377'32 euros (IVA no incluido) partiendo de 536.532 Kgs. de cerezas recibidos de los que descartaba 155.856 Kgs., más de un tercio de la cosecha, como fuera de contrato, mientras que la factura girada por la actora a la demandada ascendía a 308.233'25 euros, bien es

cierto que desde una estimación inicial de 536.985 Kgs. que luego se rebajó, de común acuerdo con la demandada, a los ya reseñados 536.532 Kgs.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 308.514'48 euros reclamada por ésta. Partiendo de la calificación del contrato entre ambas partes litigantes como compraventa mercantil, la sentencia considera que le era plenamente aplicable el art. 327 C.Com., ya que antes de firmarse el contrato un representante de la compradora demandada se había desplazado a Aragón como en años anteriores, comprobando la existencia, características y calidad de la cereza aún sin recolectar, y al firmarse el contrato se había delimitado la calidad de la fruta como en perfecto estado de comercialización, fijándose un porcentaje máximo admisible de cerezas estropeadas y otro de cerezas pequeñas, sin pacto expreso alguno de prueba o ensayo. Así las cosas, y dado que la compradora demandada no había rechazado

las partidas que consideraba defectuosas ni acudido a lo previsto en el art. 2127 LEC de 1881, sino que optó por ir quedándose la fruta y descontar por su propia iniciativa los gastos de transporte, mano de obra y vertedero por los Kgs. de cerezas que consideraba fuera de contrato, esta misma compradora debía pagar la cantidad reclamada porque la principal prueba opuesta por ella, un acta notarial de muestreo con manifestaciones de un ingeniero técnico agrícola, era poco significativa al versar sobre solamente 75'30 Kgs. de cerezas, un 0'01% de la totalidad de la fruta recibida, y los informes de ese mismo técnico a instancia de la demandada en diferentes días no podían compartirse por falta de intervención de la vendedora demandante, de suerte que, no habiendo probado aquella la corrección de su liquidación, debía estimarse íntegramente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por la demandada, el tribunal de segunda instancia, estimándolo en parte, revocó parcialmente la sentencia apelada para reducir el importe de la condena a 257.287 euros. Fundamentos de este fallo son, en esencia los siguientes: 1) Pese a compartirse la calificación del contrato como compraventa mercantil, no cabía imponer en este caso "un sistema estricto y formal de prueba ante la agilidad precisa en este tipo de negocios y sobre todo por el fácil y rápido deterioro del producto que ha de llegar en condiciones a su destino, siendo evidente que habrá que estar a cada tipo de frutas u hortalizas que se vende para valorar y exigir la prueba que cada parte pudo aportar"; 2) en la venta de cerezas media un corto "plazo de tiempo entre su recolección y la venta al consumidor final, razón por la cual no puede exigirse que en este tipo de fruta precedera tenga que acudir necesariamente a un Juez en épocas de recolección"; 3) tampoco cabía exigir la intervención de un perito por cada parte, en primer lugar por la considerable distancia entre la zona de cultivo y recolección de las cerezas y la fábrica de la compradora, y en segundo lugar por la brevedad del periodo de recolección (dieciocho envíos en camiones frigoríficos entre el 13 de junio y el 8 de julio), que impedía paralizar la recogida y transporte de la fruta mientras se dirimieran las controversias; 4) por ello no cabía descartar alternativas probatorias como los informes periciales, el reportaje fotográfico o la intervención de un fedatario público; 5) como eran los propios agricultores quienes colocaban las cerezas en las cajas que luego se cargaban en los camiones enviados por la demandada, el encargado de ésta desplazado a la sede de la actora sólo pudo rechazar allí mismo algunas cajas cuyo mal estado o desajuste con lo pactado era patente; 6) por tanto era "en las instalaciones de la compradora donde podía realmente seleccionarse la

fruta con el vaciado de las cajas y determinarse entonces el estado y apariencia de las cerezas"; 7) "prueba de que se enviaban cerezas sin el calibre adecuado es que la propia actora ha aportado una hoja manuscrita en la que se fijan 16.273 kilos de 'partidas menudas' en la recogida correspondiente al día 15 de junio de 2002"; 8) pese a que la demandada envió a la actora un fax por cada remesa comunicándole el mal estado de algunas partidas, la vendedora no contestó a ninguno de ellos, "razón por la cual la demandada confiaba en que finalmente se arreglarían dado que tendría que esperar al final de la recolección para poder comprobar si se superaba el porcentaje o límite establecido en el propio contrato", el cual preveía que en tal caso se reconsiderarían sus términos; 9) la compradora demandada requirió los servicios de un ingeniero técnico agrícola y la presencia de un notario para constatar que la fruta seguía llegando "sin las óptimas condiciones previstas"; 10) a la demandada no cabía imponerle que dejara de recoger la fruta, pues se había comprometido a llevarse toda la cosecha y siempre podía esperar que las diferencias se resolvieran en el momento de la liquidación, "dado que así lo habían hecho en anteriores campañas"; 11) debía estarse por tanto al resultado de la prueba practicada, constituida por los faxes remitidos por la actora a la demandada y no respondidos por ésta, la comprobación de cada remesa por un ingeniero técnico agrícola y su contestación por un notario; 12) como la demandada había desplegado todo el esfuerzo probatorio y la actora se había limitado en girar la factura fundada en su propia liquidación, procedía admitir como cierto "el estado de las cerezas que se describe en cada fax y por tanto que parte de las remesas no estaban en perfecto estado"; 13) en virtud de todo ello se apreciaba un exceso, sobre lo permitido contractualmente, de 116.370 Kgs. de cerezas de calibre inferior y 36.566 kgs. de cereza de destrío (abiertas, rajadas o dañadas), frente a 383.596 Kgs. de cerezas en las debidas condiciones; 14) como las cerezas de destrío o de calibre inferior que superaban los porcentajes pactados no carecían por completo de valor comercial y el propio contrato preveía una reconsideración de sus términos si se diera tal exceso, el tribunal valoraba las de destrío, que podían destinarse a conserva, en 45 ptas./Kg. y las de calibre inferior en 9 ptas./Kg, sumándose a cada kilo 2 ptas. por gastos, de suerte que no se aceptaban, por excesivas, las valoraciones propuestas por el técnico de la actora; 15) finalmente procedía añadir un 4% de IVA, como en campañas anteriores, y no procedía, en cambio, la reducción pretendida por la compradora en concepto de gastos de transporte y mano de obra, contractualmente asumidos por ella, ni tampoco por el transporte de la cereza de destrío al vertedero, por no haberse acreditado.

SEGUNDO.- Las dos partes litigantes interpusieron contra la sentencia de apelación recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, pero el extraordinario por infracción procesal interpuesto por la parte demandada fue inadmitido por esta Sala.

El recurso extraordinario por infracción procesal de la parte actora se articula en tres motivos formulados al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC para denunciar errores probatorios cuya rectificación comportaría aumentar la cantidad a pagar por la demandada, y su recurso de casación se estructura en dos motivos que pretenden dejar totalmente sin efecto la reducción de la condena acordada por la sentencia de apelación.

Por su parte el recurso de casación de la demandada se compone de un solo motivo que, impugnando la interpretación del contrato hecha por el tribunal sentenciador, pretende excluir de la condena la cantidad correspondiente a la cereza de destrío y de calibre inferior al pactado.

Dados los respectivos planteamientos de las partes, se estudiará primero, por razones de método, el recurso de casación de la actora, pues si se estimara por ser la solución de la sentencia de primera instancia más correcta que la de la sentencia de apelación, es decir por aceptarse la liquidación de la actora al no haberse ajustado la demandada a lo previsto en el art. 327 C.Com., resultaría superfluo el examen del recurso extraordinario por infracción procesal de la misma parte, ya que sus tres motivos impugnan la valoración de pruebas que habrían sido de todo punto impertinentes si tuviera razón su recurso de casación. De no prosperar éste, se examinará a continuación el primer motivo de su recurso por infracción procesal, pues pretende aumentar el importe de la condena hasta el fijado por la sentencia de primera instancia, aunque no ya por ser improcedente valorar las pruebas practicadas sino por haberse valorado incorrectamente. Luego debe estudiarse el único motivo del recurso de casación de la demandada, cuyo objetivo es que la cereza de destrío y de calibre inferior al pactado que superó los porcentajes tolerados no se valore en absoluto, restándose del importe de la condena el valor asignado por el tribunal sentenciador. Y por último se examinarán los otros dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandante, ya que precisamente impugnan esa valoración, por escasa o por haber computado un exceso de kgs.

TERCERO.- También por razones de método debe reseñarse, antes de entrar en el estudio de los recursos, el contenido del contrato celebrado entre las partes, cuyo texto era el siguiente:

"A 5 de junio de 2002. REUNIDOS:

De una parte, la Junta de la SAT RIO ARANDA, y de la otra FRANCISCO MARTINEZ LOZANO, S.A., ambos acuerdan:

La SAT RIO ARANDA vende a FRANCISCO MARTINEZ LOZANO su cosecha de cerezas, variedades Monzón y Blanca, estimada en 700.000 Kg., en perfecto estado de comercialización.

FRANCISCO MARTINEZ LOZANO, SA se compromete a llevarse toda la cosecha, siempre ésta esté en las debidas condiciones, admitiendo un máximo del 5% de cerezas abiertas, rajadas por lluvia o dañadas por granizo y un máximo del 10% de cerezas de calibre inferior a 20 mm.

Si por alguna circunstancia se superaran estos porcentajes, se reconsiderarán los términos de este contrato.

El precio será de 90 Ptas./Kg (0.54091 Euros/Kg) + 2 ptas./Kg (0.01202 Euros/Kg) por gastos de pesaje y carga.

La recogida se hará mientras haya cosecha y ésta se encuentre en las debidas condiciones.

La factura se hará una vez finalizada la recolección, y el pago se efectuará 30 días después de la fecha de dicha factura.

En prueba de conformidad, firman el presente contrato:"

CUARTO.- Con base en ese contenido contractual y en su calificación como compraventa mercantil, no discutida ya por ninguna de las partes, el recurso de casación de la parte demandante considera que su factura era correcta y la demandada no podía discutirla al no haber procedido como dispone el art. 327 C.Com.

El primer motivo, fundado en infracción de dicho artículo y del art. 2 del propio Código, así como de la doctrina legal que los interpreta, aduce que en el contrato se determinó el género vendido por una calidad conocida en el comercio y que por tanto era imperativamente aplicable el art. 327 C.Com., de suerte que la compradora demandada no podía rehusar por su cuenta el recibo de las cerezas sino que tenía que haber acudido al procedimiento contemplado en el art. 2127 LEC de 1881 o haber devuelto la mercancía que considerase fuera de contrato utilizando los mismos camiones frigoríficos que enviaba a diario para recoger la fruta. En cualquier caso, además, "aun cuando se admitiera la sustitución del sistema legal para el rehúse, lo cierto es que la prueba que lo sustituye no puede estimarse como prueba adecuada y pertinente para tal efecto", pues "lo contrario sería dejar al

arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos, práctica que proscribe el artículo 1256 del C.Civil “.

Y el motivo segundo se funda en infracción de la jurisprudencia sobre el art. 327 C.Com. contenida en las sentencias de esta Sala de 25 de junio de 1999 (rec. 3408/94) y 1 de julio de 1991 (rec. 1515/89) porque, en opinión de esta parte recurrente, dicha jurisprudencia no permite, en contra de lo que ha hecho el tribunal sentenciador, flexibilizar el sistema legal establecido en aquel precepto.

Pues bien, ambos motivos deben ser desestimados porque, precisamente por los términos del contrato celebrado entre las partes litigantes y los actos de ambas posteriores a su celebración, el sistema previsto en el art. 327 C.Com. para que el comprador pueda rehusar la mercancía no era el que cabía exigir a la compradora demandada.

Aunque ciertamente las dos sentencias de esta Sala citadas en el recurso mantengan la estricta aplicación de dicho sistema, debe puntualizarse que la de 1 de julio de 1991 se pronunció sobre una compraventa de “bife deshuesado de novillo”, sin más especificaciones, que la compradora dejó de pagar sin más y luego vendió a un tercero. Y la de 25 de junio de 1991, sobre un caso más similar al presente por consistir en la compraventa de 500.000 kgs. de patata de tamaño y variedad determinados, hace especial hincapié en que la única comunicación de la compradora a la vendedora sobre los 450.000 kgs. que faltaban por recoger no hizo alusión alguna a la calidad de la patata ya recibida, pues se había limitado a aducir que “nuestra capacidad de almacenaje de materia prima es limitada por lo que ya nos pondremos en contacto con ud. para decirle cuando nos traeremos más patatas”.

En el presente caso, por el contrario, el propio contrato ya admitía unos márgenes tolerados de desajuste con la calidad general pactada, consistentes en “un máximo de 5% de cerezas abiertas, rajadas por la lluvia o dañadas por granizo y un máximo del 10% de cerezas de calibre inferior a 20 mm”.; además, la superación de esos márgenes no se contemplaba como causa de resolución del contrato que permitiese a la compradora demandada su desvinculación total, sino que para tal caso se preveía una reconsideración de los términos del contrato; por otro lado, la compradora se había comprometido a llevarse toda la cosecha y a recogerla a medida que se fuera produciendo, y aunque ambos compromisos se supeditaron a que la cosecha se encontrara “en las debidas condiciones” es un hecho probado que ya en origen, es decir en las instalaciones de la demandante, el representante legal de la demandada advertía verbalmente de

la posibilidad de que se estuvieran superando aquellos márgenes, como igualmente es un hecho probado que tras recibir cada partida de cerezas se enviaba un fax a la vendedora especificando el porcentaje que quedaba fuera de contrato, sin que esta última diera nunca respuesta alguna.

Así las cosas, una interpretación del art. 327 C.Com. no aislada sino puesta en relación con los términos del contrato celebrado entre las partes litigantes, con el art. 339 del propio Código en cuanto hace depender la obligación del comprador de pagar el precio de la puesta de las mercancías a su disposición y de que se dé por satisfecho y, en fin, con su art. 57 en cuanto dispone que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, sin interpretaciones arbitrarias y sin restringir los efectos que naturalmente se derivan del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad y contraído sus obligaciones, determina que a la compradora demandada no le fuera exigible ir acudiendo al Juez a diario con las partidas de cerezas que consideraba fuera de contrato mientras para cumplirlo tenía a su vez que seguir mandando sus camiones a Aragón y mientras para descubrir los porcentajes de cereza fuera de contrato tenía que procesarlas en sus propias instalaciones, no siendo posible, además, fijar definitivamente si se superaban o no los márgenes tolerados hasta la recogida total de la cosecha.

El tribunal de apelación, pues, no infringió el art. 327 C.Com. ni la jurisprudencia de esta Sala contenida en las dos citadas sentencias sino que, interpretando razonablemente el contrato y teniendo en cuenta los actos de ambas partes en su ejecución, aplicó el principio de la buena fe, aun sin mencionarlo expresamente, prestando especial atención a que mientras la compradora demandada “envió un fax por cada remesa de fruta comunicándole (a la vendedora demandante) el estado de las diferentes partidas”, la vendedora, en cambio no respondió a ninguno de ellos; a que la compradora acudió a unos medios adecuados para que quedara constancia de lo que comunicaba a la actora; y, en fin, a que según las relaciones entre ambas partes en campañas anteriores los problemas se resolverían entre ellas al practicar la liquidación, interpretación que se considera correcta pues, en definitiva, tampoco la diferencia entre el volumen de la cosecha contractualmente estimado y el volumen real se ha considerado relevante como posible incumplimiento de la demandante vendedora.

QUINTO.- Entrando a examinar por tanto el recurso extraordinario por infracción procesal de la misma parte demandante, su motivo primero, fundado en infracción del art. 218.2 LEC en cuanto exige que la motivación de las sentencias se ajus-

te a las reglas de la lógica y la razón, del art. 326 de la misma ley por error en la valoración de la prueba de documentos privados y de su art. 348 en cuanto dispone que los dictámenes periciales se valoren según las reglas de la sana crítica, impugna la sentencia recurrida porque, aun cuando se prescindiera del sistema establecido en el art. 327 C.Com., el acta notarial y los informes de un ingeniero técnico agrícola valorados por el tribunal sentenciador no acreditarían que se hubieran superado los porcentajes de cereza de destrío y de calibre inferior tolerados contractualmente, por lo que en definitiva habría de estarse a la liquidación practicada en su momento por esta misma parte recurrente y confirmar el fallo de primera instancia aunque por razones distintas de las expresadas por el juzgador del primer grado.

Así planteado, el motivo se desestima por las siguientes razones:

1ª.- De la misma forma que el tribunal sentenciador tuvo en cuenta los términos del contrato y los actos de ambas partes en su ejecución para excluir la rígida aplicación del sistema previsto en el art. 327 C.Com., también valoró, a efectos probatorios, la conducta de cada una de las partes durante la ejecución del contrato, dando especial relevancia al hecho de que mientras la demandada enviaba a la actora un fax indicando los porcentajes de cada partida de cerezas fuera de contrato, la actora, en cambio, guardaba silencio; y mientras la demandada se preocupaba de acreditar el contenido de sus comunicaciones requiriendo los servicios de un ingeniero técnico agrícola y la presencia de un notario, la demandante, en cambio, se despreocupaba por completo del tema.

2ª.- Lo que hace por tanto el tribunal sentenciador es combinar el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria, incorporado hoy al art. 217 LEC (actual apdo. 7) pero afirmado ya con anterioridad por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, con la valoración conjunta de la prueba, que permite poner el contenido del acta notarial y de los informes técnicos en relación con el de los faxes que la demandada iba enviando a la actora, pues no se discute por esta última su recepción sino sólo la exactitud de los datos comunicados, y es jurisprudencia de esta Sala que la impugnación o falta de reconocimiento de los documentos privados no impide su valoración en relación con otros medios de prueba (SSTS 20-12-02, 25-9-02 y 27-11-00 entre otras muchas).

3ª.- Dadas las incidencias surgidas en la ejecución del contrato y la celeridad de la demandada en comunicar a la actora la superación de los porcentajes tolerados, la absoluta pasividad de esta última la obliga a sopor-tar sus consecuencias y no la

autoriza a exigir una prueba plena o absolutamente indiscutible de todos y cada uno de los datos contenidos en los faxes que le envió la demandada, porque en su mano estaba desplazar a una persona autorizada a las instalaciones de la demandada para verificar si los datos que se le iban comunicando eran o no ciertos, ya que el propio contrato preveía la reconsideración de sus términos si se superaban los porcentajes fijados.

4ª.- En consecuencia, aun siendo cierto que no todos y cada uno de los datos comunicados por fax a la actora están verificados por el técnico ni constatados notarialmente, no lo es menos que si los faxes se ponen en relación con el acta notarial e informes del técnico y con las reglas sobre carga de la prueba no cabe reprochar al tribunal sentenciador arbitrariedad ni error patente en la valoración de la prueba, únicos casos en que ésta puede modificarse mediante un recurso extraordinario por infracción procesal (STS 15-1-10, con cita de otras anteriores).

SEXTO.- El motivo único del recurso de casación de la demandada, fundado en infracción de los arts. 1258, 1281 y 1282 CC, impugna la sentencia recurrida por haber asignado un valor a la fruta de pequeño calibre y de destrío que superó los porcentajes máximos permitidos pese a que, según el contrato, lo pactado para si se daba tal exceso era que las partes reconsiderarían los términos del contrato, facultad exclusiva de los contratantes que el tribunal no puede suplir por su cuenta.

Así planteado, el motivo no puede prosperar porque, aun no siendo inadmisibles por falta de claridad como alega la parte contraria, puesto que su razón impugnatoria se explica de una forma suficientemente comprensible, la solución que el tribunal sentenciador da al exceso sobre esos porcentajes se acomoda a una interpretación razonable del contrato, pues si ninguna de las partes ejerció su facultad de reconsiderarlo, se ha probado que la cereza de destrío y de pequeño calibre tiene un valor de mercado y, en fin, no se ha probado por esta parte recurrente, como ella misma viene a admitir al final de su alegato, que destruyera las cerezas fuera de contrato, entonces lo más acorde con los términos del propio contrato, con los actos de las partes en su ejecución y con la exclusión de una aplicación rígida del art. 327 C.Com. es precisamente que la demandada pague como parte del precio de la compraventa la cereza que, aun superando los márgenes tolerados, era comercialmente aprovechable.

SÉPTIMO.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la parte actora se funda en infracción del art. 218.2 LEC, en cuanto exige que la sentencia se ajuste a

las reglas de la lógica y la razón al valorar los elementos fácticos y jurídicos, puesto en relación con el art. 348 de la misma ley en cuanto dispone que los dictámenes periciales se valoren según las reglas de la sana crítica, e impugna la sentencia recurrida por no haber aceptado el valor atribuido a la cereza de destrío y de pequeño calibre en el dictamen pericial de doctor ingeniero agrónomo aportado por esta parte con su demanda, siendo argumento único del tribunal sentenciador el de considerar excesivo ese valor.

Pues bien, tampoco este motivo puede ser estimado porque el tribunal sentenciador, al no aceptar las valoraciones de las cerezas menudas y de destrío propuestas en el referido informe ejerció la facultad crítica que le atribuye la ley e incluso la que resultaba del propio informe al dar éste una valoración sólo aproximada, al tiempo que también se ajustaba el tribunal a los términos del contrato y a lo sucedido durante su ejecución, pues si se pactaron unos máximos tolerados de cereza de destrío y de pequeño calibre y se previó que las partes reconsiderarían los términos del contrato si esos márgenes se superaban, entonces la parte actora no puede pretender sin más que su incumplimiento contractual en este punto se vea recompensado con la mayor valoración posible de la prestación defectuosamente cumplida.

OCTAVO.- Finalmente, el tercer y último motivo de este mismo recurso extraordinario por infracción procesal, único pendiente aún de examinar, se funda en infracción del art. 218.2 LEC, como los dos anteriores, y del art. 326 de la misma ley por error en la valoración de la prueba documental, e impugna la sentencia recurrida porque de todos los faxes que cursó la demandada a la actora, fundamentales para la propia sentencia impugnada a efectos probatorios, resulta que sólo en los enviados a partir del 1 de julio se hizo referencia a los porcentajes de cereza de destrío, pero sin señalar los kgs. que se estimaban fuera de contrato por exceder del máximo pactado del 5% ni ser ello deducible mediante una operación aritmética.

Sin embargo también este motivo ha de ser desestimado, porque los referidos faxes no son la única prueba valorada por el tribunal sentenciador para fijar la cantidad de cereza de destrío fuera de contrato, ya que en el acta notarial de 28 de junio ya se hizo referencia al muestreo de cerezas defectuosas, cuyo porcentaje se estima en un 18'061%, y el que los primeros faxes se centraron sólo en los porcentajes de cereza de pequeño calibre se explica porque iban en progresivo aumento.

De ahí que tampoco pueda calificarse de arbitraria ni patentemen-

te errónea la conclusión del tribunal sentenciador estimando en 36.566 kgs. el volumen de cereza de destrío fuera de contrato mediante una interpretación de los faxes en cuestión que le hace considerar correcta, en este punto, la liquidación del contrato propuesta por la demandada, debiendo recordarse otra vez la absoluta e inexcusable pasividad de la actora frente a las reiteradas advertencias de la demandada durante la ejecución del contrato.

NOVENO.- Conforme a los arts. 476.3 y 487.2 LEC procede confirmar la sentencia recurrida, y conforme al art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la misma ley, las costas causadas por cada uno de los recursos deben imponerse a la respectiva parte recurrente.

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

FALLO

1º.- DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN de la demandante SAT RIO ARANDA núm. 9722, representada ante esta Sala por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, y EL RECURSO DE CASACIÓN de la compañía mercantil demandada FRANCISCO MARTÍNEZ LOZANO S.A., representada ante esta Sala por el Procurador D. Jorge Deleito García, todos ellos interpuestos contra la sentencia dictada con fecha 20 de octubre de 2005 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia en el recurso de apelación núm. 189/05.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas causadas por cada uno de los recursos a la respectiva parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Roman García Varela.- Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- FIRMADO Y RUBRICADO. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2010/78764

TS Sala 2ª, Sentencia 27 abril 2010. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Al estar en situación de reserva sin ejercer función pública alguna Absolución de guardia civil del delito de cohecho

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la salud pública, cohecho y depósito de armas. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de cohecho, pues en la época de los hechos era guardia civil en situación de reserva, pero sin que ejerciera función pública ni desempeñara cargo alguno en la guardia civil; de manera que, con independencia de que mantuviera su condición personal de funcionario público, su conducta no pudo estar en ningún caso relacionada con el ejercicio de un cargo que no desempeñaba.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Sandra, Adelina y Cel-sa

PRIMERO.- Las tres recurrentes han sido condenadas como autoras de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a cuatro años y seis meses de prisión y multa de 50.000 euros. Contra la sentencia de instancia interponen recurso de casación. En el primer motivo denuncian la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

1. La Audiencia Provincial dictó sentencia en esta causa con fecha 9 de febrero de 2007, en la que declaró la nulidad de las intervenciones telefónicas y absolvió a los acusados. Interpuesto recurso de casación por el Ministerio Fiscal, esta Sala lo estimó en la STS núm. 681/2008, y declaró la validez de las intervenciones telefónicas, ordenando al Tribunal dictar una nueva sentencia en la que se partiera de dicha validez para valorar la prueba disponible contra los acusados, procediendo el Tribunal a dictar la sentencia que ahora se recurre en casación.

2. En el motivo, las recurrentes reproducen como argumentación el contenido del voto particular que acompaña la citada sentencia de esta Sala. Es claro que se trata de una cuestión que ya ha sido resuelta en la sentencia mencionada, y que, ahora, no puede ser reconsiderada. Por lo tanto, las intervenciones telefónicas deben ser tenidas por válidas y el análisis de las cuestiones que se planteen en el recurso de casación

relativas a la sentencia dictada por la Audiencia, deben ser resueltas partiendo de dicha declaración.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo denuncian la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que entienden producida en cuanto que las resoluciones que las acuerdan se basa en unas intervenciones telefónicas que deben ser consideradas nulas, de manera que la antijuricidad de éstas se transmite a aquellas, lo que determina la nulidad de todo el material probatorio.

El motivo debe ser desestimado por las mismas razones que lo ha sido el anterior, pues las intervenciones telefónicas deben ser reputadas válidas en atención a la previa decisión de esta Sala, STS núm. 681/2008, lo que impide la transmisión de antijuricidad que sostienen las recurrentes.

TERCERO.- En el tercer motivo se quejan de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues sostienen que no ha existido prueba de cargo obtenida con todas las garantías, ya que la condena se funda en las pruebas nulas al haberse obtenido con vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio. En el motivo cuarto, subsidiariamente a esta alegación, afirman que no existe prueba de cargo suficiente, pues las recurrentes han negado su participación, lo que coincide con el hecho de que no se las mencionara a lo largo de la

investigación, no habiendo presenciado la Policía a pesar de las vigilancias actividad alguna desarrollada por las recurrentes.

1. El motivo tercero debe ser desestimado por las razones ya expuestas, pues establecida la validez de las intervenciones telefónicas y de las diligencias de entrada y registro, no pueden comunicarse nulidad alguna a las pruebas derivadas de las mismas.

2. En cuanto a la inexistencia de prueba, en la sentencia se declara probado que las tres recurrentes colaboraban en el funcionamiento y explotación del punto de venta de drogas de la CALLE000, NUM001 de Lo Campano, utilizándose la vivienda de Sandra y Adelina para la ocultación de la droga, encontrándose en dicha vivienda la cantidad de 98,55 gramos de cocaína, 449,02 gramos de hachís, 19.045 euros y varias bolsas de moneda fraccionaria. Asimismo, Celsa almacenaba igualmente en su vivienda del NUM009 NUM004 la droga que luego trasladaba al piso NUM003 NUM004 donde las anteriores le entregaban a quienes las vendían en el garito, lo distribuían al bajo de ese mismo edificio o directamente al garito del número NUM001 de la misma calle.

En relación a la prueba respecto de las actividades de las tres recurrentes, además del hallazgo de la droga y el dinero antes referidos, el Tribunal ha valorado las conversaciones intervenidas, pormenorizadamente relacionadas en la sentencia, en las que el fallecido Baltasar habla con Adelina o con su hijo Salvador refiriéndose a Celsa, en relación con objetos que ésta debería bajar, haciendo referencia a "que ya está pesado", que baje "una del uno y una del dos entera" o expresiones similares también en conversaciones con su esposa Sandra relacionadas con el traslado de objetos a los que se referían con tales expresiones desde los pisos al NUM005 o al piso del número NUM001, al garito donde se efectuaban las ventas a terceros, lo cual ha sido tenido en cuenta como significativo de la custodia y del movimiento de la droga a cargo de las recurrentes.

En consecuencia, ha existido prueba de cargo y ha sido racionalmente valorada por el Tribunal, lo que determina la desestimación del motivo.

CUARTO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal.

1. Las recurrentes argumentan que dada la ausencia de prueba derivada de la estimación de los anteriores motivos, no es posible la aplicación del artículo 368 del Código Penal al no concurrir los elementos del delito.

2. El motivo debe ser desestimado, pues, desestimados los anteriores

subsiste el relato de hechos probados en su integridad, en el que se contiene la descripción de conductas relativas al almacenamiento y custodia de las drogas en los domicilios de las recurrentes y en la entrega de éstas cuando era necesario a quienes luego las vendían en el garito. Dado el concepto de autor que se desprende de la redacción del artículo 368 citado, la resolución judicial condenando a las recurrentes como tales es correcta.

El motivo se desestima.

QUINTO.- En el motivo sexto denuncia la inaplicación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas. Señalan que habiendo ocurrido los hechos en los primeros meses de 2004, aun no ha recaído sentencia definitiva por circunstancias no imputables a las recurrentes.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Concepto no exactamente coincidente con el anterior, pero relacionado con él, en tanto que el plazo del proceso dejará de ser razonable cuando se haya incurrido en retrasos no justificados.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Es preciso en cada caso el examen de las actuaciones, a fin de comprobar si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa debido a paralizaciones sin explicación o a la práctica de diligencias de evidente inutilidad, o, en definitiva, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones im-

portantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado, sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia y de que la Constitución reconoce el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación en relación con los demás datos de la causa. No es el único caso en el que la ley reconoce efectos atenuatorios a conductas posteriores al hecho.

La jurisprudencia ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. (En este sentido la STS núm. 1432/2002, de 28 de octubre; la STS núm. 835/2003, de 10 de junio y la STS núm. 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS núm. 1583/2005, de 20 de diciembre; STS núm. 258/2006, de 8 de marzo; STS núm. 802/2007, de 16 de octubre; STS núm. 875/2007, de 7 de noviembre, y STS núm. 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

Esta Sala ha venido exigiendo, además, que se especifiquen por el recurrente los plazos de paralización que considera injustificados o las diligencias que entienda inútiles.

2. En el caso, el Tribunal de instancia dictó sentencia en febrero de 2007, menos de tres años desde los hechos. Recurrida en casación por el Ministerio Fiscal, y estimado el recurso por STS núm. 681/2008, de 7 de octubre, se dictó nueva sentencia en febrero de 2009, que es la ahora recurrida. No se aprecian paralizaciones en la tramitación, ni tampoco la práctica de diligencias inútiles. Solamente el tiempo ordinariamente invertido en la tramitación y resolución de los recursos de casación, de cierta complejidad dada la pluralidad de sujetos. De otro lado, no se aprecia que el tiempo transcurrido haya debilitado la necesidad de pena dada la gravedad de los hechos y su reiteración. Y finalmente, una atenuante analógica solamente determinaría la

imposición de la pena en la mitad inferior, en la que ha sido impuesta por el Tribunal, de manera que no provocaría una modificación del fallo.

Por todo ello, el motivo se desestima.

Recurso de Gustavo

SEXTO.- En el primer motivo se queja de la vulneración de la presunción de inocencia y del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. Argumenta que la vulneración de este último derecho se ha producido al dar por válidas las intervenciones telefónicas. En cuanto a la presunción de inocencia, sostiene que se le ha condenado en base a pruebas practicadas al margen del principio contradictorio y con quiebra del derecho de defensa, y niega que en el acto del juicio se practicara ninguna prueba que acreditara su participación en los hechos delictivos, pues no hay prueba de que estuviera en el lugar del desembarco de la droga ni que participara en él ni que recibiera dinero alguno. El Tribunal, dice, se ha basado solo en las conversaciones telefónicas y en las reuniones entre los acusados. Sin embargo, solo existe una conversación con el coacusado Pelayo. En las de los demás acusados no se le menciona en ningún caso. Las referencias a un tal "Gustavo" no pueden relacionarse con el recurrente, pues se menciona un número de teléfono que nunca ha sido suyo, y además, solo se refieren a dos personas. De otro lado, solo asistió a una cena de la que se desconoce el tema de conversación.

En el segundo motivo, aunque con invocación del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal al no haber quedado acreditado que haya cometido delito alguno, sino solamente que acudió a una cena sin que se haya probado el contenido de las conversaciones desarrolladas en la misma.

1. En ambos motivos se alega en realidad la vulneración de la presunción de inocencia, por lo que es posible su examen conjunto.

En la sentencia se declara probado que el recurrente, como Comandante del Puesto, dispuso que el coacusado Pelayo fuera el jefe de la patrulla que el día del desembarco de la droga vigilaría la demarcación que incluye la zona del El Portús. Asimismo se declara probado que recibió cantidades indeterminadas de dinero, en todo caso superiores a tres mil euros. E igualmente que el día 6 de setiembre, días después del fracaso del desembarco de droga en El Portús, se reunieron para cenar el recurrente, Baltasar, Leandro y los Guardias Civiles Pelayo y Victorino.

El Tribunal tienen en cuenta, en primer lugar, las conversaciones telefónicas intervenidas, de las que resulta la implicación del recurrente y

la recepción de dinero por tres Guardias Civiles implicados en la facilitación de las operaciones de desembarco de la droga. Entre otras, en la que aparece en la sentencia como núm. 13, Leandro y Baltasar hablan de localizar a Gustavo porque le parece que cambió las llaves para entrar. En la numerada como 20, Leandro habla con su hermano Clemente y éste le da el nuevo número de Gustavo (NUM023), precisamente horas antes del desembarco. En la que aparece como núm. 36, y en otras anteriores, se hace referencia a una cena a celebrar en esos días cercanos al 6 de septiembre, a la que solo acudirían los implicados, pues hablarían de ese tema, cena cuya existencia se ha acreditado por la testifical de los agentes del CN de Policía que realizaron las vigilancias y seguimientos. Se hace una mención expresa de un tal Gustavo, lo que se refuerza en la conversación siguiente en la que citan al "otro jefe, el ecologista", denominación que se asocia a los Guardias Civiles. En la núm. 38 se refieren Baltasar y Leandro a las personas que van a ir a la cena, diciendo Leandro que quería que fueran los tres, habiendo acudido a la cena el recurrente junto con Pelayo y Victorino. En la núm. 40, nuevamente Baltasar dice a Leandro que ha quedado a las 22,15 del día de la cena con los tres, añadiendo que "están los tres, tú y yo". En la núm. 42 se refleja una llamada de Pelayo al cuartel de la Guardia Civil solicitando el teléfono móvil del subteniente (el recurrente), al que llama (conversación núm. 43) comunicándole que esa noche venía un hombre de Valencia que quería verlo y hablar con él, coincidiendo esa noche con la cena con los demás coacusados. Igualmente está acreditado que el destino del coacusado Pelayo a la vigilancia de la zona de El Portús, donde debía realizarse el desembarco, dependía directamente del recurrente.

Aunque las primeras conversaciones pudieran tener un contenido equívoco, puestas en relación con las siguientes son claramente indicativas de la participación del recurrente en la operación.

Por lo tanto, ha existido prueba de cargo racionalmente valorada por el Tribunal, lo que determina la desestimación de ambos motivos.

SÉPTIMO.- En el motivo tercero denuncia error en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2º de la LECrim. Designa como documentos que lo acreditan la declaración de Leandro, folios 214 y ss.; la declaración del fallecido Baltasar, folios 218 a 221; la declaración de Pelayo, folios 223 a 225; la declaración de Victorino, folios 226 a 228; y el acta del juicio oral, concretamente la declaración de un concreto agente policial. De estos particulares deduce que el motivo de la cena a la que acudió era celebrar el cumpleaños de Baltasar.

1. El primer requisito exigido por el motivo de casación que, por error en la apreciación de la prueba regula el artículo 849.2º de la LECrim, es que tal error se derive del particular de un documento, habiendo negado esta Sala carácter documental a estos efectos a las declaraciones de los coimputados y de los testigos aunque aparezcan documentadas en el sumario o en el acta del juicio oral, pues no pierden por ello su carácter de pruebas personales.

2. El recurrente se limita a designar declaraciones de coimputados y de testigos, que, como se ha dicho no son documentos a los efectos del presente motivo de casación, pues no pierden el carácter de prueba personal, inhábil para provocar una alteración del hecho probado por esta vía de impugnación, aunque aparezcan documentadas en la causa.

Congruentemente, el motivo se desestima.

Recurso de Leandro

OCTAVO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 368 del Código Penal. En el desarrollo del motivo, sin embargo, orienta su argumentación a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, interesando la nulidad del Auto del instructor de 19 de julio de 2004.

La cuestión relativa a la validez de las intervenciones telefónicas acordadas en esta causa ya ha sido resuelta en la Sentencia de esta Sala núm. 681/2008, de 7 de octubre, anteriormente citada, y no puede ser ahora reconsiderada. Por lo tanto el examen de los recursos contra la sentencia dictada debe partir necesariamente de tal declaración de validez.

En consecuencia, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el motivo segundo, al amparo del artículo 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración de los derechos a un proceso público con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, en cuanto a la motivación de las sentencias en relación con la presunción de inocencia. Afirma que la sentencia impugnada carece de motivación y de prueba de cargo respecto a la consideración del recurrente como autor de un delito contra la salud pública, de cohecho activo y de depósito de armas.

1. El recurrente se limita, en realidad a reiterar en varias ocasiones la afirmación anterior, relativa a la ausencia de prueba, tanto directa como indirecta, reprochando a la sentencia impugnada la falta de una explicación de su razonamiento probatorio, pero sin concretar qué aspectos considera insuficientes y cuál es la razón de tal valoración. Al lado de estas

afirmaciones, relaciona una serie de consideraciones generales sobre la necesidad de motivar las sentencias y sobre la estructura de la prueba indiciaria, con abundante cita jurisprudencial.

2. Esta Sala coincide sustancialmente con las consideraciones de tipo teórico formuladas por el recurrente. Efectivamente, es reiterada la jurisprudencia que recuerda la obligación de motivar las sentencias, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, y asimismo en cuanto a las consecuencias penales y civiles de la aplicación de la ley. Así, se ha dicho, STS núm. 661/2008, de 29 de octubre, que "la necesidad de motivar las sentencias, derivada tanto del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, como del artículo 120.3 de aquella que la impone de forma literal, en cuanto se refiere a los aspectos fácticos presenta una relación íntima con el derecho a la presunción de inocencia, pues la suficiencia de la prueba y la racionalidad del proceso valorativo deben expresarse precisamente a través de la motivación. Esta Sala ha establecido en numerosas resoluciones que la motivación de las sentencias debe abarcar el aspecto fáctico, y si bien es cierto que no es preciso reseñar detalladamente todas las pruebas que se han tenido en cuenta, no lo es menos que de la motivación deben desprenderse con claridad las razones que ha tenido el Tribunal para declarar probados los hechos que resulten relevantes, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos. Por eso, la necesidad de motivar las sentencias se refuerza cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado ha negado los hechos. La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso".

3. Sin embargo, esta Sala entiende que la motivación suficiente de la sentencia se desprende de su simple lectura. En el fundamento jurídico segundo se hace referencia al resultado de los registros efectuados en el garito de la CALLE000, NUM001 y del NUM005 y del NUM003 NUM004 del núm. NUM002 de la misma calle, donde aparecieron dinero, drogas y armas, tal como resulta del hecho probado, así como al resultado de las intervenciones telefónicas, de las que resultan conversaciones del recurrente con las acusadas, especialmente, o con el luego fallecido Baltasar, que claramente hacen referencia al traslado constante de objetos identificados como droga desde los pisos NUM003 o NUM009 al NUM005 o incluso al garito donde finalmente se hacían las ventas. En el fundamento

jurídico quinto se relacionan ampliamente estas operaciones de venta de drogas y en el manejo de los locales y pisos, así como la posesión y disposición de las llaves del local donde se almacenaba parte de la droga y las armas, en el bajo de la CALLE000 núm. NUM002. También se analizan y valoran declaraciones testificales de los agentes de Policía intervinientes en las vigilancias, de las que resultan elementos coincidentes con el contenido de las conversaciones antes referidas, o del agente policial que realizó las escuchas que declaró reconocer la voz del recurrente al conocerlo de otras escuchas anteriores. En el fundamento jurídico noveno, el Tribunal analiza ampliamente la prueba relativa a la participación del recurrente en el alijo de drogas realizado el 27 de julio de 2004 en la bahía de Portmán, concretamente las conversaciones telefónicas, muy significativas, que se relacionan de forma pormenorizada, en las que se hace incluso referencia a las actividades de la Guardia Civil de forma coincidente a las realmente realizadas, según la testifical de alguno de sus miembros. En el fundamento duodécimo se examinan, también de forma amplia y pormenorizada, las pruebas relativas a la participación de los acusados, entre ellos el recurrente, en el desembarco de drogas en la zona de El Portús. Especialmente las conversaciones telefónicas, alguna de las cuales es coincidente con las declaraciones testificales de los agentes policiales relativas a las reuniones del recurrente con otros coacusados antes y después del desembarco.

Por lo tanto, ha existido una motivación suficiente de la decisión del Tribunal respecto de la existencia de prueba de los hechos, por lo que el motivo se desestima.

DECIMO.- En el tercer motivo se queja concretamente de la vulneración de la presunción de inocencia, y niega la existencia de prueba y de un razonamiento del Tribunal respecto a la que valora.

1. Nuevamente el recurrente se limita a afirmar la inexistencia de prueba de cargo bastante y a hacer una extensa exposición de doctrina jurisprudencial sobre la presunción de inocencia, que esta Sala no puede menos de compartir en cuanto refleja la necesidad de contar con una prueba válida y suficiente para considerar enervada la presunción de inocencia de modo que se justifique una sentencia condenatoria.

2. De anterior fundamento jurídico de esta sentencia de casación ya se desprende que el Tribunal contó con abundante prueba de cargo respecto de la participación del recurrente, y que ha sido valorada de modo racional para establecer el relato de hechos probados.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso de Pelayo y Victorino

UNDECIMO.- En el primer motivo denuncian la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

La cuestión, como ya se ha dicho, ha sido anteriormente resuelta por la Sentencia de esta Sala núm. 681/2008, de 7 de octubre, de manera que no puede ser ahora reconsiderada. En consecuencia, el motivo se desestima.

En el motivo segundo se quejan de la vulneración de la presunción de inocencia, pues entienden que no han quedado acreditados los elementos objetivos y subjetivos de los delitos por los que han sido condenados. No han tenido contacto alguno con la droga ni con los vehículos utilizados. Tampoco existe prueba de la recepción de dinero alguno. En definitiva, la condena se basa exclusivamente en las intervenciones telefónicas, cuya nulidad sostienen. Además, alegan la imposibilidad de condena por delito de cohecho al recurrente Victorino, que se encontraba, ya desde hacía años, en situación de reserva sin ejercer función pública alguna.

1. En cuanto a la presunción de inocencia, la base de la condena la sitúa el Tribunal en el contenido de las conversaciones telefónicas, cuya validez ya ha sido establecida por esta Sala, a cuya luz se valoran ahora de forma diferente los contactos entre los acusados, que han quedado acreditados por la prueba testifical. Es claro que sin el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas tales reuniones solo tienen el sentido que aparentan, del cual no pudo el tribunal de instancia deducir contenido delictivo alguno. Pero una vez que tales conversaciones pueden ser valoradas, como se hace en la sentencia impugnada, tienen un distinto significado tanto la reunión de los dos recurrentes sobre las 17,00 horas del día 1 de setiembre, poco antes del desembarco de droga en la zona de El Portús, con el coacusado Leandro, así como la reunión de los citados con el coacusado Gustavo y el luego fallecido Baltasar el día 6 de setiembre, con la finalidad, según se desprende de las citadas conversaciones, de hablar acerca de las razones del fracaso de la operación.

Por lo tanto, el motivo se desestima. En cuanto a la cuestión relativa a la infracción de ley, se resolverá en el motivo siguiente.

DUODECIMO.- En el motivo tercero, con amparo en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncian en primer lugar la indebida aplicación de los artículos 369.8 y 419 a los hechos, ya que no debieron incluirse en los mismos afirmaciones constitutivas de juicios de valor como las relativas a la finalidad de las reuniones antes mencionadas. Finaliza la argumentación afirmando igualmente la

imposibilidad de aplicar los citados preceptos al acusado Victorino que, encontrándose en la reserva, no ostentaba la condición de funcionario ni tenía cargo ni responsabilidad pública alguna.

1. En el primer aspecto el motivo debe ser desestimado. Es correcto incluir en los hechos probados los elementos subjetivos, aunque el sistema de prueba pueda ser en parte diferente al que caracteriza el aplicable a los elementos de naturaleza objetiva. Por lo tanto, la inclusión en el relato fáctico de la finalidad con la que se ejecuta un hecho no supone infracción de ninguna clase. En el caso, tal finalidad queda debidamente acreditada por la prueba practicada, concretamente, por el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas.

2. En cuanto a la segunda cuestión, la respuesta debe ser diferente. La circunstancia 8ª del artículo 369 del Código Penal agrava la pena a quien fuera funcionario público. Actualmente, en la redacción vigente, la referida circunstancia se encuentra en el núm. 1º del mismo artículo, y exige no solo la condición de funcionario público, sino además que obra en el ejercicio de su cargo.

El delito de cohecho del artículo 419 sanciona también al funcionario público que, en provecho propio o de tercero solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito.

En ambos casos, pues, no basta con la condición de funcionario público, sino que la conducta ha de estar relacionada con el ejercicio del cargo.

El recurrente Victorino era, en la época de los hechos, Guardia Civil en situación de reserva, pero sin que ejerciera función pública ni desempeñara cargo alguno en la Guardia Civil. De manera que, con independencia de que mantuviera su condición personal de funcionario público, su conducta no pudo estar en ningún caso relacionada con el ejercicio de un cargo que no desempeñaba. En consecuencia, no es posible aplicar a su conducta la agravación del artículo 369.8ª, actualmente 369.1ª, ni tampoco considerarlo autor de un delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal.

En ese sentido, el motivo se estima.

DECIMO TERCERO.- En el motivo cuarto, por la misma vía de impugnación, denuncian la vulneración del principio "non bis in idem" al ser condenados por delito de cohecho y al tiempo aplicarles la agravación del apartado 8º (actualmente 1º) del artículo 369 del Código Penal. Entienden que la condición de funcionario

solo debe traducirse en la aplicación de la agravación prevista en el artículo 369.

1. De la propia argumentación del recurrente se desprende que vincula el principio "non bis in idem" a la existencia de una primera condena, lo que en realidad no es el caso. En el fondo se refiere más bien a una doble valoración de una misma conducta, en un caso para aplicar una agravación de la pena en un tipo delictivo y en otro caso para constituir uno de los elementos del tipo objetivo de otro delito. En cualquier caso, de lo que se queja es de que la condición de funcionario en el ejercicio del cargo ha sido tenida en cuenta para la aplicación de la agravación del artículo 369.8ª, actualmente 369.1ª y al mismo tiempo para la condena por el delito de cohecho.

De todos modos, dada la estimación del anterior motivo, la cuestión queda reducida al recurrente Pelayo.

2. No cabe duda de que, como argumenta el Ministerio Fiscal, se trata de delitos distintos que protegen bienes jurídicos diferentes. La agravación contemplada en el actual artículo 369.1º se orienta a sancionar con una mayor pena la comisión de los delitos de tráfico de drogas precisamente por quienes tienen la obligación de perseguirlos y abusan de su cargo para su comisión. Cuando su conducta consiste en facilitar la comisión por parte de otros mediando dinero, además de la participación en el delito de tráfico de drogas en concepto de autor, dada la redacción del precepto, su conducta es subsumible directamente en las previsiones del artículo 419 del Código Penal. La cuestión es, entonces, establecer si es posible la condena por el delito de cohecho y al tiempo aplicar la agravación prevista para el caso de que el autor del tráfico de drogas sea funcionario público y obre en el ejercicio de su cargo.

La respuesta debe ser negativa. La comisión de un hecho delictivo como funcionario en el ejercicio del cargo, es ya un elemento valorado en la concreta modalidad de cohecho por la que se le condena. El tipo objetivo del delito de cohecho del artículo 419 exige que, en atención al soborno, el autor realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito. Si bien el delito debe ser penado de forma independiente, la mayor gravedad de la acción a consecuencia de su comisión por funcionario público en el ejercicio del cargo ya ha sido tenida en cuenta como elemento del delito de cohecho. Por lo tanto, no puede ser valorada de nuevo. En casos como el actual, la consecuencia es solamente la no aplicación de la agravación del artículo 368.1ª en su redacción actual, subsistiendo la condena por el delito de tráfico de drogas con la agravación por la notoria importancia de la cantidad.

El motivo, pues, se estima parcialmente, aprovechando igualmente al recurrente Gustavo.

DECIMO CUARTO.- En el motivo quinto denuncian la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

El motivo debe ser desestimado por las mismas razones contenidas en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia de casación, al que procede ahora remitirse.

En el sexto motivo, con amparo en el artículo 851.1 y 3 de la LECrim, denuncia la predeterminación del fallo cometida en el segundo y tercer párrafo del quinto hecho probado y en el primer párrafo del sexto hecho probado, remitiéndose a lo argumentado en anteriores motivos. Y la incongruencia omisiva al omitir respuesta a la alegación relativa a la infracción del principio "non bis in idem", remitiéndose igualmente a las argumentaciones contenidas en el cuarto motivo.

1. En lo que se refiere a la predeterminación del fallo, la introducción en el relato de hechos probados de elementos propios del tipo subjetivo, consecuencia de la valoración de la prueba sobre esos aspectos, no supone una predeterminación del fallo, en cuanto que no implica una utilización de conceptos jurídicos en sustitución de la narración fáctica.

2. Respecto a la incongruencia omisiva, además de que, como señala el Ministerio Fiscal no consta adecuadamente planteada, la condena por ambos delitos implica una decisión incompatible con la pretensión del recurrente. No obstante, la ausencia de una argumentación expresa sobre el particular viene subsanada por el planteamiento del fondo del asunto en casación, de manera que la respuesta contenida en anteriores fundamentos jurídicos de esta sentencia implica una resolución expresa sobre los puntos controvertidos.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso de Jesús Manuel

DECIMO QUINTO.- En un único motivo denuncia la vulneración de la presunción de inocencia. Alega que ha sido condenado exclusivamente por prueba de indicios. Sostiene que fue detenido casi doce horas después del desembarco de la droga, y en un lugar fuera y alejado de los cañaverales donde, según la Guardia Civil, se escondieron quienes procedían al alijo de la droga. Alega igualmente que la Audiencia viene a razonar sobre la base de la insuficiencia de sus explicaciones, cuando no está obligado a probar su inocencia.

1. Es claro que el recurrente no está obligado, como acusado, a probar su inocencia, sino que, al contrario, es preciso que la acusación apor-

te pruebas que demuestren su participación en el hecho delictivo. Por lo tanto, de la mera insuficiencia, inexactitud o falta de consistencia de su versión sobre lo ocurrido, al igual que de su silencio, no es posible deducir una prueba en su contra. El silencio o la versión falsa pueden ser utilizados como demostrativos de que la participación que resulta de las pruebas de cargo no se enfrenta a una versión alternativa de los hechos suficientemente razonable. Pero es precisa, en todo caso, una prueba de cargo suficiente.

2. En el caso, el desembarco es interrumpido por la Guardia Civil sobre las 2,00 horas del día 27 de julio de 2004, dispersándose parte de los que desembarcaban la droga e introduciéndose en los cañaverales. Dos de los coacusados, no recurrentes, fueron detenidos sobre las 10,30 horas de ese día, en la carretera travesía de Portmán a la salida de los cañaverales, presentando ambos aspecto desaliñado, las ropas mojadas y llenas de arena y desprendiendo olor a gasoil. El recurrente fue detenido, según el hecho probado, poco después, en una calle próxima, presentando también la ropa mojada y con arena y desprendiendo olor a gasoil. Es decir, el mismo aspecto que presentaban quienes acababan de salir del cañaveral.

Tal afirmación fáctica resulta de la testifical de uno de los agentes de la Guardia Civil que detuvo al recurrente. De todo ello resulta que al ser detenido presentaba signos inequívocos de proceder del interior del cañaveral del que igualmente habían salido los coacusados, lugar donde se habían ocultado quienes desembarcaban la droga al percatarse de la presencia de la Guardia Civil. El Tribunal basa la condena en esa prueba de cargo, y utiliza la nula fiabilidad de la versión del acusado para reforzar la consistencia de la inferencia, al no existir una versión alternativa suficientemente razonable que explique las razones de aparecer en esos momentos en ese lugar con las ropas en el estado ya descrito.

En consecuencia, el motivo se desestima.

FALLO

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados Sandra, Adelina, Celsa, Leandro y Jesús Manuel, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, con fecha 3 de febrero de 2.009, en causa seguida contra los mismos y otros doce más, por delito contra la salud pública, de cohecho y de depósito de armas.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados Gustavo, Victorino y Pelayo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, con fecha 3 de febrero de 2.009, en causa seguida contra los mismos y otros doce más, por delito contra la salud pública, de cohecho y de depósito de armas. Declarándose de oficio las costas correspondientes al 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. Andres Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menendez de Luarda Manuel Marchena Gomez Enrique Bacigalupo Zapater

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de abril de dos mil diez.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto constitucional así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por Sandra, Adelina, Celsa, Gustavo, Leandro, Pelayo, Victorino y Jesús Manuel, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, con fecha 3 de febrero de dos mil nueve, en causa seguida contra Leandro, con DNI núm. NUM000, nacido el día 26 de enero de 1.971, hijo de Mateo y de Dolores, natural de Cartagena y vecino de Mazarrón, con antecedentes penales con computables a efectos de reincidencia; Pelayo, con DNI núm. NUM014, nacido el día 26 de enero de 1.957, hijo de Roberto y de María Esther natural y vecino de Cartagena, sin antecedentes penales; Victorino, con DNI núm. NUM016, nacido el día 29 de noviembre de 1.951, hijo de Francisco y de Magdalena, natural de Almería y vecino de Cartagena, sin antecedentes penales; Gustavo, con DNI núm. NUM017, nacido el día 2 de diciembre de 1.946, hijo de Juan y de Isabel, natural de vecino de Cartagena, sin antecedentes penales; Emiliano, con DNI núm. NUM015, nacido el día 9 de junio de 1.958, hijo de José y de Catalina, natural de Murcia y vecino de Cartagena, sin antecedentes penales; Sandra, con DNI núm. NUM006, nacida el día 19 de junio de 1.959, hija de Jerónimo y de Caridad, natural y vecina de Cartagena, sin antecedentes penales; Adelina, con DNI núm. NUM007, nacida el día 6 de junio de

1.986, hija de Baltasar y de Sandra, natural y vecina de Cartagena, sin antecedentes penales; Celsa, con DNI núm. NUM008, nacida el día 10 de marzo de 1.946, hija de José y de Emilia, natural y vecina de Cartagena, sin antecedentes penales; Eleuterio, con DNI núm. NUM013, nacido el día 10 de octubre de 1.967, hijo de Mohamed y Rkia, natural de Marruecos y vecino de Elche, sin antecedentes penales; Pascual, indocumentado, nacido el día 13 de enero de 1.971, hijo de Hammaoli y Zahra, natural de Marruecos, sin antecedentes penales; Luis Francisco, indocumentado, nacido en el año 1.974, hijo de Larbi y Malika, natural de Marruecos, sin antecedentes penales; Alexander, indocumentado, nacido en el año 1.974, hijo de Mohamad y Fatma, natural de Marruecos, sin antecedentes penales; Cesar, indocumentado, nacido en el año 1.983, hijo de Buarfa y de Fátima, natural de Marruecos, sin antecedentes penales; Jesús Manuel, indocumentado, nacido el 1 de enero de 1.981, hijo de Mohamed y Malika, natural de Marruecos, sin antecedentes penales; Fulgencio, indocumentado, nacido el 16 de junio de 1.974, natural de Marruecos, sin antecedentes penales; julio, indocumentado, nacido el 28 de marzo de 1.972, hijo de Fatna y Machina, natural de Marruecos, sin antecedentes penales y Oscar, indocumentado, nacido el 28 de marzo de 1.972, hijo de Fatah y de Casem, natural de Marruecos, sin antecedentes penales; por delito contra la salud pública, de cohecho y de depósito de armas; y una vez declarado conclusivo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª, rollo 5/2.005) que, con fecha tres de febrero de dos mil nueve, dictó sentencia condenando a Leandro, como autor responsable de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: A) Seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; B) Multa de sesenta mil euros (60.000 euros).- Condenando a Leandro, como autor responsable de un delito de depósito de armas de guerra, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- Condenando a Leandro, como autor responsable de un delito continuado contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y con la cualificación de notoria importancia de la cantidad, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: A) Cuatro años y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el

derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; B) Multa de diez millones de euros (10.000.000 euros), con tres meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.- Condenando a Leandro, como autor responsable de un delito de cohecho activo, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: A) Cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; B) Multa de seis mil euros (6.000 euros), con quince días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.- Condenando a Sandra, Adelina y Celsa, como autoras responsables de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: A) Cuatro años y seis meses de prisión, a cada una de ellas, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; B) Multa de cincuenta mil euros (50.000 euros) a cada una de ellas, con veinte días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.- Condenando a Pelayo, Victorino y Gustavo, como autores responsables de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, y con las cualificaciones de notoria importancia de la cantidad y comisión por funcionario público, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: A) Cuatro años y tres meses de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; B) Multa de seis millones de euros (6.000.000 euros) a cada uno de ellos, con tres meses de responsabilidad subsidiaria en caso de impago; C) Doce años de inhabilitación absoluta a cada uno de ellos.

Condenando a Pelayo, Victorino y Gustavo, como autores responsables de un delito de cohecho pasivo, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: A) Cuatro años de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; B) Multa de seis mil euros (6.000 euros) a cada uno de ellos, con quince días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago; C) Nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público a cada uno de ellos.- Condenamos a Alexander, Cesar y Jesús Manuel, como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y con la

cualificación de notoria importancia de la cantidad, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: A) Tres años y un día de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; B) Multa de cuatro millones cuatrocientos once mil quinientos euros (4.411.500 euros) a cada uno de ellos, con dos meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.- Condenando a Eleuterio, Pascual y Luis Francisco, como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y con la cualificación de notoria importancia de la cantidad, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: A) Tres años y un día de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; B) Multa de cinco millones ochenta y ocho mil setecientos veinte euros (5.088.720 euros) a cada uno de ellos, con dos meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.- Absolviendo a Fulgencio, julio y Oscar del delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia de los artículos 368, inciso segundo, y 369,3º del Código penal, del que eran acusados por el Ministerio Fiscal.- Absolviendo a Emiliano de los siguientes delitos de los que era acusado por el Ministerio Fiscal: un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia cometido por funcionario público de los artículos 368, inciso segundo, 369.3º y 8º y 372 del Código Penal, y un delito de cohecho pasivo del artículo 419 del Código Penal.

Condenando a los acusados que, a continuación, se señalan al pago de las costas procesales, en las proporciones que, asimismo, se indican: a) Leandro abonará 4/24 partes de las costas procesales; b) Sandra, Adelina y Celsa abonarán 3/24 partes de las costas procesales; c) Pelayo, Victorino y Gustavo abonarán 6/24 partes de las costas procesales; y d) Alexander, Cesar, Jesús Manuel, Eleuterio, Pascual y Luis Francisco abonarán 6/24 partes de las costas procesales.- Declarándose de oficio 5/24 partes de las costas procesales.- Decretándose el decomiso de las drogas, dinero, armas, municiones, calculadora, máquina de contar dinero, cámaras de circuito cerrado, escáner receptor de comunicaciones, báscula de precisión digital y ordenador portátil, que fueron encontrados en los registros realizados en la presente causa y que se encuentran relacionados en el relato de hechos probados

de la presente sentencia, y de la droga, del dinero y de los teléfonos móviles, que fueron encontrados en el momento de las detenciones de Leandro, Pelayo, Victorino y Gustavo y que se encuentran referidos también en el relato de hechos probados de la presente Sentencia, debiendo darse a todo lo decomisado el destino legal.- Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por ocho de los acusados, y que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver al recurrente Victorino del delito de cohecho del que venía acusado.

Procede igualmente dejar sin efecto la aplicación respecto del anterior de la agravación prevista en el artículo 369.1ª del Código Penal, lo que repercutirá en la pena que se fijará en cuatro años de prisión en atención a la participación del acusado y a la cantidad concreta de droga.

Agravación que tampoco será de aplicación respecto de Pelayo y Gustavo.

Se mantiene la pena de inhabilitación absoluta conforme al artículo 372 del Código Penal respecto de los acusados Pelayo y Gustavo.

Se mantienen igualmente las condenas recaídas por los delitos de cohecho pasivo impuestas a los acusados Pelayo y Gustavo.

III. FALLO

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Victorino del delito de cohecho por el que venía siendo acusado.

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Victorino, como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, conforme a los artículos 368 y 369.6º del Código Penal a la pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 6.000.000 euros, con tres meses de

responsabilidad personal subsidiaria.

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a los acusados Pelayo y Gustavo como autores de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, conforme a los artículos 368, 369.6º y 372 del Código Penal, a la pena de cuatro años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 6.000.000 euros, con tres meses de responsabilidad personal subsidiaria, y doce años de inhabilitación absoluta.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de

instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta José Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Enrique Bacigalupo Zapater

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



2010/84379

TS Sala 4ª, Sentencia 15 abril 2010. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

Existe subcontratación de servicios de la propia empresa comitente Externalización de servicios informáticos no constitutiva de cesión ilegal

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la entidad bancaria y la mercantil codemandadas contra sentencia que acogió la pretensión del trabajador accionante sobre cesión ilegal.

Explica la Sala que la actividad del actor no es ficticia, sino que corresponde a una labor de comunicación informática con los empleados, que pertenece a la gestión normal y habitual del propio sistema operativo de la empresa, dando servicio a la multiplicidad de sucursales y operarios de ella, pertenencia a la propia actividad de la empresa comitente que no es jurídicamente anómala o ilegal, como entiende la sentencia impugnada, sino que integra el objeto mismo del supuesto de hecho de la subcontratación, donde el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede, o ha de conocer, la dinámica empresarial de ésta, introduciéndose a veces en toda la gama de comunicaciones que existen dentro de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son tres las cuestiones que plantean los recursos de las entidades recurrentes, que son el Banco Bilbao-Vizcaya Argentaria (BBVA) e Indra sistemas S.A. (INDRA). Ambas empresas están implicadas en el pleito de cesión ilegal de trabajadores interpuesto por el trabajador demandante, que figuraba en la plantilla de INDRA, se dedicaba a labores o tareas de outsourcing informático encargadas por el BBVA a INDRA, y fue declarado integrante de la plantilla del BBVA por cesión ilegal en virtud de la sentencia de suplicación recurrida, revocatoria de sentencia de instancia que había

acordado la desestimación de la demanda.

La primera de las cuestiones planteadas se desarrolla en el primer motivo del recurso del BBVA; en ella se impugna la propia calificación de cesión ilegal que contiene el pronunciamiento principal de la sentencia recurrida. La segunda cuestión, a cuya exposición se dedican los motivos del mismo número de los dos recursos de casación unificadora interpuestos, alega que, respecto de la integración del demandante en la plantilla del BBVA, no existe una controversia real o actual, puesto que la petición de integración se ha producido después de la terminación de

la contrata de prestación de servicios existente entre BBVA e INDRA. La tercera cuestión, abordada en el motivo tercero del recurso del BBVA y en el primero del recurso de INDRA, se refiere a un argumento de la sentencia recurrida, consistente en afirmar que la decisión adoptada en la misma ha de ser coherente con sentencia precedente de la misma Sala; viene a decirse en estos motivos que la sentencia recurrida ha llevado a cabo una aplicación indebida de la doctrina de la cosa juzgada positiva.

El método que parece más adecuado para la resolución del recurso aconseja dar preferencia en el tratamiento de las cuestiones planteadas a la concerniente a la calificación de cesión ilegal de trabajadores. De mantenerse esta calificación de la sentencia recurrida, que es la clave del pronunciamiento de integración del demandante en la plantilla del BBVA, correspondería abordar por su orden los otros dos temas. De sostenerse en cambio que no ha existido la cesión ilegal denunciada en la demanda y acogida en suplicación, no sería necesario entrar en el análisis de las cuestiones adicionales propuestas en los recursos, cuya virtualidad efectiva en la impugnación de la sentencia recurrida es subsidiaria o de refuerzo.

SEGUNDO.- Del relato de hechos probados de la sentencia de instancia del presente pleito, no modificado en la sentencia de suplicación, conviene destacar con cierto detalle las circunstancias de los contratos celebrados y de la ejecución o puesta en práctica de los mismos, que tienen relevancia para resolver el caso y para comprender su fundamentación:

a) la relación de trabajo entre el demandante e INDRA se remonta al año 1998, para realizar labores de “técnico informático A3” y categoría profesional “analista funcional senior” (hecho probado 1º);

b) la contrata de “externalización” o outsourcing de servicios informáticos entre BBVA e INDRA data de 2001 para el desarrollo de diversos “proyectos”, entre los que se encuentra el “servicio de mantenimiento de las aplicaciones de sistemas de información de gestión” al que fue destinado el actor (hecho probado 2º);

c) el referido “sistema de información de gestión” consiste en facilitar la “visualización” a los “usuarios” (empleados del banco en distintas oficinas) de informaciones diversas (“informes, resúmenes, estadísticas, etc”) procedentes de los distintos departamentos del banco (hecho probado 3º);

d) la contrata o acuerdo de externalización incluye, entre otras tareas, el “mantenimiento correctivo”, el “mantenimiento evolutivo”, y el “enfoque metodológico”, tareas que han de desarrollarse de acuerdo con “indicadores de calidad estipulados”,

cuya inobservancia determina el “sometimiento a penalizaciones” (hecho probado 4º);

e) según el acuerdo de externalización, las tareas contratadas “serán realizadas en exclusiva por el personal” de INDRA, que “deberá ajustarse al horario de su propio convenio colectivo”, sin perjuicio de utilizar los “equipos informáticos del banco”, con abono de un alquiler por parte de la contratista “por la utilización de dichos equipos” (hecho probado 4º);

f) el demandante formaba parte del grupo de diez trabajadores que realizaba las referidas tareas de mantenimiento del “sistema de información de gestión”, con dependencia de “responsables” de INDRA (hecho probado 4º);

g) en concreto, el demandante se ocupaba de utilizar “herramientas” informáticas (“como WEB focus”) “para posibilitar la visualización por los usuarios de la información recibida”, accediendo a los “buzones” donde se reciben las “comunicaciones sobre incidencias” para su verificación y resolución (hecho probado 5º);

h) en el desarrollo del trabajo “los empleados del banco y los de las contratas tienen claves diferentes” en los “servicios de correo electrónico”, no disponiendo el actor del “código 4444” que sólo se otorga a los empleados” (hecho probado 5º);

i) “el demandante posee una elevada cualificación que, de acuerdo con su convenio colectivo, le proporciona un alto grado de autonomía y responsabilidad” (hecho probado 5º) y su “actividad era distinta a la realizada por los empleados del banco” (hecho probado 6º);

j) “el demandante trabajó en las instalaciones del BBVA” en el servicio de mantenimiento mencionado desde el 2001 al 2007, año en que la referida entidad bancaria decidió encargar el “sistema de información de gestión” a otra empresa de servicios informáticos (hecho probado 6º);

y k) mientras estuvo trabajando en dicho servicio de mantenimiento, el actor solicitaba la determinación del período de vacaciones de INDRA, “que era quien las concedía” “de acuerdo con el BBVA” (hecho probado 6º).

TERCERO.- La sentencia recurrida, reconociendo que nos encontramos ante una “cuestión dificultosa”, se ha inclinado por la calificar la prestación de trabajo del actor como cesión ilegal de trabajadores determinante de la integración solicitada en la plantilla de BBVA, apoyando su decisión en varios argumentos complementarios. Afirma la sentencia que determinadas cláusulas del acuerdo de externalización BBVA-INDRA son “coberturas en orden a eludir los mecanismos de protección

de trabajadores, aunque ello no se realice con ánimo defraudatorio”; que “aunque realmente consta el arrendamiento de maquinaria (informática) ninguna justificación existe del pago de la misma”; que tampoco consta justificante de posibles “despenalizaciones” por incumplimiento; “que el servicio de mantenimiento donde prestaba su trabajo el actor corresponde a la “gestión normal y habitual del sistema operativo de la empresa”; que el trabajo del actor obligaba “a un conocimiento de la dinámica empresarial” de la entidad bancaria; y que, en un asunto precedente sustancialmente igual la propia Sala de suplicación ya había resuelto en el mismo sentido de declarar cesión ilegal de los trabajadores.

La sentencia aportada para el juicio de contradicción en el motivo del recurso que hemos decidido atender en primer lugar es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 26 de octubre de 2006. Entre ella y la sentencia recurrida hay ciertamente diferencias accesorias, pero los hechos y fundamentos de una y otra son sustancialmente idénticos, mientras que las resoluciones adoptadas son opuestas. En la sentencia de contraste el BBVA y una empresa de servicios informáticos fueron absueltas de la petición de condena de cesión ilegal de trabajadores solicitada en la demanda. La empresa de servicios informáticos no es INDRA, sino Asturmática S.L.; y los servicios informáticos prestados tampoco consistían en el “mantenimiento del sistema de información de gestión” sino la “instalación de banca electrónica” a los clientes del banco. Pero esta última diferencia no desvirtúa sino que refuerza la contradicción, al ser el trabajo prestado, tal como se describe en los hechos probados 7º y 8º de la sentencia de contraste, menos diferenciado y de menor complejidad técnica que el desarrollado por el actor en el presente caso. Debemos, en fin, llegar a la conclusión de que existe contradicción entre las sentencias comparadas; y en el mismo sentido informa el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen.

CUARTO.- La solución ajustada a derecho de la cuestión controvertida es la contenida en la sentencia de contraste, por lo que el recurso debe ser estimado.

Aunque expresada en términos en los que abundan tecnicismos que dificultan la comprensión, es claro, y así lo viene a reconocer la propia sentencia recurrida, que la actividad del actor en el centro de trabajo del BBVA no es ficticia sino que corresponde a una labor de comunicación informática con los empleados que pertenece a la “gestión normal y habitual del propio sistema operativo de la empresa, dando servicio a la multiplicidad de sucursales y operarios de ella”. Esta pertenencia a la “propia actividad de la empresa” “comitente no es una jurídicamente anó-

mala o ilegal, como entiende la sentencia impugnada, sino que integra el objeto mismo del supuesto de hecho de la subcontratación regulado en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Es sabido también que, en estos supuestos de subcontratación de obras y servicios, el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede o ha de conocer la “dinámica empresarial” de ésta, introduciéndose a veces “en toda la gama de comunicaciones que existen” dentro de la misma. Por otra parte, la subcontratación lícita de obras o servicios regulada en el art. 42 ET no ha de supeditarse, como parece entender la sentencia recurrida, a un “objeto residual” o “accesorio”, sino que puede afectar a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial.

Por lo demás, es patente en el caso, a la vista de los hechos probados resumidos en el fundamento segundo, que, como viene exigiendo la jurisprudencia y acoge ahora el art. 43.2 ET (redacción Ley 43/2006), la empresa contratista tiene entidad y actividad propias; que en la relación de trabajo con el actor, entablada antes de la contrata con el BBVA, se mantienen los lazos del poder de dirección habituales en los supuestos de subcontratación; y que INDRA ha puesto en juego sus medios personales y materiales en el desempeño de la actividad contratada por encargo del BBVA, sin que sea relevante a tal efecto el que el equipo informático utilizado para dicha labor fuese alquilado a la propia entidad bancaria. En este contexto, la falta de constancia en los hechos de los recibos del abono de tal “alquiler de maquinaria” consentiría tal vez una sospecha o suspicacia más o menos fundada, pero no constituye un indicio ni de inexistencia de dicho contrato de arrendamiento, ni tampoco, con mayor razón, de inconsistencia de la labor contratada. Lo mismo puede decirse de la falta de constancia de “penalizaciones” por incumplimiento, las cuales presuponen como es obvio que el incumplimiento haya tenido lugar, lo que no tiene por qué haber ocurrido.

QUINTO.- La estimación del primer motivo del recurso del BBVA hace innecesario el análisis de los restantes, como se razonó en el fundamento primero.

La sentencia estimatoria de unificación de doctrina debe resolver el debate de suplicación con arreglo a la doctrina unificada. Ello comporta en el caso, habida cuenta de que la sentencia de instancia ha desestimado la demanda de cesión ilegal del actor, la desestimación del recurso de tal clase entablado por el demandante y la confirmación de dicha sentencia de instancia.

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2869

Madrid, 14 de septiembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

FALLO

Estimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. y por INDRA SISTEMAS, S.A., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 5 de mayo de 2009,

en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao, en autos seguidos a instancia de D. Felipe, contra dichos recurrentes, sobre INTEGRACION DE PLANTILLA. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos

el recurso de tal clase entablado por el demandante y confirmamos la sentencia de instancia. Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

GISLATIVA, 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.

RESEÑA

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



2010/102576

TS Sala 1ª, Sentencia 25 mayo 2010.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Condena a administradores societarios ante el conocimiento de imposibilidad de hacer frente a la deuda

El TS declara no haber lugar a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por los demandados, administradores de la sociedad deudora, confirmando la Sala la condena impuesta en base a haber quedado acreditado que asumieron la deuda en nombre de la sociedad a pesar de tener conocimiento de la imposibilidad de hacer frente a la misma. Declara haber lugar al rec. de casación interpuesto por la mercantil actora en el sólo sentido de extender la condena que impone a los demandados al pago de los intereses moratorios devengados hasta la fecha de interposición de la demanda rectora del proceso. Declara el TS que la deuda de intereses es accesoria de la principal cuyo objeto está constituido por la entrega de capital, sin que la necesidad de liquidación impida su exigibilidad por más que la condicione suspensivamente.

2010/75355

TS Sala 1ª, Sentencia 13 abril 2010.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Competencia territorial en proceso de tutela del incapaz

El TS dicta auto por el que se atribuye la competencia territorial para el conocimiento del proceso de control de tute-

la del incapaz al juzgado de primera instancia del lugar de residencia de éste, de conformidad con el informe del ministerio fiscal, y no al juzgado que dictó la sentencia de incapacitación, declarando la Sala que el ejercicio de la tutela es más efectivo bajo el control del juzgado de residencia del incapacitado por lo que dicho cambio está justificado por el principio de protección del incapaz y por razones de inmediación.



2010/62067

TS Sala 2ª, Sentencia 28 abril 2010.
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Pertinencia y funcionalidad de la prueba propuesta en tiempo y forma

Interpone recurso de casación el condenado en la instancia por un delito contra la salud pública, que el TS desestima. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que el tribunal sentenciador no está obligado a admitir toda diligencia de prueba propuesta, en tiempo y forma, o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Han de valorarse los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora. Para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado criterios, como el de la posibilidad, el de la pertinencia, el de la relevancia y el de la necesidad.

2010/71280

TS Sala 2ª, Sentencia 23 abril 2010.
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Aplicación simultánea de los subtipos de prevalimiento y minoría de trece años

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito continuado de abuso sexual. Subraya el TS que la minoría de trece años y el prevalimiento, aún siendo convergentes en su relevancia típica para integrar indistintamente el abuso sexual, son realidades distintas, de modo que su análoga significación no excluye la diferenciación de sus respectivos fundamentos; el de la edad descansa en la personal limitación de la víctima invalidante de su formal consentimiento, mientras que el prevalimiento se apoya en el abusivo aprovechamiento de una relación de superioridad por quien lo obtiene. Son desvaloraciones diferentes y compatibles entre sí.



2010/92280

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 25 mayo 2010.
Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Fijación del Gobierno de las condiciones de las Emisiones Primarias de Energía

El TS estima en parte el recurso interpuesto por Endesa contra el RD 324/2008, por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica, del que declara nulos los arts 3,1 y 5, este

último en cuanto admite que "el ejercicio de las opciones podrá hacerse por diferencias". La Sala expone que el Gobierno está ciertamente habilitado para fijar por vía reglamentaria las condiciones de las Emisiones Primarias de Energía y el procedimiento de funcionamiento y participación en ellas, pero siempre sometido al mandato que le otorga la disp. adic. 16ª Ley 54/1997, que es inequívoca al declarar que la emisión primaria de energía ha de ser realizada por aquellos productores de energía eléctrica que tengan la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico, es decir que tengan una cuota de mercado superior al 10% del sector, y el art. 3,1 RD 324/2008 se aparta del mandato legal cuando reduce a dos, sin base normativa suficiente, el número de operadores dominantes sujetos a él, asimismo considera que el art. 5 de la norma habilitada implanta un cambio sustancial en la naturaleza de las subastas al permitir el ejercicio de las opciones por diferencias, y este "cambio de naturaleza" hace que lo que antes era sólo una opción con ejercicio por entrega física pueda ser, en lo sucesivo, una opción con ejercicio por diferencias o liquidación financiera, solución no permitida en la mencionada disposición adicional.



2010/84386

TS Sala 4ª, Sentencia 5 mayo 2010.
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Interrupción por conflicto colectivo de la prescripción para exigir antigüedad y diferencias de salario base

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador demandante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre plus de antigüedad. Explica la Sala que lo devengado mensualmente por complemento de antigüedad prescribía al año a contar a partir del mes en que no se abonó la antigüedad reclamada, por lo que la interposición del conflicto colectivo sólo pudo interrumpir la prescripción de la acción para reclamar la antigüedad que se debió percibir a partir de entonces, pero no la correspondiente a mensualidades anteriores, que ya estaban definitivamente prescritas.