



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 2793

Madrid, lunes 15 de febrero de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/288594

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 24 septiembre 2009. Ponente: D. Angel Aguallo Avilés

Delegación del municipio a la Diputación Provincial de las facultades de recaudación del IBI, IAE y otros ingresos

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria de la Diputación de Alicante contra la STSJ de la Comunidad Valenciana, que anuló el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa, por el que se delegaba a la Diputación Provincial de Alicante la gestión tributaria y recaudación del IBI y el IAE y otros ingresos de derecho público en el extremo relativo a la delegación de la potestad de dictar la providencia de apremio. La Sala considera que en los supuestos en los que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, los Ayuntamientos deleguen la recaudación de los tributos y otros ingresos de derecho público a otros organismos, en las condiciones en los que lo ha hecho el Ayuntamiento de Villajoyosa a la Diputación de Alicante, puede incluirse en dicha delegación la potestad de dictar la providencia de apremio, sin que ello contradiga el art. 106, 2 LHL, pues no estamos ante un supuesto de transmisión de la recaudación ejecutiva por convenio, sino por delegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria de la Diputación de Alicante (SUMA), contra la Sentencia de 23 de junio de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que estima el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 575/2000 (acumulado 590/2000) interpuesto por D. Rafael contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa de 2 de diciembre de 1999, por el que se delega a la Diputación Provincial de Alicante la gestión tributaria y recaudación del Impuesto de Bienes Inmuebles y el Impuesto de Actividades Económicas y otros ingresos de derecho público, facultades que

ejerce a través de SUMA (PUNTO Tercero del Acuerdo).

Como se ha explicitado en los Antecedentes, y por lo que interesa exclusivamente a este proceso, la referida Sentencia anula y deja sin efecto el referido Acuerdo "en el extremo que incluye la delegación de la potestad de dictar la providencia de apremio", con fundamento, en esencia, en que, de conformidad con el art. 106.2 del Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (R.G.R.) -que resulta aplicable al ámbito local en virtud del art. 12 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (L.R.H.L.) y el art. 6 del propio R.G.R.-, "(e)n caso de que se asuma mediante convenio la recaudación ejecutiva de

otras Administraciones Públicas, la providencia de apremio será dictada por el órgano competente de dichas Administraciones".

SEGUNDO.- Frente a la citada Sentencia de 23 de junio de 2003, la representación procesal de SUMA, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, plantea cinco motivos de casación, en los que pone de manifiesto que la citada resolución judicial, al anular la delegación a SUMA de la potestad de dictar la providencia de apremio, habría infringido los arts. 7.1, 7.2 y 12 de la L.R.H.L., el art. 106.2 del R.G.R., y el derecho a la tutela judicial efectiva "al prescindir la Sentencia del sistema de fuentes establecido". Por su parte, la representación procesal de D. Ignacio y D. Rafael presentó escrito en el que, además de invocar la ausencia de legitimación de SUMA para interponer recurso de casación por no haberse personado en el recurso núm. 590/2000, se oponía a cada uno de los citados motivos de casación por las razones que se han expuesto en los Antecedentes.

TERCERO.- Antes de proceder al análisis de la única cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso, es preciso resolver si, como denuncia en su escrito de oposición la representación de D. Ignacio y D. Rafael, concurre una causa de inadmisibilidad al carecer el SUMA de falta de legitimación. En esencia, considera la parte recurrida que dicha falta de legitimación se produciría porque el presente recurso de casación se insta contra la estimación por la Sentencia de instancia del recurso núm. 590/2000, un recurso en el que la Administración demandada era el Ayuntamiento de Villajoyosa y en el que el SUMA nunca llegó a personarse; y, conforme a la doctrina de esta Sala, la acumulación de procesos no supone la confusión de las partes actúantes.

Ciertamente, en primer lugar, tiene razón la parte recurrida en que la Sentencia de 23 de junio de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana se pronunció sobre dos recursos acumulados: de un lado, el núm. 575/2000, planteado por dos concejales del Ayuntamiento de Villajoyosa (los Sres. Ignacio y Rafael), en el que solicitaban la nulidad del Decreto núm. 6756, de

SUMARIO

TS

CIVIL

Falta de responsabilidad contractual y extracontractual de Agencia de Turismo **6**

PENAL

Agravante de abuso de superioridad en delito de homicidio **7**

Absolución de los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible **11**

ADMINISTRATIVO

Delegación del municipio a la Diputación Provincial de las facultades de recaudación del IBI, IAE y otros ingresos **1**

Aplicación a la base imponible del impuesto sobre sociedades de la valoración efectuada por la AEAT en la renta de aduanas **3**

SOCIAL

Obligación de recolocación de incapaz permanente total sin indemnización mientras no exista vacante **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

30 de diciembre de 1999, del Presidente de la Diputación de Alicante, por el que se aceptaba la delegación de competencias municipales acordada -entre otras- por dicha Corporación en materia de gestión y recaudación de determinados impuestos e ingresos de Derecho Público; y, de otro lado, el núm. 590/2000, instado por un solo concejal (el Sr. Rafael) contra el referido acuerdo de delegación aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa en sesión ordinaria celebrada el 2 de diciembre de 1999, así como contra la desestimación presunta del recurso de reposición instado contra el mismo.

En segundo lugar, es, asimismo, un hecho cierto que, mediante escrito presentado el 26 de marzo de 2001, el Letrado de la Diputación Provincial de Alicante únicamente afirmaba personarse en el recurso núm. 575/2000. Como, en fin, tampoco puede desconocerse el dato de que la Sentencia recurrida en esta sede declaró la inadmisibilidad, precisamente, de este último recurso, estimando el núm. 590/2000, y declarando la nulidad del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa por el que se delegaban las mencionadas competencias a la Diputación Provincial.

Por otro lado, no podemos pasar tampoco por alto que esta Sala ha señalado que "(1)a acumulación no priva de sustantividad propia a cada recurso, sino que se limita a posibilitar su resolución en una sola sentencia (artículo 186 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, a la sazón aplicable), y, por consecuencia, la acumulación no permite que en casación se mezclen indebidamente los motivos referentes a uno y otro proceso, ni que se pretenda usar alguno en el proceso que no le corresponde; así que no es lícito alegar que se ha estimado una pretensión en una sentencia que ha declarado la inadmisibilidad del proceso, porque el vicio (de existir) se habría cometido en la resolución del otro recurso acumulado "(Sentencia de 14 de noviembre de 2002 (rec. cas. núm. 1091/1999), FD Tercero); que "(1)os efectos de la acumulación son, según el artículo 186 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los autos "se seguirán en un sólo juicio y serán terminados por una misma sentencia", pero no que los motivos de impugnación se hagan comunes y se trasvasen de un recurso a otro; en otras palabras, la acumulación no hace perder a los procesos su propia individualidad; y

por esta razón es posible que incluso con relación a un mismo acto o norma administrativa, un recurso se estime y otro se desestime, exactamente igual que si los procesos se hubieran tramitado por separado "(Sentencia de 7 de febrero de 2001 (rec. cas. núm. 268/1996), FD Séptimo); y, en fin, en la misma línea que lo anterior, que la "acumulación de procesos no afecta a la independencia y a la sustantividad de la actuación de las distintas partes, lo que significa que el concepto de cuestión nueva ha de apreciarse en función de la intervención en la instancia de la parte recurrente en casación", de manera que si "de los distintos recurrentes en la instancia sólo uno interpone recurso de casación, no puede éste proponer motivos de casación que correspondan a alegaciones no formuladas por él sino por la parte que consintió la sentencia "(Sentencia de 8 de mayo de 2000 (rec. cas. núm. 6566/1994), FD Primero).

Pese a lo que acabamos de señalar, si embargo, en este caso se producen unas circunstancias excepcionales que nos deben conducir a la admisión de recurso. En particular, es preciso subrayar:

a) En primer lugar, que aunque, efectivamente, los recursos núms. 575/2000 y 590/2000 se instaron contra dos actos administrativos distintos, ambos estaban inextricablemente conectados, de manera que, aunque el primero de ellos fue inadmitido, la estimación del núm. 590/2000, anulando el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa en el extremo que incluye la delegación de la potestad de dictar la providencia de apremio, afectó inevitablemente al Decreto del Presidente de la Diputación de Alicante impugnado en el recurso núm. 575/2000, por el que se aceptaba la delegación, entre otras, de la citada competencia.

b) En segundo lugar, que pese a que, como hemos dicho, SUMA solicitó únicamente que se le tuviera "por personado y parte" en "el recurso contencioso-administrativo núm. 575/2000 en concepto de Administración demandada", tal solicitud se presentó el 26 de marzo de 2001, esto es, con posterioridad a que el 23 de marzo de 2001 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana decidiera mediante Auto acumular los recursos núms. 575/2000 y 590/2000, "cuya tramitación -decla-

raba- será única a partir de ahora, y con el número del primero de los acumulados" (subrayado en el original).

c) Y, en tercer lugar, que la representación de las partes demandantes presentó un solo escrito, de fecha 1 de marzo de 2001, por el que formalizaba la demanda, en el que solicitaba que se anulara tanto el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa como el Decreto del Presidente de la Diputación de Alicante, razón por la cual el Letrado de dicha Diputación, en representación de SUMA, contestó a la demanda mediante escrito, presentado el 20 de mayo de 2002, en el que se pronunciaba tanto en relación con el recurso núm. 575/2000 (págs. 2 a 6 del escrito) -que finalmente resultaría inadmitido-, como sobre el recurso núm. 590/2000 (págs. 3, 4, 7 y 8).

Con tales datos, inadmitir el recurso de SUMA por el hecho de que no señalara de forma expresa que se personaba en el recurso instado contra el Acuerdo de delegación del Ayuntamiento de Villajoyosa suponría, sin lugar a dudas, una interpretación excesivamente rigorista o formalista de las normas procesales en la que esta Sección no desea incurrir, por más que, tratándose -como es el caso- del acceso a los recursos, dicha interpretación no supusiera la vulneración del derecho de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

CUARTO.- Una vez despejado el óbice de admisibilidad planteado por la representación de la parte recurrente, procede ya entrar a resolver el fondo del asunto. Como hemos adelantado, la cuestión que se suscita en el presente proceso se reduce a decidir si en los supuestos en los que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, los Ayuntamientos deleguen la recaudación de los tributos y otros ingresos de derecho público a otros organismos, en las condiciones en las que lo ha hecho el Ayuntamiento de Villajoyosa a la Diputación de Alicante, puede incluirse en dicha delegación la potestad de dictar la providencia de apremio. Y la claridad expositiva aconseja que, adelantándonos a las conclusiones que después alcanzaremos, comenzamos por afirmar que la respuesta a esta interrogante no puede ser más que positiva.

Para explicar las razones de nuestra decisión conviene comenzar reproduciendo algunas de las normas que deben tenerse necesariamente en

cuenta para resolver la cuestión. En particular, debe recordarse que el art. 106.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (L.R.B.R.L.), establece que "(e)s competencia de las Entidades locales la gestión, recaudación e inspección de sus tributos propios, sin perjuicio de las delegaciones que puedan otorgar a favor de las Entidades locales de ámbito superior o de las respectivas Comunidades Autónomas, y de las fórmulas de colaboración con otras Entidades locales, con las Comunidades Autónomas o con el Estado, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado".

Por su parte, es preciso también tener presente que, de conformidad con el precepto transcrito, la L.R.H.L. dispone en su art. 7 que "las Entidades locales podrán delegar en la Comunidad Autónoma o en otras Entidades locales en cuyo territorio estén integradas, las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación tributarias que la presente Ley les atribuye" (apartado 1, párrafo 1.º), así como las de "los restantes ingresos de Derecho público que les correspondan" (apartado 1, párrafo 2.º); que "(e)l acuerdo que adopte el Pleno de la Corporación habrá de fijar el alcance y contenido de la referida delegación y se publicará, una vez aceptada por el órgano correspondiente de gobierno", para general conocimiento (apartado 2); y que "(1)a facultades delegadas serán ejercitadas por el órgano de la Entidad delegada que proceda conforme a las normas internas de distribución de competencias propias de dicha Entidad" (apartado 3, párrafo 2.º). Además, debe tenerse en cuenta la regulación que de la materia se contiene en el R.G.R., que en su art. 6.2 señala que la gestión recaudatoria de las Entidades locales se llevará a cabo "directamente por las propias Entidades" (apartado a)) o por "otros Entes territoriales a cuya demarcación pertenezcan, con los que se haya formalizado el correspondiente convenio o en los que se haya delegado esta facultad" (apartado b)); y en su art. 106.2 -aquel en el que, fundamentalmente, ha basado su decisión el Tribunal de instancia- preceptúa que "(e)n caso de que se asuma mediante convenio la recaudación ejecutiva de otras Administraciones Públicas, la providencia de apremio será dictada por el órgano competente de dichas Administraciones".

Pues bien, sin necesidad de hacer pronunciamientos sobre el contenido

que el Tribunal Constitucional ha otorgado a la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 de la C.E.), sobre si la L.R.B.R.L. se integra o no en el denominado "bloque de la constitucionalidad" o, en fin, sobre el papel que corresponde al legislador estatal en la configuración de dicha autonomía (cuestiones, todas ellas, a las que se refiere expresamente la demanda, y sobre las que hemos tratado, entre otras, en las Sentencias de 20 de febrero de 2009 (rec. cas. núms. 3949/2006, 3966/2006, 4480/2006, 4678/2006 y 5110/2006), FFDD Quinto, Sexto, Quinto, Sexto y Sexto, respectivamente; y de 11 de junio de 2009 (rec. cas. núm. 5940/2007), FD Quinto), lo cierto es que la mera lectura de las normas que acabamos de transcribir, que son las que, en sustancia, ha tenido en cuenta la Sentencia de instancia para tomar la decisión que se recurre en esta sede, conducen a una conclusión distinta a la alcanzada por el Tribunal Superior de justicia de la Comunidad Valenciana.

De dichas normas, en efecto, por lo que aquí interesa, se desprenden, entre otras las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar que tanto la L.B.R.L. (art. 106.3) como la L.R.H.L. (art. 7.1) otorgan a los Ayuntamientos, en términos muy amplios y sin condicionamiento alguno, la facultad de delegar las facultades de recaudación que les atribuye el ordenamiento respecto de sus tributos y otros ingresos de derecho público.

b) Que la L.R.H.L. señala que el alcance y contenido de la delegación vendrá determinado únicamente por el acuerdo previo que adopten la entidad local titular de la competencia de recaudación y la que la asume por delegación (art. 7.2); y, en fin, c) que la citada L.R.H.L. deja claro que el órgano de la entidad delegada ejercerá las facultades de recaudación objeto de delegación conforme a sus propias normas internas de distribución de competencias (art. 7.3).

Ciertamente, frente a los citados preceptos, como hemos visto, el art. 106.2 del R.G.R. señala que "(e)n caso de que se asuma mediante convenio la recaudación ejecutiva de otras Administraciones Públicas, la providencia de apremio será dictada por el órgano competente de dichas Administraciones". Pero una interpretación del precepto reglamentario conforme a los criterios admitidos en derecho (art. 3.1 C.C.) conduce a una conclusión distinta a la alcanzada por el Tribunal de instancia. En efecto, aparte de que la interpretación que mantiene la Sentencia impugnada es difícilmente compatible con los términos -antes descritos- en los que el legislador estatal ha configurado la delegación de competencias de los entes locales en materia de recaudación (criterio sistemático),

es evidente que la misma choca frontalmente con la propia literalidad del precepto reglamentario (criterio gramatical) y la con la finalidad que persigue (criterio teleológico).

De un lado, debe recordarse que, al establecer a quién corresponde la gestión recaudatoria de las Entidades locales, el art. 6.2, letra b), de la L.R.H.L., distingue entre los entes con los que se haya formalizado un convenio y aquellos otros en los que se haya delegado la facultad. Y es claro que el art. 106.2 del R.G.R. se refiere exclusivamente al primero de los casos cuando dispone que la providencia de apremio será dictada por el órgano competente de la Administración pública delegante únicamente "(e)n caso de que se asuma mediante convenio -no dice delegación, que es lo que se produce en el supuesto aquí examinado- la recaudación ejecutiva".

Pero, sobre todo, de otro lado, no puede perderse de vista que, como expresa la entidad recurrente, la finalidad del art. 106.2 del R.G.R. es, precisamente, evitar que, en los supuestos en los que se ha asumido por convenio únicamente la recaudación ejecutiva, se atribuya la competencia para dictar la providencia de apremio a quien no está en condiciones de dictar dicho acto porque no intervino en la previa gestión liquidatoria del tributo. Así es, debe recordarse que, tras la modificación de la L.G.T. por Ley 25/1995, la providencia de apremio es "el título suficiente que inicia el procedimiento de apremio" (art. 127.4) y que en la misma se identifica la "deuda pendiente" y se requiere "para que efectúe su pago con el recargo correspondiente". Y es evidente que sólo el ente que tiene atribuida la gestión recaudatoria en período voluntario puede certificar la existencia y cuantía de una deuda tributaria, líquida, vencida, exigible y no satisfecha en período voluntario.

Pues bien, en la medida en que el Ayuntamiento de Villajoyosa ha procedido a delegar en la Diputación Provincial de Alicante las facultades de recaudación tanto en período voluntario como en período ejecutivo, que, según se dice en el Acuerdo de 21 de diciembre de 1989, "abarcará cuantas actuaciones comprende la gestión recaudatoria de acuerdo a la legislación aplicable" - entre otras practicar las "notificaciones colectivas en deudas por recibo e individuales en liquidaciones por ingreso directo"; "fijar plazos de cobro en período voluntario"; "conferir y revocar a las Entidades de Depósito el carácter de Entidades Colaboradoras y establecer los límites de la colaboración"; "conceder o denegar aplazamientos y fraccionamientos en voluntaria"-, frente a lo que entiende la Sentencia de instancia, es claro que no se produce contradicción alguna con el art. 106.2 del R.G.R. cuando se establece que sea la entidad delegada la que tenga la competencia para dictar la providencia de apremio.

Precisamente, confirma que el criterio que acabamos de señalar es el correcto la circunstancia de que, conforme al Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, que regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, aunque la jefatura de los servicios recaudatorios comprende "(d)ictar la providencia de apremio en los expedientes administrativos de este carácter" (art. 5.3.c)), "(e)n las Corporaciones locales que hubieran encomendado la recaudación a otras Administraciones públicas, de acuerdo con lo previsto legalmente, el puesto de trabajo de tesorería no incluirá la Jefatura de los servicios de recaudación respecto de aquellos tributos o ingresos que la Corporación no gestiona directamente" (art. 19.2).

QUINTO.- Por lo expuesto, procede estimar el recurso de SUMA, casando la Sentencia recurrida, lo cual obliga, por prescripción del artículo 95.2. d) de la LJCA, a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, y ello debe hacerse desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Rafael contra el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa el 2 de diciembre de 1999, únicamente en el extremo relativo a la delegación a SUMA de la potestad de dictar la providencia de apremio, que se declara conforme a Derecho.

SEXTO.- No hacemos especial declaración de condena en costas.

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

FALLO

Primero.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria de la Diputación de Alicante contra la Sentencia de 23 de junio de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, recaída en el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 575/2000 y acumulado, Sentencia que se casa y anula.

Segundo.- Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Rafael contra el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa el 2 de diciembre de 1999, resolución que anulamos únicamente en el extremo relativo a la delegación a SUMA de la potestad de dictar la providencia de apremio, que se declara conforme a Derecho.

Tercero.- No hacemos imposición de costas en la instancia ni en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frías Ponce.- Ángel Aguillo Avilés.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Ángel Aguillo Avilés, estando constituida la Sala en audiencia pública, lo que, como Secretaria de la misma certifico.

2009/288599

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 30 noviembre 2009. Ponente: D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Principio de confianza legítima Aplicación a la base imponible del impuesto sobre sociedades de la valoración efectuada por la AEAT en la renta de aduanas

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, y estima el interpuesto por la entidad mercantil, y actuando como Sala de instancia, anula la resolución del TEAC, que ratificó los acuerdos adoptados por la Inspección Financiera y Tributaria, relativos al ejercicio 1989 del impuesto sobre sociedades, reconociendo el derecho de la compañía actora a que en la liquidación de ese tributo se valoren las operaciones vinculadas con las filiales de forma coincidente a como lo fueron a efectos de la renta de aduanas en las actas de conformidad firmadas entre octubre de 1989 y diciembre de 1990. La Sala considera que no podía asignarse a las operaciones realizadas por la actora con las compañías pertenecientes al mismo grupo empresarial, establecidas en Irlanda y Francia, un valor distinto al que en fechas próximas -entre octubre 1989 y diciembre 1990- la propia Administración había atribuido a esas operaciones para calcular los derechos de importación, pues no resulta admisible que la Hacienda tase el contenido de un mismo negocio de forma divergente según el tributo de que se trate cuando las normativas aplicables piden en ambos casos la aplicación de los mismos parámetros de valoración. Respecto de la sanción tributaria, la Sala

llega a la conclusión de que concurren todos los requisitos querido por el legislador para que, en virtud del art. 77, 4, d) LGT 1963, una conducta antijurídica y típica no se considere culpable y, por ende, sancionable.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de los recursos de casación que ahora resolvemos es la sentencia pronunciada el 6 de febrero de 2003 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 468/00. Este pronunciamiento consideró correcta la valoración realizada por la Inspección a precios de mercado de las operaciones de Refrescos y Envasados, S.A., con varias compañías vinculadas, pero, sin embargo, anuló la sanción que impuso a dicha compañía por considerar que su comportamiento, mediante el que no ocultó ni sustrajo a la Administración dato alguno, respondió a una interpretación razonable de la normativa aplicable.

Aquellas operaciones aparecen descritas en el fundamento segundo de la resolución impugnada del siguiente modo: "(...) hasta el 1 de mayo de 1987 la Sociedad (recurrente) elaboraba los concentrados en sus propias instalaciones, previa compra de las materias primas unas en España y otras importadas a sociedades del grupo localizadas en Irlanda y Atlanta, y a partir de esta fecha y hasta noviembre de 1989 la Compañía española importa los concentrados del producto Coca-Cola que antes elaboraba, adquiriéndolos a otras sociedades del grupo situadas fuera de España y que el hecho de dejar de elaborar el concentrado de Coca-Cola y comprarlo a entidades vinculadas a precios fijados unilateralmente por "The Coca-Cola Company", matriz del Grupo, implica un desplazamiento del beneficio que se podría haber obtenido en España, a otros países, Irlanda y Francia, países donde se disfrutaba de una exención temporal en el Impuesto sobre Sociedades y ello implica la consideración de aquellos precios como precios de transferencia."

No se discute la naturaleza de esos negocios ni su calificación de vinculados, considerándose, por tanto, el precio de los mismos como de transferencia; tan sólo se pone en cuestión la corrección desde una perspectiva estrictamente jurídica de la valoración aceptada por la Administración, consistente en utilizar el "precio de reventa" conforme a los datos obrantes en la contabilidad de la propia sociedad, quien propone como tasación la efectuada para las mismas operaciones por la Administración tributaria en 1990, a efectos de la renta de aduanas.

Este concreto particular, que se despliega en el escrito de interposición en tres motivos, es el exclusivo

objeto del recurso de casación impulsado por Refrescos y Envasados, S.A.

Por su parte, la queja del abogado del Estado se centra también en un aspecto singular, en este caso hecho valer a través de un único motivo: la sanción, cuya imposición entiende procedente, sin que concurren las circunstancias que excluyen la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 77.4.d) de la Ley General Tributaria de 1963, en la redacción de la Ley 25/1995, de 20 de julio (BOE de 22 de julio).

SEGUNDO.- El tercer motivo del recurso de Refrescos y Envasados, S.A., está fuera de lugar, no ya porque invoque un precepto (el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) de dudoso vigor al tiempo en el que se dictó la sentencia impugnada (véase la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero), en relación con su artículo 348), sino porque se refiere a la valoración de las pruebas periciales, siendo así que la Sala de instancia no ha decidido en función del juicio que le merecen las distintas evaluaciones puestas en debate (la realizada a efectos de la renta de aduanas y la practicada por la Inspección en el expediente que desembocó en el acto administrativo originario, relativo al impuesto sobre sociedades).

En efecto, el exhaustivo y completo análisis que realizan los jueces a quo no abandona el plano jurídico para traspasar el umbral de los hechos y sumergirse en su examen. La Audiencia Nacional se limita a concluir que el método de valoración utilizado por la Inspección no es ajeno a los criterios legales, sin que resulte obligado seguir el aplicado para tasar idéntico producto en la misma época con ocasión de su importación a fin de calcular los derechos arancelarios. La Sala de instancia asume, sin análisis crítico alguno, ambas valoraciones, por la sencilla razón de que las partes no las han censurado, decantándose por una de ellas en virtud de razones ajenas a su corrección técnica, centradas en la dimensión estrictamente interpretativa de las normas.

TERCERO.- El debate se concentra, pues, en si, como defiende la Administración con el aval de la Audiencia Nacional, podía asignarse a las operaciones realizadas por Refrescos y Envasados, S.A., con las compañías pertenecientes al mismo grupo empresarial, establecidas en Irlanda y Francia, un valor distinto al que en fechas próximas (entre octubre de 1989 y diciembre de 1990) la propia Administración había atribuido a esas operaciones para calcular los derechos de importación.

Antes de seguir adelante conviene hacer un alto en el camino para recordar que hasta el 1º de mayo de

1987 la "Compañía Coca-Cola España, S.A.", causante de la ahora recurrente, elaboraba los concentrados de Coca-Cola en sus propias instalaciones. A partir de dicha fecha, y hasta noviembre de 1989, los adquirió a otras empresas del grupo dominado por "The Coca-Cola Company", establecidas en Francia e Irlanda. Al parecer este cambio se explica porque en dichos dos países las empresas en cuestión gozaban de una exención por diez años en el impuesto sobre sociedades.

El precio de la transacción era fijado por la compañía matriz. Nadie discute que ese precio (15.950 pesetas por unidad de concentrado) fuese superior al del mercado, consiguiéndose de este modo reducir los beneficios de la filial española y, por consiguiente, la cuota del impuesto sobre sociedades, al tiempo que las ganancias se trasladaban a las vinculadas francesa e irlandesa, en cuyos países gozaban de una exención fiscal. Esta realidad, contemplada por la Sala de instancia de forma neutra sin juicios de valor, y el hecho de que los productos se importasen a precio superior al que se fijarían entre compañías ajenas en condiciones normales de mercado son admitidos por todos.

Pues bien, el Reglamento del impuesto sobre sociedades de 1982 permitía valorar las operaciones vinculadas conforme a métodos indiciarios. Entre ellos se encontraban (a) el comparativo, acudiendo a los precios aplicados en condiciones similares en la misma época, teniendo en cuenta la relación comercial entre personas no vinculadas, (b) el de atender a la evaluación atribuida a efectos de otro tributo y (c) el de aplicar el margen comercial habitual en operaciones similares. En cualquier caso, el inspector debía justificar las razones que abonaban el empleo de tales criterios, motivando pormenorizadamente los cálculos y módulos utilizados (artículos 39.1, 168.1.a) y 2 y 169.1.b), d) y g)).

En el actual caso, como explica la sentencia discutida, la Inspección aplicó el precio de mercado (3.729 pesetas por unidad) que obtuvo por el que llamó método de "reventa" esto es, aquel que parte del montante pagado por los embotelladores, con los que la empresa recurrente carecía de vinculación, deduciendo un margen comercial razonable que permitiese determinar el parámetro propio de un mercado competitivo. Nada hay que oponer, en principio, a este sistema de valoración, que encaja dentro del que el artículo 169.1.g) del Reglamento llamaba "margen comercial".

Aun cuando no fuere así y la fórmula empleada no pudiese encuadrarse en este último modo, no cabe olvidar que, como se deduce de la expresión "entre otros" que empleaba en su enunciado, el artículo 169.1 citado ofrecía una panoplia de crite-

rios pero no cerraba la puerta a que la Administración utilizase otros que, al fin y al cabo, permitiesen adivinar cuál sería el precio de la transacción en condiciones normales de mercado entre operadores independientes, tal y como exigía el artículo 16.3 de la Ley 61/1978.

Ahora bien, no cabe echar en el olvido que la propia Administración evaluó las operaciones litigiosas en la misma época en una cantidad diferente (no constan los informes que la Administración empleó para elevar el precio que aparece en las actas de conformidad relativas a los derechos de importación, pese a que la empresa demandante interesó su unión en la instancia), que esta última pretende que se aplique para asignar un valor a las transacciones con las compañías vinculadas de Irlanda y Francia. Llama la atención esta realidad: que iguales intercambios se tasen de forma diversa en la misma época en función del tributo a liquidar.

En su informe, el inspector actuario indicó que no se trataba de enfrentar valoraciones diferentes de idéntico bien, sino de la aplicación de normas dispares para cada tributo, que en un caso conducían al "precio real o efectivamente pagado" por la transacción (renta de aduanas) y en el otro al "valor de mercado" (precios de transferencia en el impuesto sobre sociedades). Esta forma de argumentar, reproducida después por el inspector-jefe en el acto de liquidación, sobre la que el Tribunal Económico-Administrativo Central guardó silencio, y que finalmente ha asumido la Audiencia Nacional, no responde a la realidad.

El Reglamento (CEE) núm. 1224/80, relativo al valor en aduana de las mercancías, que sigue los criterios del Código de Valoración en Aduanas del G.A.T.T. (General Agreement on Tariffs and Trade - Acuerdo general sobre comercio y aranceles-), proclama en el sexto de sus considerandos la voluntad comunitaria de aplicar criterios compatibles con la práctica comercial, siendo el precio de la transacción el criterio preferente, que, con arreglo al artículo 3.1, consiste en el efectivamente pagado o por pagar, salvo que exista vinculación entre comprador y vendedor, en cuyo caso sólo se toma en consideración si resulta aceptable (letra d) del propio artículo 3.1).

Conforme al apartado 2 del mismo precepto, esta condición de aceptable la tienen, entre otros, aquellos precios que se aproximen mucho al valor de enajenación en ventas de mercancías idénticas o similares entre personas independientes o al de aduana de esas mercancías idénticas o similares. Por su parte, el Reglamento (CEE) núm. 1494/80, dictado para interpretar al anterior, indica, en relación con el artículo 3.2 del anterior, que comprador y vendedor,

pese a estar vinculados, negocian como si lo no fueren cuando acreditan que el precio se fijó de forma compatible con las prácticas normales en la rama de producción de que se trate o del modo seguido por el vendedor cuando contrata con clientes independientes.

En las actas relativas a la renta de aduanas, la Administración elevó las bases tributarias, lo que quiere decir que no admitió los precios señalados por Coca-Cola España, S.A., y sus vinculadas, esto, los "efectivamente pagados", y que acudió, conforme se indica en las normas analizadas, a valores de transacción en la venta de mercancías idénticas o similares o al señalado a efectos aduaneros para las mismas, que, por lo dicho, no puede ser otro que el que responda a las prácticas normales de mercado en el sector de producción de que se trate.

Ambos bloques normativos, cuando se trata de operaciones entre partes vinculadas, conducen al mismo puerto, pues, por uno u otro cauce, quieren que el montante de la operación se determine en función a los precios normales en un entorno competitivo. Las reflexiones anteriores evidencian que en los dos supuestos (renta de aduanas cuando no se acepta el valor declarado e impuesto sobre sociedades para precios de transferencias) el legislador quiso que la transacción se valorase conforme al valor corriente en el mercado entre operadores independientes o, si se quiere, no vinculados.

Así las cosas, principios básicos de nuestro sistema jurídico, como el de que nadie -tampoco la Administración- puede ir contra sus propios actos, de modo que conducido de una determinada manera su autor crea en los destinatarios una suerte de confianza de que no lo hará en el futuro contradiciéndose, reflexión que trae a primer plano la idea fundamental de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), apuntalan la tesis de Refrescos y Envasados, S.A., pues no resulta admisible que la Hacienda tase el contenido de un mismo negocio de forma divergente según el tributo de que se trate cuando las normativas aplicables piden en ambos casos la aplicación de los mismos parámetros de valoración.

Y partiendo de esa idea nuclear, que juega en un plano abstracto y general, llegamos a un resultado concreto en relación con los métodos indicarios enumerados en el artículo 169.1 del Reglamento del impuesto sobre sociedades de 1982, entre los que, como explica la Audiencia Nacional, la Administración puede elegir, en principio, libremente sin más que justificar su opción (artículo 168.2). Ahora bien, a juicio de esta Sala, ese margen de apreciación queda muy reducido, hasta desaparecer, cuando la propia Administración ha estimado la operación con los mismos criterios a efectos de otros tribu-

tos, en cuyo caso no le queda más opción que utilizar esa tasación, que es una de las indicarias contempladas por el mencionado artículo 169.1, en la letra d).

En consecuencia, hemos de dar la razón a Refrescos y Envasados, S.A., acoger los dos primeros motivos de su recurso y, anulando la sentencia de instancia en cuanto admite la valoración asignada por la Inspección a las operaciones vinculadas con las filiales de The Coca-Cola Company en Francia e Irlanda, resolver el debate en los términos en los que fue suscitado (artículo 95.2.d) de la Ley 29/998). Actuando de este último modo, estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulamos los actos administrativos recurridos y declaramos que, como se solicitó en la demanda, la tasación de aquellas operaciones para fijar la base imponible del impuesto sobre sociedades de 1989 ha de coincidir con la atribuida a las mismas a efectos de la renta de aduanas en las actas de conformidad firmadas entre octubre de 1989 y diciembre de 1990.

CUARTO.- El único motivo del recurso de abogado del Estado, dirigido, como ya hemos indicado, frente a la anulación de la sanción acordada por los jueces a quo, se sustenta en dos ideas: en la escasa motivación del pronunciamiento impugnado en este punto y en la concurrencia de los requisitos necesarios para que el comportamiento de la compañía actora pueda ser tildado de infracción tributaria grave.

Desde la primera perspectiva, hemos de constatar que las explicaciones dadas por la Sala de instancia en este punto (fundamento sexto) son, en efecto, cortas, pero su sobriedad no es sinónimo de ausencia de justificación. Como se sabe, una motivación por parca no deja de ser tal.

El segundo párrafo de dicho fundamento sexto explica que, habida cuenta de las cuestiones suscitadas y de los conceptos implicados en la interpretación de las normas aplicables, cabe hablar de una discrepancia interpretativa razonable, por lo que, si a ello se añade, la inexistencia de ocultación y de sustracción de datos a la Administración, resulta plenamente operativa la causa de exclusión de la responsabilidad prevista en el artículo 77.4.d) de la Ley General Tributaria.

Esta exposición podrá o no compartirse, pero, desde luego, resulta suficiente a los efectos de dar por satisfecho el derecho de las partes a recibir una respuesta jurisdiccional fundada en el ordenamiento, suficientemente explicitada y explicada (artículo 24.1 de la Constitución Española).

Pero es que además (y aquí nos introducimos en el segundo aspecto de la queja del abogado del Estado) la

decisión de la Audiencia Nacional resulta, en opinión de esta Sala, plenamente ajustada a derecho.

Para explicar el anterior aserto se han de tener en cuenta tres hechos no controvertidos y que surgen de forma natural del contenido de la sentencia recurrida y de las previas actuaciones administrativas: la forma de actuar diseñada por la empresa matriz, establecida en Atlanta (Estados Unidos), respondía a una decisión que forma parte de lo que se conoce como "economía de opción". En ningún momento velaba otra operación encubierta ni se dirigía por la senda del fraude de ley para eludir el pago del tributo. No lo entendieron así la Administración ni la Audiencia Nacional. Por consiguiente, tampoco hubo ocultación ni sustracción de datos, pues la Inspección conoció desde el principio la valoración que Refrescos y Envasados, S.A., dio a cada unidad de concentrado adquirida de sus "hermanas" francesa e irlandesa, datos que constaban en la propia autoliquidación para calcular la base imponible del impuesto.

Es verdad que como consecuencia de esos precios de transferencia no aplicó correctamente el artículo 16.3 de la Ley 61/1978 y que, posiblemente (no nos constan las valoraciones realizadas a efectos de la renta de aduanas, por lo que no sabemos si coincidían o no con los precios de transferencia pactados), dejó de ingresar parte de la deuda tributaria correspondiente al impuesto sobre sociedades de 1989, que es la conducta tipificada en el artículo 79.a) de la Ley General Tributaria de 1963. Pero no lo es menos que, como reza el artículo 77.4.d) de la misma Ley, la declaración que presentó fue veraz (indicaba el precio de transferencia pactado) y completa (no ocultó ningún dato). Si a lo anterior se añade que la valoración efectuada por la Inspección de esos precios, de la que derivó la cuota exigida, no sólo resultaba discutible sino que, por lo razonado en el anterior fundamento, era disconforme a derecho, siendo defendible la tesis de Refrescos y Envasados, S.A., hasta el punto de haber sido acogida por esta Sala, debe concluirse que, aun cuando el resultado de su liquidación no pueda coincidir al cien por cien con el querido por las normas, responde a un acercamiento plausible a su exégesis según hemos sentado en el referido tercer fundamento.

Siendo así, concurren todos los requisitos querido por el legislador para que, en virtud del artículo 77.4.d) de la Ley General Tributaria de 1963, una conducta antijurídica y típica no se considere culpable y, por ende, sancionable.

El recurso del abogado del Estado debe, en suma, ser desestimado.

QUINTO.- En cuanto a las costas, y en virtud del artículo 139.2 de la Ley de esta jurisdicción, procede im-

poner a la Administración General del Estado las correspondientes a su recurso de casación, con el límite de mil quinientos euros para los honorarios del letrado de Refrescos y Envasados, S.A.

Por su parte, no procede hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la tramitación del recurso de la citada compañía mercantil, sin que, en virtud del apartado 1 del mismo precepto, se aprecien circunstancias de mala fe o de temeridad que obliguen a imponer expresamente a una de las partes las costas de la instancia.

FALLO

1º) No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada el 6 de febrero de 2003 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 468/00.

2º) Ha lugar al recurso de casación interpuesto por Refrescos y Envasados, S.A., por lo que casamos y anulamos la referida sentencia.

3º) Estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta compañía contra la resolución aprobada el 9 de marzo de 2000 por el Tribunal Económico Administrativo Central, que ratificó los acuerdos adoptados el 14 de marzo de 1995 y el 22 de enero de 1996 por la Oficina Nacional de Inspección de Madrid, Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, relativos al ejercicio 1989 del impuesto sobre sociedades, anulamos dichos actos administrativos, reconociendo el derecho de la compañía actora a que en la liquidación de ese tributo se valoren las operaciones vinculadas con las filiales de The Coca-Cola Company en Francia e Irlanda de forma coincidente a como lo fueron a efectos de la renta de aduanas en las actas de conformidad firmadas entre octubre de 1989 y diciembre de 1990.

4º) Condenamos a la Administración General del Estado a pagar las costas causadas en la tramitación de su recurso de casación, con el límite indicado en el fundamento quinto.

5º) No procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas derivadas del recurso de casación de Refrescos y Envasados, S.A., sin que tampoco deba imponerse a una de las partes las devengadas en la primera instancia.

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

(...)



2009/276002

TS Sala 1ª, Sentencia: 30 noviembre 2009, Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Por accidente de vehículos "quads"

Falta de responsabilidad contractual y extracontractual de Agencia de Turismo

Se discute la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, de una agencia de turismo, en cuanto se produjo un accidente por la utilización de los vehículos a motor "quads", en el que resultaron perjudicados con diversas lesiones de diferente gravedad, dos de los participantes en la excursión contratada con la agencia. El TS desestima el recurso de infracción procesal y de casación presentados por éstos, entre otros motivos, por entender que la agencia en cuestión informó de los riesgos, el guía encargado de la excursión contaba con la perfecta cualificación para desempeñar su función y que las víctimas del accidente podían haber evitado el mismo si hubieran actuado con la diligencia exigible en este caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dª Mercedes y D. Jorge, encontrándose de vacaciones en la zona de Potes, contrataron con la Agencia de Turismo activo denominada Europicos, sita en Potes, una excursión a realizar en vehículo "quad". La excursión discurría por la pista Ojedo-San Tirso-Triallo-Castro-Ojedo-Potes, y se realizó el día 25 de septiembre de 2009. En el transcurso de la misma sufrieron un accidente, a resultas del cual la Sra. Mercedes se produjo diversas erosiones en pierna y tórax, un traumatismo cervical y afectación del ligamento externo e interno de la rodilla derecha y menisco, tardando en curar de las lesiones 300 días, de los que 150 estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, quedándole secuela en menisco con molestias en rodilla derecha. Más graves fueron las lesiones padecidas por D. Jorge, consistentes en fractura-luxación de la vértebra L-2 y paraplejía traumática, de las que curó a los 597 días, los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, habiendo precisado 196 días de ingreso hospitalario. El INSS emitió informe proponiendo la calificación de incapacitado permanente, en el grado de incapacidad permanente Gran Invalidez.

Ambos lesionados formularon demanda de juicio ordinario ejercitando acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual y extracontractual, haciéndolo frente a D. Ildefonso, propietario de Europicos, asegurada en Winterthur, también demandada, que estaba encargada de

la gestión comercial, de la información a los clientes y de la organización de la excursión; D. Carlos María, encargado de la limpieza y mantenimiento de los vehículos utilizados; la aseguradora Axa Aurora Ibérica SA; Dª Carina, titular del nombre comercial "Quad Potes", que aportaba los "quad", la mecánica y los guías; D. Samuel, empleado de Europicos, encargado de suministrar la información sobre los vehículos y recorrido, y D. Benedicto, guía de la excursión.

En lo que al recurso interesa, las sentencias de Juzgado y Audiencia Provincial desestimaron la reclamación formulada por D. Jorge, al no apreciar responsabilidad alguna de los demandados, conforme a los siguientes hechos probados:

a) Europicos está registrada como empresa de turismo activo y disponía de los permisos y autorizaciones administrativas pertinentes, habiendo sido su actividad objeto de inspección sin que conste incidencia alguna.

b) La ruta es una de las habitualmente utilizadas por las empresas de turismo activo de la zona para realizar excursiones en "quad". No concurre ningún defecto relevante en el diseño y organización de la travesía. La ruta carecía de peligro; no tenía unos desniveles o pendientes que resultasen arriesgados para ser superados por vehículos del tipo del que ocupaban los demandantes, y tampoco el lugar donde sucedió el desgraciado accidente representaba un peligro para la circulación de este tipo de máquinas.

c) El "quad" es un vehículo del tipo "todo terreno", adaptado especialmente para circular por trazados accidentados y no por vías pavimentadas, siendo tal circunstancia la que atrae a quienes demandan este tipo de actividades comúnmente denominadas "de aventura", los cuales admiten que el trazado tendrá cierta dificultad para el paso con vehículos de tracción normal, y que por tanto será en cierta medida sinuoso y accidentado, apto para la circulación con vehículos de tracción total.

d) Los vehículos estaban debidamente homologados, prácticamente nuevos, con apenas tres meses de antigüedad sin que en ninguno de ellos se apreciaran defectos de fabricación, mantenimiento y funcionamiento, no existiendo indicio alguno que permita considerar que el accidente se produjo por su mal funcionamiento.

e) El guía de la excursión reunía la cualificación necesaria dado que ninguna titulación específica se requería y era conocedor de la zona así como de los vehículos propiedad de su padre. Las instrucciones impartidas por el guía fueron suficientes para asegurar que los excursionistas fueran capaces de manejar con destreza el vehículo, habiendo recorrido más de ocho kilómetros cuando se produjo el siniestro, circunstancia que les habría permitido adquirir cierta destreza en el manejo de los "quads" en un trazado urbano antes de introducirse en la pista.

f) El guía instruyó a todos los excursionistas para que circularan en grupo, siendo tal instrucción respetada con carácter general salvo en supuestos puntuales en que algún "quad" quedaba rezagado (es el caso del momento del siniestro), circulando el guía en primer lugar -abriendo marcha-, siguiéndole a velocidad moderada el resto de vehículos, siendo el de los accidentados el que ocupaba el penúltimo puesto de la comitiva, sin que ningún momento del trayecto se manifestara por nadie al guía que alterase el orden o redujese la velocidad dado que tenían dificultad para seguirle.

g) El tramo donde se produce el accidente no estaba calificado de peligroso y el badén existente pudo ser librado sorteando el mismo habida cuenta que existía espacio suficiente para ello, tal y como lo habían hecho todos los excursionistas que habían pasado instantes antes por el lugar -además del guía-.

Contra dicha sentencia los demandantes han formulado Recurso Extraordinario por Infracción Procesal y de Casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El primer motivo está defectuosamente formulado por una doble razón. En primer lugar,

porque se argumenta a partir de una cita acumulada de distintos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no es posible: 217, sobre la carga de la prueba, 319, sobre la prueba documental pública, 326, sobre la prueba documental privada, 376, sobre la prueba testifical, y 348, sobre valoración de los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica. En segundo lugar, porque lo que pretende en este motivo la recurrente es convertir la casación en una tercera instancia, mediante una conjunta valoración de los medios de prueba, algo que ya se rechazaba constantemente por la jurisprudencia incluso bajo el régimen del recurso de casación en la LEC de 1881 (SSTS 30 de junio 2005; 28 de noviembre 2008; 26 de marzo 2009, entre otras) y que, desde luego, negaba la idoneidad de las normas relativas a la prueba testifical por ser de libre valoración (SSTS 16 de octubre 1999 y 14 de julio 2003, entre otras).

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO.- Se fundamenta en dos motivos. En el primero de ellos, se alega infracción de los artículos 1088, 1089, 1101 del Código Civil, relativos a la responsabilidad contractual, en relación con los artículos 25 y 26 de la LGDCU. Los recurrentes consideran que la omisión por parte del titular de "Europicos" de las debidas precauciones advirtiendo de estar en plenas condiciones físicas para afrontar tal actividad, y el deber de información de los riesgos que la práctica de dicha actividad conllevaba, no entra dentro de la esfera del principio "alterum non laedere", sino que surge precisamente de la relación de contrato que vincula a las partes, cuyo incumplimiento supone la del contrato. El segundo motivo, se basa en la infracción de los artículos 1902, 1903 del Código Civil, artículo 76 de la ley de Contrato de Seguro, y artículo 6 sobre responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. El motivo se ampara en que del riesgo responde quien lo crea, salvo que demuestre que obró con la diligencia exigible, lo que no ocurre en este caso, pues el resultado dañoso podría haberse evitado, acompañando a los actores durante todo el recorrido.

Sin duda, similar conclusión desestimatoria han de alcanzar unos y otros preceptos, culpa contractual y extracontractual, a partir de los hechos probados de la sentencia, puesto que no es admisible que se pretenda llevar a cabo un nuevo análisis de la prueba para llegar a soluciones contrarias a las obtenidas. Está acreditado en autos que se pusieron a disposición de los actores todos los medios adecuados para desarrollar la actividad que habían contratado y si el accidente se produjo no es por un defecto relevante en el diseño y organización de la travesía elegida para la excursión sino como consecuencia de una actividad de riesgo conocida, asumida y aceptada como objeto del contrato por los recurrentes.

Por lo demás, desde la perspectiva de un exclusivo criterio de imputación objetiva, el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero y 4 de marzo de 2009), y es evidente que una actividad reconocida y administrativamente admitida de riesgo no puede convertir a los organizadores en responsables de todo cuanto acaezca en su desarrollo si esta se cumplimenta en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que pudieran derivarse para el conjunto de las personas que acceden libre y espontáneamente a la misma, cuando la actividad no comporta en sí misma un riesgo anormal o considerable y no se ha producido un incremento inesperado de los riesgos esperados que permita desplazar la responsabilidad hacia quien, aun de forma lícita y permitida, crea y controla la situación de peligro. Y es evidente que, al margen de que no se ha probado la culpa o negligencia de ninguno de los demandados, el riesgo era conocido por los actores y como tal lo aceptaron de una forma voluntaria, como considera probado la sentencia recurrida, y este riesgo podían controlarlo a través de la información que recibieron de los organizadores antes de la prueba y de la tutela específica del guía, como así lo hicieron los demás participantes. La responsabilidad no puede ser calificada por el resultado, sino por la concurrencia de los elementos sobre culpabilidad y relación de causalidad, que configuran la responsabilidad por culpa extracontractual, ninguno de los cuales se han dado, especialmente en lo que se refiere a la conducta del guía de la excursión, sobre la que se ha incidido reiteradamente en el recurso, ya que actuó conforme a la *lex artis* propia de sus conocimientos, dando las oportunas instrucciones y controlando el desarrollo de la prueba, por más de que en un momento dado, por las características del recorrido, pudiera haber perdido momentáneamente de vista a los actores, cuando eran estos, y no el guía, los responsables de manejar el mecanismo de dirección de su vehículo, acelerando o disminuyendo la velocidad, teniendo en todo momento la posibilidad de consultar con el guía, en la forma en que habían sido instruidos, siendo así que el accidente se produjo en un tramo que no representaba un peligro especial para la circulación de este tipo de máquinas, como también declara probado la sentencia.

CUARTO.- En materia de costas procesales, se imponen a la recurrente las causadas por ambos recursos, según lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la Procuradora D^a Ana María Alvarez Murias, en la representación que acredita de D^a Mercedes y D. Jorge, frente a la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria de 31 de marzo de 2005; con expresa imposición de las costas causadas por cada uno de los recursos.

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. Román García Varela.- Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, 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.



2009/239979

TS Sala 2^a, Sentencia 23 septiembre 2009. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Diferencia con la alevosía

Agravante de abuso de superioridad en delito de homicidio

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de asesinato y robo. El TS dicta segunda sentencia por la que aprecia la agravante de abuso de superioridad en el delito de homicidio, que basa su plus de disvalor del hecho en una situación de desequilibrio de situaciones o fuerzas entre el sujeto o sujetos activos del delito y la víctima, que, sin privar a ésta de su capacidad defensiva, como ocurre en la alevosía, sí provoca la minoración de la capacidad, de modo que coloque en situación de ventaja a los autores del delito sobre el sujeto pasivo de su acción.

Formula voto particular el Magistrado D. Luciano Varela Castro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo se formaliza, al amparo del artículo 849.1 LECr. por infracción de precepto legal, por indebida inaplicación del art. 139.1 CP al no haberse apreciado la existencia de alevosía, como cualificadora del homicidio estimado, convirtiéndolo en asesinato.

1. Para el recurrente, el acusado desarrolló una conducta dirigida a causar la muerte de su víctima pero, también, tendente a la eliminación de cualquier medio de defensa, asegurándose el objetivo perseguido de matarle, tal como proclama la jurisprudencia, y reconoce la propia sentencia de instancia cuando describe los golpes propinados “de manera continua, demencial e ininterrumpida”.

Además, a diferencia del agredido que contaba con 74 años y escasa corpulencia, el agresor, tenía 28

años, era joven y fuerte, frente a una persona anciana y enjuta. La agresión producida en el último rincón de la casa, entre un sofá y la pared, sugiere una suerte de acorralamiento que permite afirmar que la ejecución del delito impidió cualquier tipo de defensa de la víctima.

La alevosía es, además, compatible con una discusión previa, cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal, y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja por sorpresa a la víctima.

2. Tiene declarado esta Sala (Cfr. SSTS de 22 de junio de 1993; de 17-9-2001, núm. 1613/2001; de 7-11-2001, núm. 2105/2001; de 20-5-2002, núm. 889/2002) que la alevosía requiere de un elemento normativo que se cumple si acompa-

ña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca, en un actuar que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa.

En cuanto a los modos, situaciones o instrumentos de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiendo riesgo para su persona, la doctrina de esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso: la alevosía llamada proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa o emboscada; la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito o inesperado; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima.

3. Como apunta el Ministerio Fiscal de los hechos probados no puede deducirse inicialmente la forma de ataque, si bien se declara la existencia de una reyerta, recogiendo el fundamento jurídico primero la insuficiencia de prueba al respecto. Tampoco puede hablarse, por las mismas razones, de alevosía sobrevenida, calificándose el ataque como interrumpido y secuencial.

Es claro que el “factum” de la sentencia no recoge la “eliminación de la posibilidad de defensa”, lo que es elemento fundamental para la apreciación de la alevosía, sino que, por el contrario, se limita a describir una reyerta entre victimario y víctima “por motivos que se ignoran”, en el curso de la cual “Bartolomé arrancó el pabellón auricular izquierdo tras una mordedura al primero (Marcial), propinándole a continuación con un objeto contundente numerosos golpes en la cabeza, así como pinchándole con fuerza en la región cervical posterior derecha con un soldador de estaño..., que le produjeron múltiples fracturas de las vértebras C5 y C6, y de diversos huesos craneales... que le produjeron la muerte de modo inmediato por parada cardiorrespiratoria a causa del traumatismo encefálico severo múltiple”.

Y, en el fundamento jurídico primero la sentencia recurrida señala que: “no constando por insuficiencia de prueba la causa desencadenante de la fatal agresión, ni la forma y desarrollo temporal de los hechos no cabe por ello concluir y apreciar una conducta súbita, inesperada o repentina que hubiera impedido cualquier posibilidad de defensa de la víctima, integradora de la alevosía, tendente al aseguramiento del resultado o indemnidad en el obrar ilícito”.

4. El relato histórico, en cambio, sí que recoge la edad de ambos contendientes, precisando que el acusado

tenía 28 años y 74 la víctima, circunstancia esta última comprendida por el primero, ya que -señala la narración- que ambos "mantenían una relación laboral y de conocimiento desde hacía tiempo".

A ello hay que unir los medios utilizados por el autor consistentes -según la descripción fáctica- en un objeto contundente con el que golpea repetidamente la cabeza de Marcial, y un soldador de estaño con el que le produce -pinchándole- múltiples heridas inciso punzantes.

Todo ello, como postula el Ministerio Fiscal, vendría a integrar el abuso de superioridad, previsto en la circunstancia 2ª del art. 22 del CP.

Nótese que, como tiene establecido esta Sala (véanse SSTS de 10 de mayo de 1996; 30 de abril y 6 de mayo de 1997; 31 de enero de 2001; 14 de enero de 2002; 4 de marzo de 2002, ó 29-1-2004, núm. 98/2004; y, la bien reciente núm. 889/09, de 15 de septiembre), la agravante de abuso de superioridad, basa su plus de disvalor del hecho, con reflejo en la consiguiente culpabilidad del agente y en la pena, en que de tal hecho se derive, en una situación de desequilibrio de situaciones o fuerzas entre el sujeto o sujetos activos del delito y la víctima, que, sin privar a ésta de su capacidad defensiva, como ocurre en la alevosía, sí se provoque la minoración de la capacidad, de modo que coloque en situación de ventaja a los autores del delito sobre el sujeto pasivo de su acción.

Consecuentemente, el motivo ha de ser sólo parcialmente estimado, con los efectos penológicos que se determinarán en segunda sentencia.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, el recurrente denuncia la infracción de precepto legal, por indebida inaplicación del núm. 3 del art. 139 CP, cuando la circunstancia de ensañamiento fue rechazada, debiendo haber sido apreciada para calificar el delito de asesinato.

1. Para el recurrente se dio el ensañamiento cuando el acusado, ya con la víctima en el suelo, con la cabeza contra el mismo, le pincha en la nuca con el soldador de estaño, produciéndole una herida lacerante de varios centímetros de longitud, que no siendo capaz de producir la muerte, solo podía producir un dolor innecesario a la víctima.

2. Tiene expresado esta Sala (Cfr SSTS 1412/99, de 6 de octubre; y de 17-9-2001, núm. 1613/2001), que la deducción sobre la acreditación del elemento subjetivo del ensañamiento, es decir, la finalidad de causar un padecimiento innecesario y aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, es racional. En efecto, el actuar violento del autor, descartada la existencia de una situación que limitara el control de la acción, se presenta como consciente y, al mis-

mo tiempo, voluntaria, pues la lógica y la experiencia nos indican que quién reitera la agresión innecesariamente para el fin perseguido lo hace con el deseo de causar al ofendido padecimientos mayores de los comprendidos en el resultado perseguido, padecimientos mayores que el de la propia muerte, esto es, con ensañamiento.

Ciertamente, en la agravante de ensañamiento -como bien cita la propia recurrente- se distingue el elemento objetivo, caracterizado por efectiva causación de unos males innecesarios, esto es, aquellos resultados de la acción que no sean necesarios a la finalidad perseguida por el autor; y otro subjetivo, por el que el autor del hecho asume la innecesidad de su acción, el carácter deliberado del exceso. El autor, deliberadamente, asume que la acción que desarrolla ya no persigue la realización del delito sino persigue un aumento del dolor causado con actos innecesarios a la ejecución.

3. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa el relato fáctico no permite concluir que se encuentre presente ni el elemento objetivo, ni el subjetivo que habrían de integrar la reclamada agravante como supuesto específico cualificador del homicidio apreciado, convirtiéndolo en asesinato.

En efecto -como ya vimos más arriba-, el "factum" se limita a describir una reyerta entre victimario y víctima "por motivos que se ignoran", en el curso de la cual "Bartolomé arrancó el pabellón auricular izquierdo tras una mordedura al primero Marcial), propinándole a continuación con un objeto contundente numerosos golpes en la cabeza, así como pinchándole con fuerza en la región cervical posterior derecha con un soldador de estaño..., que le produjeron múltiples fracturas de las vértebras C5 y C6, y de diversos huesos craneales... que le produjeron la muerte de modo inmediato por parada cardiorrespiratoria a causa del traumatismo encefálico severo múltiple, sin que se pueda determinar cual de los golpes propinados de manera continua, demencial e ininterumpida, hubiera determinado tal consecuencia fatal".

Y, en el fundamento jurídico primero la sentencia recurrida señala que: "no constando por insuficiencia de prueba la causa desencadenante de la fatal agresión, ni la forma y desarrollo temporal de los hechos, no cabe por ello concluir y apreciar... tampoco el ensañamiento, pues esta circunstancia supone, según dicción jurisprudencial, una exuberancia de males innecesarios, entendiéndose por tales todos aquellos que, además del mal propio, del delito cometido, no son indispensables para causarlo, y se infiere con reflexiva maldad y propósito deliberado de aumentar el mal del delito y el dolor de la víctima".

Y acto seguido la resolución de instancia precisa que: "en el presente supuesto, atendiendo a los informes forenses, que entendieron la conducta como continuada ininterumpida y secuencial, sin posibilidad de precisar el momento del fallecimiento ni el golpe determinante del mismo, no cabe apreciar esa deliberada y consciente intención, sino la de asegurar el desenlace material que desgraciadamente se obtuvo".

En consecuencia, no siendo suficiente el furor occisivo, y ciertamente demoledor, desencadenado por el autor material de los hechos sobre la víctima, para la apreciación de la circunstancia reclamada, ante la ausencia de constancia de la cadencia u orden temporal de las lesiones producidas y, con ello, de la determinación de cuáles fueron mortales y cuáles de ellas superfluas a tal efecto; y no existiendo siquiera certeza de que el agresor hubiera pretendido, en su devastador ataque, otra cosa que producir el rápido fallecimiento del agredido, la pretensión de la recurrente ha de ser rechazada.

Así las cosas, el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Finalmente, el motivo se funda en error iuris, por aplicación indebida de los arts. 16.1 y 234 CP estimando los hechos como delito de hurto intentado, en vez de un delito de robo con violencia, en grado de tentativa, de los arts. 16.1 y 242.1 CP.

1. Entiende la recurrente que se produjo el apoderamiento de una cadena y colgante de oro, y que la violencia, sin duda se ejerció sobre D. Marcial, pues las lesiones que provocaron su muerte son suficientemente expresivas y hablan por sí mismas.

2. La sentencia recurrida declara probado que: "El procesado tras los anteriores hechos, al haberse personado la Policía Local en el domicilio indicado, por avisos de los vecinos que habían escuchado los gritos de auxilio de la víctima, no atendió a sus llamadas, hasta que después de diversas pesquisas de los agentes de la autoridad, abrió la puerta, tras haber arrojado diversas joyas en el suelo, manifestando que en el interior de la casa había un individuo que había penetrado en la misma para sustraer efectos y que le había herido a él y al fallecido.

Al penetrar los agentes de la autoridad en el domicilio, efectuando su registro, al no encontrar a nadie extraño, procedieron a su cacheo personal encontrándole una cadena de oro con el colgante de un Cristo, propiedad del difunto, en el bolsillo de su pantalón, valorado en 452 Euros.

El procesado presentaba tres heridas punzantes".

Y, en el fundamento jurídico primero, párrafo último -Fº 5-, razonan

los jueces a quibus que los hechos son constitutivos de un delito de Hurto en grado de tentativa de los arts. 234 y 262 CP, basándose en que no consta "el momento ni la forma de dicho apoderamiento, ni que hubiese intervenido violencia para tal ilícita apropiación".

3. Recuerda la sentencia de esta Sala de 1-7-2008, núm. 396/2008, que "no habrá robo con violencia, si ésta no guarda relación instrumental con la sustracción". Y, sigue diciendo, que "como señala la STS 526/99, de 30-3, en relación con la intimidación, ésta, o la violencia, ha de estar relacionada de medio a fin con el desapoderamiento, constriñendo al sujeto pasivo a una entrega no querida de un bien mueble o asegurando su sustracción frente a una oposición del perjudicado o de terceros, de forma que si no está relacionada con la misma debe ser calificada de forma independiente a la sustracción porque no guarda relación con ella".

Cuestión distinta es si la violencia o intimidación se ejercita de forma coetánea o inmediata a una acción sustractiva o a su intento. En estos casos la violencia o intimidación se realiza dentro de una unidad espacial y temporal que permite su subsunción en el robo violento, pues no ha de olvidarse que este tipo penal es un delito compuesto integrado por la sustracción de un bien mueble y el empleo de la violencia o intimidación.

La jurisprudencia -por ejemplo SSTS 1053/98, de 18-9 y 45/2001, de 24-1 -, ha precisado que la violencia o intimidación ha de formar parte, esto es, aparecer estrictamente incorporada a la acción de apoderamiento, y ser funcional a la obtención del eventual resultado.

Por ello, también se considera robo con violencia cuando iniciada ésta con finalidad ajena a lo lucrativo, la situación es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento.

En la STS 1172/98, de 13 de octubre, se considera que "el apoderamiento del bolso de la víctima se produjo, no en lugar y momento distinto, sino seguidamente de la agresión, y ésta necesariamente posibilitó desde la perspectiva objetiva que el acusado se llevara el bolso de la víctima, afectada sin duda alguna por la situación de violencia intimidatoria desencadenada en los instantes precedentes como consecuencia de la agresión". Criterio por lo demás ya sostenido por esta Sala en sentencia de 6 de mayo de 1996, en la que se declaró que, "perviviendo de manera patente una grave situación de violencia inicialmente desencadenada con finalidad ajena a lo lucrativo, es correcta la calificación de robo cuando dicha situación es aprovechada por el acusado para realizar el apoderamiento".

Y la STS 1313/2004, en un caso de violencia dirigida hacia una agre-

sión sexual que continua después para apoderarse de los efectos de la víctima, declaró: "Es evidente que la violencia sobre las personas puede ser empleada, a la vez, para la comisión de dos delitos diversos. La violencia admite continuidad y la modificación de la dirección inicial para lograr otros propósitos no comporta, en modo alguno, una doble agravación por el mismo hecho, desde el momento que se puede comprobar que la situación de violencia continuó después de la tentativa de violación y fue el medio para la apropiación. No ofrece duda a la Sala que el aprovechamiento de la violencia ejercida para el primer delito, para continuar la agresión dirigiéndola a otro bien jurídico, se subsume bajo el tipo penal del robo".

Doctrina reiterada también, en un caso de agresión sexual, por la STS 956/2006, de 10-10, con cita de la STS 1438/2005, de 20-11: "lo que diferencia al hurto del robo es la existencia en este último de una situación de violencia o intimidación que produce en la víctima la desaparición de cualquier capacidad de reacción para defender la posesión de sus objetos personales de naturaleza mueble".

4. Pues bien, en el caso presente esta doctrina jurisprudencial es perfectamente aplicable desde el momento en que tal como se deduce del relato fáctico, el apoderamiento por el acusado se produjo, independientemente de que simulara -inútilmente- el robo producido por un tercero, tras utilizar de modo extremo la violencia para acabar con la vida de la víctima; lo que acredita que la violencia, la situación, estuvo presente en todo el desarrollo de la acción delictiva, aprovechándose -indudablemente- para el apoderamiento de referencia de la que el mismo sujeto agente había desencadenado.

Conducta incardinable, por tanto, en el art. 242.1 CP. Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado, con los efectos penológicos que se precisarán en segunda sentencia.

CUARTO.- Estimándose parcialmente el recurso, procede declarar de oficio las costas de la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr.

FALLO

Debemos estimar y estimamos en parte el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D^a Amelia, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 6 de febrero de 2009, en causa seguida por delitos de homicidio y hurto, declarando de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal 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. Julián Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- Francisco Monterde Ferrer.- Luciano Varela Castro.- Joaquín Delgado García.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil nueve.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Alicante, con el núm. 2/2008, y seguida ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, por delito de Homicidio y de Hurto contra el acusado D. Bartolomé, se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 6 de febrero de 2009, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, que hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Los descritos en la sentencia impugnada, incluidos sus hechos declarados probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la sentencia de instancia en cuanto no se opongan a los de la primera y a la actual sentencia de esta Sala.

SEGUNDO.- Los hechos son constitutivos del delito de Homicidio estimado, pero con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, prevista en el art. 22,2 CP.

Además, los hechos declarados probados no son constitutivos del delito de Hurto en grado de tentativa, comprendido en los arts. 234 y 62 CP, sino del delito de Robo en grado de tentativa, previsto y penado en los arts. 16.1 y 242 CP.

TERCERO.- Por el primer delito la pena a imponer al acusado, atendido lo previsto en la regla tercera del art. 66 CP, es la de 13 años de prisión; y por el segundo, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, respetando el criterio del Tribunal de instancia de considerar la tentativa como "acabada", y de rebajar la pena en un solo grado, es la de 1 año de prisión, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto a las penas accesorias, costas y responsabilidades civiles.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado, D. Bartolomé, como autor de un delito de Homicidio con la concurrencia de la

agravante de abuso de superioridad a la pena de trece años de prisión; y como autor de un delito de robo con violencia en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto a las penas accesorias, costas y responsabilidades civiles.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julián Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- Francisco Monterde Ferrer.- Luciano Varela Castro.- Joaquín Delgado García.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que emite Luciano Varela Castro en relación con la sentencia núm. 912/09 en el recurso de casación núm. 10379/09P.

PRIMERO.- Se circunscribe este voto a la resolución de la cuestión de la eventual nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Tribunal de la instancia (Audiencia Provincial) y, consecuentemente, funcional de este Tribunal de casación.

La mayoría del Tribunal sigue el criterio establecido en Sala General de fecha 29 de enero de 2008, que se transcribe: "Conforme al art. 240.2 apartado 2 de la LOPJ, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores de Justicia, en el procedimiento del Jurado, la Sala sólo examinará de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración del art. 5 de la LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado."

A mi modesto parecer, ya expuesto en anteriores ocasiones, -recientemente en la sentencia núm. 690/2009 Sala de lo Penal, de 25 junio, mis compañeros de Tribunal incurrir en error, quizás por confundir el tratamiento de las cuestiones relativas a la competencia con las que se refieren a la nulidad de actuaciones.

Ambos problemas tienen en común la necesidad de determinar la competencia del órgano jurisdiccional. Pero difieren casi en todo lo demás.

a) En cuanto a la promoción del incidente.

En lo que a promoción atañe aparenta aproximarse el régimen de nulidad de actuaciones y el de la cuestión relativa a la competencia,

cuando una y otra tienen como objeto decidir la competencia objetiva o funcional.

Así, la cuestión de competencia puede promoverse de oficio, en cualquier estado de la causa, -artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -, y la nulidad de actuaciones, también en el caso del artículo 240.2 párrafo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero no debe pasar desapercibido que la cuestión de competencia se plantea de oficio siempre en relación con la del mismo órgano que la declara. Pero la nulidad de actuaciones puede ser declarada en relación con las seguidas ante otro órgano. Ciertamente, de manera general solamente si es alegada en el cauce del recurso. Pero también se admite excepcionalmente de oficio, por el órgano ad quem, respecto a las actuaciones ante el órgano a quo.

El núm. 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción por ley orgánica 19 de 2003, admite también la promoción de oficio de la cuestión de la nulidad cuando se trata de la competencia objetiva del órgano a quo, modificando la norma que regía desde la reforma de la Ley Orgánica 5/1997 añadiendo el párrafo segundo al apartado 2 del artículo 240.

En el 240.2 Ley Orgánica del Poder Judicial, hasta entonces vigente, se preveía la declaración de nulidad antes de recaer sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso. Traspasado dicho límite nada impedía suscitar la cuestión durante el trámite del recurso, también de oficio, o a través del incidente cuando la resolución ya no sea susceptible de recurso.

La Ley de Enjuiciamiento Civil ya adelantó el propósito del legislador al introducir el nuevo artículo 227.2 párrafo segundo la excepción a la norma general, por la que no podía declararse, en el procedimiento en fase de recurso, la nulidad de actuaciones de la instancia anterior, salvo que el motivo de la nulidad fuera la falta de competencia objetiva o funcional del órgano de la dicha anterior fase, pues entonces tal declaración de oficio era posible. Dicho artículo quedó suspendido por aplicación de la disposición final 17^a hasta la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Fallida la de simultánea tramitación, la reforma de dicha Ley Orgánica tuvo lugar por ley de 2003.

La reforma de 2003 limitó, con carácter general, y no solamente en el ámbito civil, la posibilidad para la declaración de la nulidad de oficio cuando la instancia se había cerrado y el procedimiento se encontraba en fase de recurso. No obstante esta restricción se acompañó de una excepción: cuando aún no ha recaído resolución firme (aunque si la definitiva de la instancia) y se interpuso recur-

so, pero no se hace de la nulidad uno de los motivos del recurso, estableciendo que en ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal”.

Quedó así consolidado el diverso régimen entre el autoexamen de la propia competencia y el heteroexamen de la del inferior por el que conoce del recurso.

Por lo demás refrendado por el Tribunal Constitucional al que se le sometieron cuestiones de constitucionalidad denunciando la restricción. Lo que, desde luego, no se cuestionó era la excepción a la restricción. (Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 282/2006 de 18 de julio)

b) En cuanto a los órganos que intervienen.

La cuestión de competencia se promueve por o ante el órgano jurisdiccional cuya competencia se pone en cuestión. Y la competencia para el recurso contra la decisión al respecto una vez formalizada la cuestión, corresponde al superior no solamente del que conoce sino del que, además, lo sea del otro órgano cuya competencia entra en discusión.

Como ningún órgano puede discutírsela al Tribunal Supremo, el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluye que se suscite respecto a éste ninguna cuestión. Ni por él, ni respecto a él. El Tribunal Supremo solamente decide las cuestiones de competencia de los órganos que le están subordinados sin otro superior común.

La nulidad de actuaciones se solicita ante el órgano que conoce o, por vía de recurso, ante su superior jerárquico, cuando tenga por motivo la falta de competencia objetiva o funcional, prescindiendo de cualquier consideración sobre el otro órgano de eventual competencia.

Pero el órgano que conoce del recurso, entablado contra la decisión definitiva del procedimiento, o una interlocutoria, puede, como dijimos, examinar de oficio la existencia de la nulidad, incluso cuando no es alegada en el recurso, si estima que aquella deriva de la falta de competencia objetiva o funcional (artículo 240.2 segundo párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es fácil notar que el legislador no ha distinguido que el Tribunal que conozca del recurso lo haga por recurso ordinario o extraordinario. Por ello también al Tribunal Supremo se le ordena por el legislador, con ocasión de la casación, que examine la eventual nulidad de actuaciones no alegada si ésta deriva de la

falta de competencia objetiva o funcional del órgano de la instancia.

Tal potestad jurisdiccional de control de la distribución de competencia no es una mera facultad del Tribunal Supremo, -de cualquier Tribunal-, es un inexorable deber del que no cabe abdicar. Porque el interés en la preservación de la adecuada competencia objetiva y funcional (a diferencia de lo que ocurre con la territorial) no se deja a la disposición de la parte, debiendo siempre garantizarse por los Tribunales el respeto a la decisión legislativa que las establece.

Aún más, en el caso de la casación resulta, si cabe, más exigible que el Tribunal Supremo controle ese presupuesto, si deparamos en que aquella nulidad por falta de jurisdicción o competencia no encaja en ninguno de los motivos que, conforme a los arts. 849, 850, 851 y 852 pueden ser fundamento de dicho recurso.

c) En cuanto a la intervención de las partes

En cuanto a la legitimación para lo uno y para lo otro viene conferida, en relación con la cuestión de competencia, por el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en relación a la nulidad de actuaciones, por el 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La intervención, incluso cuando no promueve la cuestión o la nulidad, debe ser la adecuada para garantizar que la decisión, en ambos casos, se dicte sin merma del derecho a la tutela judicial sin indefensión.

d) En cuanto al procedimiento.

La competencia se dirime en un procedimiento compuesto por una fase previa a la formalización de la cuestión entre los órganos jurisdiccionales que discrepan y otra, una vez formalizada, que culmina ante el órgano superior jerárquico común a ambos órganos en discrepancia. En todo el procedimiento las partes tiene la intervención que, según fase y órganos que intervienen, les confiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nada prevé la ley orgánica cuando la cuestión que se suscita es de oficio la nulidad de actuaciones. Pero en todo caso la exigencia del artículo 24.1 de la Constitución Española se traduce en la obligada audiencia de las partes antes de que se decida sobre la nulidad, y el órgano que interviene es exclusivamente el llamado a valorar si existe tal nulidad.

e) En cuanto a los efectos de la decisión.

La cuestión de competencia concluye con la decisión por la que atribuye a un órgano la potestad para seguir con el conocimiento de la causa y, en su caso se le remite las actuaciones (artículos 22, 25, 29, 30, 38, 41, 43, 674, 676, y 759 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La decisión

de la cuestión de la nulidad ordena la reposición del procedimiento al momento en que aquella nulidad se produjo. Es entonces, al devolver las actuaciones el órgano que conocía del recurso, cuando, en su caso, el órgano que venía conociendo deberá proceder a la pertinente remisión del procedimiento al competente.

Por todo ello no consigo entender que la Sala General remita al artículo 240. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para decir que, al amparo del mismo examinará (solamente) su propia competencia. Ese deber es ajeno a la regulación de la nulidad de actuaciones, que es la materia regulada por el artículo citado de la Ley Orgánica. El control de su competencia deriva de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que es donde tal materia tiene ubicada su regulación.

Cabe añadir que, por otro lado, la propia competencia incluye la funcional. Pues bien, ésta viene determinada en la ley de manera automática y derivada de la objetiva del órgano que dicta la resolución recurrida. Así pues, solamente se controla la propia competencia funcional en la medida que se lleva a cabo el control de la objetiva del que interviene en la fase procedimental anterior. Porque el ámbito de conocimiento en casación difiere según que la sentencia recurrida sea dictada por la Audiencia Provincial en el ordinario, o por aquella mediante el Tribunal del Jurado en su específico procedimiento, ya que, entonces lo que se recurre ante el Supremo no es la sentencia del Tribunal del Jurado sino la del Tribunal Superior de Justicia dictada en apelación.

Pero aún es más incoherente el resultado a que lleva la decisión mayoritaria. El mismo artículo 19. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Ministerio Fiscal, sin necesidad de acudir a la vía del recurso, a denunciar la falta del presupuesto que examinamos en cualquier estado de la causa. Y la casación es un estado de la causa no excepcionado.

Por ello, cuando la Sala General en el acuerdo transcrito remite a los “medios” establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica del Poder Judicial, no ignora tal artículo 19.4 de aquella, cabe preguntarse: ¿Admite dicho acuerdo que el Ministerio Fiscal pueda alegar, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la nulidad de actuaciones, por falta de competencia objetiva o funcional, incluso cuando ninguno de los motivos de casación formulados la erija en su fundamento?

No admitir esa posibilidad es sencillamente derogar bajo excusa de interpretación un inequívoco precepto del legislador.

Y la segunda cuestión es bien acuñante: además de derivar del artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Po-

der Judicial la potestad/deber de controlar la competencia objetiva y funcional como causa de nulidad de actuaciones.

¿No es incoherente autorizar, sin preclusión alguna, al Ministerio Fiscal para denunciar la falta de legalidad del procedimiento por defecto de competencia del órgano jurisdiccional y negarle al propio Tribunal, que conoce del recurso contra la decisión que puso fin a la causa en que aquella nulidad se ha producido, la posibilidad de declararla?

Ciertamente el acuerdo de la Sala General, y la decisión de la mayoría del Tribunal en esta causa, supone una excepción a la doctrina hasta ahora mantenida. En la Sentencia 46/1999, de 30 de abril no tuvo el Tribunal reparo alguno en declarar la nulidad de actuaciones, pese a que el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no tenía aún la redacción actual, haciéndolo de oficio y siendo el motivo la falta de competencia objetiva apreciada en el juzgado instructor y en la Audiencia Provincial que conoció de un delito, -expedición de moneda falsa- que el Tribunal Supremo estimaba que era competencia de la Audiencia Nacional. Por lo que decidió, sin entrar en el examen del recurso de casación interpuesto por el penado, declarar nulas todas las actuaciones y ordenó la remisión al Juzgado Central correspondiente para comenzar la instrucción de nuevo.

En lo que a revisión de oficio de la competencia del órgano de la instancia respecta, éste fue también el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, en este rollo en el que emito este voto, cuando el Tribunal decidió dar audiencia a las partes sobre la cuestión de la nulidad.

Este es el criterio unánime de la doctrina procesalista de la que no me constan opiniones que cuestionen el deber del Tribunal Supremo, como de cualquier otro Tribunal, para impedir que la decisión del legislador, atribuyendo el conocimiento de causas penales a órganos determinados, quede al capricho de las partes o a resultas del acierto de Tribunales cuyas decisiones son recurribles.

SEGUNDO.- Aunque la competencia del Tribunal del Jurado para conocer del objeto de este proceso, por las antedichas razones, no fue debatida, debo entrar en dicha cuestión, pues es la convicción de que concurría dicha específica competencia lo que justifica la emisión de este voto.

Las acusaciones imputan al acusado un delito de asesinato y, además, uno de hurto en grado de tentativa, el Ministerio Fiscal y un delito de asesinato y otro de robo violento, la acusación particular

La sentencia, tras declarar probados los hechos constitutivos del delito de homicidio, añade que “tras” los mismos el acusado arrojó diversas

joyas en el suelo procediendo a abrir la puerta a agentes de la Policía Local indicando que un individuo había penetrado en la casa, siéndole ocupada en el cacheo una cadena de oro propiedad de la víctima.

Esa secuencia de hechos coincide sustancialmente con la descrita en la calificación de las acusaciones. La particular afirma que el penado "decidió simular un robo" al verse sorprendido por la Policía. La pública, si bien no afirma la simulación, que sería poco compatible con la acusación por título de delito contra la propiedad, subraya que el acusado dijo a los agentes que había entrado un individuo en el escenario de los hechos a robar.

Pues bien, tal conformación del objeto procesal lo sitúa en la hipótesis del artículo 5.2, c) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Desde luego esa situación procesal no es equiparable sin más al concurso medial. La relación funcional no ha de caracterizarse como necesaria. Y aunque sea obvio, debemos resaltar que la relación medio a fin puede considerarse tanto si el delito competencia del Jurado es el instrumental, como si es el objetivo buscado.

Aún cabría añadir que en alguna ocasión hemos puesto de manifiesto que el Tribunal del Jurado debe ser tenido por competente, aún sin concurrir el supuesto del concurso medial, si el asesinato y el robo estaban en el proyecto criminal del autor desde el inicio, en la medida que la ejecución del asesinato facilitaba la ejecución del robo. Sentencia de este Tribunal Supremo núm. 468/2005 de 14 de abril

Por ello la exclusión de esta causa a la competencia del Jurado es absolutamente arbitraria y carece de cualquier apoyo hermenéutico que pueda admitirse por juristas ni siquiera como discutible.

En este sentido, aún cuando, en principio, las atribuciones competenciales no afectan al derecho al juez ordinario previsto por la ley, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, si conoce del asunto un tribunal ordinario, siguiendo la doctrina de dicho Tribunal Constitucional, cuando la sustracción del conocimiento al Tribunal competente se hace desde criterios absurdos, ilógicos y por ello meramente arbitrarios, la infracción procesal se transmuta en otra de alcance constitucional por lesión de derecho fundamental previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Así, como recuerda el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/2006 de 24 de abril: ha declarado reiteradamente, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y compe-

tencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, siendo, además, doctrina reiterada que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (SSTC 174/1993, de 27 de mayo; 6/1996, de 16 de enero), y 35/2000, de 14 de febrero), por todas; AATC 13/1989, de 16 de enero, y 113/1999, de 28 de abril), entre otros).

Luciano Varela Castro

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

2009/245695

TS Sala 2ª, Sentencia 23 octubre 2009. Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Al no existir prueba concluyente Absolución de los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible

Desestimando el recurso de casación interpuesto por la acusada, la Sala acoge el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de los referidos delitos, pues en todo el curso de las incidencias de que se trata, no cabe apreciar un solo dato realmente sugestivo de que este acusado tuviera alguna capacidad de decisión y, menos aún, que hubiera llegado a utilizarla en los hechos de esta causa, tal y como realmente aparecen descritos en la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Augusto

Por el cauce del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 Lecrim, se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art. 24.2 CE en relación con el art. 9.3 CE (in-

terdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos). Como argumentos de apoyo, tras algunas consideraciones legales y jurisprudenciales, de carácter general, en la materia, se da por cierta la existencia de los supuestos de hecho de los delitos motivadores de las condenas, si bien se objeta que el que recurre -en efecto, coadministrador de Jamones Arisa SL- no tuvo en ellos ninguna participación. Al respecto, se dice: que la mayor parte del género estaba en el domicilio de la acusada; que fue quien negó la entrada en el almacén a los denunciantes y perjudicados; que fue ella quien celebró una junta universal y quien autocompró las fincas.

Como prueba de descargo se señala la declaración del propio recurrente, la de un empleado de banco que reconoce que el crédito a la sociedad dependió de las garantías ofrecidas por Antonieta, que fue quien de manera exclusiva realizó la junta, la compraventa y los pagos, es decir, los actos relevantes a los efectos del alzamiento de bienes.

Pues bien, sucede que este planteamiento, aparte del sustento probatorio que sugiere el que recurre tiene claro reflejo en los propios hechos probados de la sentencia. En efecto, pues del análisis de estos resulta:

- Que ambos implicados constituyeron la sociedad, asumiendo la condición de administradores solidarios;

- Que Augusto, como representante de Jamones Arisa SL, con conocimiento de Antonieta, recibió los cerdos entregados por La Piedra Azul 99 SL, para su transformación por aquella entidad;

- Que representantes de esta última comprobaron la existencia de los jamones y paletas resultantes, durante el proceso de curación, en los dos locales de Jamones Arisa SL;

- Que el 18 de febrero de 2003 Antonieta denegó al apoderado de La Piedra Azul 99 SL el acceso a esos locales para el examen y recepción de la mercadería;

- Que Antonieta, actuando ella sola como Jamones Arisa SL:

- El 20 de febrero de 2003 celebró, una junta general extraordinaria en la que esta entidad acordó vender a Antonieta los dos locales comerciales aludidos de que la entidad era propietaria;

- El 21 de febrero canceló la cuenta de crédito de Jamones Arisa SL, de la que Antonieta era avalista;

- El día 9 de abril canceló la hipoteca y el arrendamiento financiero que la sociedad había concertado;

- El 10 de abril siguiente adquirió para sí misma los dos locales comerciales;

- Que los jamones y paletas no han sido recuperados por La Piedra Azul 99 SL.

En vista de lo que acaba de exponerse, no se trata sólo de que los medios de prueba antes aludidos puedan favorecer la hipótesis del recurrente, es que el propio relato de hechos de la sentencia guarda una patente relación de coherencia con esta misma hipótesis; pues, en él, lo único que consta de Augusto es que contactó con La Piedra Azul 99 SL y recibió los cerdos en nombre de Jamones Arisa SL. Ciertamente con Antonieta era administrador solidario de la misma, pero con una particularidad harto significativa, y es que mientras ésta tenía 275 participaciones -de 500- en el capital social, el primero sólo 20 (y el resto correspondía a Compavisa, una sociedad representada por José Manuel Sánchez Iglesias). Así, esta circunstancia y la forma, sumamente expresiva, por abiertamente unilateral, en que se produjeron los actos de disposición que acaban de describirse, abonan la veracidad de lo afirmado por el que recurre, en el sentido de que su papel en la sociedad en todo el curso del negocio fue realmente marginal. Que es lo que denota la patente falta de protagonismo que se desprende del relato de la sentencia.

Muy otra es, en cambio, la conclusión que del cuadro probatorio, inculcadas sus propias declaraciones, se siguen en el caso de Antonieta, que negó ante el instructor, faltando burdamente a la verdad, cualquier relación con Jamones Arisa SL, así como haber comprado o vendido nada en ella; afirmó su total desconocimiento, no sonarle de nada, La Piedra Azul 99 SL, e, incluso, no haber realizado nunca una junta de accionistas. Todo cuando constan las elocuentes vicisitudes contractuales a que acaba de hacerse referencia; y también el modo como se formó Jamones Arisa SL, el papel formalmente asumido en ella por Antonieta, desde una posición de dominio, y la forma, resuelta y contundente, como lo ejerció en la práctica, llegado el momento de hacer suyos los bienes inmuebles de la entidad, para sustraerlos a la reclamación de La Piedra Azul 99 SL, que sin duda esperaba, con buen conocimiento de causa. Además, hay que añadir que los mismos denunciantes han depuesto y aportado detalles sobre su relación personal con Antonieta, en las visitas giradas a Guijuelo con ocasión del negocio de referencia, que ésta niega, según se ha visto.

Es cierto que Augusto ha admitido la realización por su parte de actos de ordinaria administración, pero todo indica que refiriéndose a los elementales de gestión, como el de recibir los animales que fueron sacrificados. Y que ese reconocimiento, como su misma actitud con los denunciantes, de la que da cuenta la sentencia, acredita la autenticidad de sus manifestaciones y hace totalmen-

te plausible su afirmación de verdadera ajenidad a los hechos de la causa. Desde luego, a los que constituyen el supuesto fáctico del alzamiento de bienes; pero también al que da sustrato al de apropiación indebida, cuando, en fin, consta asimismo que el grueso de los jamones y paletas estaba almacenado, precisamente, en el almacén anejo a la propia vivienda de Antonieta, que faltando ostensiblemente a la verdad en su negativa a aceptar cualquier implicación en la operación con La Piedra Azul 99 SL, negó a sus responsables el acceso a ese local, del que tendría que haber sido retirado la mayor parte de la mercancía.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero). Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciara, para que resulte atendible la conclusión incriminatoria, según jurisprudencia asimismo muy conocida (por todas, STC de 21 de mayo de 1994 y STS de 2 de febrero de 1998) es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Pues bien, aplicado este canon jurisprudencial al cuadro probatorio resulta que lo atribuible al recurrente es, primero, el dato, formal, por lo que se ha visto, de su participación apenas simbólica en la sociedad; y luego, alguna intervención de índole subordinada en el tráfico de la misma. Nada que ver, pues, con actos de la relevancia de los de administración societaria y disposición llevados a cabo por propia y exclusiva iniciativa por Antonieta, que, al fin, entró en la titularidad de los inmuebles descritos en la sentencia. De lo que resulta que, en todo el curso de las incidencias de que se trata, no cabe apreciar un solo dato realmente sugestivo de que Augusto tuviera alguna capacidad de decisión y, menos aún, que hubiera llegado a utilizarla en los hechos de esta causa, tal y como realmente aparecen descritos en la resolución impugnada. En este apartado de la sentencia no se dice expresamente quien ejecutó el acto de disposición ilegítima sobre los jamones y las paletas, cuando es algo que tendría que haber constado con toda claridad de manera explícita. Luego, en los fundamentos de derecho, la sala de instancia atribuye la acción indis-

tintamente a ambos acusados. Ahora bien, lo razonado a partir del resultado de la actividad probatoria e, incluso, lo que se infiere de la lectura más racional de los propios hechos (sin necesidad de variar su tenor), es que Augusto fue ajeno a ese modo de actuar. Ajeno, incluso, a la junta general extraordinaria del 20 de febrero de 2003, en la que él dice que no estuvo, lo que resulta perfectamente creíble, a tenor de lo expuesto. Pero no en cambio lo afirmado al respecto por la propia Antonieta, que también negó en el juicio haber

■

"...cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciara, para que resulte atendible la conclusión incriminatoria, según jurisprudencia asimismo muy conocida (...) es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente."

■

intervenido nunca en una junta de accionistas, cuando resulta que fue quien certificó (folio 168) la celebración de la aludida, para acordar la venta, precisamente a ella misma, de los locales a que ya se ha hecho mención. En definitiva, todo un conjunto de datos probatorios que, claramente, desplazan toda la responsabilidad de sobre Antonieta, como auténtico factotum en Jamones Arisa SL.

Y en este sentido debe estimarse el motivo, lo que hace innecesario en-

trar en el examen de todos los demás de este recurrente.

Recurso de Antonieta

Primero.- Lo alegado, por el cauce del art. 5,4 LOPJ, es insuficiencia de prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia. Al respecto se argumenta con la nulidad de la diligencia de la comisión judicial que obra al folio 7, para la que, se dice, no habría sido citada, por lo que su manifestación a la misma estaría viciada; con que no existiría prueba sobre el hecho básico del sacrificio del ganado; y con la falta de veracidad de las imputaciones que se hacen a la recurrente.

La primera objeción es francamente inconsistente, pues la relación contractual de que se parte, entre La Piedra Azul 99 SL y Jamones Arisa SL, tiene buen soporte documental, cuenta con un importante refrendo de fuente testifical; y, en fin, la falta de entrega de los jamones y paletas, cuando es claro que la segunda había recibido los cerdos para su transformación, está bien acreditada. Lo mismo, y por idéntica razón, hay que decir de la afirmación que cuestiona el sacrificio del ganado, cuando es patente que se recibió en Jamones Arisa SL, que facturó a La Piedra Azul 99 servicios prestados por ese concepto. Y en cuanto a la puesta en cuestión de las imputaciones que afectan a la que recurre, siendo tan clara la relevancia de su papel en aquella entidad como se ha visto; y lo mismo el dato de que conoció la relación con La Piedra Azul 99 SL y mantuvo contacto con sus responsables, y que, ello no le impidió negar la evidencia, basta decir que el reproche de inveracidad de las imputaciones se convierte en un aserto meramente retórico.

Así, por todo, el motivo tiene que desestimarse.

Segundo.- Invocando el art. 5,4 LOPJ y el art. 849,2 Lecrim, se ha alegado indebida apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Pero ocurre que, de un lado, en el desarrollo del motivo no se hace el necesario examen de las actuaciones con objeto de dar el necesario soporte de datos a la denuncia; y, de otro, que la suscitada es una cuestión nueva, en cuanto no planteada en el juicio y que, por ello, no ha podido ser objeto de examen contradictorio. Ciertamente es que lo segundo podría no ser un obstáculo si es que la objeción hubiera contado con el fundamento preciso, pero la ausencia de éste hace que la misma no pueda siquiera considerarse.

Tercero.- Lo aducido es infracción de ley, en concreto, del art. 849,1 Lecrim, por aplicación indebida del art. 252, 250.1,6 y 20,7 Cpenal. El argumento es que en los hechos declarados probados no consta la entrega de los cerdos ni que Jamones Arisa SL llegase a estar en posesión de los mismos. Además, se dice, el cese

de la recurrente como administradora el 1 de julio de 2003 evidenciaría su total ajenidad a las vicisitudes judiciales posteriores a esa fecha.

El motivo es de infracción de ley, por tanto, sólo apto para servir de vehículo a la denuncia de eventuales defectos de subsunción, precisamente, de los hechos que en la sentencia se declare probados. Y es de una total obviedad que en la formulación del motivo se prescinde de esta exigencia elemental, ya que la entrega de los cerdos a Jamones Arisa SL aparece descrita en el segundo párrafo del relato de la sala, y, por tanto, representa un dato empírico incuestionable por esta vía y, en consecuencia, de inexcusable consideración.

De otra parte, la pretendida ajenidad de la que recurre a las ulteriores vicisitudes, que culminan en el apoderamiento y la consecuente falta de entrega de los jamones y paletas, es igualmente una afirmación abiertamente contraria a lo probado.

Por tanto, si todo lo que cabe objetar a la aplicación de los preceptos del Código Penal citados es que faltan esos presupuestos fácticos, acreditado como lo está que éstos se dieron de manera efectiva, sólo cabe dejar constancia de que así fue, en efecto, y de que la sala de instancia (folios 6 a 8) justifica de forma irreprochable, con el requerido rigor argumental y un consistente apoyo jurisprudencial, por qué los estimó jurídicamente relevantes.

Es por lo que el motivo sólo puede rechazarse.

Cuarto.- Por idéntica vía, lo alegado es la aplicación indebida del art. 257 Cpenal. Al respecto el argumento es que no existió alzamiento de bienes porque los fondos que se dice alzados se emplearon para el pago de deudas realmente existentes.

Pero también en este caso el modo de argumental que vertebra el motivo deja de lado lo verdaderamente sucedido. Y esto es que la recurrente, actuando como Jamones Arisa SL, tras de haberse enriquecido ilícitamente con el importe de los jamones y paletas, y cuando, por tanto, esa entidad estaba en deuda por el correspondiente valor con La Piedra Azul 99 SL, dispuso de los inmuebles propiedad de la primera en su propio beneficio, sin ningún coste real, con el objeto evidente de sustraerlos a esa responsabilidad. No se dio, por tanto, el supuesto que torcidamente se invoca, porque no se trató de privilegiar a un acreedor en perjuicio de otros, alterando un cierto orden de prelación, sino de blindar los inmuebles de referencia, en propio beneficio y, precisamente, en perjuicio de la sociedad acreedora.

En consecuencia, este motivo tampoco puede prosperar.

Quinto.- Al amparo del art. 849, 2 Lecrim se ha aducido la existencia

de error de hecho basado en documentos de la causa, que demostrarían la equivocación del juzgador. El argumento es que en la sentencia no constan los partícipes en la sociedad, el cese como administradora de Antonieta y el domicilio social de la entidad. Y la pretensión de la recurrente sería integrar estos datos, de los que, supuestamente se derivarían consecuencias relevantes para la causa, debido -se apunta- a que el pleito civil seguido a instancia de La Piedra Azul 99 SL, del que en la misma hay constancia se habría seguido cuando, por el cese como administradora, Antonieta era ajena a la gestión de Jamones Arisa SL.

Pues bien, no resulta correcto hablar de error en la sentencia, sino, de una mera omisión, pero omisión no debida a descuido, sino conscientemente producida a partir de la evidencia de lo irrelevante de los datos mencionados. En efecto, pues el del domicilio social es por completo indiferente, en el desarrollo de las vicisitudes que aquí interesan; el de la relación de los partícipes de la sociedad no sería un hecho probado, sino un elemento de prueba, como se ha visto en el examen del primer motivo del recurrente; y, en fin, el de la fecha del cese, si algo sugiere, es que Antonieta se apartó de Jamones Arisa SL cuando ésta no tenía para ella ningún interés, porque ya había dispuesto ilegítimamente de los jamones y las paletas y se había convertido en propietaria de los locales comerciales.

Es, pues, claro, que el motivo carece de viabilidad.

Sexto.- La objeción es también de error en la apreciación de la prueba basado en documentos. Estos, en los folios 61 y siguientes de la causa, resultan ser los relativos al sacrificio de 97, 102, 52 y 33 cerdos, en este último caso, al fin, 32, por haberse rechazado uno. Y el objeto perseguido por la parte sería demostrar que entre las dos sociedades implicadas habría existido una relación compleja "que no es posible tipificar (...) como delito por apropiación indebida".

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2 Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse sepa-

rado sin fundamento del resultado de la prueba.

Sólo el planteamiento del motivo justificaría su desestimación, puesto que no se ajusta en modo alguno al canon jurisprudencial transcrito. Pero es que, además, resulta que en los hechos de la sentencia (folio 4) cuando se reflejan las entregas de cerdos puede comprobarse la referencia a algunas que coinciden con las que relaciona la recurrente. Pero, en todo caso, la posible complejidad de la relación contractual entre ambas sociedades no impide en absoluto que la operación descrita en la sentencia, con un objeto bien determinado, pueda constituir, como en efecto constituyó, el supuesto fáctico de un delito de apropiación indebida.

Es por lo que el motivo tiene que rechazarse.

Séptimo.- Por el mismo cauce que en los anteriores, se ha formulado también la misma alegación. En este caso, con fundamento en la declaración policial del acusado, como documento.

Así, tiene razón el Fiscal, cuando objeta la viabilidad del motivo, puesto que, según conocida jurisprudencia de esta sala, las declaraciones de imputados y testigos que, regularmente aparecen transcritas en las causas, ni las diligencias policiales con manifestaciones de los propios agentes o de otras personas, recogidas por ellos e incorporadas al atestado, carecen de la calidad técnica de documentos, a los efectos del art. 849,2 Lecrim (entre muchísimas, SSTS 1701/2001, de 24 de septiembre y 168/2004, de 11 de febrero).

Por todo, el motivo no es atendible.

Octavo.- La denuncia es asimismo de error en la apreciación de la prueba, y el documento que se invoca es el del folio 128, del que resultaría que la recurrente habría facturado jamones ibéricos de recebo de su titularidad a Julián Martín, SA, procedentes de cerdos adquiridos a Sebastián Ramos e Hijos SL.

Pues bien, el motivo tiene que rechazarse, por la misma falta de corrección técnica en el planteamiento; y, además, porque de él no se infiere en absoluto en qué error habría podido incurrir la sala al construir los hechos probados de la sentencia, que nada tienen que ver con la mercancía ahora aludida.

Noveno.- De nuevo lo aducido es la existencia de error en la apreciación de la prueba, de los del art. 849,2 Lecrim, por no haberse consignado en la sentencia los movimientos bancarios realizados por la que recurre a favor de Jamones Arisa SL y las cargas que pesarían sobre las fincas objeto de trasmisión.

Tampoco en este caso tiene razón la recurrente, porque en la sentencia

de instancia (folio 5) existe concreta referencia a movimientos de fondos realizados por aquélla. Y, en cuanto a la posible existencia de cargas reales sobre los inmuebles adquiridos por la misma, es un dato que, en cualquier caso, carecería de aptitud para legitimar el acto de disposición motivador de la condena.

Décimo.- También por el cauce del art. 849,2 Lecrim, se ha objetado la existencia de error en la apreciación de la prueba, debido a la falta de inclusión en la sentencia de datos relativos a alguna facturación por Jamones Arisa SL a La Piedra Azul 99 SL, que, se dice, demostraría "la situación de desventaja" de la primera.

De nuevo se trata de una alegación que carece de encaje en el marco del precepto invocado; y que, en cualquier caso, no neutralizaría la evidencia de que los jamones y las pale-

"...lo atribuible al recurrente es, primero, el dato, formal, por lo que se ha visto, de su participación apenas simbólica en la sociedad; y luego, alguna intervención de índole subordinada en el tráfico de la misma. Nada que ver, pues, con actos de la relevancia de los de administración societaria y disposición..."

tas en proceso de curación para su ulterior entrega a La Piedra Azul 99 SL fueron objeto de un acto de disposición ilegítimo.

Undécimo.- Lo ahora alegado es error en la apreciación del informe emitido por el perito Constancio, por considerar que su criterio técnico es cuestionable. En la sentencia han constancia de que la sala contó con varios dictámenes periciales para formar criterio.

Como regla, los informes periciales carecen de la calidad de documentos (en sentido técnico-procesal) a los efectos del art. 849,2, por más que puedan acogerse como tales en algún caso, como cuando existiendo una sola pericia o varias coincidentes, el tribunal se hubiera apartado sin motivación razonable del contenido de los mismos (por todas, STS de 17 de febrero de 1992 y 30 de noviembre de 1990). No es, desde lue-

go, el caso, y, por tanto, el precepto invocado carece de aplicación y el motivo tiene que desestimarse.

FALLO

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Augusto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección primera, de fecha 17 de noviembre de 2008 que le condenó como autor de un delito de apropiación indebida y otro de insolvencia punible, y, en consecuencia, anulamos esta resolución. Declaramos de oficio las costas causadas en este recurso.

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Antonieta contra la referida resolución que la condenó como autora de los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible. Se condena a la recurrente al pago de las costas causadas a su instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil nueve

En la causa número 18/2007, dimanante de diligencias previas 560/2004 del Juzgado de instrucción número 2 de Béjar, seguida a instancia del Ministerio fiscal y de la acusadora particular La Piedra Azul 99 S.L. por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible contra los acusados Augusto, con D.N.I. núm. 000, nacido el día 6 de junio de 1962 en Salamanca, hijo de domingo y de Aurora con domicilio en Guijuelo en libertad provisional por esta causa e Antonieta con D.N.I. núm. 001, nacida el día 8 de abril de 1936 en Guijuelo (Salamanca), y con domicilio en la misma localidad, en libertad provisional por esta causa y contra la responsable civil subsidiaria Jamones Arisa S.L., la Audiencia Provincial de Salamanca, sección primera, dictó sentencia en fecha 17 de noviembre de 2008 que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los he-

chos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, los hechos descritos, por lo que se refiere a Augusto, no son constitutivos de delito, y debe ser absuelto.

Así, se mantiene la condena de Antonieta, también en lo relativo a la responsabilidad civil en su totalidad, declarada solidaria en respuesta a la acusación en tal sentido.

PARTE DISPOSITIVA

Callamos: Se absuelve a Augusto de los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible por los que había sido condenado en la instancia y se declaran de oficio la mitad de las costas procesales.

Se mantiene la condena de Antonieta, también en lo relativo a la responsabilidad civil y el pronunciamiento de la sentencia dictada en la instancia en todo lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

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

cias comparadas, dictada la recurrida el 23 de septiembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, y la de contraste el 6 de noviembre de 2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Aragón, en el Recurso 498/2003 .

2.- La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 23 de septiembre de 2008 (rec. 1811/07), confirmatoria de la de instancia que con estimación de la demanda, declaro el derecho del actor al cambio de puesto de trabajo y colocación y al abono de atrasos por la pérdida retributiva en el periodo de 8-9-2005 a 8-6-2006 por importe de 9.632,07 euros. El actor venía prestando sus servicios en el Ministerio de Defensa, adscrito al centro de trabajo de la Maestría Aérea de Sevilla, con la categoría de Técnico Superior de Actividades Técnicas de Mantenimiento y Oficios, grupo profesional 3, área funcional técnica de mantenimiento y oficios, siendo declarado en situación de Incapacidad Permanente Total por Resolución de 29-7-2005. El demandante, el 8-9-05, solicitó le fuera concedido el cambio de puesto de trabajo por otro más adecuado a su capacidad, al amparo del artículo 65 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, petición que no fue resuelta, no habiendo prestado desde tal fecha servicios profesionales.

La cuestión litigiosa es la de determinar si el derecho que recoge dicho precepto está condicionado a la existencia de vacante, quedando el contrato de trabajo suspendido hasta el momento de la recolocación, sin derecho por tanto a salario alguno mientras dure tal situación. La Sala de suplicación recuerda que ya se ha pronunciado sobre este tema en sentencias propias de 12 de julio de 2005 y 6 de octubre de 2004 .

Considera que el caso analizado, y en aplicación del citado precepto, es un supuesto de movilidad funcional, que justifica el cambio de puesto en la declaración de incapacidad permanente total realizada por el INSS, sin necesidad de que existan vacantes y únicamente limitada por las previsiones contenidas en el art. 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Finalmente estima que dado que el empresario se ha retrasado en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo, el trabajador conserva el derecho al salario.

3.- Disconforme el Abogado del Estado se alza en casación unificada, planteando como cuestión casacional si el personal laboral de la Administración demandada, al que se le ha reconocido una IPT tiene derecho a un cambio del puesto de trabajo de forma incondicionada o es necesaria la existencia de previa vacante, alegando infracción de los arts. 37.1 CE y 82 ET en relación

con el art. 65 del Convenio Colectivo Único.

La sentencia invocada de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 6 de noviembre de 2003 (rec. 498/03) analiza un supuesto similar al actual, y en la que sin embargo se alcanza solución contraria al actual, pues desestima la demanda del trabajador, contra el MINISTERIO DE DEFENSA, en reclamación de 14.780,88 en concepto de indemnización por la tardanza en la recolocación, equivalente a los salarios dejados de percibir. Con fecha 29 de agosto de 2001 el Instituto Nacional de la Seguridad Social declaró al demandante en situación de IPT, con derecho a las percepciones correspondientes. Con fecha 8 de octubre de 2001 el actor presentó un escrito solicitando, de conformidad con el art. 65 del Convenio Colectivo aplicable, se le cambiara de puesto de trabajo por otro más adecuado a su situación y características.

Tras una pluralidad de gestiones, tendentes a identificar una plaza que pudiera ocupar, el 9-8-2002 se le asignó una de ordenanza en el Hospital Militar de Zaragoza. En este supuesto la Sala de Suplicación, argumenta que la asignación de un nuevo puesto en una Administración Pública, requiere de unos determinados trámites legales, y así se establece en el art. 65 del Convenio Colectivo Único, entendiéndose que al no reconocerse una reincorporación inmediata tampoco surge la obligación de indemnización por la defensa del proceso.

Es evidente, que concurre la pretendida identidad. Ambas resoluciones parten de presupuestos fácticos que pueden considerarse iguales, pretensiones idénticas, con apoyo con la mismas pretensiones, con apoyo en la misma normativa convencional -art. 65 CCU - y sin embargo se alcanzan soluciones diferentes. Así, la sentencia recurrida, estima que en el supuesto de declaración de IPT el citado precepto da derecho a un cambio de puesto de trabajo, sin necesidad de la existencia de vacantes y si la demandada incumple la obligación de proporcionar ocupación efectiva, el trabajador conserva el derecho al salario, y ello al considerar que no se trata de una suspensión del contrato y sí por el contrario, de un incumplimiento empresarial. Por el contrario, la sentencia de contraste, considera que el art. 65 no establece un derecho automático, y si condicionado al cumplimiento de determinados trámites, entre ellos la identificación de la vacante y sin que suponga conducta antijurídica alguna la no reincorporación inmediata debido a la demora del proceso, por lo que concluye que no nace derecho a indemnización alguna.

Por cuanto antecede, procede entrar a conocer del fondo del recurso, al concurrir los requisitos exigidos



2009/271405

TS Sala: 4ª, Sentencia: 3 noviembre 2009, Ponente: Rosa María Virolés Piñol

Obligación de recolocación de incapaz permanente total sin indemnización mientras no exista vacante

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por los ministerios codemandados frente a sentencia que declaró el derecho del actor -afecto de una IPT- al cambio de su puesto de trabajo y recolocación, y al abono de la cantidad reclamada en concepto de atrasos.

La Sala señala que el art. 65 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado reconoce el derecho del empleado a pedir su recolocación pero no obliga a indemnizar por el incumplimiento de ese deber; por tanto, no puede accederse a lo pretendido pues ello conduciría al absurdo de que a la empleadora le resultase más económico acordar el cese, procedente o no, del trabajador, que esperar a recolocarlo y tener que abonarle, mientras tanto, los salarios que, teóricamente, dejara de percibir, sin recibir contraprestación alguna a cambio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en interpretar el artículo 65 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral del servicio de la Administración del Estado. Concretamente, se trata de resolver si, cuando un trabajador, declarado en situación de incapacidad permanente total, pide que se le adjudique un puesto de trabajo

más adecuado a su situación, la empleadora debe proporcionárselo y si, caso de no disponer de una vacante ajustada a sus circunstancias, esa imposibilidad no la liberará de su obligación de abonarle los salarios que habría devengado desde que solicitó la recolocación hasta que esta se produjo o una indemnización equivalente a ellos.

Tal cuestión ha sido resuelta de forma contradictoria por las senten-

en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral .

SEGUNDO.- El recurso alega la infracción del artículo 65 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, al estimar que la recolocación debe retrotraer sus efectos económicos a la fecha en que se solicitó y que se debe abonar una indemnización por la demora equivalente a los salarios dejados de percibir.

Conviene reproducir el artículo 65 del Convenio Colectivo antes citado donde se dispone: "Artículo 65 . Movilidad funcional por incapacidad laboral. En el caso de declaración de una incapacidad laboral permanente total, la Administración procederá, a petición del trabajador y previas las actuaciones y con las garantías establecidas en el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al cambio de puesto de trabajo por otro más adecuado a la situación del trabajador dando lugar con ello a una novación del contrato. Dicho cambio se comunicará a los representantes de los trabajadores.

Los complementos de puesto y aquellos otros que retribuyan una mayor cantidad o calidad en el trabajo, se percibirán de conformidad con las retribuciones que correspondan al nuevo puesto de trabajo, sin perjuicio del mantenimiento en cómputo anual de las retribuciones básicas y, si existe, el complemento personal de unificación, percibiendo en su caso un complemento personal. Si el trabajador no hubiese ejercitado este derecho, mediante la correspondiente solicitud, en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se le declara en situación de incapacidad laboral permanente total, se extinguirá la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores "

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de julio de 2009 (Rec. 2816/2008): "La cuestión debe ser resuelta en favor de la solución mantenida por la sentencia recurrida, por cuánto, como dijimos en nuestra sentencia de 4 de abril de 2006 (Rec. 310/05), dictada en un supuesto semejante al de autos, si no existe plaza vacante adecuada a las condiciones del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total, "es patente que nos encontramos ante una obligación de imposible ejecución, a la fecha en que se procede la reclamación".

"No cabe extremar la interpretación del precepto por el hecho de que no se prevea expresamente la supeditación del derecho a la existencia de vacante de las características del trabajador incapacitado."

"Sería necesario para que el efecto pretendido, creación de un puesto ad

hoc, se produjera, que el mismo se hallara expresamente previsto por la norma a cuyo amparo se postula la incorporación."

"El precepto establece una sola garantía, la incorporación a un puesto de trabajo, que no aparece completada con otras, ya afecten a la composición de la plantilla con alteración de la misma ya sustituyan la obligación por compensación, pues esto último haría necesario el previo diseño de un puesto de trabajo, aunque no alcanzara efectividad, a fin de fijar la remuneración que le corresponda."

"Ciertamente la cuestión planteada guarda una aparente similitud con el precepto de la norma convencional interpretada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2000 (R. C.U.D. núm. 1324/1999), siendo el tenor literal de la misma el siguiente: "declarado un trabajador afecto de una incapacidad total para el trabajo habitual, la empresa asignará al trabajador incapacitado un nuevo puesto de trabajo en función de sus limitaciones, abonándosele el nuevo salario que, en función del puesto de trabajo a cubrir, le corresponda, y sin descuento de las prestaciones que por incapacidad perciba". Pero esa similitud se rompe en cuanto el precepto establece una serie de previsiones en cuanto a la remuneración del afectado que muestran claramente una voluntad hasta tal punto compensatoria que el mismo prevé el abono del nuevo salario "sin descuento de las prestaciones que por incapacidad reciba".

"Nada de esto se contempla en el precepto cuya interpretación da origen a la controversia. Por ello la interpretación de la cláusula que a su vez posee el carácter de norma, al formar parte del articulado de un Convenio Colectivo, deberá realizarse en el entramado jurídico de nuestro ordenamiento."

Y es que, como con acierto señala la sentencia recurrida, "el Convenio contempla en su artículo 65 , como en su título se afirma, un supuesto de "movilidad funcional por incapacidad laboral", lo que supone la necesidad de dar al incapaz permanente total una plaza adecuada a sus circunstancias físicas e intelectivas cuando la empresa la tenga vacante, por cuánto la movilidad funcional, cual de esa denominación se deriva, según el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 23 y 24 del Convenio Colectivo aplicable, supone siempre la existencia de una vacante y la cualificación del trabajador que se destina a cubrirla.

El Convenio Colectivo reconoce el derecho del empleado a pedir su recolocación, pero no obliga a la demandada a crear un puesto de trabajo adecuado a sus circunstancias personales, sino, solamente, a facilitarle uno ajustado a su situación cuando quede vacante. No cabe, por ende,

interpretar que obliga a dar un empleo adecuado o a indemnizar por el incumplimiento de ese deber. No es eso lo que dispone el artículo 65 del Convenio que, conforme a los artículos 1.283 y 1.284 del Código Civil , deber ser interpretado en el sentido más adecuado para que produzca efecto, sin que pueda entenderse comprendido en él cosas distintas de las queridas por quienes lo pactaron. Por todo ello, al ser contrario a lo convenido, no puede accederse a lo pretendido que conduciría al absurdo de que a la empleadora le resultase más económico acordar el cese, procedente o no, del trabajador que esperar a recolocarle y tener que abonarle, mientras tanto, los salarios que, teóricamente, dejara de percibir, sin recibir contraprestación algu-

■

"El Convenio Colectivo reconoce el derecho del empleado a pedir su recolocación, pero no obliga a la demandada a crear un puesto de trabajo adecuado a sus circunstancias personales, sino, solamente, a facilitarle uno ajustado a su situación cuando quede vacante. No cabe, por ende, interpretar que obliga a dar un empleo adecuado o a indemnizar por el incumplimiento de ese deber."

■

na a cambio. No es ese el fin perseguido por el Convenio, que busca la recolocación de los declarados incapaces y afectos de una discapacidad merecedora de un trato favorable que consiste en reservarles la primera vacante que se produzca en puesto adecuado a sus circunstancias. Esa era la intención de los firmantes del Convenio y a ella debe estarse, cual obliga el artículo 1281 del Código Civil , precepto que, también, establece que para determinar la intención de las partes se estará, igualmente, a los actos posteriores de las mismas.

En tal sentido, aunque no sea aplicable directamente, conviene recordar que el artículo 63 del nuevo Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Es-

tado, publicado en el BOE de 14 de octubre de 2006, se condiciona la recolocación a que exista plaza vacante de igual o inferior grupo profesional, lo que es muestra de la verdadera intención de los contratantes y corrobora la necesidad de desestimar el recurso."

QUINTO.- Por lo expuesto, procede la estimación del recurso, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, por cuanto como señala, la sentencia recurrida infringe el ordenamiento jurídico en la forma expresada en el recurso, y se aparta del criterio hermenéutico adecuado establecido en la sentencia de contraste. En el caso, el Ministerio de Defensa asignó al actor un nuevo puesto de trabajo compatible con sus dolencias, aunque la necesidad de identificar una vacante que pudiera desempeñar el demandante ha supuesto que no haya habido una reincorporación inmediata del accionante, sino que el proceso se demoró varios meses, lo cual no genera obligación indemnizatoria por parte de la demandada, que no ha vulnerado el art. 65 del Convenio Colectivo Único, ni pudiendo imputársele conducta antijurídica alguna. Sin costas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del MINISTERIO DE DEFENSA, contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación núm. 1811/07, interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de marzo de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla, en autos núm. 699/2006, seguidos a instancias de D. Feliciano, contra el MINISTERIO DE DEFENSA sobre RECLAMACIÓN DE DERECHO Y CANTIDAD; y resolviendo el debate en suplicación, se estima el recurso; y desestimando la demanda absolvemos a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Sin costas.

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

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

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



2009/245799

TS Sala 4ª, Sentencia 21 septiembre 2009.
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

Cálculo de base reguladora de prestación por IPT derivada de enfermedad común de trabajadora fija discontinua

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado frente a sentencia sobre el modo de calcular la base reguladora de una prestación de IPT derivada de enfermedad común de una trabajadora que ha prestado servicios bajo contrato fijo discontinuo.

La Sala señala, siguiendo doctrina unificada, que a la hora de integrar los períodos en los que no hubo obligación de cotizar debe tenerse en cuenta el mandato del art. 7,2 RD 1131/2002 de modo tal que los vacíos de cotización entre los espacios de tiempo que median entre el cese de los servicios y el inicio de los correspondientes a nueva campaña tienen la condición de lagunas de cotización y deben integrarse con las bases mínimas de cotización en relación con la actividad contratada, esto es, en jornada completa y en proporción al número de días de trabajo efectuados en la campaña correspondiente.

2009/259258

TS Sala 4ª, Sentencia 29 septiembre 2009.
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

Extinción por la mutua de prestación por IT por no asistencia a reconocimiento médico

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada frente a sentencia que revocó la extinción de la prestación por IT acordada por la mutua por falta de comparecencia a reconocimientos médicos.

La Sala señala que en este caso el trabajador únicamente reacciona cuando es privado de la prestación económica de IT, en cuyo momento remite un fax a la mutua en el que manifiesta que no ha recibido ninguna notificación, lo cual no es cierto pues se le enviaron telegramas y, aunque éstos no fueron entregados a su destinatario, era conocedor de su existencia ya que correos le dejó el aviso para su recogida donde figuraba como remitente la mutua; lo único apreciable es una pasividad del actor quien no ha justificado su ausencia a la cita que tenía en los servicios médicos, por lo que la sentencia ha de ser revocada, confirmando la extinción de la prestación acordada por la mutua.

RESEÑA

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



2009/251496

TS Sala 1ª, Sentencia 3 noviembre 2009.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Improcedente retroacción de la quiebra a contrato cesión de crédito

Declara la Sala haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mercantil demandada, casando la sentencia de instancia, considerando que no alcanza a la demandada el periodo de retroacción de la quiebra por el contrato de cesión de crédito suscrito por la quebrada con la demandada por la que la primera cedía un crédito a la segunda en pago de determinada deuda, considerando la Sala que dicha cesión surtió plenos efectos entre las partes, sin que le alcance el periodo de retroacción.

2009/245659

TS Sala 1ª, Sentencia 30 octubre 2009.
Ponente: D. Francisco Marín Castán

Imposibilidad de desplazar responsabilidad al resto de codemandados en accidente de ciclomotor

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a los codemandados del pago de la indemnización interesada por el actor por las lesiones sufridas cuando el ciclomotor cuya parte trasera ocupaba chocó contra una cadena situada entre dos postes. Confirma la Sala que se desconocía quién había colocado la cadena, el conductor y el propio demandante sabían que la calle estaba cerrada a la circulación, circulaban a velocidad inadecuada y sin casco, y tampoco cabe imputar responsabilidad alguna al ayuntamiento de la localidad porque éste había autorizado la colocación de unas vallas pero en modo alguno la de la cadena. La Sala destaca que, antes de la audiencia previa el actor desistió de su demanda respecto del conductor y propietario del ciclomotor por haber llegado a

un acuerdo con la aseguradora, y declara que el actor no puede pretender eludir su propia responsabilidad ni minimizar la del conductor tras un acuerdo claramente ventajoso, desplazando la responsabilidad sobre el resto de codemandados cuya falta de responsabilidad es clara.



2009/234648

TS Sala 2ª, Sentencia 24 septiembre 2009.
Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

Prueba suficiente incriminatoria en delitos de estafa y falsedad

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de estafa y falsedad. Señala el TS que, en lo que concierne a los factores objetivos de los acontecimientos, la Audiencia ha contado con pruebas directas, y, en lo relativo a la intervención del acusado, con elementos indiciarios respecto a la vinculación de él con la oficina de la cofradía, más con prueba directa consistente en la declaración de la coimputada, corroborada con la de la testigo, amiga de los dos acusados; lo que determina que no se advierta irracionalidad alguna en el convencimiento que expone la Audiencia en orden a la conducta del recurrente.

2009/239277

TS Sala 2ª, Sentencia 29 septiembre 2009.
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Abuso de la indefensión de la víctima como esencia de la alevosía

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de amenazas, asesinato, homicidio en grado de tentativa, lesiones, maltrato de obra y desórdenes públicos. El Alto Tribunal verifica que la Audiencia fundamentó acertadamente la concurrencia de la alevosía al describir la situación de manifiesta indefensión de la víctima

sufriendo ataques múltiples que no pueden ser considerados como una "pelea multitudinaria". La defensa estima, erróneamente, que la esencia de la alevosía es el carácter sorpresivo del ataque. Pero, la jurisprudencia de esta Sala considera, por el contrario, que lo esencial de la alevosía es el abuso de la indefensión de la víctima, no la sorpresa del ataque.



2009/283246

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 20 noviembre 2009. Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

Admisión de las plicas abiertas presentadas en un concurso de homologación de bases de datos

El TS estima parcialmente el recurso contencioso administrativo deducido por las editoriales jurídicas contra el acuerdo dictado por el CGPJ, como órgano de contratación, relativo al concurso para la adopción de tipo de bases de datos de legislación y jurisprudencia para su utilización por los miembros de la carrera judicial, en el sentido de declarar nula la exclusión de las recurrentes en el Anexo del meritado acuerdo. La Sala valora los efectos del incumplimiento de la presentación en sobre cerrado de la proposición relativa al concurso, llegando a la conclusión de que resulta contrario al espíritu de la norma que la fijación de una garantía para el que hace la oferta pueda resultar en su contra si renuncia a ella cuando carece de consecuencias para terceros, como se concluye de la "sui generis" naturaleza del concurso, y en consecuencia, debe estimarse la pretensión actora en el sentido de anular el acuerdo que no accedió a la homologación de la oferta presentada no obstante reunir las exigencias establecidas en las prescripciones técnicas, y desestimarse la petición de declarar la validez jurídica de los contratos del CGPJ con dichas compañías, ya que no fue definido de manera inequívoca en el "petitum" de la demanda.