



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 2805

Madrid, lunes 15 de marzo de 2010



2009/288554

TS Sala: 1ª, Sentencia 11 diciembre 2009. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

Capacidad para tomar conocimiento del acto

Validez de testamento abierto otorgado por persona con escasa visión

El TS desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia de la AP que rechazó la nulidad del testamento pretendida ya que, a la vista de toda la prueba y valorándola en su conjunto, se deduce que la falta de visión del testador era similar a la de la fecha en que compareció ante notario para otorgar un poder amplio a favor de sus hijas, seis meses antes, por lo que considera la Sala que no ha quedado acreditado que el testador, pese a su importantísima y evidente limitación visual, no fuera, con esfuerzo, capaz de tomar conocimiento por sí del acto y contenido del testamento abierto que otorgó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos probados son los siguientes:

1º El causante, D. Octavio, era viudo y tenía dos hijas, Dª Mari José y Dª Margarita, demandante y demandada respectivamente.

2º El 9 de octubre de 2001 otorgó testamento abierto ante notario en el que nombró heredera universal de todos sus bienes a su hija Dª Margarita, sin perjuicio de la legítima estricta que correspondía a Dª Mari José. En el testamento consta lo que sigue: "Leído el presente testamento en voz alta por mí, el Notario, al testador, advertido del derecho a hacerlo por sí, del que no usó, manifiesta quedar enterado de su contenido y de estar conforme con su última voluntad por lo que firma". El testamento no contó con la presencia de testigos.

3º D. Eulalio había perdido un ojo durante la guerra civil y en el otro ojo padecía una catarata que le produjo una pérdida progresiva de la vi-

sión, por lo que se discutía si en el momento del otorgamiento de su último testamento, el 9 octubre 2001, tenía o no totalmente anulada la visión.

4º Dª Mari José demandó a su hermana y heredera y pidió que se declarara la nulidad del testamento de 2001 y la eficacia del otorgado en 1985. La demandada opuso una serie de excepciones, que fueron resueltas en la comparecencia previa y negó la nulidad del testamento.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 73 Madrid, 8 julio 2003, estimó la demanda y declaró la nulidad del testamento. Sobre la base de la valoración de las pruebas aportadas, consideró acreditado que el testador "tenía tan limitado el sentido de la vista que resulta suficiente para entender que estaba ciego cuando otorgó el testamento". Por ello "el otorgamiento del testamento había de cumplir necesariamente con los requisitos establecidos en el art. 697, 2 CC, por el que es necesaria la presencia de dos testigos para que se cumpliera con las solemnidades y

formalidades del mismo, extremos que, al no concurrir en el presente caso, obliga a estimar la declaración de nulidad testamentaria".

6º Apelada dicha sentencia por la demandada, la Sección 11 Audiencia Provincial Madrid, en fecha 22 junio 2006, estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de 1ª Instancia, desestimando la demanda. Argumentó lo que sigue: "Examinando la prueba practicada, se puede afirmar que el núcleo de la propuesta por parte de la actora y que ha servido de base para acordar la nulidad del testamento, ha sido la pericial de parte y la documental que dicha prueba valora, echándose en falta -aunque parte de ella sí se propuso-, la testifical de los facultativos que trataron en vida al causante y que suscribieron sus informes en base a los cuales el Doctor D. Fulgencio, ha emitido su dictamen". Añade que a la vista de toda la prueba y valorándola en su conjunto, se deduce que la falta de visión del testador era similar a la de la fecha en que compareció ante notario para otorgar un poder amplio a favor de sus hijas, seis meses antes.

Por ello considera que "(n)o ha quedado acreditado que dicho señor, pese a su importantísima y evidente limitación visual, no fuera, con esfuerzo, capaz de tomar conocimiento por sí del acto y contenido del testamento abierto que otorgó el 19 de octubre de 2001 y ello pese a que, como también dicen estas testigos, ya no salía solo de casa y había dejado de leer el periódico, pues una cosa es que, por la incuestionable dificultad de hacerlo, se deje de practicar el hábito de la lectura y otra muy distinta, es que, con evidente esfuerzo, un concreto documento pueda ser leído por el causante". Por ello concluye la Sala que "la demandante, como la correspondía, no ha acreditado, con la rotundidad precisa, la carencia de visión bastante en el testador para que, en aplicación del art. 697 CC, se exija la concurrencia, al acto del otorgamiento del testamento, sin que tenga trascendencia alguna la circunstancia de que al otorgamiento del testamento cuya validez de propugna por nulidad del posterior, sí comparecieran dos testigos", porque dicho testamento se otorgó vigente la normativa anterior a la reforma de 1991.

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Amparo otorgado a comunidad de propietarios 5

TS

CIVIL

Validez de testamento abierto otorgado por persona con escasa visión 1

Facultad del promotor para modificar el título constitutivo de división de propiedad horizontal 3

PENAL

Condena por delito de estafa a quien fue absuelto en la instancia 6

Absolución de delitos continuados de estafa y utilización de documentos falsos 8

ADMINISTRATIVO

Nulidad parcial del Decreto autonómico sobre Cajas de Ahorro de la Comunidad de Euskadi 10

SOCIAL

Carácter no consolidable de complemento vinculado a puesto de trabajo 13

Paralización de salarios de trámite por consignación efectuada tras conciliación administrativa 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

7º Dª Mari José presenta recurso extraordinario por infracción procesal, en base al art. 469, 1, 2ª LEC, dividido en 8 motivos y recurso de casación, en base al art. 477.1 LEC. Dichos recursos fueron admitidos por auto de esta Sala de 1 julio 2008.

SEGUNDO.- Antes de entrar a examinar los recursos presentados por Dª Mari José, debemos poner en evidencia que lo que se pretende con los recursos extraordinario por infracción procesal y casación es incidir en la valoración de la prueba y demostrar, por diversas vías, que el testador estaba ciego y que al no haberse utilizado la forma prevista en el art. 697, 2 CC, con la presencia de dos testigos en el otorgamiento del testamento, éste debe ser considerado nulo.

A) Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- Se van a examinar los tres primeros motivos conjuntamente, porque tienen un denominador común: la vulneración de las normas sobre valoración de la prueba.

El primer motivo señala la infracción de las normas que establecen el valor probatorio de los medios de prueba y especialmente, el art. 326.1 LEC y entra a continuación a examinar los documentos del historial médico del causante, concretamente los informes de 26 octubre 2001 y 4 febrero 2002, ya que se trata de informes muy próximos a la fecha en que se otorgó el testamento. La recurrente dice que su contenido no se ha puesto en duda, por lo que deben hacer prueba plena de lo que documentan y ello a pesar de que no hubieran sido ratificados por el autor. Al no conceder la Audiencia Provincial valor probatorio a estos documentos, exigiendo que el facultativo compareciera en autos y ello no es necesario al no haberse dudado sobre la autoría, ha infringido dicho artículo.

El segundo motivo denuncia la infracción de los Arts. 348 y 335 LEC en cuanto a la prueba pericial. No hay informes contradictorios; la pericia tenía por objeto determinar el grado de visión del testador cuando otorgó el testamento.

Las infracciones que se cometen en la sentencia respecto a la prueba son:

a) Que le hace decir al perito algo que no ocurrió realmente, porque nunca ha informado que existan dos

informes emitidos por dos médicos distintos que sean coincidentes sobre el grado de visión de D. Eulalio.

b) El tribunal de instancia comete una serie de errores al no valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

c) El tribunal dio relevancia a un documento notarial en el que el testador había otorgado un poder a sus hijas por delante del informe de los peritos. Finalmente, el tercer motivo denuncia la infracción del art. 376 LEC respecto a la prueba pericial efectuada. Aunque dice no desconocer que se trata de una prueba de libre valoración por el Juzgador, señala que se han infringido las reglas de la sana crítica, ya que "las mismas llevan a pensar que si no veía y esto lo dice el propio testigo propuesto por la demandada, cómo pueden al mismo tiempo decir que "... veía la televisión e incluso ayudado por una lupa veía las caras de una fotografía..." (considerando que esto último se lo había dicho su hermano)".

Los motivos primeros, segundo y tercero se desestiman.

Las disposiciones citadas como infringidas tienen en común que establecen la regla general que determina que la valoración de las distintas pruebas, debe efectuarse de acuerdo con los criterios de la sana crítica. Así, el art. 348 LEC establece que "el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" y el art. 376 LEC establece asimismo que "los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica". Por ello no se pueden considerar vulneradas estas disposiciones cuando el tribunal llega a unas conclusiones distintas de las de la parte recurrente, aplicando unos criterios valorativos lógicos, aunque no coincidan con las apreciaciones de la parte recurrente.

Además, el art. 335 LEC se limita a establecer el objeto y la finalidad del dictamen de peritos, que se han cumplido en este caso, puesto que las conclusiones a que lleguen en sus apreciaciones no son vinculantes para el tribunal, quien debe valorarlas.

Finalmente, no puede considerarse vulnerado el art. 326.1 LEC, citado como tal en el motivo primero, porque la recurrente comete el error de incluir como documento privado lo que en realidad se trata de un informe pericial acerca del estado de salud del testador, por lo que debe

aplicarse la regla de valoración del art. 348 LEC. (Ver STS de 21 octubre 2009).

En este mismo sentido, debe desestimarse por las mismas razones, el motivo quinto que denuncia la infracción del art. 386 LEC. Se trata de un problema de valoración de la prueba pericial y no de presunciones. Por ello debe aplicarse lo dicho en los párrafos que anteceden.

CUARTO.- El cuarto motivo el recurso extraordinario por infracción procesal denuncia la vulneración de los requisitos internos de la sentencia previstos en el art. 218 LEC por:

a) Falta de motivación.

b) Arbitrariedad en la interpretación y valoración de la prueba.

c) Al no tener en cuenta hechos alegados y probados en los autos, predeterminando con ello el fallo. Se insiste en la valoración de la prueba documental pública y privada, de la prueba del dictamen de peritos y de la prueba testifical, a las que se acusa de no estar bien valoradas, se tergiversan las conclusiones y no se aplican las reglas de la sana crítica.

El cuarto motivo se desestima.

Además de las razones que se han expuesto en el fundamento anterior, que deben considerarse reproducidas, hay que insistir en que no se produce aquí falta de motivación, porque no es cierto que no exista en la sentencia recurrida, ya que se valoran las pruebas, aunque ciertamente no se coincide con la opinión de la recurrente. Los requisitos internos de la sentencia no se vulneran cuando la valoración de la prueba se efectúa de acuerdo con los criterios que establece el propio ordenamiento, es decir, según conforme a las reglas de la sana crítica y hacen que el juzgador llegue a resultados distintos de los pretendidos por la parte recurrente.

QUINTO.- El sexto motivo señala la infracción del art. 217 LEC por:

a) No se aporta prueba alguna que rebata las conclusiones del dictamen pericial aportado al litigio por la recurrente.

b) No se atiende al principio de disponibilidad probatoria.

El motivo se desestima.

La recurrente pretende aquí imponer su particular apreciación de la

prueba, por lo que no se ha infringido el artículo 217 LECiv, que recoge el principio de la carga de la prueba por el que se determina que corresponde al actor y al demandado conviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas que se deban aplicar a cada uno de ellos (STS de 21 mayo 2009 y las allí citadas de 11 marzo y 27 diciembre 2004, 20 julio 2006 y 9 mayo 2007). En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba "es preciso que la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el "onus probandi" según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba "y no es este el sentido de las impugnaciones presentadas.

SEXTO.- El séptimo motivo señala la infracción del artículo. 281.3 LECiv, que establece que "están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes". Sobre esta norma, la recurrente entiende que existen una serie de hechos, como los informes referidos al desarrollo de la enfermedad del causante, sobre los que las partes están de acuerdo, de modo que deben vincular al juzgador.

El motivo no se estima.

La recurrente está pretendiendo en este recurso que este Tribunal vuelva a revisar la prueba, sin tener en cuenta que la casación no es una tercera instancia. La infracción aquí denunciada no es aceptable porque una cosa es que se esté de acuerdo con unos determinados hechos, sobre los que no es factible que se produzca prueba, y otra cosa es que de los hechos sobre los que las partes estén de acuerdo, pueda deducirse la conclusión que se pretende, es decir, la falta absoluta de visión del testador. Los hechos solo se refieren a las diversas consultas de oftalmología y la operación de cataratas. De esta vinculación no pueden llegar a deducirse las consecuencias que se pretenden, por lo que no se ha infringido la norma alegada.

SÉPTIMO.- El octavo motivo dice que todas las anteriores infracciones han producido una vulneración del art. 24 CE, porque señala que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho de la recurrente a una sentencia que no contenga errores del tipo de los enunciados.

El motivo se desestima.

El rechazo de este motivo viene propiciado por el de los anteriores, porque ya se ha argumentado que los pretendidos errores de la sentencia no son tales, sino diferentes formas de interpretar la prueba, cuya valoración corresponde al Juez. Solo debe añadirse que si la impugnación efectuada por la recurrente se refiere a la existencia de error judicial en la decisión, derecho a indemnización de los daños que cause (artículo 121 CE y 292 LOPJ), pero no da derecho a la casación de la sentencia, a no ser cuando exista un error notorio.

B) Recurso de Casación.

OCTAVO.- Se van a examinar conjuntamente los motivos primero, segundo, tercero y cuarto del recurso de casación, por su unidad temática, referida a la problemática de la capacidad del testador y de las formalidades que deben utilizarse cuando éste presenta un defecto que le priva de una determinada función física, que pueda afectar al acto del otorgamiento del testamento.

En el primer motivo se denuncia la infracción por aplicación indebida, del artículo 666 CC, porque la capacidad del testador debe examinarse en el tiempo del otorgamiento del testamento y no en momentos anteriores o posteriores. El segundo señala la infracción, por aplicación indebida, del artículo 697.2 CC; dice que lo importante es que el defecto visual impida la lectura y que el Tribunal a quo infringió el contenido del artículo 697 CC al considerar que no era necesaria la presencia de testigos en el acto del otorgamiento del testamento impugnado, a pesar de que el testador no pudo leer su propio testamento por la ceguera que padecía.

El tercer motivo denuncia la infracción por aplicación indebida, del artículo 687 CC en relación con el artículo 738 CC, así como la jurisprudencia que cita, porque considera que dicho testamento debería ser declarado nulo por falta de formalidades. Finalmente, el cuarto motivo dice que se ha infringido por interpretación y aplicación errónea de la jurisprudencia que se cita en la sentencia recurrida el artículo 687 CC y el principio favor testamenti. Señala que la presunción de capacidad del testador se había destruido por las pruebas presentadas, lo que quedó corroborado por el juzgador de 1ª Instancia, al decir que en la fecha en que el causante otorgó testamento padecía una catarata que le impedía la visión.

Los motivos primero, segundo, tercero y cuarto del recurso de casación se desestiman.

La defensa de la recurrente se centra en tres tipos de argumentos, que se van a examinar, a pesar de que el problema que presenta este recurso es que incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, puesto que parte de que se había probado la falta total de visión del testador, cuando a partir de la valoración de la prueba, la sentencia recurrida concluye lo contrario.

1º Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 noviembre 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio favor testamenti, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento de contenido muy simple.

2º Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697, 2 CC. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda.

3º El notario debe apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento (artículo 666 CC). Esta es una cuestión de prueba y, como se ha dicho antes, la sentencia recurrida apreció la capacidad del testador en el momento del acto del otorgamiento, aunque sí es cierto que para probarla en el litigio, se han tenido en cuenta las circunstancias que concurrieron en el causante en los momentos anteriores. La recurrente no ha conseguido probar, como se ha venido repitiendo, la falta de visión del testador que le impidiera otorgar un testamento sin testigos, es decir, no ha conseguido destruir la presunción de capacidad, por lo que los argumentos que utiliza no pueden ser tenidos en cuenta.

4º Estos mismos argumentos impiden tener en cuenta la alegación de

que el artículo 738 CC ha sido aplicado indebidamente.

No se ha conseguido demostrar la falta de aptitud del testador para otorgar el testamento en la forma en que lo otorgó.

NOVENO.- El rechazo de todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Mari José determina la de su recurso.

Asimismo, el rechazo de todos los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Mari José determina la de su recurso.

Se imponen las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación a la recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, que se remite al art. 394 LEC.

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

FALLO

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Mari José contra la sentencia de la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 junio 2005, dictada en el rollo de apelación núm. 844/2003.

2º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Mari José, contra la sentencia de la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 junio 2005, dictada en el rollo de apelación núm. 844/2003.

3º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

4º Se imponen a la recurrente las costas originadas por sus recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sra. Dª Encarnación Roca Trias, 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.

2009/299926

TS Sala 1ª, Sentencia 11 diciembre 2009. Ponente: D. Román García Varela

Al conservar la condición de propietario

Facultad del promotor para modificar el título constitutivo de división de propiedad horizontal

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de apelación que rechazó la demanda por la que se pretendía que se declarase la nulidad de la cláusula del contrato de compraventa por la que el promotor se reservaba la facultad de otorgar unilateralmente la escritura de constitución y modificación de propiedad horizontal sin recabar la previa autorización de los copropietarios, ya que, en el presente supuesto la entrega de llaves no tuvo lugar con la firma del contrato y, según reiterada doctrina jurisprudencial seguida en los últimos tiempos, la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí sola la efectiva transmisión patrimonial, de manera que, al ser el promotor el único propietario del edificio en el momento de constitución de la propiedad horizontal, tiene el amparo del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del título constitutivo de la división horizontal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Lucio, en nombre propio y en interés de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL PASEO000 NÚMEROS NUM000, NUM001 y NUM002", de Valencia, demandó por los trámites del juicio ordinario a la entidad promotora "URBEM, SA.", y solicitó la declaración de nulidad de la cláusula 10ª del contrato de compraventa de vivienda, y se tuviera por no puesta la autorización de la compradora para otorgar y modificar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio y la fijación de la cuota de participación de la vivienda en el valor y cargas de los mismos en sus elementos comunes; también, suplicó la nulidad de la aceptación de los Estatutos de la Comunidad; asimismo, la nulidad del párrafo II relativo a las normas de plantas de sótano, por no considerar que la reserva establecida corresponde a la Comunidad de Propietarios; igualmente, que la atribución como privativos de determinados elemen-

tos comunes implica un incumplimiento del contrato de compraventa, con la condena a la demandada al pago de la correspondiente indemnización; y, finalmente, que la disposición contenida en el apartado II de las normas de los Estatutos implica una limitación sobre los elementos comunes y, por ende, un incumplimiento del contrato, con la condena a la demandada a entregar la vivienda libre de aquella carga.

El Juzgado acogió íntegramente la demanda al entender abusiva la cláusula 10ª del contrato de compraventa, con la indicación de que, una vez iniciada la venta de los pisos, la promotora no podía otorgar unilateralmente la escritura de constitución y modificación de propiedad horizontal sin recabar previamente información, aceptación y participación de todos los copropietarios; y su sentencia fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia, donde se absolvió al demandado, a excepción del pedimento que había reconocido, con la argumentación de que la controversia planteada queda reducida a una cuestión jurídica, y resulta incuestionable en virtud de la teoría del título y el modo, que, para adquirir el dominio, no es suficiente la perfección del contrato, sino que se precisa la concurrencia de la tradición, y, acreditado que los contratos privados de compraventa de vivienda y garaje eran de fechas 15 de diciembre de 1998 y 5 de octubre de 2000, respectivamente, con el pacto expreso de que hasta que no se hubieran satisfecho todas las cantidades estipuladas, la propiedad quedaba en favor de la vendedora, la entrega de llaves fue realizada el 3 de mayo de 2002 y el otorgamiento de la escritura pública, en la cual consta recibido el total del precio, se efectuó el 6 de mayo de 2002, y, en consecuencia, hasta esa fecha estaba facultada la demandada promotora para modificar el Título Constitutivo al ser la única propietaria del edificio, de tal forma que la declaración de obra nueva y constitución de propiedad horizontal, amén de la escritura de terminación de la obra, eran de fecha anterior a las efectivas transmisiones de la propiedad.

El demandante ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 29 de abril de 2008, lo ha admitido.

SEGUNDO.- Los motivos primero y segundo del recurso -uno, acusa la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a que la promotora ha de otorgar unilateralmente los Estatutos de Propiedad, pese a haberse iniciado ya la venta por pisos del edificio correspondiente; y otro, denuncia la transgresión de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de la nulidad de la cláusula décima del contrato de compraventa y cita como

vulnerados los artículos 8, 11, 14 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, con la alegación de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y contradictoria de Audiencias Provinciales- se examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento.

En relación a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, se citan, como opuestas a la sentencia recurrida, las SSTs de 10 de noviembre de 1981, 10 de octubre de 1982, 27 de febrero de 1987, 17 de julio de 1987, 4 de mayo de 1989, 27 de julio de 1991, 24 de enero, 28 de enero y 11 de julio de 1994 y 25 de mayo de 1984; se aduce que dichas SSTs establecen que, iniciada la venta de pisos de un inmueble, el promotor no puede modificar los Estatutos, ni disponer de nada afectante a los elementos comunes, sin el consentimiento de los compradores.

Y con indicación a la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales se señalan, de una parte, en igual sentido que la resolución de instancia, las SSAP de Asturias (Sección 5ª) de 17 de octubre de 2001 y de Madrid (Sección 9ª) de 25 de mayo de 2004, y, de otra, con un criterio jurídico contrapuesto al anterior, las SSAP de Valencia (Sección 7ª) de 9 de marzo de 2001 y 22 de septiembre de 2000, y Pontevedra (Sección 1ª) de 10 de octubre de 2000.

Ambos motivos se desestiman.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, contiene los siguientes razonamientos:

“La parte demandada funda su recurso en primer lugar invocando su facultad de modificar los Estatutos en tanto no haya operado la tradición, por lo que la controversia así planteada queda reducida a una cuestión meramente jurídica, de tal forma esta Sala coincide con la argumentación efectuada por el apelante, sin desconocer que existen criterios jurisprudenciales que acogen lo mantenido por el juzgador de instancia y ello por lo que a continuación se expone. El Tribunal Supremo en sentencias de 25 de marzo de 2004 y 23 de marzo de 2004, recoge la sentencia de 21 de junio de 2002 que:

Ésta (se está refiriendo a la propiedad horizontal) se constituye como tal, o por el único propietario del edificio, o por los copropietarios, en negocio jurídico plurilateral, calificado como acto conjunto por la doctrina alemana (Gesamtakte), que, por ello, precisa el consentimiento de todos los copropietarios, en régimen de propiedad horizontal y en orden a la fijación de las cuotas de participación correspondientes a cada propietario, y lo mismo, en caso de modificación del título. Todo ello viene establecido por el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal cuyo párrafo 2º dispone claramente dos

supuestos: o el propietario único del edificio, como sujeto del negocio jurídico unilateral, o todos los copropietarios, sujetos del negocio jurídico plurilateral; además del laudo o resolución judicial, dice la sentencia de 30 de marzo de 1999 que: tan sólo el propietario único o los propietarios (artículo 5 segundo y último párrafos, Ley de Propiedad Horizontal) pueden ser los sujetos de tales negocios jurídicos. Y no es sujeto la persona que ha comprado, pero no ha adquirido el derecho de propiedad sobre un piso o local, al haber obtenido título (contrato) pero no modo (tradición real o simbólica). Así lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia: la sentencia de 3 de febrero de 1975 dijo:

De existir alguna persona con esa titularidad dominical, aun cuando su adquisición constase únicamente en documento privado, se precisa la presencia de ésta (...), exige, por tanto, la adquisición del dominio, que no se ha producido en el presente caso; en el mismo sentido la sentencia de 27 de febrero de 1987, en que se celebraron compraventas en documento privado, pero la sentencia parte de la adquisición del derecho de propiedad por los compradores y dice: La escritura pública de obra nueva y la de constitución (o modificación) de la propiedad horizontal, deben ser otorgadas por aquéllos en el momento de realizarse esas operaciones sean titulares de dominio (...), titularidad que no tenía el actor en el presente caso cuando se otorgó la escritura de modificación. La de 17 de julio de 1987 insiste en la idea: (...) sin que conste en los hechos probados en la sentencia recurrida haber tomado posesión de aquélla antes de otorgarse la escritura pública de venta; y ello es así porque la propiedad plena no se adquiere, en caso de transmisión mediante documento privado, hasta que no tiene lugar la tradición o entrega (...), que precisamente es el caso presente; lo que reitera la de 11 de junio de 1994: que mantiene que no es nulo el título otorgado por el promotor al no existir al momento del otorgamiento otros copropietarios, pues se habían vendido en documento privado determinados pisos, pero no se había producido tradición de los mismos.

Por ello resulta, incuestionable, en virtud de la teoría del título y el modo, que para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición (artículos 609 y 1095, inciso segundo, del Código Civil, SS., entre otras, de 22 diciembre 2000, 14 febrero y 13 marzo 2002), y la jurisprudencia tiene reiterado (SS., entre otras, de 21 de marzo y 14 de julio de 1998, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero y 10 de julio de 2002) que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial pretendida y al ser el promotor el

único propietario goza de la cobertura del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del Título Constitutivo de la división horizontal. Y en tal sentido se manifiesta la jurisprudencia, entre otras, en las sentencias de 16 de junio de 1998, a contrario sensu, y 30 de marzo de 1999, declarándose en esta última que: El adquirente en documento privado sin entrega de posesión, al no ser copropietario, no tiene derecho, ni siquiera posibilidad de concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución o modificación del Título Constitutivo de la propiedad horizontal.

Pues bien aplicada toda esta jurisprudencia al caso de autos resulta acreditado que el contrato privado de compraventa de vivienda y garaje y trastero son de fechas 15 de diciembre de 1998 y 5 de octubre de 2000, respectivamente, habiéndose pactado expresamente que hasta que no haya satisfecho todas las cantidades estipuladas, la propiedad queda a favor de la vendedora, la entrega de las llaves se realiza el 3 de mayo de 2002 y el otorgamiento de la escritura pública donde consta haber recibido la totalidad del precio se efectúa el 6 de mayo de 2002.

En consecuencia, hasta esa fecha está facultada la demandada promotora para modificar el Título Constitutivo al ser la única propietaria del edificio, de tal forma que tanto la declaración de obra nueva y constitución de propiedad horizontal (escritura 21 de diciembre 1998, inscrita en el Registro de la Propiedad el 15 de marzo de 1999), escritura de terminación de la obra de fecha 25 de febrero de 2002 y, rectificadora por escritura de 25 de abril de 2002 son de fecha anterior a la efectiva transmisión de la propiedad. Pero es que, a mayor abundamiento, en el contrato privado del actor no aparece para nada referencia alguna al montacargas ni a la escalera que se suprimió del zaguán número NUM001, pues como establece la escritura de terminación de obra lo que se suprime es el espacio que ocupaba el acceso posterior al patio número NUM001 y una escalera y que sólo era para las oficinas. Además el demandante tiene su acceso por el patio número NUM000, en consecuencia, ni ha existido un incumplimiento de contrato, pues no se especificaron los elementos que dice se han suprimido, ni por otra parte son nulas las normas estatutarias al haberse modificado por la única propietaria legítima entonces para su modificación (...).”

Esta Sala muestra su conformidad a la argumentación recién expuesta de la sentencia recurrida

De ordinario, el promotor redacta y otorga la escritura de división horizontal, con la asignación de la cuota de participación de cada piso, local o cualquier finca independiente del edificio.

En el supuesto de que el promotor haya efectuado la división y asignación de cuotas cuando hubiera transmitido pisos o locales en documento privado, procede manifestar que, conforme determina el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, no es admisible ese otorgamiento, toda vez que ya no es el dueño único, amén de que la compraventa no requiere la solemnidad de documento público, a tenor del artículo 1280 del Código Civil, pero corresponde distinguir si el contrato se ha consumado con la entrega de la cosa, de conformidad con el artículo 1462 del Código Civil, ya que en la primera coyuntura no habrá dueño único, mientras que en otro caso mantendrá dicha condición.

En el supuesto debatido, se suscita una cuestión plenamente jurídica, consistente en si el contrato privado de compraventa de vivienda de un inmueble, con reserva de dominio, y sin entrega aún de llaves, confiere al comprador el derecho para concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución, o en su caso de modificación de la Propiedad Horizontal.

Es evidente que, según reiterada doctrina jurisprudencial, seguida en los últimos tiempos, la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí sólo la efectiva transmisión patrimonial pretendida y, al ser el promotor el único propietario, tiene el amparo del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del Título Constitutivo de la división horizontal.

En el caso que nos ocupa, resulta acreditado que los contratos privados de compraventa de vivienda, garaje y trastero son de fechas 15 de diciembre de 1998 y 5 de octubre de 2000, habiéndose pactado que hasta que no se hayan satisfecho todas las cantidades estipuladas, la propiedad queda a favor de la vendedora, la entrega de las llaves se realiza el 3 de mayo de 2002 y el otorgamiento de la escritura pública, donde consta haber recibido la totalidad del precio, se realiza el 6 de mayo de 2002, es decir, hasta esa fecha la promotora está facultada para modificar el Título Constitutivo al ser la única dueña del edificio, de manera que tanto la declaración de obra nueva y constitución de propiedad horizontal (escritura de 21 de diciembre de 1998, inscrita en el Registro de la Propiedad el 15 de marzo de 1999), escritura de terminación de la obra de fecha 25 de febrero de 2002 y, rectificadora por escritura de 25 de abril de 2002, son de fecha anterior a la efectiva transmisión de la propiedad.

TERCERO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en el mismo, porque la cuestión resuelta presentaba serias dudas de derecho al tiempo de la interposición del recurso (artículos 394.1 y 398.1 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000).

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Lucio contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha de treinta y uno de marzo de dos mil cinco, sin hacer condena en costas por las ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolu-

ción de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Roman García Varela; Francisco Marín Castán; José Antonio Seijas Quintana. Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman García Varela, 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.



2009/275696

TC Sala 1ª, Sentencia 26 noviembre 2009. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps

Ante deslinde administrativo

Amparo otorgado a comunidad de propietarios

El TC otorga el amparo solicitado por los recurrentes -comunidad de propietarios- considerando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al haber incurrido en error patente. Los demandantes alegaron en casación, entre otras cuestiones, que el deslinde practicado por la Administración había sido anulado en cuanto a la inclusión en el dominio público marítimo-terrestre de sus propiedades por la Sala de lo contencioso-administrativo de la AN. El Alto Tribunal fundamenta su fallo, entre otros motivos, por considerar que la concurrencia del error fáctico se evidencia de forma palmaria en las actuaciones, donde es indubitada la existencia de las sentencias de los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo, anulando el deslinde practicado, y el hecho de que las mismas fueron admitidas como pruebas documentales en el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso es determinar si la resolución impugnada ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber incurrido en error patente.

Los recurrentes también han invocado el derecho a la tutela judicial efectiva para denunciar que la resolución impugnada no había resuelto sobre una serie de alegaciones y había infringido el principio de cosa juzgada material.

Sin embargo, toda vez que ambos aspectos, como también ha destacado el Ministerio Fiscal, traerían causa, precisamente, del error patente denunciado, el objeto de este amparo debe quedar limitado al análisis de esta última cuestión.

SEGUNDO.- Este Tribunal ha reiterado que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando la resolución judicial sea el resultado de un razonamiento que no se corresponde con la realidad por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo con ello efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano.

También se ha destacado que los requisitos necesarios para dotar de relevancia constitucional dicho error son: que no sea imputable a la negligencia de la parte sino atribuible al órgano judicial, que pueda apreciarse inmediatamente de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y que resulte determinante de la decisión adoptada por consti-

tuir el soporte único o básico -ratio decidendi- de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en él (por todas, STC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2).

Más en concreto, este Tribunal ha considerado que concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración (por todas, STC 22/2002, de 28 de enero, FJ 6).

TERCERO.- En el presente caso, como se ha expuesto con más detenimiento en los antecedentes, ha quedado acreditado que los recurrentes, propietarios de diversos inmuebles de una urbanización que quedó incluida dentro de la delimitación del dominio público marítimo-terrestre tras el deslinde practicado por la Administración, iniciaron un procedimiento civil en pretensión de que se declarara que eran los únicos propietarios de dichos inmuebles. Igualmente se deriva de las actuaciones que en el marco de dicho procedimiento, y tras desestimarse su pretensión en apelación, interpusieron un recurso de casación, alegando, entre otras cuestiones, que el deslinde practicado por la Administración había sido anulado en cuanto a la inclusión en el dominio público marítimo-terrestre de sus propiedades por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 1996, dictada en el procedimiento núm. 720-1993, no siendo firme al estar pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

Del mismo modo, se pone de manifiesto en las actuaciones que, una vez admitido a trámite el recurso de casación civil, los recurrentes adjuntaron sendas Sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 y 24 de octubre de 2001, dictada en los recursos de casación núms. 5886-1994 y 3061-1997.

En la última se confirmaba la anulación del deslinde administrativo y en la primera se anulaban las resoluciones administrativas que ordenaban la cancelación de las inscripciones registrales de los títulos de propiedad otorgados a favor de los recurrentes.

Ambas Sentencias fueron admitidas como prueba documental por Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2002.

Por último, también queda reseñado en las actuaciones que finalmente el recurso fue desestimado por Sentencia de 28 de noviembre de 2005. En esta resolución no se hace men-

ción alguna a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admitidas como prueba documental ni en los antecedentes ni en la fundamentación jurídica.

La desestimación del recurso se fundamenta en la validez del deslinde administrativo, como se pone de relieve en diversos pasajes de la resolución impugnada, en que se afirma que "incluidos los terrenos litigiosos en el dominio público marítimo terrestre por el nuevo deslinde practicado al amparo de la Ley de Costas..." (fundamento de Derecho cuarto) o, al resolverse sobre la invocación del art. 6 de la Ley de costas, se afirma que dicho artículo "se está refiriendo a los propietarios de terrenos que quedan fuera del dominio público una vez practicado el deslinde conforme a la Ley, circunstancia que no se da en el caso en que los terrenos en litigio han sido incluidos en el dominio público marítimo-terrestre por el deslinde practicado" (fundamento de Derecho quinto).

CUARTO.- Todo lo expuesto determina que deba otorgarse el amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) pues, como también ha señalado el Ministerio Fiscal, ha quedado acreditado que concurren todos los requisitos para dotar de relevancia constitucional al error denunciado.

Por un lado, la concurrencia del error fáctico se evidencia de forma palmaria en las actuaciones, donde es indubitada la existencia de las Sentencias de los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo, anulando el deslinde practicado, y el hecho de que las mismas fueron admitidas como pruebas documentales en el recurso de casación.

Por otro lado, también se constata que dicho error no ha sido inducido por el recurrente, ya que la ausencia de la toma en consideración del contenido de dichas resoluciones resulta sólo imputable al órgano judicial.

Y, por último, el razonamiento para desestimar la pretensión de los recurrentes tiene como presupuesto determinante dicho error, toda vez que ha concedido carácter decisivo a la validez de un deslinde administrativo que ya había sido anulado previamente de manera firme por los órganos judiciales competentes, de tal forma que, en ausencia de este error, no resulta posible apreciar cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial.

La conclusión de que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los recurrentes determina que deba acordarse la nulidad de la resolución impugnada y la retroacción de actuaciones para que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

FALLO

Otorgar el amparo solicitado por la Comunidad de propietarios de la Colonia Nueva Berria, D. Sergio H.M., D. José Luis G.L., D. Carlos C.B., D^a Rosa C.Q., D. Pablo R.B., D. Luis C.S., D. Jesús R.R., D. Luis María I., D^a Cristina T.A., D. Francisco F.L., D^a Catalina V., D. Enrique A.L., D. Enrique C.B., D. José María A.O., D. Amando T.H., D. Manuel L.C., D. Alejandro C.O., D^a Dolores G.P.A., D^a Amparo G.P.A., D^a Helena G.P.A., D. Rafael V.V., D. Gregorio P.G., D. Vicente C.L., D. Daniel C.A., D^a Marcelina P., D^a Carmen S., D. Francisco R.A., D. Ana Isabel C.G., D. Jesús C.A., D. Venancio M.F., D. Juan C.O., D^a Isabel L.K., D^a Laurinda V.P., D. Bonifacio V.H., D. José María G.L., D. Aurelio P.R., Empresa Tecnológica Logística, D. Alberto O.Z., D. José Cecilio M.M., D. Hans J.M., D. Salvador H.R., D. J. Luis R.I., D^a Natividad G.G., D^a Dolores M.R., D. Luis A.C., D^a Margarita L.A., D. Jaime G.L., D. José G.P., D. José María A.L., D. Luis P.R., D^a Petra C.T., D. José L.S., D. Enrique N.B., D^a Luisa

D.P., D. Carlos M.P., D^a Consuelo R.R. y D. Jesús C.F.; y, en consecuencia:

1º Reconocer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2005, dictada en el recurso de casación núm. 904-1999.

3º Retrotraer las actuaciones judiciales al momento anterior al de dictarse dicha Sentencia para que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.



2009/259069

TS Sala 2ª, Sentencia 14 octubre 2009. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Por ser la maquinación suficientemente engañosa

Condena por delito de estafa a quien fue absuelto en la instancia

Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado, la Sala acoge el formulado por el Ministerio Fiscal, ambos contra sentencia que condenó al primero por delito de falsedad en documento mercantil, absolviéndole del delito de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que establece que el acusado también es autor de un delito continuado de estafa, por cuanto la maquinación era constitutiva de delito, no era burda y la entidad bancaria activó mecanismos de seguridad enmarcados en los principios de actuación eficaz y de confianza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Benedicto

PRIMERO.- La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito de falsedad documental, al tiempo que le absuelve de otro delito de estafa, extremo que es objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal y cuyo análisis realizaremos seguidamente.

La impugnación del condenado se articula en tres motivos que, forzosa-mente, han de ser analizados conjuntamente al coincidir en el contenido impugnatorio: la vulneración del de-

recho a la presunción de inocencia. En efecto, en el primero denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, estimando insuficiente la practicada en el juicio oral para conformar un hecho probado subsumible en el tipo penal de la falsedad documental y la autoría del recurrente. En el segundo, denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del tipo penal de la falsedad al no resultar acreditada la participación en el hecho del acusado. En el tercero, formalizado por error de hecho en la apreciación de la prueba, designa las tres periciales realizadas sobre los cheques falsificados y el acta del juicio oral,

cuyo contenido examina para negar la existencia de una actividad probatoria suficiente para conformar el hecho probado y la participación del recurrente en los hechos objeto de la sentencia.

El único sentido que cabe dar a la impugnación es el de la denuncia de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues el error de derecho, es inadmisibles en la medida que el relato fáctico es claro en la descripción de un documento falso y la intervención del acusado en su realización. El motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba debe ser inadmitido en la medida en que no se designan documentos acreditativos del error que se denuncia, sino que se realiza una revaloración de la prueba practicada en el juicio oral.

Analizada la impugnación desde la perspectiva del derecho fundamental, la desestimación es procedente. Hemos dicho que el control casacional del derecho que alega en la impugnación se contrae al examen de la existencia de una actividad probatoria calificada de prueba de cargo y obtenida lícita y regularmente, quedando al margen de ese control lo referente a la credibilidad de un testigo, en este caso de varios, al carecer de la necesaria intermediación que preside la valoración de la prueba de carácter personal.

Esa prueba ha de ser valorada por el tribunal que directamente percibe esa prueba atento no sólo a lo que el testigo dice, también a las circunstancias de su declaración, la seguridad que transmite, las reacciones que provoca esa manifestación en otras personas, etc., es decir, al contenido propio de la intermediación de la que goza el tribunal que preside la práctica de la prueba y a la que esta Sala es ajena. La sentencia de instancia, valorada por el tribunal enjuiciador, contiene una detallada valoración de la convicción obtenida desde la intermediación expresando las razones que le llevan a la declaración fáctica.

Así en primer lugar las tres periciales practicadas sobre la falsificación de los talones bancarios. Las tres son concluyentes en la realidad de la falsificación y en la imposibilidad de atribuir la firma al acusado ante la inexistencia de materiales suficientes para esa declaración y la dificultad de determinar la autoría en una firma. Dos de ellas afirman la realización del cuerpo del talón falsificado, letras y números, al acusado, y una tercera no es tan concluyente. Además, los propietarios y un empleado afirmaron haber visto al acusado en el despacho donde se encontraba la cartera de la que desaparecieron los tres talones bancarios, realizando fotocopias, despacho que siempre estaba cerrado y al que sólo accedían los propietarios o alguien autorizado tras solicitar la llave. Además, los propietarios del establecimiento y el empleado, iden-

tificado por el nombre de Félix, afirmaron que sospecharon del acusado porque en la expresión de la fecha en los talones se escribió el numeral dieciséis con un ceceo que el acusado empleaba en la expresión oral, así como una grafía de la letra "d" muy característica del acusado, sospechas que se afianzaron días después con la desaparición de una máquina que el recurrente reconoció haberla sustraído, además de otros errores. Esos hechos, junto al contenido de la pericial, ampliamente motivada en la sentencia permiten conformar un hecho probado en los términos que aparecen en el relato fáctico, por lo que procede desestimar los motivos opuestos y afirmar la correcta enervación del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Constatada la existencia de una actividad probatoria, los motivos se desestiman.

Recurso del Ministerio Fiscal

SEGUNDO.- El Ministerio público plantea un único motivo en el que denuncia el error de derecho por la inaplicación al hecho probado de los artículos que tipifican el delito continuado de estafa con utilización de documentos mercantiles, arts. 248, 250.1.3 74 del Código penal.

El Ministerio fiscal al impugnar la absolución del delito de estafa en el error de derecho parte del respeto al hecho declarado probado en la sentencia el cual afirma que el acusado sustrajo los talones y los rellenó en su contenido dispositivo y afirma el hecho probado que una persona desconocida los cobró en tres sucursales distintas de la entidad bancaria libradora de los talones. El fundamento de la absolución es doble. Por una parte, no resulta acreditado que fuera el recurrente quien cobra los cheques y, de otra, que la entidad bancaria no desplegó la diligencia suficiente para desvanecer el engaño realizado que podría realizar con la comprobación de la firma del librador por el examen, original o por copia, de las firmas de las cuentas.

El motivo, formalizado por error de derecho será estimado. El que no resulte acreditado que fuera el recurrente quien personalmente cobrara los talones bancarios es contrario a su participación en el hecho cuando se declara probado que fue él quien sustrajo los talones y fue él quien los rellenó, por lo que su participación en el cobro de los talones fue activa y principal al participar en la confección de los cheques falsificados y presentados al cobro como si fueran auténticos.

El segundo argumento del tribunal de instancia tampoco es atendible.

Esta Sala en impugnaciones semejantes a la que es objeto de la impugnación que analizamos ha dado respuesta a las impugnaciones frente a absoluciones por falta de diligencia

de la entidad bancaria. Concretamente en la STS 177/2008, de 24 de abril, dijimos que el concepto de engaño bastante que emplea el Código penal en el art. 248 es un concepto normativo, por lo tanto susceptible de ser revisado por la vía de la infracción de ley que el recurrente ha empleado. Se trata de dilucidar si el engaño empleado es bastante para producir el error causal al perjuicio. Desde el hecho probado, del que se parte en la impugnación, se declara que se presentaron al cobro los talones falsificados....

La jurisprudencia ha venido interpretando el término "bastante" como idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de un hombre, por lo que queda erradicado no sólo el engaño burdo, grosero o increíble por su inaptitud de impulsar la decisión de las personas normalmente constituidas, y también aquel engaño que no posea un grado de verosimilitud suficiente, para confundir a la víctima. Para su determinación hemos acudido a un doble baremo, objetivo y otro subjetivo.

El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa. Cuando se trata, como es el caso, de entidades bancarias, las exigencias de autoprotección son más estrictas en la medida en que se trata de patrimonios ajenos depositados.

Señalado lo anterior, y como se recoge en la sentencia impugnada, las exigencias de autotutela en la defensa del patrimonio no suponen que el sujeto pasivo deba desplegar una protección equivalente a la potencialidad de maquinaciones y ardides que emplee un sujeto activo, pues también actúa el principio de confianza que juega tanto en las relaciones personales como en las comerciales. La calificación del engaño como bastante debe ser examinado desde la perspectiva de quien realiza la maquinación para acechar un patrimonio ajeno. Si el sujeto pasivo no ha actuado diligentemente en defensa de su patrimonio, siempre suponiendo que el engaño no sea burdo, ha contribuido a la producción del error, por lo que nos encontraremos ante un supuesto intentado de estafa, pues el autor ha realizado un engaño calificado de bastante. Por lo tanto

queda fuera de la consideración de engaño bastante el engaño burdo, aquél en el que el sujeto pasivo se desentiende por completo de la protección de su patrimonio. A partir de lo anterior las especificaciones del patrimonio objeto del apoderamiento, si se trata de una patrimonio en peligro, las circunstancias del sujeto pasivo, etc., forman parte de una casuística derivada de las distintas relaciones. Tratándose de disposiciones en sucursales bancarias, las obligaciones de protección del tenedor de los fondos son distintas si se trata de la misma sucursal bancaria que si la presentación se realiza en distinta sucursal a la que están depositados los fondos, también en función de la cantidad dispuesta, etc.

La doctrina de la Sala sobre las necesidades de autotutela, que se dan por reproducidas, se elaboró con relación a determinadas operaciones financieras, sobre todo concesión de créditos y no se trasladan, simplemente, a las disposiciones sobre cuentas corrientes, dada la distinta entidad de la naturaleza del acto dispositivo.

En el caso de autos, lo que nos declara el hecho probado es que el engaño no era burdo, pues los sujetos activos de la estafa emplearon unos cheques previamente falsificados, es decir, realizaron un hecho delictivo, que se correspondían a una cuenta de otra sucursal de la entidad bancaria. Además las periciales realizadas en la causa han señalado las dificultades en la determinación de la autoría en la falsificación, con posturas en ocasiones discrepantes y no asertivas sobre el hecho, luego difícilmente pudiera realizarse una adecuada protección que se propone en recurso al exigir que el empleado de una entidad bancaria, realice una pericial de firmas sobre un copia remitida por fax desde la entidad bancaria, máxime cuando las cantidades dispuestas no son excesivas, para no levantar sospecha alguna en los empleados de las sucursales a las que acudieron. No obstante, y aunque no se exprese en el hecho probado, se adoptó la medida de seguridad de anotar el documento de identidad de quien presentaba el talón, lo que a la postre permitió la averiguación del hecho delictivo.

Desde lo expuesto el motivo debe ser estimado calificando de bastante el engaño desplegado. Ese engaño determina el error y la disposición patrimonial típica de la estafa.

Como hemos señalado, la maquinación era constitutiva de delito, no era burda y la entidad bancaria activó mecanismos de seguridad enmarcados en los principios de actuación eficaz y de confianza, por lo que procede la condena del acusado por un delito continuado de estafa de los arts. 248, 249, 250.3 y 74 del Código penal a la pena de 3 años y seis meses de prisión, y multa de 9 meses con una cuota diaria de 6 euros, pena

mínima a tenor de la subsunción realizada.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el día 30 de diciembre de 2008 por la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa seguida contra Benedicto por delito de falsedad en documento mercantil y estafa, que casamos y anulamos. Declarando de oficio la mitad del pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Benedicto, contra la sentencia dictada el día 30 de diciembre de 2008 por la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa seguida contra el mismo, por delito de falsedad en documento mercantil y estafa. Condenamos a dicho recurrente al pago de la mitad de las costas causadas. Comuníquese esta resolución la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de octubre de dos mil nueve.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 31 de Madrid, con el número 5294/2005 y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, por delito de falsedad en documento mercantil y estafa contra Benedicto y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 30 de diciembre de dos mil ocho, 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. Andrés Martínez Arrieta, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de

la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado Benedicto como autor responsable de un delito continuado de estafa de los arts. 248, 249, 250.3 y 74 del Código penal a la pena de 3 años y seis meses de prisión y multa de 9 meses con una cuota diaria de 6 euros. Se ratifica la condena por responsabilidad civil de la sentencia de instancia a favor de la Caixa.

Asimismo se le impone el pago de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pállin.

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

2009/259091

TS Sala 2ª, Sentencia 29 octubre 2009. Ponente: D. Joaquín Giménez García

Absolución de delitos continuados de estafa y utilización de documentos falsos

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos continuados de estafa y de utilización de documentos falsos. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de los expresados delitos, pues en la motivación de la sentencia sobran afirmaciones y faltan acreditaciones, y el juicio de certeza sobre un contenido delictivo objetivado en los hechos probados, en cualquier sentencia, debe ser la consecuencia de la valoración crítica de todo el acervo probatorio, de cargo y de descargo, nunca puede ser su "a priori", porque

todo enjuiciamiento es una labor de ponderación y valoración entre tesis contrarias -la verdad judicial se halla a través de la contradicción-.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 13 de noviembre de 2008 de la Sección con sede en Cartagena de la Audiencia Provincial de Murcia, condenó a Aurelio como autor de un delito continuado de estafa y de un delito continuado de utilización de documentos falsos a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo de la sentencia.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que el recurrente utilizando el documento de identidad, nómina y libreta de ahorros que pertenecían a tercera persona se personó en tres concesionarios de automóviles y haciéndose pasar por la persona cuya documentación exhibió, consiguió en dos de los concesionarios la adquisición de un vehículo financiado por la entidad correspondiente, y en un tercer caso, al no obtener la financiación no se pudo llevar a cabo la venta.

El recurrente transfirió los vehículos así adquiridos a terceras personas.

Se ha formalizado recurso de casación por parte del condenado a través de un único motivo, que encauzado por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- Es reiterada la doctrina de esta Sala en relación al ámbito del control casacional cuando se denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia.

a) En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminadora para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, -SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006 y 548/2007, entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -SSTS de 10 de junio de 2002, 3 de julio de 2002, 1 de diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de junio, entre otras-, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

No podía ser de otra manera, porque el ámbito de la casación no abarca ni incluye el poder de sustituir la valoración que haya efectuado el Tribunal de instancia por la que pudiera tener la propia Sala de Casación, y no lo es porque el cometido de la casación no es ni decidir ni elegir, sino controlar la razonabilidad del razonamiento con el que el Tribunal de instancia justificó su decisión.

TERCERO.- Desde la doctrina expuesta, pasamos al estudio del recurso formalizado.

En su argumentación se dice que el recurrente simuló contratar la adquisición de unos vehículos, que exhibió una documentación perteneciente a otra persona a la que se le había extraviado, que firmó la documentación correspondiente, pero es lo cierto que en relación a la primera compra, el único testigo que compareció en relación a la misma, fue el representante legal de la mercantil que solo manifestó reconocer de vista al recurrente y que fue el coimputado fallecido quien realizó todas las operaciones. Dicho representante legal se remitió a uno de sus empleados como la persona concreta con quien se negoció la venta del vehículo, que esa persona no fue citada como testigo, y por tanto su testimonio no fue oído.

La misma situación es apreciable en relación a la segunda compra, en la que tampoco fue citado como testigo el empleado con quien se negoció la adquisición del vehículo y, prácticamente lo mismo es apreciado en relación al tercer caso "...nos encontramos con la afirmación de que mi defendido adquirió dicho vehículo, con base en que la financiación se obtuvo con la misma documentación que en los supuestos anteriores, pero sin quedar debidamente acreditado quien entregó dicha documentación, quien firmó los correspondientes contratos y, en definitiva, quien retiró el vehículo con el concesionario..." -folio 7 del recurso-.

La sentencia en el f.jdco. primero se refiere a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada como supuestos en los que pueda ingresar en el Plenario una prueba practicada durante la instrucción judicial, y alega que en casos de fallecimiento del testigo, se está en uno de los supuestos en los que se puede rescatar la declaración judicial efectuada en la instrucción para su reproducción en el Plenario, y aplica esta doctrina en lo referente a la lectura que se efectuó de la declaración del coimputado Porfirio que falleció durante la instrucción.

Al respecto hay que decir que ciertamente el art. 730 LECriminal permite, en caso de imposibilidad de reproducción en el Plenario, la lectura de las diligencias sumariales, y la jurisprudencia de esta Sala ha venido admitiendo tal lectura respecto de las declaraciones testificales cuando el testigo ha fallecido, o se encuentra en paradero desconocido, y, en definitiva cuando no está a disposición del Tribunal.

No podía ser de otra manera, porque el ámbito de la casación no abarca ni incluye el poder de sustituir la valoración que haya efectuado el Tribunal de instancia por la que pu-

En el presente caso, no se trata de un testigo sino de un coimputado, ciertamente su fallecimiento permite la lectura de su declaración sumarial, pero el rescate de esta declaración y su ingreso en el Plenario no puede ocultar que por tratarse de un coimputado, su declaración es intrínsecamente sospechosa -STC 57/2002- y como tal cuando sea prueba única no puede integrar la nota de suficiencia a los efectos de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, exigiéndose corroboraciones -SSTC 68/2001; 181/2001; 233/2002; 190/2003, entre otras muchas-.

Pues bien, al respecto lo que se dice en la sentencia en relación a dicha declaración es lo siguiente: "...y ello sin perjuicio de la valoración que a continuación se hará sobre la declaración de dicho coimputado, del que ya cabe adelantar, que poca influencia tiene en la declaración de hechos probados, puesto que, lo que dice su declaración en su manifestación sumarial aparece probado por otros elementos de prueba, como es la documental y la propia declaración del acusado, que reconoce, que el fallecido Sr. Porfirio trabajó para él, en el negocio de compraventa de coches, realizando diversas gestiones..." -último párrafo f. jdco. primero-.

Con ello queda patente que la declaración del coimputado no fue tenida en cuenta para formar el juicio de certeza sobre la actuación delictiva del recurrente, y así lo verificamos en este control casacional.

¿Cuales fueron las pruebas de cargo?

Se encuentran en el f.jdco. segundo que tiene como presupuestos "...dos hechos que el Tribunal considera claramente acreditados...". Tales dos hechos son:

a) La declaración del testigo Héctor, empleado del Ayuntamiento de Santa Pola al que le fue sustraído el carnet de identidad meses antes y

b) Dicho carnet fue el utilizado para las operaciones de compraventa y financiación de los vehículos.

Ciertamente que los vehículos fueron adquiridos con la exhibición de ese DNI (más la libreta de ahorros del mismo testigo y copia de una nómina y pago del IBI, respecto de lo que nada se dice en la fundamentación) es cuestión sobre la que no se puede dudar.

No es ese el problema, el fundamento de la condena está en que según la sentencia, fue el propio recurrente quien se personó en los tres concesionarios, exhibió la documentación de Héctor, y haciéndose pasar por él, consiguió la financiación en dos de las tres ocasiones, obteniendo dos vehículos.

¿Qué prueba hay en la sentencia que soporte la afirmación del "fac-

tum" de que "...el acusado entregó como documentación..." para la adquisición de vehículos una nómina, una cartilla de ahorros y el pago del IBI, todo ello a nombre de Héctor, de quien también presentó el DNI?.

En relación a la primera operación se dice en la sentencia que se realiza: "...Con la documentación se realiza en nombre del anterior, lo que para el acusado, que lo utilizó, contrató el seguro a su nombre y lo puso a nombre de una tercera persona. Resultando así, plenamente probados dichos hechos, no queda sino concluir que dicho vehículo...fue adquirido por el acusado...presentando en el concesionario el carnet de identidad de otra persona, Héctor, una nómina falsa...".

En relación a la segunda operación (intento de compra de otro vehículo): "...Se debe considerar, que también fue un hecho realizado por quien poseía dicha documentación en la operación señalada anteriormente, y donde el testigo Porfirio -el coimputado fallecido- reconoce haber entregado y luego recogido 150 euros de señal en nombre de su jefe...".

En relación a la tercera operación: "...Igual que en la operación si -sic- realizada, con la misma entidad de Caja de Murcia...".

Al respecto procede efectuar estas consideraciones:

a) En relación a la prueba testifical del coimputado fallecido respecto de lo que nada se recoge en la motivación y se dice que no se valora, luego se rescata un extremo referente al pago como señal de 150 euros.

b) Sin dudar de la compra a nombre del titular del DNI a quien se le había sustraído dicha documentación meses antes, y sin explicar el origen del resto de la documentación utilizada, es lo cierto que la piedra angular de la condena se centra en que fue precisa y concretamente el recurrente quien con la exhibición del DNI y resto de la documentación de Héctor y por tanto, haciéndose pasar por él, consiguió la financiación de dos vehículos y los retiró del concesionario, incluso se dice que en relación a la primera compra efectuada en Jarama Car S.L. "...contrató el seguro a su nombre...", y sobre este extremo nada existe que pueda sustentar lo que se dice en la sentencia.

En la motivación sobran afirmaciones y faltan acreditaciones.

c) No se especifica la prueba de cargo en función de la cual se sostenga la afirmación de que el recurrente se identificara en los tres concesionarios como Héctor. ¿Con qué empleado de los tres concesionarios se entrevistó el recurrente y se hizo pasar por Héctor ?.

-No se concretan los contratos y documentación que tanto se cita y

respecto de la que en la sentencia solo existen afirmaciones pero no se concretan los documentos correspondientes.

-Tampoco se concretan las pruebas que soportan la afirmación de que el recurrente exhibiera tales documentos y los firmara, lo que hubiera exigido las declaraciones de las personas intervinientes por parte de los concesionarios y de las financieras.

El juicio de certeza sobre un contenido delictivo objetivado en los hechos probados, en cualquier sentencia, debe ser la consecuencia de la valoración crítica de todo el acervo probatorio, de cargo y de descargo, nunca puede ser su "a priori", porque todo enjuiciamiento es una labor de ponderación y valoración entre tesis contraria -la verdad judicial se halla a través de la contradicción-.

Nada de esto aparece en la sentencia sometida al control casacional que da la impresión de haberse redactado desde el pre- juicio de que el recurrente era el autor de las suplantaciones y por ello debe ser condenado.

Todo imputado entra inocente en el Plenario, y si es condenado, en la sentencia deben concretarse de forma necesaria y con el suficiente detalle las pruebas y los elementos de convicción que en ellas existen sobre las que el Tribunal construyó el juicio de certeza condenatorio, y ello por tres razones:

a) Porque a la persona concernida debe explicársele las razones de la condena.

b) Porque el Tribunal Superior que vía apelación o casación -como es el caso- debe conocer las razones de la condena y los elementos de incriminación para verificar su razonabilidad, y porque, en tercer lugar,

c) La confianza de la Sociedad en sus Tribunales -última ciudadela del Estado Democrático- exige que las razones del Tribunal puedan ser conocidas por el público en general, y todo ello, porque el fundamento de la condena no puede ser fruto de la mera convicción del Tribunal, derivada de un "impresionismo judicial".

Ciertamente el art. 741 LECriminal determina que el Tribunal sentenciador, dictará sentencia "...apreciando según su conciencia..." las pruebas de la acusación y defensa, pero esa apreciación en conciencia debe ser motivada, explicada y razonada en términos comprensibles nunca rutinarios, elípticos o vacíos de contenido, solo así se puede hablar de una actividad jurisdiccional como actividad razonable, máxime si se tiene en cuenta que hoy el proceso penal más que un instrumento de control social es un instrumento de justificación de la pena -SSTS 171/2009 y 258/2008 -. Por ello la

falta de motivación desemboca en la falta de justificación de la condena y de la pena que le sigue.

Como conclusión de todo lo razonado, hay que decir que procede el éxito del recurso formalizado.

Existió vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente a consecuencia de la falta de prueba de cargo suficiente que pudiera sostenerse la condena del recurrente.

CUARTO.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas del recurso.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formalizado por la representación de Aurelio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cartagena, de fecha 13 de noviembre de 2008, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cartagena, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cartagena, Procedimiento Abreviado núm. 15/04, seguido por delitos de estafa y falsificación de documento, contra Aurelio, nacido el 17/03/1957, hijo de Francisco y Concepción, natural de Murcia y vecino de Cartagena, con Documento Nacional de Identidad núm. 000, con instrucción, con antecedentes penales, de ignorada solvencia y en libertad provisional por esta causa; se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia.

En los hechos probados se elimina toda referencia a que fuese el recurrente el autor de los hechos que dieron lugar a la condena.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por los razonamientos incluidos en la sentencia casacional, procede la absolución del recurrente de los delitos de los que fue condenado en la instancia.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos a Aurelio de los delitos de los que fue condenado en la instancia, con declaración de oficio de las costas.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

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

respectivamente, la "crítica de la sentencia" desde la perspectiva procesal (quebrantamiento de las formas esenciales del juicio) y sustantiva (vulneración de normas estatales).

SEGUNDO.- Antes de analizar los motivos de casación en que se basa el recurso es necesario hacer una precisión. El debate en la instancia ha girado básicamente en torno a la adecuación del Decreto 240/2003, de 14 de octubre, de Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a las leyes autonómicas que regulan la materia por lo que la referencia a las normas estatales ha estado, en gran medida, ausente de él. El Estatuto de Autonomía para la Comunidad Autónoma del País Vasco atribuye a esta Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de cajas de ahorros, en el marco de las bases que sobre ordenación del crédito y la banca dicte el Estado y de la política monetaria general. Ostenta asimismo aquella Comunidad Autónoma competencias de desarrollo legislativo y ejecución de las bases estatales en materia de ordenación del crédito y banca. En el ejercicio de estos títulos competenciales fue aprobada por el Parlamento Vasco la Ley 3/1991, de 8 de noviembre, reguladora de las Cajas de Ahorro de aquella Comunidad Autónoma, ulteriormente modificada por la Ley 3/2003, de 7 de mayo.

El Decreto 240/2003 es precisamente el desarrollo reglamentario de ambas leyes autonómicas en un único texto normativo. Tanto los recursos que contra él se interpusieron como la sentencia ahora impugnada versan fundamentalmente sobre la adecuación de su contenido a las leyes autonómicas que pretende desarrollar y complementar. El Estado, por su parte, al amparo de los títulos competenciales establecidos en los artículos 149.1.11 y 149.1.13 de la Constitución, ha aprobado tanto la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, como la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, modificada entre otras por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Reforma del Sistema Financiero.

TERCERO.- Las censuras de orden formal que en el epígrafe sexto del recurso se dirigen contra la sentencia de instancia, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, imputan a ésta la "infracción del art. 24.1. CE 1 que (...) se conecta con los arts. 33, 65 y 67 de la LJCA". Tras una extensa, y probablemente innecesaria, exposición de qué ha de entenderse por incongruencia en términos generales, la parte recurrente considera o bien incongruente o bien insuficientemente motivada la sentencia en lo que se refiere a la declaración de nulidad de determinados artículos. Para examinar estas censuras -que, ya lo adelantamos, son infundadas- es oportuno previamente transcribir las consideraciones jurídi-

cas de la sentencia que, a juicio del Gobierno recurrente, incurren en aquellos defectos. Consideraciones que eran, en gran parte, traídas de la sentencia dictada por la propia Sala territorial el 18 de mayo de 2005 y estimatoria, también parcialmente, del recurso número 3117/2003, interpuesto por otra Caja de Ahorros contra el mismo Decreto autonómico. En ellas se aprecia cómo los preceptos reglamentarios impugnados contravenían las normas legales de origen autonómico a las que debían atenderse, razón ésta que quizá explique por qué el Gobierno recurrente articula su impugnación casacional principalmente por la vía del quebrantamiento de forma, consciente de que no corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo juzgar sobre la adecuación sustantiva de los reglamentos autonómicos a las leyes autonómicas.

A) En cuanto al artículo 14 del Decreto 240/2003, que establece las operaciones para cuya realización las Cajas de Ahorro con domicilio social en el País Vasco han de requerir la autorización previa del Departamento de Hacienda y Administración Pública, la Sala había declarado la nulidad del supuesto contemplado en el apartado 1.b) por las siguientes razones: "(...) Se considera acertado el criterio de la Comisión Jurídica Asesora en cuanto que el precepto impugnado carecía de cobertura legal porque la autorización prevista en la ley, que se refería a operaciones que pudieran poner en riesgo la estabilidad de la Caja, estando justificado en ese caso la intervención del Gobierno Vasco, señalándose que el precepto reglamentario partiría del dato de que la Caja controle una sociedad cualquiera que ésta sea y con independencia de si afecta en alguna medida a la propia estabilidad de la Caja, lo que se consideró disconforme a derecho.

El precepto legal de referencia ha de ser, efectivamente, el art. 13.1 de la Ley de Cajas de Ahorros, que va a establecer que el Gobierno Vasco podrá establecer, en función de los recursos propios o totales de la Caja de Ahorros o con relación con una cantidad determinada, la necesidad de autorización previa para las inversiones en inmuebles, acciones, participaciones u otros activos monetarios, la concesión de grandes créditos o la concentración de riesgos de una persona o grupo. Como se traslada en la demanda el art. 13.1 de la ley se establece los supuestos en los que se debe otorgar la autorización por el Departamento de Hacienda, en función de los recursos propios o totales de la Caja de Ahorros o en relación con una cantidad determinada, no pudiéndose concluir que el supuesto previsto en el reglamento, el porcentaje de participación en el capital social de determinadas sociedades, esto es, superar el 50% o que llegue a disponer la mayoría de los derechos de voto del órgano de administración, encaje en la previ-



TS Sala 3ª, Sección: 3, Sentencia 20 enero 2010. Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Nulidad parcial del Decreto autonómico sobre Cajas de Ahorro de la Comunidad de Euskadi

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco contra la STSJ que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián y anuló del Decreto autonómico 240/2003, de Cajas de Ahorros, el art. 14, 1, b), el art. 15, 4, el art. 28, 3, el art. 34, 2 en cuanto refiere "a estos efectos se elegirán o designarán tanto suplentes como titulares" en cuanto trasciende del supuesto de sustitución de consejeros generales representantes de los impositores; así mismo se declara la nulidad del art. 48, 7 en su parte final, cuando se refiere a "si no lo hubiere, se realizará un reparto paritario".

La Sala desestima los motivos alegados sobre falta de congruencia o motivación de la sentencia impugnada, pues la nulidad del art. 14, 1, b) la fundamentó en que entre los supuestos legales para los que se requiere la autorización administrativa previa, no encajan las operaciones de las Cajas de Ahorro consistentes en cualquier toma de participación superior al 50 % del capital social de la entidad participada, y lo mismo ocurre con el art. 15, 4, pues se ha tenido en cuenta los argumentos sobre la supuesta necesidad y conveniencia del informe administrativo previo al cierre de oficinas de las Cajas de Ahorro. Por otro lado, se rechaza la censura que el Gobierno Autonómico hace a la interpretación que el órgano "a quo" realiza de la normativa autonómica, cuestión vedada en casación. Respecto de la normativa estatal, no se considera infringido el art. 24, 1, 5 Ley 31/1985, que se refiere a la suspensión de acuerdos del consejo de administración, pero no al desarrollo de los procesos electorales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con fecha 28 de septiembre de 2005, entre otros pronunciamientos, estimó parcialmente el recurso contencioso-

administrativo interpuesto por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián y anuló los artículos del Decreto autonómico 240/2003, de 14 de octubre, de Cajas de Ahorros, que han sido consignados en el antecedente de hechos número cuatro. El recurso se articula en un escrito de interposición cuyos apartados sexto y séptimo contienen,

sión legal, en concreto cuando se refiere al supuesto de -en relación con una cantidad determinada- por cuanto que obvio es que el Decreto no ha establecido la cantidad determinada, que por otra parte sería relevante a los efectos de poder constatar su adecuación al ordenamiento jurídico, en relación con la concreta determinación de la cantidad, que es lo que exige el precepto legal y que es lo que no se ha hecho (...) sin que sea relevante a los efectos de justificar la conformidad a derecho del precepto aquí en cuestión el que, como se traslada por la Administración en su contestación, la exigencia de autorización en base a los parámetros aquí discutidos no sea un parámetro novedoso en la normativa autónoma vasca, con referencia a la Disposición Adicional Primera del Decreto 38/1986 de 11 de febrero sobre Organización de las Cajas de Ahorros, que sustituye al art. 6.2 del Decreto 45/49881 de 16 de marzo, sobre régimen de dependencia de las Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma, al exigir su autorización para la toma de participación de capital en los casos en los que la suma de las participaciones de las Cajas de Ahorros sometidas al Decreto supere el 50% del capital social de la entidad participada, por lo que se llega a concluir que con anterioridad al Decreto aquí recurrido ya se contemplaba que las Cajas de Ahorros tuviesen que solicitar autorización administrativa para determinadas operaciones, tasadas en función del porcentaje de capital social de la sociedad participada, señalándose por la Administración que esas previsiones no habrían suscitado cuestión de legalidad alguna, habiendo sido su aplicación aceptada de forma pacífica por las entidades afectadas.

Ya decimos que esas argumentaciones no son relevantes a estos efectos, aunque sí conviene precisar que la Administración se está refiriendo a normas reglamentarias, a Decretos previos a la propia Ley 3/1991 de 8 de noviembre de Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuya Disposición Derogatoria deroga en lo que se oponga a lo establecido en la ley, entre otros el Decreto 45/1981 de 16 de marzo, sobre régimen y dependencia de las Cajas de Ahorros en la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como el Decreto 38/1986 de 11 de febrero, sobre organización de las Cajas de Ahorros en la Comunidad Autónoma del País Vasco."

B) En cuanto al artículo 15.4 del Decreto, a tenor del cual el cierre de las oficinas de las cajas de ahorro en núcleos de población o municipios cuya población de derecho sea inferior a quinientos habitantes requerirá informe del Departamento de Hacienda y Administración Pública y la aprobación expresa de la Asamblea General, los motivos determinantes de su anulación por la Sala de instancia fueron los siguientes: "(...) Por cuanto que en la ley se estableció la

obligación de comunicar los cierres de las oficinas, sin que se haya previsto la exigencia de informe previo de la Administración, dado que la conclusión que ha de sacarse del art. 14 de la ley es que se comunica una decisión adoptada por los órganos competentes de la Caja, en lo que interesa en cuanto al cierre, no estableciéndose que ese cierre esté condicionado a previo informe de la Administración, aunque no sea vinculante, dado que lo que se ha venido a establecer con la regulación del art. 15.4 del Decreto es que para el cierre de determinadas oficinas de las Cajas no será suficiente con cumplir el deber de comunicación, sino que deberá solicitarse con carácter previo informe del Departamento de Hacienda.

De ello ha de concluirse que estamos ante una regulación que trasciende de lo que reglamentariamente puede desarrollarse estando a lo que ha plasmado la Ley de Cajas de Ahorros, sin que la finalidad que se ha trasladado por la Administración, ya desde el expediente administrativo, vinculada a que los ámbitos de escasa población no queden desatendidos de servicios financieros prestados por las Cajas, pueda sin más soportar la conformidad a derecho de la previsión del reglamento, y ello sin perjuicio de que la razonabilidad de esa justificación pueda conducir a que el legislador lo asume a los efectos de incorporar como exigencia, en el ámbito del art. 14 de la ley, además de la comunicación del cierre, que en determinados supuestos con carácter previo al cierre se deberá emitir informe por el órgano al que se debe comunicar, en este caso, al Departamento de Hacienda y Administración Pública hoy en día".

C) En lo que concierne al artículo 34.2 del Decreto 240/2003, según el cual en los casos de "cese o separación del cargo de un consejero general antes del término de su mandato, será sustituido por el suplente que corresponda. A estos efectos se elegirán o designarán tantos titulares como suplentes", la Sala de instancia expuso las razones determinantes de la nulidad de este último inciso en los siguientes términos: "(...) En este ámbito ha de darse la razón a la Caja recurrente, por cuanto de la regulación de la Ley de Cajas de Ahorros se desprende la disconformidad a derecho de esa previsión general, de tener que elegir o designar tantos suplentes como titulares.

En primer lugar diremos que el art. 41.3 de la Ley de Cajas de Ahorros, adicionado por el art. 14 de la Ley 3/2003 de 7 de mayo, establece: (...) Estamos ante un precepto que se refiere, en general, a los Consejeros Generales de todos los grupos, así representantes de impositores, trabajadores, corporaciones locales y entidades fundadoras, donde se distingue entre designación de suplente por instituciones, organismos y entidades que designaron al saliente y así

mismo se refiere a los Consejeros Generales representantes de los impositores, que serán sustituidos por sus respectivos suplentes ya elegidos, que ha de ponerse en relación con el art. 36.1 de la ley, según redacción dada por la Ley 3/2003, cuando señala que los Consejeros Generales representantes de los impositores de las Cajas de Ahorros y sus suplentes, en igual número, serán elegidos de entre ellos por compromisarios, y el punto 2 que en el caso de cese de un Consejero se cubrirá su vacante por un suplente.

El art. 37 de la ley se va a referir a los Consejeros Generales representantes del personal y a su forma de elección, el art. 38 a los Consejeros Generales representantes de las corporaciones municipales, que serán nombrados directamente por éstas mediante acuerdo del Pleno municipal y el art. 35a los representantes de las entidades fundadoras, que serán nombrados directamente por ellas.

De ello hemos de concluir que la Ley sólo está proveyendo la elección simultánea de titulares y suplentes en caso de representantes de los impositores de las Cajas de Ahorros, como se ha de concluir del art. 36 en relación con el art. 41.3, precepto este último que se refiere de forma expresa a que en el caso de cese o separación del cargo de un Consejero General antes del término del mandato siendo representante de los impositores se sustituirán por sus respectivos suplentes, indicando además la expresión -ya elegidos-, cuando en relación con el resto de Consejeros se prevé la sustitución por el periodo que reste por el consiguiente suplente, expresando que -será designado por las mismas instituciones, organismos o entidades que designaron al Consejero saliente-.

Por todo ello, ha de concluirse en el pronunciamiento estimatorio del recurso en relación con el art. 34.2, en el apartado que se refiere -a estos efectos se elegirán o designarán tantos suplentes como titulares- en cuanto trasciende del supuesto de sustitución de Consejeros Generales representantes de los impositores. Además, diremos que la justificación puede encontrarse en una cuestión de no escasa relevancia, como es la dificultad del proceso de designación de representantes de los impositores, en relación con el procedimiento más ágil y directo de designación del resto de representantes de entidades fundadoras, corporaciones locales y empleados."

D) Finalmente, en lo que se refiere al artículo 48.7 del Decreto 240/2003, relativo al número de vocales del Consejo de Administración designables por las entidades fundadoras de las cajas de ahorros que tuviesen varias, el precepto disponía que se estaría a lo dispuesto en los pactos fundacionales "y, en su defecto, por acuerdo entre las mismas. Si no lo hubiere, se realizará un reparto

paritario". La Sala de instancia anuló este último mecanismo subsidiario por las siguientes razones: "(...) No estando en cuestión la previsión reglamentaria de que en el supuesto de pluralidad de entidades fundadoras el número de vocales del Consejo de Administración designables por cada una de aquéllas se determine conforme a lo dispuesto en los pactos fundacionales y en su defecto por acuerdo entre las mismas, hemos de precisar si conforme a derecho ha de considerarse que con carácter subsidiario se establezca que lo sea de forma paritaria.

La Sala concluye que una previsión reglamentaria estableciendo un sistema de designación de cierre no puede considerarse que sea exceso de la potestad reglamentaria, porque en principio ha de concluirse que el sistema debe ser cerrado y debe de tratar de evitar las situaciones que podían darse en caso de ausencia de pactos fundacionales o de acuerdos; ahora bien, en relación con el sistema supletorio de reparto paritario establecido por el Decreto, no puede considerarse justificado, por cuanto que obvia la entidad de las fundadoras, sin perjuicio de que pueda darse el caso que esa previsión del reparto paritario pueda ser adecuada en relación con las Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma."

CUARTO.- Las tachas de incongruencia o insuficiente motivación dirigidas, respectivamente, contra los correspondientes pasajes de la sentencia que acabamos de transcribir deben ser rechazadas.

A) En cuanto al artículo 14 del Decreto 240/2003, afirma el Gobierno recurrente que la Sala de instancia no realiza "un mínimo análisis de los argumentos utilizados por esta parte, para defender la interpretación contraria, en el escrito de contestación a la demanda". Ello no es así y la censura no podrá ser estimada. El tribunal de instancia considera, siguiendo lo que ya había expresado la Comisión Asesora en la fase de elaboración del reglamento, que entre los supuestos legales para los que se requiere la autorización administrativa previa no encajan las operaciones de las Cajas de Ahorro consistentes en cualquier toma de participación superior al cincuenta por ciento del capital social de la entidad participada. Aquella autorización es exigible tan sólo cuando se trate de operaciones que, por su importancia, puedan poner en riesgo o en cuestión la estabilidad de la propia Caja.

De modo que si la entidad participada tienen un capital mínimo, la toma de participación del cincuenta por ciento no implicará riesgo alguno y no necesita ser autorizada. De ahí que la previsión del artículo 14 deba reputarse contraria a la Ley autonómica pues no se atiene a ninguna cantidad precisa en términos generales y predeterminados. Con ello da respuesta suficiente, sin duda, a

los argumentos que en sentido contrario había opuesto el Gobierno recurrente, todos ellos sobre la validez de la “cantidad determinada”.

B) Afirma igualmente el Gobierno recurrente, en relación con la declaración de nulidad del artículo 15.4 del Decreto 240/2003, que en la sentencia “no existe un razonamiento suficiente y razonable de porqué se rechazan” los argumentos que había expuesto al contestar la demanda. Tampoco la censura puede ser estimada. La Sala ha tenido en cuenta los argumentos del Gobierno demandado sobre la supuesta necesidad y conveniencia del informe administrativo previo al cierre de oficinas de las Cajas de Ahorro. A pesar de ello ha interpretado, por las razones anteriormente transcritas, que el precepto reglamentario -a tenor del cual es preceptivo el informe- resultaba contrario a la Ley autonómica en la materia. Su juicio podrá eventualmente ser discutido desde otras perspectivas pero no resulta incongruente ni inmotivado, antes al contrario.

Afirma igualmente el Gobierno recurrente que la Sala ha anulado en su integridad el artículo 15.4 del Decreto “cuando la legalidad del segundo párrafo del mismo (que establece que el cierre de las citadas oficinas requerirá la aprobación expresa de la Asamblea General) es expresamente admitida en el FJ sexto de la Sentencia, en el que se afirma que la atribución a la Asamblea General para la aprobación del cierre de este tipo de oficinas tiene amparo en el artículo 42.1 de la LCA”. Ciertamente la mayor parte del razonamiento del tribunal de instancia versa sobre el informe preceptivo.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la sentencia sea contradictoria consigo misma cuando anula todo el artículo 15.4 pues si bien es cierto que se refiere al artículo 42.1 de la Ley autonómica de Cajas de Ahorro, el hecho de que en él se reconozcan las facultades de la Asamblea General no implica de modo imperativo y necesario que dicha asamblea haya de ser precisamente y en todo caso quien decida el cierre de alguna oficina en alguna zona geográfica determinada, tal como el reglamento exige. Esta era precisamente la tesis de la Caja demandante que acoge el tribunal de instancia.

C) En cuanto a la declaración de nulidad del artículo 34.2 del Decreto 240/2003, el Gobierno recurrente afirma que se debe a un “razonamiento erróneo” porque, a su entender, la Ley autonómica no establece las diferencias entre grupos (de impositores y otros) que la Sala recoge en la sentencia, a los efectos de la elección o designación de suplentes. La censura así expresada no tiene cabida en un motivo de casación formulado al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional. La eventual interpretación errónea de la

ley por la sentencia impugnada debe ser articulada por la vía del artículo 88.1. d), sin que corresponda a esta Sala, como ya hemos declarado, resolver acerca del juicio de las de instancia sobre la mayor o menor adecuación de los reglamentos autonómicos a las leyes autonómicas.

D) Por último, en cuanto a la declaración de nulidad del artículo 48.7 del Decreto 240/2003 sostiene el Gobierno recurrente que “(...) la afirmación de que el sistema supletorio de reparto establecido obvia la entidad de las fundadoras es una mera afirmación genérica, no motivada”. La censura es infundada. De nuevo el recurrente podrá discrepar, en cuanto al fondo, del argumento del tribunal de instancia y reiterar por qué, a su juicio, es conforme a la Ley autonómica un sistema “paritario” de reparto residual, para aquellos casos en que la voluntad de las entidades fundadoras de las Cajas de Ahorro sobre el número de vocales del Consejo de Administración no se haya manifestado. Lo que no puede hacer es afirmar que la sentencia resulta inmotivada sobre este punto cuando la mera lectura del fundamento jurídico que anteriormente hemos transcrito le permite conocer el razonamiento (acertado o equivocado, lo que es irrelevante a estos efectos) en el que se basa el fallo anulatorio.

QUINTO.- En el último epígrafe del recurso de casación se critica la sentencia de instancia ya por razones de fondo. Sostiene el Gobierno recurrente que la resolución judicial, en cuanto anula el artículo 28.3 del Decreto 240/2003, “ha sido adoptada con infracción de la normativa estatal”. En concreto, considera vulnerado el artículo 24.1.5 de la Ley estatal 31/1985, de 2 de agosto, de Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, precepto que se refiere a una de las funciones de la Comisión de Control, la de proponer a la Administración de tutela la suspensión de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración. Las razones determinantes del pronunciamiento anulatorio de este precepto fueron expuestas en el fundamento jurídico noveno de la sentencia de instancia con los siguientes términos:

“(…) En relación el art. 28.3 del Decreto de Cajas de Ahorro, se ha pronunciado la Sala en su sentencia de 18 de mayo de 2005, que dio respuesta al recurso 3.117/2003; en su fundamento jurídico decimoprimer se concluyó, siguiendo lo informado por la Comisión Jurídica Asesora, que tal previsión carecería de cualquier amparo legal al tratarse de una intervención en ámbitos regidos por la autonomía, no sólo de la Caja de Ahorro, sino también de aquellos a quienes la normativa reconoce el derecho o posición jurídica de lesionados, y cuya voluntad, conforme al principio dispositivo, es de todo punto relevante, sin que pueda atribuirse por una disposición reglamentaria a

la Administración una potestad intromisora en un proceso que podrá afectar a los órganos de la Caja de Ahorro, considerando único garante no judicial del proceso electoral a la Comisión Electoral; con esos argumentos, la Sala llegó a anular el art. 28.3 del Decreto, dejando plasmado que en cualquier caso cabrían potestades sancionadoras de la Administración, pero rechazando que se pudiera anular el proceso electoral.

Como veíamos, en la demanda se discrepa de la regulación del art. 28.3 del Decreto en cuanto prevé que el Departamento de Hacienda y Administración Pública pueda acordar, eso sí a propuesta de la Comisión Electoral, la iniciación o, en su caso, la anulación o suspensión total o parcial del proceso electoral, al observar el incumplimiento de la normativa aplicable otro tipo de irregularidades que afecten gravemente al desarrollo del proceso electoral. (...) La Sala en relación con este planteamiento impugnatorio de la Kutxa ha de seguir las pautas plasmadas en la previa sentencia del recurso 3.117/2003 y concluir en la disconformidad a derecho del art. 28.3, ratificando que no puede tener amparo la previsión recogida en él, en concreto en el art. 53 de la Ley de Cajas de Ahorro, cuando establece como funciones de la Comisión de Control en su apartado h), proponer al Departamento de Hacienda para que resuelva definitivamente y sin perjuicio de acciones que posteriormente proceden la suspensión de eficacia de los acuerdos de los órganos sometidos a supervisión en la supuesta normativa o estatutariamente establecidos, al considerar que no está en ese ámbito la regularidad del proceso electoral, sin perjuicio de las atribuciones de la Administración, y ello por cuanto que la Comisión de Control tiene atribuida como función específica en el apartado g) del art. 53, controlar los procesos electorales y de designación de los órganos de gobierno, respondiendo en primera instancia de las impugnaciones o reclamaciones electorales; también ha de tenerse en cuenta que el art. 51.1 de la Ley de Cajas de Ahorro configura la Comisión de Control como el órgano delegado de la Asamblea para supervisión y vigilancia de la actuación del Consejo y de la Comisión Ejecutiva, todo ello con las singularidades que se desprenden por cuanto en el proceso electoral desarrolla las funciones de Comisión Electoral. Lo hasta aquí razonado, al margen de la previsión extraordinaria de intervención y sustitución provisional de los órganos de administración regulada en el art. 29 de la Ley de Cajas de Ahorro.”

SEXTO.- En el desarrollo argumental del último motivo sostiene el Gobierno recurrente que la declaración de nulidad de este precepto reglamentario es contraria tanto al artículo 54.h) de la Ley autonómica de Cajas como al artículo 24.1.5 de la Ley estatal, esto es, de la Ley

31/1985, de 2 de agosto, de Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro. Como quiera que, repetimos, no nos corresponde controlar el juicio de legalidad sobre la adecuación de un reglamento autonómico a una ley de esta misma naturaleza, centraremos nuestro análisis tan sólo en el contraste de la sentencia con el referido artículo de la Ley estatal.

El Gobierno Vasco no comparte la tesis de la Sala sobre la nulidad del reglamento en este punto y mantiene, por el contrario, que le corresponde intervenir en los procesos electorales de las Cajas de Ahorro del modo que dispone el artículo 28.3 del Decreto impugnado. Podría, pues, a su juicio, acordar “la iniciación, anulación o suspensión total o parcial del proceso electoral” previa iniciativa de la Comisión de Control. Tesis que había ya sido rechazada expresamente en el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora al subrayar la falta de respaldo legal de esta modalidad de intervención administrativa.

El artículo 24.1.5 de la Ley estatal 31/1985 no puede entenderse como precepto que proporcione cobertura a la actuación de las autoridades administrativas sobre los procesos electorales de las Cajas de Ahorro en los términos que dispone el reglamento impugnado. Actuación que tiene sin duda una decisiva importancia en cuanto el precepto reglamentario recurrido permite a aquellas autoridades incluso anular, sin intervención judicial, todo un proceso electoral para la designación de representantes de los distintos grupos de intereses en la Asamblea general. A tenor del artículo 24.1.5 de la Ley estatal, la Comisión de Control puede proponer (y el Ministerio de Economía y Hacienda o la Comunidad Autónoma decidir en su caso, dentro de sus respectivas competencias) la suspensión de la eficacia de los acuerdos del Consejo de Administración de las Cajas de Ahorro cuando aquella Comisión entienda que vulneran las disposiciones vigentes o afectan injusta y gravemente a la situación patrimonial, a los resultados, o al crédito de la Caja de Ahorro o de sus impositores o clientes. La facultad de propuesta de la Comisión de Control y la ulterior decisión administrativa de tutela (limitada en todo caso a la suspensión que la ley estatal prevé) se refieren, pues, a “acuerdos” adoptados por el Consejo de Administración en cuanto órgano de administración y gestión de las Cajas, pero no al desarrollo de los procesos electorales para designar a los Consejeros generales que, en su condición de representantes de los diversos intereses colectivos, integran la Asamblea General.

La Sala, en consecuencia, no vulnera el 24.1.5 de la Ley estatal 31/1985 al no reconocerlo como base suficiente para justificar la actuación de los órganos administrativos de la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre los procesos elec-

torales de las Cajas de Ahorro, tal como queda articulada en el precepto reglamentario impugnado.

SÉPTIMO.- Procede, pues, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

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

FALLO

No ha lugar al recurso de casación número 6930/2005, interpuesto por el Gobierno Vasco contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de septiembre de 2005, recaída en el recurso número

3143 de 2003. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yague Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perello Domech.- Rubricados.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.

resolución de la Alcaldía del citado Ayuntamiento de 13-02-2002, hasta que fue suprimido su devengo por Resolución de la Alcaldía de 20-06-2007, con efectos desde esa misma fecha. La sentencia de instancia estimó la demanda parcialmente reconociendo al trabajador el derecho a seguir percibiendo el complemento solicitado como condición más beneficiosa, resolución que la sentencia de suplicación del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 22 de octubre de 2008, confirma al considerar que a ello no obsta que el empresario sea una Corporación municipal, al estar sometida igualmente al Estatuto de los Trabajadores en relación con sus trabajadores, rechazando, por otra parte que dicho complemento sea de carácter no consolidable, al no constar que esté unido a un determinado puesto de trabajo ni a una tarea concreta.

TERCERO.- Contra dicha sentencia el Ayuntamiento demandado interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, fundamentándose en los motivos, en el primero y principal sostenía que el complemento suprimido no tenía la condición de derecho adquirido o de condición más beneficiosa por las razones expuestas en el primer fundamento de esta resolución; y en el segundo motivo, de carácter subsidiario, que en todo caso el complemento reclamado no tenía el carácter de consolidable.

CUARTO.- En cuanto al primer motivo el Ayuntamiento recurrente aportó como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Castilla La Mancha de 30 de diciembre de 2005 (R-871/2004), que estima el recurso de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha contra la sentencia de instancia que había estimado la demanda y reconoció el derecho demandante, a seguir disfrutando de la comida gratuita en el centro de trabajo, así como a que se le indemnizara por los días en que no había ocurrido así, por entender que se trabaja de una condición más beneficiosa.

En el caso resuelto en esta sentencia, el trabajador era Monitor Jefe de Taller en el colegio ocupacional, que había pertenecido a la Diputación de Guadalajara, que lo cedió a la Administración General del Estado (INSERSO), para terminar siendo transferido en el año 1995 a la citada Junta de Comunidades. Desde que prestaba servicios en el citado colegio el actor había venido comiendo gratuitamente en el comedor del centro por cuenta del demandado junto con otros Maestros Taller y otros colectivos, hasta el día 2-12-2002 en que dicho derecho fue suprimido sin que su retribución experimentara compensación alguna. La revisión fáctica admitida en suplicación aporta además el dato de que el Director General de la Función Pública de la repetida Junta de Comunidades ha-

bía emitido oficio en fecha de 8-9-2000 indicando que el derecho a comer gratuitamente si bien se contemplaba en el art. 48.3 del III Convenio Colectivo, había sido suprimido en el IV Convenio Colectivo, deduciendo de ello su supresión, y por si hubiera duda de la voluntad de los sujetos negociadores, se hacía referencia al acta de la reunión de la Comisión Negociadora de 22-6-2000 en la que se hacía constar que se había producido un ahorro de 85.000.000 ptas. como consecuencia de la supresión en el IV Convenio Colectivo del derecho a comer que establecía el III Convenio Colectivo. La Sala de Suplicación considera que en el ámbito del empleo público laboral resultan de aplicación una serie de limitaciones derivadas de exigencias de índole constitucional, entre las que se encuentra la imposibilidad de establecer diferencias a favor de únicamente determinados trabajadores con cargo a fondos públicos de acuerdo con el principio de igualdad y de sujeción a los principios presupuestarios, de suerte que no cabe admitir una condición laboral más beneficiosa por encima de las condiciones legales aplicables a la relación de trabajo.

QUINTO.- El art. 217 LPL exige para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, de forma que es la existencia de fallos contradictorios («se hubiere llegado a pronunciamiento distintos», sostiene el art. 217 LPL) y no la diversidad de ratio decidendi, el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unidad de la doctrina; de ahí que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y cuya identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en Suplicación (entre las más recientes, SSTS 09/05/08 -rcud 540/07-; 14/05/08 -rcud 2240/06-; 14/05/08 -rcud 4694/06-; 14/05/08 -rcud 1446/07-; 14/05/08 -rcud 1671/07-; 19/05/08 -rcud 98/07-; 20/05/08 -rcud 1837/07-; 28/05/08 -rcud 2790/06-; y 28/05/08 -rcud 1280/07 -).

De la comparación de la sentencia recurrida y la de contraste puede verse que en ambas se reclama el mantenimiento del derecho suprimido como condición más beneficiosa, y lo que se cuestiona es si puede hacerse valer la existencia de dicha ventaja singular en una relación laboral con la Administración pública -local en la recurrida- y autonómica



2009/245812

TS Sala 4ª, Sentencia 6 octubre 2009. Ponente: D. Víctor Fuentes López

Carácter no consolidable de complemento vinculado a puesto de trabajo

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el ayuntamiento demandado frente a sentencia que reconoció al trabajador demandante el derecho a seguir percibiendo el complemento solicitado como condición más beneficiosa al considerar que a ello no obsta que el empresario sea una corporación municipal y tener carácter consolidable, al no constar que esté unido a un determinado puesto de trabajo, ni a una tarea concreta.

La Sala, tras rechazar el primer motivo por falta de contradicción sobre si el complemento debatido era un derecho adquirido, declara que el complemento en cuestión no es de carácter consolidable por aplicación de lo dispuesto en el art. 26,3 ET que establece como principio el carácter no consolidable de los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo, salvo acuerdo en contrario, inexistente en el caso presente en el Convenio Colectivo aplicable, razón por la cual se debe entender como no consolidable al tener carácter funcional, dependiendo su percepción de la realización efectiva de las tareas que entraña esa especial dedicación, pues el actor no realizaba trabajo alguno que mereciera tal complemento específico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión debatida en el recurso es la de si una condición más beneficiosa, derivada de un derecho adquirido tiene cabida en el ámbito del empleo público, así como el carácter no consolidable del plus en litigio.

SEGUNDO.- En el caso de la sentencia recurrida el demandante viene

prestando servicios como personal laboral para el Ayuntamiento demandado, desde el 14-09-2001, primero sujeto a contratos temporales con la categoría profesional de Conserje y a partir de 14-04-2005, mediante contrato laboral indefinido con la categoría de Oficial 1ª viniendo percibiendo un complemento o gratificación mensual de "especial dedicación" por los servicios prestados, desde que le fue concedido por

en la de contraste, llegando las sentencias a soluciones dispares.

No existe contradicción, pues la distinta solución al problema planteado esta justificado por tratarse de supuestos facticos distintos. Así en la sentencia referencial de la Sala Social del TSJ Castilla La Mancha de 30 de diciembre de 2005, se dio lugar a la adición de un nuevo hecho probado (núm. 7), donde se refleja la modificación introducida por el IV Convenio Colectivo sobre la supresión del derecho a la comida del personal que presta servicios en centros que tengan comedor, comunicado del Director General de la Función Pública de la Consejería de Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, al Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social en el año 2000 y; en ese mismo año, oficio similar del Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social, al Secretario de la Delegación Provincial en Guadalajara de la Consejería de Bienestar Social; así como nota de régimen interior del Secretario de la Delegación Provincial en Guadalajara, a la Directora del Centro Ocupacional, de la supresión. Supuesto bien diferenciado del de la sentencia recurrida, en que se trata de un Conserje de un Ayuntamiento que, desde el año 2002 al 2007, ha percibido un complemento ó gratificación de especial dedicación ininterrumpidamente por concesión unilateral del Ayuntamiento, a quien está ligado por una relación laboral.

Así, en el supuesto de la sentencia recurrida, el mantenimiento en el tiempo de la percepción, es debido a resolución de la Alcaldía; en tanto que en la de referencia, al menos últimamente, a su previsión en la norma colectiva; dato éste de trascendental importancia en la apreciación de la existencia o no de una condición más beneficiosa.

No existiendo contradicción en cuanto al primer motivo por no concurrir la identidad requerida por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, el mismo ha de desestimarse. A igual conclusión de falta de contradicción se llegó en la sentencia 9-06-09 (R-3046/08/08), en cuanto a esta cuestión de fondo.

SIXTO.- En cuanto al segundo motivo que ha de entenderse de carácter subsidiario, en donde se invocó como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social de Granada de 8-07-2008 (R-594/08), y en donde si existe contradicción en relación al tema planteado relativo a si en todo caso, el complemento debatido tiene naturaleza consolidable o no, se trata en ambos casos de personal laboral contratados por el Ayuntamiento de La Carolina, que por resolución del Alcalde se le concedió el complemento litigioso, que estuvieran percibiendo, a pesar de no realizar tareas para las que se creó el complemento hasta que por resolución de 20-06-

2007 por el Alcalde se suprimió, debatiéndose, en lo que aquí interesa, además de la cuestión de fondo antes dicha, el carácter consolidable ó no del complemento, y en concreto los no vinculados al puesto de trabajo, salvo acuerdo en contrario, dictándose sentencias distintas, pues en la recurrida se declaró el carácter consolidable, lo que se negó en la de contraste; la decisión de esta cuestión debe hacerse de acuerdo con la tesis de la sentencia de contraste, declarando el carácter no consolidable de dicho complemento, aplicando lo dispuesto en el art. 26-3 E.T, que establece como principio el carácter no consolidable de los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo, salvo acuerdo en contrario, inexistente en el caso presente, en el Convenio Colectivo aplicable, razón por la cual se debe entender como no consolidable, al tener el suprimido de especial dedicación, carácter funcional, dependiendo su percepción de la realización efectiva de las tareas que entraña esa especial dedicación, pues el actor no realizaba trabajo alguno que mereciera tal complemento específico.

SEPTIMO.- Todo lo dicho conduce a la estimación del motivo subsidiario, y a la casación y anulación parcial de la sentencia recurrida y a que resolviendo el debate de suplicación se declare el carácter no consolidable del complemento debatido manteniendo los demás pronunciamientos de la recurrida; sin costas. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE LA CAROLINA, contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en recurso de suplicación núm. 1274/08, iniciados en el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Jaen, en autos núm. 574/07, a instancias de D. Blas contra el ahora recurrente sobre reclamación de cantidad. La casamos y anulamos parcialmente y resolviendo el debate de suplicación, manteniendo la desestimación del recurso del Ayuntamiento demandado, en cuanto al fondo lo estimamos declarando el carácter no consolidable del complemento debatido revocando la sentencia de instancia en este extremo. No ha lugar a la imposición de costas de este recurso, devuélvase el depósito constituido para recurrir.

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 LE-

GISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

2009/276095

TS Sala 4ª, Sentencia 27 octubre 2009. Ponente: D. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Antes de efectuarse la judicial Paralización de salarios de trámite por consignación efectuada tras conciliación administrativa

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada frente a sentencia que la condenó al abono de salarios de trámite por considerar que si la consignación de la indemnización se realiza con posterioridad a la conciliación administrativa y previamente al acto de conciliación judicial no se interrumpe el devengo de salarios de tramitación pues cuando el art. 56,2 ET utiliza la expresión conciliación no se está refiriendo a la judicial, sino a la administrativa.

La Sala, siguiendo doctrina unificada, señala que el reconocimiento de la improcedencia del despido y el ofrecimiento al trabajador de la indemnización legal y de los salarios de tramitación hasta entonces devengados efectuado por la empresa tras la celebración de la conciliación administrativa previa, pero con anterioridad al juicio oral, produce el efecto de paralizar el devengo de los salarios de tramitación y ello, entre otras cosas, porque la conciliación ante el órgano administrativo es denominada legalmente "conciliación previa" y la conciliación que se intenta ante el órgano judicial recibe el nombre -sin adjetivar- de "conciliación" y, si la intención legislativa hubiese sido fijar la paralización de salarios al acto de conciliación administrativa, se hubiese utilizado la expresión "conciliación previa"; por tanto, la "conciliación" a la que el art. 56,2 ET se refiere es a la conciliación judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 26 de los de Madrid dictó

sentencia el 3 de diciembre de 2007, en autos 736/07, estimando la demanda formulada por D. Primitivo contra Centros Comerciales Carrefour S.A., declarando la improcedencia del despido acordado con efectos del día 6 de julio de 2007, condenando a la demandada -que reconoció la improcedencia del despido y optó por la indemnización- a que abone al actor la cantidad de 189.000 euros, en concepto de indemnización por dicho despido improcedente, así como los salarios de tramitación que procedan desde la fecha del despido hasta la notificación de dicha sentencia.

Tal y como resulta de la citada sentencia el actor venía prestando servicios para la demandada desde el 5 de noviembre de 1968, con la categoría profesional de jefe de departamento, habiéndole entregado la demandada una carta el día 6 de julio de 2007 en la que le comunicaba su despido, basado en la disminución reiterada y voluntaria en el rendimiento.

El 24 de julio de 2007 el trabajador presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto el 7 de agosto, sin avenencia, procediendo la empresa al día siguiente a presentar escrito ante el Decanato de los Juzgados de lo Social de Madrid, reconociendo la improcedencia del despido y consignando 174.705'72 euros, en concepto de indemnización y 4.130'76 euros, en concepto de salarios de tramitación.

Recurrida en suplicación por la demandada Centros Comerciales Carrefour S.A., la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 13 de octubre de 2008, recurso 3717/08, estimando parcialmente el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada en lo relativo a la cuantía de la indemnización que sería la ya inicialmente depositada de 174.705'72 euros y los salarios de tramitación, que será a razón de 4.159'67 euros mensuales, manteniendo el resto de pronunciamientos.

La sentencia entendió que el reconocimiento de la improcedencia del despido y subsiguiente consignación, en orden a paralizar el devengo de salarios de tramitación, si se efectúa con posterioridad a la conciliación administrativa y previamente al acto de conciliación judicial no interrumpe el devengo de salarios de tramitación, razonando que aunque el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores utilice la expresión conciliación, sin aludir a "conciliación previa", ha de entenderse que se refiere a ésta pues, si fuera a la judicial, debería constar expresamente y así se deduce de los antecedentes legislativos, -redacción de la Ley 11/94, anterior al RDL 5/02 - y de la regulación introducida por la Ley 45/02.

Contra dicha sentencia se interpuso por la citada demandada recurso

de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 28 de febrero de 2006, recurso 179/00.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el citado recurso.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 28 de febrero de 2006, recurso 179/06, estimó el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 28 de Madrid, en autos 272/05, seguidos a instancia de D^a Piedad contra Cimodin S.A., en reclamación de despido, revocando la misma únicamente en lo referente a que los salarios de tramitación abarcan el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha en la que la empresa consignó el importe de la indemnización y de los salarios de tramitación el 14 de abril de 2005, manteniendo el resto de los pronunciamientos.

Consta en dicha sentencia que la actora ha venido prestando servicios por cuenta de la demandada Comodín S.A., desde el 1 de octubre de 1998, con la categoría profesional de T.N. Titulado, habiendo procedido la demandada a remitirle carta el 1 de marzo de 2005 comunicándole su despido disciplinario, con efectos de esa misma fecha. La actora formuló papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acto sin avenencia el 4 de abril de 2005. El 14 de abril de 2005 la empresa reconoció la improcedencia del despido y consignó, en la cuenta de consignaciones del Decanato de los Juzgados de lo Social, la cantidad de 14.021'98 euros, de los cuales 12.574'87 corresponden a indemnización, 399'27 a complemento de I.T. y 1047'84 a salarios de tramitación.

La sentencia entendió que al no establecer el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores distinción alguna entre conciliación judicial y extrajudicial, la referencia a la conciliación debe entenderse efectuada tanto a una como a otra por lo que la paralización de los salarios de tramitación se produce siempre que la empresa, en cualquier momento anterior al juicio, consigne el importe correspondiente a la indemnización y salarios de tramitación.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral pues en ambas la empresa reconoce la improcedencia del despido y consigna el importe correspondiente a indemnización y salarios de tramitación con posterioridad a que se celebre la conciliación administrativa y antes de que se realice la conciliación judicial, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios, ya que mientras la recurrida entiende que dicho reconocimiento y consignación, para que produzcan efectos, en orden a la paralización de los salarios de tramitación, ha de efectuarse antes de la conciliación administrativa, la de contraste entiende que puede realizarse en momento posterior a dicha conciliación siempre que sea con anterioridad a la conciliación judicial.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- El recurrente alega vulneración, por interpretación errónea, del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, al no considerar la sentencia impugnada que el reconocimiento de la improcedencia del despido y el ofrecimiento al trabajador de la indemnización legal y de los salarios de tramitación hasta entonces devengados, efectuado tras la celebración de la conciliación administrativa previa, pero con anterioridad al juicio oral, produce el efecto de paralizar el devengo de los salarios de tramitación.

La cuestión ha sido ya unificada por esta Sala en sentencia de 3 de noviembre de 2008, recurso núm. 3566/07, a cuya doctrina debemos atenernos por un principio elemental de seguridad jurídica, al no haberse producido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En ella se contiene la fundamentación de derecho que sigue:

“La segunda de las cuestiones que el trabajador recurrente plantea no ha tenido -hasta la fecha- una respuesta de la Sala que sea directa, siquiera la misma sea deducible de las afirmaciones que en aquellas sentencias hacemos:

“Por lo que se refiere al momento de la comunicación, establece la norma que habrá de realizarse “desde la fecha del despido hasta la de la conciliación”. Pues bien, en el caso enjuiciado la comunicación se realizó a través del juzgado (...) Si (...) la finalidad de esa comunicación es proporcionar al trabajador información suficiente acerca del contenido de la actuación empresarial, en el presente caso se cumplió. El trabajador llegó a juicio sabiendo lo que se le ofrecía”.

De este texto (muy particularmente se su última frase) se infiere, en

efecto, que la “conciliación” a que la norma se refiere es - para la Sala- la conciliación judicial. Y esta conclusión viene amparada por tres argumentos que ahora pasamos a exponer:

a).- Gramatical.- En este sentido ha de tenerse en cuenta que en tanto la conciliación ante el órgano administrativo (arts. 63 a 68 LPL) es denominada legalmente “conciliación previa”, la conciliación que se intenta ante el órgano judicial (art. 83 a 85 LPL) recibe el nombre -sin adjetivar- de “conciliación”, que es precisamente el vocablo utilizado por el art. 56.2 ET de que tratamos.

Y no hay que olvidar que la interpretación de las normas ha de realizarse conforme a los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 3 CC, y que entre estas reglas interpretativas adquiere singular relevancia el elemento de la literalidad, que ordena, al intérprete, estar “al sentido propio de sus palabras” (SSTS -últimas- de 04/05/06 -rec. 2782/04-; 13/03/07 -rec. 39/06-; 31/10/07 -rec. 4181/06-; y 27/05/08 -rec. 4775/06-).

b).- Histórico.- La anterior argumentación se refuerza con la consideración de que en la redacción proporcionada por la Ley 11/1994, de 19/mayo, la expresión utilizada era la de “conciliación previa” (“2.... la cantidad... quedará limitada a los salarios devengados... hasta la de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización...”), en tanto que en la vigente redacción -debida a la Ley 45/2002, de 12 /diciembre- se utiliza la escueta expresión “conciliación” (“... el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación”), y no parece dudoso que si la intención legislativa hubiese sido referirse al mismo acto de conciliación de la norma derogada (ante el órgano administrativo competente), hubiese utilizado idéntica expresión (“conciliación previa”), de específica significación jurídica.

c).- Finalístico.- Tampoco es deseable atender al componente teleológico de la norma en sus dos versiones, pues en tanto que la debida a la Ley 11/1994 obedeció -según mayoritaria doctrina- tanto a la finalidad de favorecer la conciliación extrajudicial cuanto de corregir el abuso de injustificadas oposiciones a la conciliación que prolongasen los salarios de trámite, el objetivo de la reforma operada por la Ley 45/2002 fue claramente la de reducir el coste que para el empresario comportan los despidos improcedentes, eliminando o reduciendo los salarios de tramitación, finalidad ésta que es innegablemente alcanzable hasta la fecha en que tiene lugar el acto de conciliación judicial, de manera que

limitar temporalmente tal posibilidad (situando en la conciliación previa la fecha límite para reconocer la improcedencia y consignar la indemnización, con la consiguiente reducción de los salarios) supone una interpretación restrictiva que no solamente es opuesta a la literalidad del precepto (apoyada en los antecedentes históricos), sino que es contraria al fin perseguido por la norma.”

CUARTO.- De conformidad con lo razonado procede la estimación del recurso formulado, por cuanto que la sentencia recurrida infringió los preceptos legales mencionados y por ello, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de ser casada y anulada y resolviendo el debate planteado en suplicación, debe desestimarse la demanda origen de este proceso, absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a M^a Teresa Narea Vélez, en nombre y representación de la empresa Centros Comerciales Carrefour S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 13 de octubre de 2008, recaída en el recurso de suplicación núm. 3717/08 y, en consecuencia, casamos y anulamos la mencionada sentencia y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos la demanda formulada por D. Primitivo en reclamación sobre despido, absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Sin costas. Se acuerda la devolución al recurrente del depósito y de la consignación efectuados para recurrir.

Devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- Milagros Calvo Ibarlucea.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Víctor Eladio Fuentes López.

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

RESEÑA

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



TS CIVIL

2009/288550

TS Sala 1ª, Sentencia 6 noviembre 2009.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Predominio de la libertad de expresión en la publicación de artículo basado en sentencia condenatoria

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que, al igual que la de primera instancia, rechazó la demanda de protección del honor ejercitada por los hoy recurrentes, declarando la Sala que en el caso examinado predomina en el artículo litigioso el ejercicio de la libertad de expresión pues consiste esencialmente en una crítica severa formulada contra los actores, condenados mediante sentencia firme por una defraudación de muy elevada cuantía y que es conocida por su notoriedad.

2009/288551

TS Sala 1ª, Sentencia 11 diciembre 2009.
Ponente: D. Francisco Marín Castán

Incumplimiento de ambas partes derivado de convenio con consultora sobre asesoramiento energético

El TS desestima los recursos de casación interpuestos por ambas litigantes confirmando la sentencia de apelación que, con parcial estimación de la demanda, tras considerar que había quedado perfeccionado entre las litigantes el contrato en virtud del cual la actora debía asesorar a la demandada para obtener ahorros en coste energético en los astilleros de esta última, condenó a la demandada por incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas de dicho convenio celebrado con la consultora demandante, aunque apreciando también cumplimiento contractual defectuoso por parte de esta última. Señala que por tanto, se aplicó correctamente por el tribunal sentenciador la "exceptio non rite adimpleti contractus", fundada en el equilibrio

de las prestaciones y uno de cuyos efectos puede ser la reducción del precio estipulado.



TS PENAL

2009/259080

TS Sala 2ª, Sentencia 9 octubre 2009.
Ponente: D. Luciano Varela Castro

Delito de apropiación indebida por agencia de viajes

Se desestima el recurso de casación interpuesto por las acusaciones particulares contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito de apropiación indebida. Señala el TS que puede decirse que, cuando se produce la solicitud de concurso de acreedores, había ocurrido una mora en el pago de la liquidación, pero no que los acusados no hubieran conservado propiedad suficiente para el cumplimiento íntegro de la deuda con los transportistas, lo que implica la imposibilidad de afirmar que el patrimonio a entregarles, precisamente a ellos, haya sido objeto de distracción.

2009/259087

TS Sala 2ª, Sentencia 28 octubre 2009.
Ponente: D. Joaquín Giménez García

Delito de detención ilegal no acreditando el autor haber puesto en libertad a la detenida

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el condenado en la instancia como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, dos faltas de amenazas, y un delito de detención ilegal, y el del condenado únicamente por el delito de detención ilegal. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que los dos elementos que vertebran el delito de detención, el objetivo constituido por la privación violenta de libertad de la víctima y el de querer precisamente esa acción de forma clara e injustificada, se dan en el presente caso con una claridad y en un escenario difícilmente más contundente y estremeceador. Por otra parte, verificada la realidad de la deten-

ción y que no se ha acreditado que la hayan puesto en libertad, ni han dado razón de su paradero, resulta incuestionable la aplicación del art. 166 CP 95, de cuya constitucionalidad no puede dudarse. No estamos ante un delito de sospecha que atentaría contra el principio de presunción de inocencia. Su aplicación solo exige la acreditada prueba de los hechos: la propia detención ilegítima; y que no se de razón del paradero de la persona ni se acredite su puesta en libertad, y justamente, eso es lo que de forma clara aparece probado en este caso.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/288564

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 18 noviembre 2009. Ponente: D. Emilio Frias Ponce

Prescripción de 15 años para ejecutar los derechos reconocidos en sentencia que condena a la Administración

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Arnedo contra el Auto del TSJ de La Rioja que acordó no tener por ejecutada la sentencia del Tribunal Supremo que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto STSJ de La Rioja, modulándola en el sentido de que, debiendo tenerse por confirmada la liquidación del IVA de los terrenos practicada por el Ayuntamiento de Arnedo, el Ayuntamiento debía requerir el pago de la cuota tributaria, en primer lugar, a la Sociedad Estatal SE-PES, sin perjuicio del derecho de ésta a repercutir después a la demandada. La Sala considera que ante el régimen especial de la ejecución de las sentencias en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en el que el obligado al cumplimiento de las sentencias no es un particular, sino una Administración Pública, que sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento a la Ley, resulta obligado seguir manteniendo la clásica doctrina de esta Sala de que la acción para ejercitar las acciones y derechos reconocidos en una sentencia está sujeta al plazo general de prescripción de 15 años.



TS SOCIAL

2009/276084

TS Sala 4ª, Sentencia 3 noviembre 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Guardias de presencia no retribuidas como horas extras

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación de horas extras por entender que la jornada laboral y el régimen retributivo del actor por imperativo del convenio aplicable eran los establecidos para el personal estatutario, razón por la que, como no se había superado el tope de 48 horas semanales de jornada ordinaria y complementaria no procedía al abono de cantidad extra alguna.

La Sala señala que el exceso de jornada no merece el calificativo de horas extraordinarias pues se retribuye con el pago del complemento de atención continuada abonada al actor ya que el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud establece un sistema retributivo de las guardias de presencia del personal médico laboral distinto al que inicialmente se derivaba de lo establecido por el art. 35,1 ET, precepto que no es aplicable al presente supuesto.

2009/276087

TS Sala 4ª, Sentencia 29 octubre 2009.
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Inadecuación de procedimiento

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante frente a sentencia que acogió la inadecuación de procedimiento denunciada por todos los demandados al entender que no resulta adecuado el cauce procesal empleado, esto es, el de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.

La Sala señala que el objeto sustancial de la pretensión ejercitada es conseguir que se declare la nulidad radical de los actos y acuerdos suscritos por la Administración Autonómica y determinados sindicatos -ambos codemandados- y esto no implica una denuncia de lesión de la actividad sindical en sí misma y ni tan siquiera estos pactos parecen tener eficacia frente a terceros, dada su no publicación en el periódico oficial; tampoco se trata de reparar unos hipotéticos daños materiales y morales que se hayan podido ocasionar al sindicato actor, por tanto, se ha de confirmar la sentencia impugnada, que acertadamente declaró la inadecuación del proceso de tutela.