



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 2806

Madrid, martes 16 de marzo de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/3526

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 18 enero 2010. Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

Inexistencia de silencio positivo

Denegación de licencia comercial según la nueva ordenación aprobada durante su tramitación

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la solicitante de licencia comercial contra la sentencia del TSJ de Aragón, estima el recurso de casación interpuesto por la Diputación General de Aragón contra esa misma sentencia, que ahora queda anulada y en su lugar, declara correctamente denegaba la solicitud de licencia comercial para la ampliación de una gran superficie comercial en la localidad de Barbastro.

La Sala rechaza la apreciación seguida en la instancia de que la licencia se obtuvo por silencio administrativo, pues aunque el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia no era necesario en este caso, la decisión de recabar ese informe no cabe tacharla de artificiosa ni de dilatoria, por lo que el trámite acordado justificaba la suspensión del procedimiento, sin que su tramitación posterior, reconducida ahora por el cauce señalado en el Decreto 112/2001, hubiese sufrido ninguna paralización reseñable hasta el momento de dictarse la resolución que denegó la licencia. Una vez dejado constancia de que la licencia no se obtuvo por silencio positivo, la Sala considera correcta la actuación de la Administración al aplicar el Decreto 112/2001, aprobado durante la tramitación de la licencia, no sólo por el hecho de que dicha norma entró en vigor cuando aún no había transcurrido el plazo para resolver, sino también porque es la nueva norma la que mejor refleja y da respuesta más certera a las necesidades actuales; de otra parte, la circunstancia de que en este caso el cambio de ordenación procedimental y sustantiva viene además acompañado de la atribución de la competencia para resolver a un órgano distinto. De esta manera, si hubiese de prevalecer la normativa anterior la decisión la adoptaría un órgano carente ya de competencia para resolver sobre esa clase de solicitudes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En las presentes actuaciones se examinan los recursos de casación interpuestos, de un lado, por la Diputación General de Aragón, y, de otra parte, por Supermercados Sabeco, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de junio de 2005 (recurso contencioso-administrativo 627/02) en

la que se resuelve el recurso interpuesto por Supermercados Sabeco, S.A. contra la Orden del Departamento de Industria, Comercio y Desarrollo de la Diputación General de Aragón de 14 de febrero de 2000 desestimatoria del recurso de alzada dirigido contra la resolución del Director General de Industria y Comercio de 8 de noviembre de 2001 que denegó la solicitud de licencia comercial para la ampliación de una gran superficie comercial en la loca-

lidad de Barbastro formulada por aquella entidad. Según hemos visto en el antecedente primero, la sentencia recurrida estima en parte el recurso contencioso-administrativo, pues anula las resoluciones administrativas impugnadas y declara que la licencia comercial en su día solicitada por la parte actora debe entenderse concedida en virtud de silencio administrativo, pero, en cambio, desestima la pretensión indemnizatoria formulada por la parte actora.

Contra dicha sentencia han recurrido en casación las dos partes personadas en el proceso de instancia. La Diputación General de Aragón interesa que se case la sentencia recurrida y se declare la legalidad de la actuación administrativa impugnada. Por su parte, la representación Supermercados Sabeco, S.A. solicita que, manteniéndose el pronunciamiento de la Sala de instancia en el que se declara que la licencia fue obtenida por silencio, se anule en cambio el pronunciamiento que desestima la pretensión indemnizatoria de la demandante y, en su lugar, se declare su derecho a ser indemnizada.

Han quedado reseñados en el antecedente segundo los términos en que se planteó el debate en el proceso de instancia, así como las razones que se exponen en la sentencia para fundamentar la decisión de estimar en parte las pretensiones de la demandante. También hemos visto el enunciado de los motivos de casación aducidos por los recurrentes (antecedentes tercero y cuarto). Procede entonces que pasemos a examinar las cuestiones suscitadas en uno y otro recurso, debiendo ser abordado en primer lugar, por razones de sistematica, el interpuesto por la Diputación General de Aragón.

SEGUNDO.- Los motivos de casación aducidos por la Diputación General de Aragón pueden ser examinados de manera conjunta, y así lo haremos, pues todos ellos giran en torno a dos argumentos centrales de impugnación: de un lado, que no es acertada la fundamentación jurídica de la sentencia en lo que se refiere a la normativa que debe ser aplicada para resolver la solicitud de licencia; de otra parte, que también es contraria a derecho la conclusión que alcanza la Sala de instancia en cuanto a la obtención de la licencia por si-

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Inexistencia de prueba de cargo apta 6

TS

CIVIL

Exclusión de responsabilidad por fallecimiento de paciente durante el traslado al hospital 7

Obligación de remunerar labor de asesoramiento de naturaleza compleja 9

PENAL

Absolución del delito contra la salud pública 10

ADMINISTRATIVO

Denegación de licencia comercial según la nueva ordenación aprobada durante su tramitación 1

Liquidación de intereses por transmisiones patrimoniales a partir de la comunicación que excluyó la tributación por IVA 3

SOCIAL

Exclusión de los afectados por ERE del disfrute de economato 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

lencio positivo. En lo que se refiere a la primera cuestión, a la que aluden desde diversas perspectivas los motivos de casación primero, tercero y cuarto, hay efectivamente razones para discrepar de la fundamentación de la sentencia recurrida. Pero antes de exponerlas dejaremos consignados los siguientes datos:

1. La solicitud de licencia comercial para la ampliación de una gran superficie comercial en la localidad de Barbastro se presentó el 20 de marzo de 2001.

2. Mediante oficio de 30 de marzo de 2001 se comunicó a la solicitante el inicio del procedimiento indicándole que la norma de aplicación es la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón, y que el plazo previsto de resolución es de tres meses, siendo el efecto del silencio positivo.

3. Mediante resolución razonada fechada también a 30 de marzo de 2001 la Diputación General de Aragón acordó recabar informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, y así lo comunicó a la solicitante indicándole que para llevar a cabo ese trámite debía aportar determinados documentos y que se dejaba en suspenso el pronunciamiento de la Comisión hasta la recepción de la información solicitada.

4. Recibida el 25 de abril la documentación requerida a la solicitante de la licencia, se dirigió comunicación al Tribunal de Defensa de la Competencia interesando su informe (oficio de 27 de abril de 2001), a lo que contestó el mencionado organismo mediante resolución de 5 de junio de 2001 en la que se acuerda no emitir informe por considerar que no era preceptivo.

5. Entre tanto, por Decreto 112/2001, de 22 de mayo, se había aprobado el Plan General para el Equipamiento Comercial de Aragón.

6. La respuesta del Tribunal de Defensa de la Competencia fue recibida por el Gobierno de Aragón el 11 de junio de 2001 y mediante oficio fechado a 5 de julio de 2001 la Diputación General de Aragón dirigió comunicación a Supermercados Sabeco, S.A. señalando que continuaría la tramitación del procedimiento dando paso al trámite de información pública previsto en el artículo 22 del mencionado Decreto 112/2001, de 22 de mayo, por el que se había aprobado el Plan General

para el Equipamiento Comercial de Aragón.

7. El trámite de información pública se llevó a efecto mediante publicación de la Orden correspondiente en el Diario Oficial de Aragón de 25 de julio de 2001 y mediante comunicaciones dirigidas a diversos municipios, lo que dio lugar a la presentación de diferentes escritos de alegaciones que figuran en el expediente administrativo.

8. Cumplido el trámite de información pública, se recabó informe de la Comisión Provincial de Equipamiento Comercial de Huesca, que en sesión de 6 de noviembre de 2001 acordó emitirlo en sentido desfavorable a la solicitud de licencia.

9. La solicitud de licencia fue denegada por resolución del Director General de Industria y Comercio de 8 de noviembre de 2001, confirmada luego por Orden del Departamento de Industria, Comercio y Desarrollo de 14 de febrero de 2002, desestimatoria del recurso de alzada. Ambas resoluciones fundan la denegación en la incompatibilidad de la licencia con las determinaciones del Plan General para el Equipamiento Comercial de Aragón aprobado por Decreto 112/2001, de 22 de mayo.

TERCERO.- La Sala de instancia parte del principio de que en aquellos supuestos en que, como aquí sucede, la norma por la que ha de regirse una determinada solicitud de licencia sufre modificaciones durante la sustanciación del procedimiento administrativo, la petición debe resolverse con arreglo a la normativa aplicable en el momento en que fue presentada.

La propia sentencia reconoce que, según la jurisprudencia, es procedente aplicar la norma vigente al tiempo de la resolución si ésta se adopta dentro del plazo establecido para resolver; pero señala que esa interpretación se refiere al ámbito urbanístico y que la norma general es la de aplicación de la normativa vigente al tiempo de la petición, concluyendo en fin que "...a la vista del concreto supuesto enjuiciado, existen motivos suficientes para considerar de aplicación la norma general ya definida". No queda claro en la sentencia qué aspectos del "concreto supuesto enjuiciado" son los que conducen a la conclusión a que llega la Sala de instancia. Pero, cualesquiera que sean, los que seguidamente indicaremos conducen a la conclusión contraria.

Por lo pronto debe notarse que los problemas que plantea el cambio de normativa durante la tramitación de una solicitud de autorización no son exclusivos del ámbito urbanístico -sirva de muestra la sentencia de 15 de julio de 2008 (casación 5977/05) relativa a una solicitud de apertura de farmacia-. No puede entonces excluirse que los criterios jurisprudenciales señalados a propósito de licencias urbanísticas sean también acogidos en otras esferas de la actuación administrativa; sobre todo si, como sucede en el caso que nos ocupa -solicitud de licencia para ampliación de una gran superficie comercial- se trata de una materia conceptual y funcionalmente próxima al urbanismo e interrelacionada con éste.

Hecha la anterior precisión, es oportuno recordar aquí que, como señalábamos en nuestra sentencia de 30 de noviembre de 2004 (casación 3200/02)... aquella doctrina jurisprudencial relativa a la norma sustantiva aplicable a las licencias urbanísticas en los supuestos en que tal norma sufre modificaciones durante la sustanciación del procedimiento administrativo, descansa en la necesidad de conjugar y armonizar las exigencias del interés público, de un lado, y las garantías del ciudadano, de otro. Las primeras, demandan la aplicación de la norma vigente en el momento de la resolución del procedimiento, por ser en esa norma en la que, lógicamente, se habrán cristalizado o reflejado las necesidades actuales de la ordenación urbanística.

Las segundas, en cambio, pueden demandar la aplicación de la norma vigente al tiempo de la solicitud de la licencia si la decisión sobre ésta, por causa imputable a la Administración y no al peticionario, se demora más allá del plazo que para resolver establece la norma procedimental, pues se evita, así, que tal dilación menoscabe el principio de seguridad jurídica, o que se utilice como medio para posibilitar la modificación normativa y privar al peticionario de los derechos de que disponía. Pues bien, en el caso presente no cabe afirmar que el procedimiento administrativo iniciado en marzo de 2001 estuviese suspendido por causa imputable a la Administración.

Así lo confirma la secuencia procedimental que antes hemos dejado reseñada y sobre la que procede que hagamos ahora alguna precisión. En primer lugar, dado que la sentencia de instancia señala que el informe del Tribunal de Defensa de la Com-

petencia "no era en absoluto necesario", conviene puntualizar aquí que la innecesariedad de ese trámite -derivada de que el artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, contempla dicho informe para los supuestos de apertura del gran establecimiento y no para los casos de ampliación de un establecimiento ya existente- no era tan manifiesta como para considerar que el trámite se acordó de manera artificiosa o con finalidad dilatoria.

Además, debe notarse que la solicitante no formuló ninguna objeción cuando se le comunicó que se iba a pedir informe al Tribunal de Defensa de la Competencia. Por otra parte, es cierto que en un principio se había indicado a la solicitante que la norma de aplicación para resolver la petición de licencia sería la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón; pero también lo es que la promulgación del Decreto 112/2001, de 22 de mayo, se produjo cuando el expediente se encontraba a la espera del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, y, sobre todo, cuando aún no había transcurrido el plazo de tres meses para resolver a contar desde la solicitud.

Así las cosas, hemos visto que, una vez que el Tribunal de Defensa de la Competencia decidió no emitir informe, la Diputación General de Aragón, mediante oficio fechado a 5 de julio de 2001, comunicó a Supermercados Sabeco, S.A. que la tramitación del procedimiento continuaría con el trámite de información pública previsto en el artículo 22 del mencionado Decreto 112/2001, de 22 de mayo. No consta la recepción de esta comunicación (figura únicamente el sello de salida de las dependencias de la Administración con fecha 6 de julio de 2001), pero la solicitante no niega haberla recibido. Además, dado que el trámite de información pública fue objeto de publicación en el Diario Oficial y dio lugar a alegaciones de una multiplicidad de afectados, es obligado entender que la solicitante conoció que se estaba siguiendo el trámite previsto en el Decreto 112/2001, de 22 de mayo, sin que formulase objeción alguna.

A lo que llevamos expuesto debe unirse la consideración de que la tramitación prevista en el Decreto 112/2001 alberga un trámite de información pública, y, en definitiva, una intervención de los afectados, que no se contemplaba en las previsiones de la normativa anterior.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que es ajustada a derecho la acomodación del procedimiento a la tramitación prevista en la nueva norma, que, insistimos, fue promulgada cuando la Administración actuante aún se encontraba en plazo para resolver. Y si ello es así en la vertiente procedimental, a la misma conclusión llegamos en lo que se refiere a la norma sustantiva aplicable para resolver la solicitud.

En efecto, la Administración actuó correctamente al resolver la solicitud atendiendo a las determinaciones del Plan General para el Equipamiento Comercial de Aragón aprobado por Decreto 112/2001, de 22 de mayo; y ello, no sólo por el hecho de que dicha norma entró en vigor cuando aún no había transcurrido el plazo para resolver de acuerdo con la norma procedimental bajo la que se había iniciado el expediente, sino atendiendo también a otras consideraciones: de un lado, las contenidas en la sentencia antes citada de 30 de noviembre de 2004 (casación 3200/02) en el sentido de que, lógicamente, es la nueva norma la que mejor refleja y da respuesta más certera a las necesidades actuales; de otra parte, la circunstancia de que en este caso el cambio de ordenación procedimental y sustantiva viene además acompañado de la atribución de la competencia para resolver a un órgano distinto. De esta manera, si hubiese de prevalecer la normativa anterior la decisión la adoptaría un órgano carente ya de competencia para resolver sobre esa clase de solicitudes.

CUARTO.- Establecido así que la Diputación General de Aragón actuó correctamente al resolver la solicitud de licencia con arreglo a las determinaciones del Decreto 112/2001, de 22 de mayo -lo que supone el acogimiento de los motivos de casación primero, tercero y cuarto- también debe ser estimado el motivo de casación segundo en el que se alega la infracción, por inaplicación, del artículo 42.5.c/ de la Ley 30/1992. Pues, en efecto, con independencia de que el Tribunal de Defensa de la Competencia terminase resolviendo que su informe no era necesario en este caso, hemos señalado que la decisión de recabar ese informe no cabe tacharla de artificiosa ni de dilatoria, por lo que el trámite acordado justificaba la suspensión del procedimiento en los términos previstos en el mencionado artículo 42.5. c/. Así las cosas, y puesto que una vez reanudada la tramitación, reconducida ahora por el cauce señalado en el Decreto 112/2001, de 22 de mayo, ésta discurrió con normalidad y sin que hubiese ninguna paralización reseñable hasta el momento de dictarse la resolución que denegó la licencia, queda privada de consistencia la apreciación de la Sala de instancia de que la licencia se obtuvo por silencio administrativo.

QUINTO.- El acogimiento de varios de los motivos de casación adu-

cidos por la Diputación General de Aragón -es ya innecesario que examinemos el motivo quinto- conduce a que la sentencia recurrida deba ser casada y anulada y a que, en consecuencia, debamos resolver lo que corresponda en los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

Ello nos lleva a dilucidar, una vez establecido que la licencia no fue obtenida por silencio, si es o no ajustada a derecho la resolución que deniega la licencia por considerarla incompatible con las determinaciones del Plan General para el Equipamiento Comercial de Aragón aprobado por Decreto 112/2001, de 22 de mayo.

Ahora bien, siendo esta regulación autonómica la norma sustantiva que debe ser aplicada, nos encontramos con que en el proceso de instancia la demandante no cuestionó la interpretación dada por la Administración al citado Plan General de Equipamiento. El planteamiento de Supermercados Sabeco, S.A. en su escrito de demanda consistía en afirmar que el Decreto 112/2001 no era de aplicación al caso, que la normativa aplicable a la solicitud era la contenida en la disposición transitoria cuarta de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón, y, en fin, que la licencia había quedado obtenida por silencio positivo.

Nada impedía que la parte actora, a continuación de tales argumentos y como formulación de carácter subsidiario, para el caso de que aquéllos no fuesen acogidos, abordase y cuestionase también la forma en que habían sido interpretadas y aplicadas las determinaciones del mencionado Decreto 112/2001. Pero nada se dice en la demanda al respecto. Por tanto, una vez desestimados los argumentos de impugnación aducidos por Supermercados Sabeco, S.A. en su escrito de demanda -y ello por las mismas razones que nos han llevado a acoger los motivos de casación de la Diputación General de Aragón- llegamos a la conclusión de que el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

SEXTO.- Sin necesidad de razonamientos adicionales, es claro que no puede prosperar el recurso de casación interpuesto por la representación Supermercados Sabeco, S.A. Todos los motivos que se aducen en este recurso parten de considerar que, tal y como declaraba la sentencia que ahora se anula, la licencia fue obtenida por silencio; y a partir de ahí se articula la pretensión indemnizatoria a la que tales motivos de casación se refieren. Por tanto, habiendo quedado establecido en los apartados anteriores que la licencia no se obtuvo por silencio y que debe ser desestimada la impugnación dirigida contra las resoluciones que denegaron la licencia, es claro que la

pretensión de indemnización queda privada de todo sustento.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas, con estimación del recurso de casación interpuesto por la Diputación General de Aragón, la sentencia recurrida debe ser casada y anulada, y, en su lugar, debe declararse procedente la desestimación del recurso contencioso-administrativo promovido por la representación de Supermercados Sabeco, S.A., con desestimación, también del recurso de casación que esta entidad interpuso contra la sentencia.

OCTAVO.- En cuanto a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 2 y 3, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y teniendo en cuenta cada uno de los recurrentes ha presentado el escrito de interposición de su propio recurso de casación pero no han formulado oposición al recurso del contrario, procede imponer las costas causadas en casación a la parte cuyo recurso se desestima, si bien limitando a la cifra de seiscientos euros (600 €) la cuantía de la condena en costas por el concepto de honorarios de Abogado. Sin que proceda imponer a ninguno de los litigantes las costas causadas en el proceso de instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

1. No ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación Supermercados Sabeco, S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de junio de 2005 (recurso contencioso-administrativo 627/02).

2. Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la Diputación General de Aragón contra esa misma sentencia, que ahora queda anulada y sin efecto.

3. Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de representación Supermercados Sabeco, S.A. contra la Orden del Departamento de Industria, Comercio y Desarrollo de la Diputación General de Aragón de 14 de febrero de 2000 desestimatoria del recurso de alzada dirigido contra la resolución del Director General de Industria y Comercio de 8 de noviembre de 2001 por la que se deniega la solicitud de licencia comercial para la ampliación de una gran superficie comercial en la localidad de Barbastro formulada por aquella entidad.

4. No hacemos imposición de costas del proceso de instancia, imponiéndose las de casación a Super-

mercados Sabeco, S.A. en los términos señalados en el fundamento jurídico octavo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gammella.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Calvo Rojas, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Secretario, certifico.

2010/3504

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 18 enero 2010. Ponente: D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Al no realizar las obras de rehabilitación

Liquidación de intereses por transmisiones patrimoniales a partir de la comunicación que excluyó la tributación por IVA

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad aseguradora, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del TEAC, y declara que, en su caso, la fecha a tomar en consideración para comprobar si ha habido demora en el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y liquidar los correspondientes intereses es el 22 febrero 1995, sin que proceda imponer recargo alguno.

La Sala considera que el TEAC no podía desestimar la prescripción de la acción para determinar la deuda tributaria invocada con fundamento en un escrito que no fue traído a colación, sin antes oír a los intervinientes acerca del asunto que trataba y de su alcance. Respecto de la prescripción alegada, la Sala da la razón al TSJ Madrid cuando consideró que el plazo de prescripción se interrumpió por el escrito de 22 febrero 1995, en el que el obligado tributario pidió la devolución del IVA, por entender que la operación gravada no estaba sometida al mismo, sino al de transmisiones patrimoniales. en lo que atañe a los intereses y al recargo por ingreso fuera de plazo, el mencionado escrito será el que determina la exigibilidad del ITP y no el IVA, por lo que será a partir de esta fecha la que

se tenga en cuenta para liquidar los eventuales intereses por la demora en su pago.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos sobre los que se sustenta la pretensión en casación de Unial son aparentemente complejos, pero si se les descarga de la broza añadida por las partes (especialmente por la recurrente) ofrecen un curso más nítido. Conviene, pues, que para decidir sobre los distintos motivos que conforman el recurso se deje clara constancia de la realidad que subyace al litigio según se desprende de la sentencia impugnada y de las actuaciones administrativas, conforme nos autoriza el artículo 88.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio).

1) El 10 de mayo de 1991, Unial compró a "Alcalá 90, S.A." (en lo sucesivo, "Alcalá"), mediante escritura pública, un inmueble por precio de 3.949.753.920 pesetas (23.738.499,15 euros), más el 12 por 100 de impuesto sobre el valor añadido (473.970.471 pesetas (2.848.619,90 euros)), indicando que lo iba a rehabilitar. El 25 de junio siguiente ingresó en las arcas del Tesoro la suma de 19.748.770 pesetas (118.692,50 euros) en concepto de impuesto sobre actos jurídicos documentados.

2) El 22 de febrero de 1995, Unial se dirigió al Delegado Especial en Madrid de la Agencia Estatal de Administración Tributaria interesando la devolución del impuesto sobre el valor añadido soportado, petición que le fue denegada, por lo que, tras el potestativo recurso de reposición, promovió una reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid (número 28/11933/95), quien, en resolución de 24 de junio de 1997, la estimó en parte, reconociendo su derecho a solicitar la devolución del mencionado impuesto y a obtenerla siempre que justificase los extremos del artículo 9.2, último párrafo, del Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, por el que se regulaba el procedimiento para la realización de devoluciones de ingresos indebidos de naturaleza tributaria (BOE de 25 de septiembre).

Esta resolución devino firme y su ejecución abrió una línea de debate que, pasando por la sentencia pronunciada por la Audiencia Nacional el 9 de julio de 2003 (recurso 784/00), ha concluido en la nuestra del pasado 15 de octubre (casación 7916/03), en la que hemos ratificado la decisión del tribunal de instancia, que, a su vez, había considerado ajustadas a derecho las actuaciones administrativas relativas a la ejecución de aquella decisión de 24 de junio de 1997, donde se sostuvo que no resultaba procedente ninguna devolución ya que Unial había deduci-

do el importe soportado en una declaración-liquidación posterior (cuarto trimestre de 1992) y porque el ingreso efectivo de las cuotas repercutidas nunca llegó a realizarse, toda vez que Alcalá utilizó, para evitarlo, facturas irregulares de otra entidad con la que estaba vinculada.

3) Por su parte, Alcalá se dirigió a la misma autoridad el 2 de junio siguiente formulando igual petición, al no haberse realizado por Unial las obras de rehabilitación previstas, por lo que la operación debía tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales, habiendo sido ingresado indebidamente el impuesto sobre el valor añadido.

4) El 11 de septiembre de 1997 se notificó a Unial una propuesta de liquidación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales como consecuencia de la operación de 10 de mayo de 1991, siéndole comunicado el acto definitivo el 28 de noviembre de 1997, después ratificado en reposición.

La mencionada compañía promovió una reclamación económico-administrativa (número 28/3221/98) ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional, que entendió desestimada por silencio, por lo que interpuso recurso de alzada (número 4542/99), solventado por el Tribunal Central en resolución de 22 de junio de 2000.

En esta decisión, de la que hemos dejado constancia en el primer antecedente de esta sentencia, el mencionado organismo rechazó que la acción administrativa para liquidar la deuda tributaria estuviese prescrita porque, pese a que entre el 25 de junio de 1991 (fecha de presentación de la autoliquidación correspondiente) hasta el 11 de septiembre de 1997 (día en que se notificó a Unial la propuesta de liquidación) transcurrieron más de cinco años, el mencionado plazo quedó interrumpido por el escrito que presentó el 22 de febrero de 1995, en el que reconocía que la operación no estaba sujeta al impuesto sobre el valor añadido sino al de transmisiones patrimoniales, documento presente en el expediente tramitado ante el propio Tribunal Económico-Administrativo Central con el número 7261/99 (fundamento tercero). En la misma resolución ratificó la cuantificación del recargo por presentación de la autoliquidación fuera de plazo (fundamento sexto), sin embargo anuló el acto recurrido en cuanto calificó la liquidación como provisional, pues debió tener el carácter de definitiva, así como el pronunciamiento relativo a los intereses de demora por falta de concreción (fundamentos sexto y quinto, respectivamente).

5) Disconforme, Unial interpuso recurso contencioso-administrativo (número 1701/00) ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

(Sección 4ª), que lo desestimó en la sentencia objeto de este recurso de casación. Según los jueces a quo fue correcta la apreciación del Tribunal Económico-Administrativo Central al no considerar prescrita la acción administrativa para liquidar la deuda tributaria, ya que, si bien el escrito de 22 de febrero de 1995 "no obra entre los distintos expedientes aportados por la administración, lo cierto es que existe una presunción de veracidad de los actos administrativos, que, a su vez, debe ser relacionada con lo establecido en el artículo 145.1.3 LGT (sic)", habiéndose limitado la recurrente a afirmar que "esperamos que dicho escrito figure en el expediente que sea enviado por la administración, habida cuenta de que pasados tantos años y con tantas reclamaciones abiertas, esta parte desconoce expresamente el contenido de dicho escrito...", pero sin negar, en ningún momento y de manera frontal, su existencia". Añade que el Tribunal Central aporta en su resolución suficientes elementos de identificación del documento, por lo que, dentro de la libre valoración de la prueba, entiende acreditada la presentación del repetido escrito (fundamento tercero).

En el fundamento cuarto también ratificó la decisión impugnada en lo relativo a los intereses de demora y al recargo por presentación de la autoliquidación fuera de plazo.

SEGUNDO.- La compañía aseguradora recurrente se alza contra esa decisión jurisdiccional, esgrimiendo tres motivos, cuyo contenido hemos reproducido en el antecedente segundo de esta resolución. En primero considera infringidos los artículos 24 de la Constitución y 145.3 de la Ley General Tributaria de 1963 por haber dado por cierta la existencia del escrito de 22 de febrero de 1995, así como su contenido. Considera que, en cualquier caso, dicho escrito no tiene virtualidad para detener el plazo de prescripción, habiendo sido conculcados también los artículos 64 y 66 de la Ley citada en último lugar. Sostiene que el Tribunal Económico-Administrativo Central no podía considerar interrumpida la prescripción con fundamento en un escrito ausente de las actuaciones administrativas y que las partes no mencionaron ni tomaron en consideración, por lo que, antes de decidir con fundamento en él, debió oírlos para que se pronunciaran sobre su contenido y alcance. Al no hacerlo así infringió el artículo 24 de la Constitución, infracción en la que también incurrió la Sala de instancia por no restañar la lesión, además de conculcar el artículo 145.3 de la mencionada Ley General Tributaria porque da por bueno un contenido que los litigantes no han podido consultar. Este aspecto del primer motivo de casación se mueve en dos niveles.

En uno la queja se limita a la existencia del escrito de 22 de febrero de

1995, mientras que en el otro alcanza a su contenido.

Parece evidente que en el primero la denuncia carece de todo fundamento, pues la realidad de ese documento la ha admitido la propia Unial, tanto en la demanda que formuló en la instancia (hecho segundo), como en esta sede, donde el escrito de interposición del recurso de casación alude en repetidas ocasiones a dicho texto (antecedente de hecho segundo), que, además, es punto de arranque del debate cerrado en nuestra sentencia de 15 de octubre de 2009 (véase el numeral 1 de su primer fundamento de derecho). No puede quejarse de indefensión por la consideración de un documento quien es su autor y quien admite haberlo suscrito, promoviendo ante el órgano administrativo que lo asume una reclamación que se sustenta en su existencia y lo en él pedido. Con esta última afirmación nos introducimos en el segundo de los niveles mencionados, que ya no atiende a la realidad de la solicitud de 22 de febrero de 1995, sino a su contenido y a su alcance.

Aquí también hemos de practicar una pequeña disección, distinguiendo entre la materialidad de su texto y el análisis del mismo. Con el primer aspecto ocurre lo mismo que con la constancia de su existencia, pues admitida esta última también debe serlo su contenido, por más que Unial quiera ahora ofrecer una versión parcial del mismo, en el que se habría limitado a pedir el reintegro del impuesto sobre el valor añadido soportado sin explicar la causa, cuando, como se obtiene de nuestra sentencia del pasado 15 de octubre, expuso que, al no realizar las obras de rehabilitación comprometidas, la compraventa consumada en 1991 no quedaba sometida al mencionado impuesto, debiendo tributar por el de transmisiones patrimoniales.

Ahora bien, cuestión distinta es la de si el Tribunal Económico-Administrativo Central podía proceder como lo hizo y desestimar la prescripción invocada con fundamento en un escrito que no fue traído a colación, sin antes oír a los intervinientes acerca del asunto que trataba y de su alcance. Nuestra opinión es que no lo podía hacer.

Los órganos económico-administrativos han de decidir todas las cuestiones ofrecidas por los expedientes de gestión y de reclamación, hayan sido o no planteadas por los interesados; ahora bien, para proceder de tal modo deben exponérselas a fin de que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que tengan por convenientes (artículo 169 de la Ley General Tributaria de 1963 y artículos 40, apartados 1 y 3, 101.4 y 125 del Reglamento de procedimiento de las reclamaciones económico administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996 (BOE de 23 de marzo), vigente en la época

en que el Tribunal Económico-Administrativo Central tramitó el recurso de alzada). No obstante, este defecto formal, que inicialmente pudo causar indefensión a Unial, perdió toda su fuerza anulatoria una vez que, abiertas las puertas de la jurisdicción, alegó sin limitación alguna sobre el contenido de dicho escrito y sobre su alcance (véase el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre)), obteniendo una respuesta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que puede compartirse o no, pero que ofrece una solución razonada y motivada en derecho.

TERCERO.- Cuestión distinta es si esa apreciación de los jueces a quo, que han ratificado la decisión del Tribunal Económico-Administrativo Central, es jurídicamente correcta, tema que afecta al segundo aspecto del primer motivo de casación, en el que se denuncia la infracción de los artículos 64 y 66 de la Ley General Tributaria de 1963. En este punto, el Tribunal Superior de Justicia entiende que la compañía actora, "al reconocer que no se habían realizado obras de rehabilitación, reconocía la sujeción al impuesto sobre transmisiones patrimoniales, con lo que (...) la prescripción se interrumpió" (último párrafo del fundamento tercero).

Para analizar este extremo del debate hemos de dejar constancia de un hecho no controvertido: entre la presentación de la autoliquidación el 25 de junio de 1991 y el 11 de septiembre de 1997, fecha en la que se notificó a Unial la propuesta de liquidación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, transcurrieron más de los cinco años previstos a la sazón para entender extinguido por prescripción el derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria.

Este hecho, cuya acreditación correspondía a la mencionada compañía, aparece suficiente justificado, siendo asumido por la propia Administración. A partir de aquí, la prueba de la interrupción del plazo de prescripción pechaba sobre esa Administración, que ha justificado la existencia de un escrito (el de 22 de febrero de 1995) en el que el obligado tributario pidió la devolución del impuesto sobre el valor añadido por entender que la operación gravada no estaba sometida al mismo, sino al de transmisiones patrimoniales, demostrando suficientemente que dicho documento tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción.

En la época de los acontecimientos que ocupan nuestra atención, el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación prescribía a los cinco años (artículo 64.1.a) de la Ley General Tributaria de 1963), quedando interrumpido por cualquier actua-

ción del sujeto pasivo conducente al pago o a la liquidación de la deuda tributaria (artículo 66.1.c) de la misma Ley). A juicio de esta Sala, tiene esa condición un escrito en el que el sujeto pasivo de un tributo pide la devolución de las cantidades ingresadas debido a que la operación no estaba gravada por el mismo y señala que debió quedar sometida a otro gravamen distinto, pues la mención de este gravamen implica "una actuación del sujeto pasivo" enderezada al pago o a la liquidación de la deuda. Se ha de tener en cuenta que el precepto en cuestión no alude a actos específicos de liquidación o de pago, sino a "cualquier actuación del sujeto conducente" a tales metas, esto es, guiadas o dirigidas a su satisfacción.

A juicio de esta Sala, la manifestación por un sujeto pasivo en relación con un determinado negocio jurídico de que no se dan las condiciones de producción del hecho imponible de un tributo (el impuesto sobre el valor añadido) debiendo quedar sujeto a otro distinto (el impuesto sobre transmisiones patrimoniales) supone, sin duda alguna, un acto enderezado a la liquidación de este último. En el escrito de 22 de febrero de 1995, Unial pidió la devolución del impuesto sobre el valor añadido soportado indicando a la Administración que debería exigirle el de transmisiones patrimoniales, proceder que, con toda evidencia, es el punto de partida de su liquidación, por lo que ha de entenderse que produjo la suspensión de plazo de prescripción del derecho de la Hacienda a liquidar el repetido tributo, conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1.c) de la Ley General Tributaria. De no entenderse así se daría al traste con una de los objetivos a los que se endereza el instituto de la prescripción, que, al servicio de la seguridad jurídica, censura a la Administración indolente y perezosa.

En efecto, en el caso actuó diligentemente, ya que, por así indicarlo el sujeto pasivo, debido a que iba a proceder a la rehabilitación del inmueble adquirido, la operación quedaba sujeta al impuesto sobre el valor añadido, que le fue repercutido por la vendedora.

Nada tenía que hacer, pues, una vez liquidada, repercutida e ingresada la cuota de dicho tributo. Sin embargo, el 22 de febrero de 1995 tuvo noticia de que aquellos trabajos de recuperación del edificio no se iban a acometer, por lo que la operación ya no quedaba sometida a la mencionada exacción sobre el volumen de los negocios, debiendo sujetarse al impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Parece evidente que hasta dicho momento la Administración no podía hacer otra cosa que permanecer parada, pues el contrato de compraventa suscrito en 1991 ya había producido sus efectos frente a la Hacienda Pública, sin que por lo tanto quepa hablar en este caso de deja-

ción de las potestades que tiene atribuidas para liquidar y cobrar los tributos.

Las anteriores reflexiones conducen a la desestimación del primer motivo de casación.

CUARTO.- Igual suerte aguarda a la segunda queja de Unial, en la que se lamenta de que la Sala de instancia no haya realizado ningún pronunciamiento respecto de la solicitud de la demanda para que anulase la liquidación girada en virtud de la aprobación de su plan de liquidación, habiéndose limitado a dejar a salvo "los efectos que pueda tener en su día la ejecución tributaria de la deuda si la entidad actora se encuentra en liquidación".

Entiende que, con tal modo de proceder, ha conculcado los artículos 35 y siguientes (en especial, el 37.9) de la Ley 30/1995. Este motivo, que en realidad imputa a la sentencia una incongruencia ex silentio, no toma suficientemente en consideración que el acto administrativo origen del proceso contencioso-administrativo del que dimana este recurso de casación es la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, practicada en 1997, ratificada en reposición mediante acuerdo de 12 de febrero de 1998. En el escrito de interposición del recurso de reposición, presentado el 9 de diciembre de 1997 solicitó que se dejase sin efecto aquella liquidación, así como la carta de pago derivada de la misma.

En dicho escrito, aunque aludía a su singular situación, no interesó la nulidad del acto impugnado por tal circunstancia sino por haber prescrito la potestad administrativa para liquidar la deuda tributaria, tal y como había pedido en la instancia registrada el 17 de septiembre anterior, a la que expresamente se remitió. Luego, en sede económico-administrativa, guardó total silencio sobre las consecuencias jurídicas de su condición en liquidación, limitándose a esgrimir de nuevo la prescripción, a defender que la liquidación tributaria debió ser definitiva, no provisional, como lo fue, y a sostener la improcedencia de los intereses y del recargo por ingreso fuera de plazo.

Fue en la demanda, en un escueto apartado, donde aludió al plan de liquidación al que se encontraba sometida, introduciendo por primera vez una pretensión subsidiaria de anulación de la cuota tributaria como consecuencia de la aprobación del mismo. En estas circunstancias, difícilmente podía el Tribunal Superior de Justicia censurar los actos administrativos impugnados por no haber considerado una pretensión que nadie articuló ante la Administración. El carácter revisor de esta jurisdicción, que se proyecta sobre una realidad pasada a la luz del marco normativo vigente a la sazón, impide expulsar un acto administrativo por

no pronunciarse sobre una cuestión que nadie planteó. Las pretensiones articuladas ante la jurisdicción contencioso-administrativa se han de enderezar a la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, a la anulación de la actuación administrativa impugnada, sin perjuicio de obtener el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, y la adopción de las medidas precisas para su pleno restablecimiento (artículo 31 de la Ley 29/1998), implicada en aquella actuación o afectada por ella. Desde luego, no le cabe realizar pronunciamientos extraños al debate suscitado en sede administrativa.

Además, olvida Unial que dirigió el recurso contencioso-administrativo contra la liquidación tributaria, no contra los actos dictados en su ejecución, siendo absolutamente pertinente la mención que hace la Sala de instancia a los efectos que en la futura ejecución pueda tener su situación económica. De los artículos 35 y siguientes de la Ley 30/1995 deriva que la liquidación de una compañía por la Comisión de Entidades Aseguradoras y la aprobación del plan de liquidación afecta al cobro de las deudas de la entidad pero no a su existencia, por lo que no incide sobre la regularidad del acto tributario impugnado, con independencia de las consecuencias que tal acontecimiento pueda tener en la subsistencia del crédito de la Comunidad de Madrid.

QUINTO.- El tercer motivo atañe a los intereses y al recargo por ingreso fuera de plazo. Respecto de los primeros, Unial subraya la incompatibilidad estructural del impuesto sobre el valor añadido y del que grava las transmisiones patrimoniales, siendo legalmente imposible que una misma operación tribute al mismo tiempo por ambos gravámenes. Alude también a la naturaleza resarcitoria de los intereses moratorios del artículo 58.1.c) de la Ley General Tributaria de 1963. Sentado lo anterior, indica que en la liquidación impugnada fija una cuota de 236.985.235 pesetas en concepto de impuesto sobre transmisiones patrimoniales y recuerda que pagó a Alcalá, al tiempo de la escritura pública de compraventa y en concepto de sujeto repercutido del impuesto sobre el valor añadido, la suma de 473.970.471 pesetas. Entiende que, en tales circunstancias, desde el año 1991, en el que se consumó la operación, la Hacienda pública tuvo a su disposición una suma muy superior a la cuota tributaria, por lo que no se produjo retraso alguno en el pago de la cuota que deba compensarse mediante el mecanismo de lops intereses de demora. En este punto le asiste la razón a la compañía recurrente, si bien por consideraciones distintas de las que expone.

La mencionada incompatibilidad entre los impuestos sobre el valor añadido y transmisiones patrimoniales impide exigir uno al mismo tiem-

po que el otro. En estas circunstancias, mientras subsistía el proyecto de rehabilitar el inmueble adquirido por Unial, la operación quedaba sujeta al impuesto sobre el valor añadido, tesitura en la que, con toda evidencia, no cabía reclamar la liquidación y el pago del que grava las transmisiones patrimoniales. Siendo así, hasta el 22 de febrero de 1995, en que comunicó por escrito que la recuperación del edificio no se iba a acometer, ese último tributo no era exigible, liquidable ni, por tanto, reclamable cuota alguna, de donde se obtiene que aquel escrito operó a modo de condición suspensiva, impidiendo que hasta su presentación se pusiera en marcha el mecanismo de la repetida exacción, por lo que aquella fecha es la que se ha de tomar en consideración para liquidar los eventuales intereses por la demora en su pago.

Tratándose del recargo por ingreso fuera de plazo, también su pretensión ha de tener éxito. Además de por los argumentos expuestos respecto de los intereses de demora, porque el gravamen del 5 por 100 que preveía el artículo 61.3 de la Ley General Tributaria de 1963 aplicado en el caso no lo fue en consideración a la cuota del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, sino sobre suma de 19.748.770 pesetas, importe del impuesto sobre actos jurídicos documentos ingresado el 25 de junio de 1991. Es decir, la demora que provocó la puesta en marcha de dicho recargo no fue la presentación de la declaración de aquella primera exacción sino de esta segunda, que se realizó transcurrido el plazo de 30 días desde la producción del hecho imponible, esto es, desde la escritura de compraventa (10 de mayo de 1991), previsto en el artículo 68 del Reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentos, aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre (BOE de 11 de febrero de 1982). Así las cosas, y como quiera que estos dos tributos son incompatibles (buena prueba es que en el acto de liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales se resta el montante pagado en 1991 por actos jurídicos documentados), no cabe exigir un recargo por demora en el pago de un impuesto que debió liquidarse. En suma, el tercer motivo de casación debe estimarse.

SSEXTO.- Las anteriores consideraciones conducen a la estimación del recurso de casación y a la revocación de la sentencia impugnada. Resolviendo el debate en los términos suscitados (artículo 95.2.d) de la Ley 29/1998), debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Unial y anular los actos administrativos impugnados, indicando que la fecha a tomar en consideración para comprobar si ha habido demora en el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales es el 22 de febrero de 1995, sin que proceda imponer recargo alguno.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139, apartado 2, de la Ley reguladora de esta jurisdicción, que no proceda hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en su tramitación, sin que, en virtud del apartado 1 del mismo precepto, se aprecien circunstancias de mala fe o de temeridad que obliguen a imponer expresamente a una de las partes las costas de la instancia.

FALLO

Acogemos el recurso de casación interpuesto por Unión Social de Seguros, S.A., contra la sentencia dictada el 3 de octubre de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso 1701/00, que casamos y anulamos. En su lugar:

1º) Estimamos parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada compañía contra la resolución aprobada el 22 de junio de 2000 por el Tribunal Económico Administrativo Central, que dio parcialmente lugar al recurso de alzada (número 4542/99) interpuesto frente a la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación número 28/3221/98, impulsada ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid para impugnar el acuerdo que rechazó el recurso de reposición deducido ante la liquidación complementaria del impuesto sobre transmisiones patrimoniales derivado de la adquisición en escritura pública de 10 de mayo de 1991 de un inmueble ubicado en Madrid.

2º) Anulamos dichos actos administrativos y declaramos que, en su caso, la fecha a tomar en consideración para comprobar si ha habido demora en el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y liquidar los correspondientes intereses es el 22 de febrero de 1995, sin que proceda imponer recargo alguno.

3º) Desestimado el recurso contencioso-administrativo en todo lo demás.

4º) No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas causadas, tanto en la instancia como en casación.

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

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



TC, Sección 4, Sentencia 30 noviembre 2009. Ponente: D. Elisa Pérez Vera

Presunción de inocencia.

Inexistencia de prueba de cargo apta

El TC estima el recurso de amparo interpuesto por la parte actora contra SAP de Málaga, que revocó el pronunciamiento absolutorio de la primera instancia, condenando al recurrente como autor de un delito continuado de abusos sexuales. El Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo por estimar que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. El Alto Tribunal estima vulnerados los derechos citados considerando que si en apelación se debaten cuestiones de hecho suscitadas por la apreciación de aquella clase de pruebas, ha de celebrarse una vista pública con posibilidad de contradicción, para que dicho órgano pueda resolver con un conocimiento directo e inmediato de las mismas, ya que se trata de pruebas cuya cabal valoración exige que se desarrollen ante la presencia del órgano judicial que ha de decidir.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de octubre de 2006 que, revocando el pronunciamiento absolutorio de la primera instancia, condenó al recurrente como autor de un delito continuado de abusos sexuales.

El demandante de amparo denuncia la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que la condena de apelación se habría basado en pruebas personales practicadas sin observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad y que, por tanto, no debieron ser valoradas. Desde otra perspectiva, se considera también lesionado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por falta de prueba de cargo en que sustentar la condena así como, finalmente, y con invocación conjunta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber apreciado el Tribunal de apelación la concurrencia de un delito continuado sin prueba alguna que acreditara la existencia de más de un hecho delictivo.

El Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo por estimar que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al haber modificado la Audiencia el relato de hechos de la Sentencia de instancia tras valorar de forma distinta las pruebas personales no practicadas a su presencia. Subsidiariamente, considera que también se

ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por inexistencia de prueba de cargo apta para desvirtuarlo. En cambio, razona el Fiscal que, de no apreciarse las vulneraciones anteriores, no cabría otorgar el amparo por el último motivo expuesto por el demandante, en tanto que la calificación de delito continuado sí habría contado con sustrato probatorio.

SEGUNDO.- Como primer motivo, aduce el recurrente que se han lesionado sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque, tras la revocación de una Sentencia absolutoria, ha sido condenado en la segunda instancia con fundamento en la valoración de pruebas personales que no se practicaron ante el Tribunal de apelación.

La cuestión que se plantea ha sido analizada y resuelta en múltiples ocasiones por este Tribunal, estableciendo un cuerpo de doctrina sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que, iniciado con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, se ha perfilado hasta la actualidad con numerosas resoluciones (entre las más recientes, SSTC 213/2007, de 8 de octubre, FJ 2; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 180/2008, de 22 de diciembre, FJ 2; 120/2009, de 18 de mayo, FJ 2 a 4; 132/2009, de 1 de junio, FJ 2 y 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

Conforme a esta doctrina, el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías exige que sólo el órgano judicial ante el que se practiquen, con posibilidad de contradicción y publicidad, pueda

valorar las declaraciones de las partes, testigos o peritos.

Por consiguiente, ha de estimarse vulnerado aquel derecho si el órgano de apelación condena a quien fue absuelto en la instancia, o agrava su situación en el caso de que hubiera sido condenado, si para ello establece una nueva declaración de hechos probados que tiene su origen en la valoración de pruebas personales, de manera que si en la fase de apelación se debaten cuestiones de hecho suscitadas por la apreciación de aquella clase de pruebas, habrá de celebrarse una vista pública con posibilidad de contradicción, para que el órgano de apelación pueda resolver con un conocimiento directo e inmediato de las mismas, ya que se trata de pruebas cuya cabal valoración exige que se desarrollen ante la presencia del órgano judicial que ha de decidir.

En este sentido, hemos subrayado expresamente que la exigencia de intermediación en la práctica de las pruebas personales sería fútil, como garantía de efectiva defensa de las partes y de la adecuada apreciación de aquéllas, si un Tribunal superior pudiera reconsiderarlas con la mera fundamentación de la Sentencia recurrida o con la constancia documental que proporciona el acta del juicio oral (SSTC 64/2009, de 9 de marzo, FJ 2, y 173/2009, de 9 de julio, FJ 3).

Por lo demás, es también doctrina constitucional consolidada que la constatación de la existencia de la lesión precedente conlleva la del derecho a la presunción de inocencia si tales medios de prueba, impropia-mente valorados en la fase de recurso, se erigieron como única o cardinal prueba de cargo para fundar la condena (SSTC 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 28/2008, de 11 de febrero, y 24/2009, de 26 de enero, FJ 2, entre otras muchas).

TERCERO.- La aplicación de la doctrina reseñada al supuesto que aquí se analiza lleva a apreciar, en primer lugar, que se ha vulnerado el derecho del recurrente en amparo a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que el órgano de apelación le condenó como autor de un delito continuado de abusos sexuales, del que había sido previamente absuelto, modificando el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia con base en una diversa valoración de las pruebas personales en la fase de apelación, sin respetar las garantías de intermediación y de contradicción en un debate público.

Efectivamente, como se ha referido con más detalle en los antecedentes de esta resolución, la lectura de la Sentencia absolutoria dictada en la instancia aclara que el Juez a quo consideró que la actividad probatoria no fue bastante para desvirtuar la presunción de inocencia del demandante de amparo.

De este modo, tras valorar el soporte probatorio con que contó (concretamente, la declaración de la menor, del acusado y diversas testificales, así como sendos informes periciales realizados por dos psicólogas, una de las cuales compareció al acto de la vista) concluye aquél que, teniendo en cuenta que únicamente constan testimonios de referencia en cuanto a los abusos objeto de acusación y que no consta testimonio incriminatorio de quien aparece como perjudicada, sin que el mismo pueda considerarse imposible de realizar, procede el dictado de una Sentencia absolutoria, al no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia del acusado con el material probatorio obrante en autos.

Por el contrario, la Audiencia considera que las pruebas practicadas en la instancia han sido suficientes para destruir la presunción de inocencia del demandante, singularmente el testimonio de la menor, en el que, según afirma el órgano de apelación, se vislumbra claramente que pretende omitir lo que en su día le repercutió negativamente.

En consecuencia con ello, la Audiencia Provincial varía el relato fáctico de la resolución absolutoria sustentando los nuevos hechos probados tanto en la mencionada declaración como en el resto de las pruebas personales, ninguna de las cuales fue practicada a su presencia.

Por lo tanto, la argumentación del órgano ad quem para llegar a la convicción sobre la autoría del demandante de amparo reposa, en definitiva, como se desprende de la lectura de su Sentencia, en una diferente valoración de las pruebas personales, fundamentalmente del testimonio de la víctima.

Y esta nueva apreciación probatoria, absolutamente distinta a la realizada por el órgano de instancia, se efectuó sin atender a las garantías de intermediación, contradicción y publicidad, por lo que ha de concluirse que se vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 CE.

CUARTO.- Rechazado que sea constitucionalmente admisible que la condena del demandante de amparo pueda apoyarse en pruebas personales desarrolladas sin la presencia del órgano judicial que la dictó, y como quiera que los aludidos medios de prueba indebidamente valorados por la Audiencia Provincial fueron los únicos elementos de cargo en los que se fundamentó la convicción condenatoria, pues ninguna prueba de otro tipo -excepto un informe pericial no ratificado en el juicio oral- se practicó en la instancia, hay que concluir que se ha vulnerado, al propio tiempo, el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) del recurrente, lo que conduce al

otorgamiento del amparo impetrado sin que sea necesario, por ello, entrar a analizar el resto de los motivos expuestos en la demanda de amparo.

FALLO

Estimar el recurso de amparo interpuesto por D. Conrado y, en su virtud:

1º Declarar que han sido vulnerados sus derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2º Restablecerlo en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de octubre de 2006, dictada en rollo de apelación núm. 200-2006-E, y del Auto de 7 de noviembre de 2006, aclaratorio de la misma.

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

Dada en Madrid, a treinta de noviembre de dos mil nueve. Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados.



2009/299939

TS Sala 1ª, Sentencia 18 diciembre 2009. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Al no poder derivarse de los actos médico-asistenciales Exclusión de responsabilidad por fallecimiento de paciente durante el traslado al hospital

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que, revocando la dictada en primera instancia, desestimó la demanda por la que los hijos del fallecido reclaman una indemnización al hospital y a la empresa encargada de prestar el servicio de ambulancia, por el retraso del traslado del paciente de un hospital a otro. La Sala confirma que la codemandada realizó adecuadamente su cometido dado que no fue un traslado urgente sino medicalizado, además de que la necesidad de tratamiento quirúrgico inmediato no era conocida cuando se le recogió en la ambulancia, pues este conocimiento se alcanza con la prueba practicada posteriormente. Por lo que lo no es posible apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médico-asistenciales cuando no podía preverse racionalmente el resultado final acontecido, como tampoco es posible cuestionar el diagnóstico inicial a partir de la evolución posterior del paciente. Responsabilidad que, reitera la Sala, no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo o in vigilando respecto de las personas por quienes debe responder.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores, en su condición de hijos de D. Rómulo, solicitan ser indemnizados por el daño causado por la muerte de su padre ocurrida por la tardanza en su traslado desde el Hospital de Calella hasta el de Barcelona, atribuyendo la responsabilidad a la actuación conjunta de las tres entidades demandadas: SCIAS Hospital de Barcelona, Asistencia Sanitaria Colegial, SA y Ambulancias de Barcelona.

La sentencia de 1ª Instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a las demandadas a indemnizar a la parte actora la suma de 153.249,75 euros, con el argumento de que la prestación asistencial pro-

porcionada al fallecido fue pésima, tanto por la codemandada Asistencia Sanitaria, comprometida a prestar un servicio, lo que no hizo de forma satisfactoria al no haberse verificado en tiempo útil, como del Hospital de Barcelona, que no fue lo suficientemente diligente pues aun sabiendo que el tomógrafo estaba estropeado y que la ambulancia tardaría, aceptó las condiciones de Ambulancias de Barcelona, en lugar de derivar al paciente a otro Hospital, y de Ambulancias de Barcelona que no advirtió, a través del médico de la UCI móvil, del estado real del paciente en el momento de recogerlo ni durante el traslado.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las

tres partes codemandadas, dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección 1ª-, la cual estima los recursos formulados y desestima la demanda, absolviendo a todas ellas, sin hacer expresa imposición de las costas devengadas.

La sentencia parte para resolver de los siguientes hechos probados.

a) El día 21 de abril de 2002, con ocasión de encontrarse D. Rómulo en un acto político de la localidad de Santa Susana, sufrió una caída, siendo trasladado al Hospital de Calella, en donde ingresó a las 18,33 horas.

b) Según el informe de asistencia emitido por el indicado Hospital, tras las primeras exploraciones, se refiere traumatismo casual, sin lesiones óseas traumáticas, consciente y con Glasgow 15.

c) Conforme a los informes médicos que obran en autos, el paciente tenía los siguientes antecedentes: hipertensión arterial, dos episodios de isquemia cerebral transitoria, astrocitoma cerebral grado II extirpado hace 13 años, con tratamiento posterior de radioterapia y quedando como secuelas hemiplejía izquierda, con dificultades locomotoras que le ocasionaban frecuentes caídas, seguía tratamiento con doxazosina, ciprofloxacilo, carbamacepina y fenitoína.

d) Al parecer, y al no conseguir una ambulancia medicalizada por parte del SEM, el Hospital de Calella se dirigió al Hospital de Barcelona, recibiendo llamada en tal sentido en el referido centro, a las 20,30 horas, asumiendo este último la tarea de coordinación del servicio de ambulancia en los términos solicitados, es decir, UCI móvil.

e) A tal efecto, el indicado Hospital se dirigió a la entidad Ambulancias de Barcelona, comunicándose por la misma que el facultativo médico no estaría disponible hasta las 21,30 horas, recibiendo orden de continuar con la preparación del servicio.

f) A las 20,15 horas, el paciente inició vómito, descendiendo a Glasgow 14, a las 20,30 horas se mareó mientras se le practicaba un electroencefalograma, y a las 21 horas ingresó en box para control con monitor.

g) La ambulancia recogió al paciente a las 23,15 horas iniciando el viaje hacia Barcelona y deteniéndose en la Clínica de Remei para práctica de TAC, dado que el Hospital de Barcelona se encontraba averiado, ingresando finalmente en el Hospital de Barcelona un Glasgow 4.

h) Como resultado del TAC practicado, se conoció que el paciente había sufrido un extenso hematoma subdural agudo del hemisferio derecho, procediéndose a practicar una craneotomía, sin conseguir la recu-

peración del latido cerebral ni la expansión encefálica, falleciendo a las 12 horas del día 7 de mayo.

Con los anteriores hechos, la sentencia descarta que hubiera responsabilidad de Ambulancias Barcelona SA porque realizó adecuadamente su cometido teniendo en cuenta que "no fue un traslado urgente sino un traslado medicalizado, en el que el criterio preponderante no es la rapidez sino la seguridad del traslado", por lo que "no se estima excesivo ni desproporcionado", el tiempo empleado, sin que en ningún momento se cuestionará la actuación del facultativo que recoge al paciente del hospital, desconociéndose que acción u omisión podría imputársele cuando la respiración era correcta y no precisaba ser intubado durante el trayecto, resultando contrario a la praxis médica la obligación de advertir su estado, cuando esta información debe recibirla de quien se lo entrega y un análisis superficial "carece por completo de interés ni aporta nada nuevo a las pruebas ya practicadas en el hospital".

Por lo que respecta al Hospital de Barcelona señala que el Hospital de Calella intentó obtener una ambulancia del SEM, que no fue facilitada, y que ante esta situación entró en contacto con el citado Hospital a fin de que coordinara el traslado medicalizado del paciente, lo que fue aceptado, desconociendo el Hospital de Calella que fuera necesaria una urgente intervención quirúrgica.

El hecho de que la ambulancia fuera medicalizada deriva de un hecho conocido con posterioridad, tras conocerse el resultado del TAC y toda la información relativa a la grave lesión cerebral sufrida por el paciente, "de forma que los peritos no han podido concluir que si el scanner se hubiera realizado antes, la necesidad de la intervención quirúrgica se habría podido conocer con anterioridad, y tal hecho hubiera podido salvar (quizás), la vida del paciente", por lo que entiende razonable y prudente que con el diagnóstico inicial al que llegaron los facultativos de ambos Hospitales, el traslado se efectuara en una ambulancia medicalizada.

Consecuencia de lo cual es que no existe un hecho reprochable que pueda imputarse a los facultativos o personal integrante del Hospital porque:

a) No consta en que medida la admisión del traslado del paciente pese a tener estropeado el scanner, pudo influir en el resultado cuando la Clínica del Remei había sido advertida y el neurólogo estaba disponible.

b) Porque la decisión del traslado en ambulancia medicalizada se efectuó de acuerdo entre los dos Hospitales en atención a las circunstancias conocidas en ese momento del paciente, teniendo en cuenta sus antecedentes, no habiendo prueba que

acredite que el mismo fuera incorrecto, pues si "por omitir tal previsión, la situación del paciente se hubiera visto súbitamente agravada durante el trayecto, sin facultativo que pudiera controlarla, la responsabilidad del equipo médico sería indiscutible".

SEGUNDO.- El recurso de los actores se articula en tres motivos. El primero alega la infracción del artículo 1902 del Código Civil. Basa la recurrente tal motivo en que no se pusieron los medios razonables para evitar una demora en el traslado del paciente lo que determinó la imposibilidad de garantizar un adecuado tratamiento de las complicaciones que el mismo sufrió, alegando que la conducta de los demandados fue negligente, con apoyo en varias sentencias de esta Sala sobre el daño desproporcionado.

Este motivo se analizará junto al segundo, por infracción de los artículos 1902 y 1903.4 del mismo Texto, referido a la negligencia de los demandados, puesto que todos ellos son prestadoras de un servicio de asistencia médica que a la vista de los hechos declarados probados, resultó insuficiente.

El tercero no se analizará puesto que se plantea como cuestión nueva por cuanto la infracción de los artículos 26 y 28 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios no fue alegada ni en la demandada ni en el escrito de preparación del recurso, referido a la infracción de los artículos 1091, 1191, 1902 y 1903 del CC, lo que constituye, a tenor del criterio uniforme de esta Sala, causa de no admisión que en este trámite ha de convertirse en causa de desestimación.

Ambos se desestiman.

Es cierto que el caso, tal y como se relata por el recurrente, puede ser inicialmente alarmante para quien, sin más datos, advierte un retraso no justificado en términos médico legales y clínico asistenciales, en cuanto existe en apariencia una demora considerable en la prestación de un servicio sanitario a un paciente, consistente en el traslado en ambulancia de un Hospital a otro por razón de las lesiones sufridas a consecuencia de una caída. Ocurre, sin embargo, que al someterlos a la necesaria contradicción y prueba se advierte en que circunstancias y en que tiempo ocurrieron, y esto es suficiente para descartar tanto la consideración del daño como desproporcionado como para apreciar la concurrencia de los requisitos en torno a los cuales se articula la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil.

El daño desproporcionado, al que se han referido múltiples decisiones de esta Sala (STS 6 de febrero 2009, y las que cita), no es un criterio de imputación vinculado sin más a un

resultado generado en la esfera de acción del demandado, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente. Obliga simplemente al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia (SSTS 30 de abril de 2007; 14 de mayo y 23 de octubre de 2008, entre otras); explicación que en el caso ha dado de forma suficiente y motivada la sentencia.

Estamos ante los riesgos que comporta un sistema que no ha permitido hacer efectiva una atención sanitaria en el tiempo exigido por las circunstancias del paciente debido a las lógicas limitaciones o a la escasez de recursos que se han puesto en evidencia, al impedir acometer la solución en origen y trasladarla a un centro hospitalario distinto, retrasando la asistencia médica que precisaba tras sufrir una caída. Ahora bien, estas carencias no permiten poner a cargo de los demandados el daño sufrido.

No se cuestiona que pudiera haberse adoptado una solución médico asistencial distinta, como tampoco la actuación del Hospital de Calella o la prestación de un servicio médico inadecuado. Lo que se ha cuestionado es la tardanza en el traslado del paciente por parte de los demandados y es evidente que con los datos de prueba de la sentencia no es posible exigir responsabilidad alguna a quienes pusieron a su alcance los medios necesarios para hacer efectiva la prestación interesada, en un tiempo y en unas circunstancias razonables. En efecto. La conducta de los demandados comienza a valorarse no a partir del momento en que se produce la caída, sino desde que el Hospital en que ingresa toma conocimiento de la necesidad del traslado en ambulancia medicalizada hasta que este se produce, teniendo en cuenta la disponibilidad de una ambulancia de estas características y el tiempo que se tarda en recorrer el trayecto desde Barcelona a Calella.

Dice la sentencia:

1º) La decisión de que el traslado fuera medicalizado fue prudente.

2º) no fue un traslado urgente sino un traslado medicalizado en atención a los antecedentes patológicos del paciente y al criterio preponderante de hacerlo en condiciones de seguridad y no de rapidez, que se cumplimentó en un tiempo que "no se estima excesivo ni desproporcionado".

3º) En ningún momento se cuestionó la actuación del facultativo que recogió al paciente del hospital, o que el Hospital de Calella preguntara en múltiples ocasiones por el traslado.

Debe añadirse que la necesidad de tratamiento neuquirúrgico inmediato no era conocida cuando se le recoge en la ambulancia, pues este conocimiento se alcanza con el TAC que se practica posteriormente, por lo que lo no es posible apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médico-asistenciales cuando no podía preverse racionalmente el resultado final acontecido, como tampoco es posible cuestionar el diagnóstico inicial a partir de la evolución posterior del paciente con evidente infracción de la prohibición de regreso que pudiera servir como causa (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007, 10 de junio de 2008).

No existe, por tanto, un hecho que pueda reprocharse a los facultativos o al personal integrante del Hospital demandado, ni esta responsabilidad puede trasladarse a la entidad Asistencia Sanitaria Colegial, vinculada a los referidos agentes, en la medida en que la sentencia también descarta que pueda serle exigida por hechos que no son directamente imputables a la organización o al desarrollo de su actividad, ya en virtud de lo establecido en el artículo 1903.4, responsabilidad que, como reiteración ha declarado esta Sala, no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo o in vigilando respecto de las personas por quienes debe responder (SSTS de 22 de mayo de 2007; 20 de junio de 2008; 6 de febrero de 2009, entre otras muchas), ya con base en el artículo 1902 del Código Civil.

TERCERO.- En materia de costas procesales, se imponen a los recurrentes de las de este recurso de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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

FALLO

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador D. Francesc Fernández Anguera, en la representación que acredita de D. Jacinto, D^a Claudia y D. Sergio, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 14 de julio de 2005, con expresa condena a los recurrentes de las costas causadas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación 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. Román García Varela.- Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/299942

TS Sala 1^a, Sentencia 30 diciembre 2009. Ponente: D. Román García Varela

Obligación de remunerar labor de asesoramiento de naturaleza compleja

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que, tras realizar una interpretación literal del contrato suscrito entre las partes, en virtud de la cual la entidad demandada contrató a la entidad financiera actora para que coordinase una serie de medidas correctoras para estabilizar financieramente al grupo empresarial, condenó a la demandada a pagar a la actora la actividad de asesoramiento realizada, al considerar la Sala que el contrato era de naturaleza compleja y que en la primera fase en la que se realizó dicha labor de asesoramiento el contrato participaba de la naturaleza de los contratos de arrendamiento de servicios, sin que pudiera entenderse que la remuneración de esta fase estuviera condicionada a la perfección de las restantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente pleito tuvo su origen en una demanda formulada por el Banco de Inversión "Bankers Trust Company", sucursal en España contra su cliente, "Gestora y Financiera Ávila Rojas, S.L.". Esta última contrató a la primera para que, junto con la dirección de "Ávila Rojas", coordinase una serie de medidas correctoras para estabilizar financieramente al grupo empresarial, así como para expandir las actividades mercantiles de dicho grupo. En el contrato que unía a las partes, de fecha 15 de febrero de 1999, se establecían cuatro fases de actuación: Análisis inicial; Venta de activos no estratégicos; Búsqueda de socio; y Organización de la refinanciación. La remuneración pactada para la fase I (Análisis inicial), cuya duración máxima quedó fijada en cinco meses, era de 14.000.000 de pesetas -más IVA- mensuales. Mantenía la actora en su demanda que, pese a haber cumplido correctamente el contrato en relación con las Fases

1 y 2, la demandada no había abonado cantidad alguna por los servicios prestados. Por ello solicitaba la condena de la demandada a pagar la cantidad de 70.000.000 de pesetas de principal, 11.200.000 de pesetas en concepto de IVA, más los intereses devengados desde el primer requerimiento fehaciente de pago.

Frente a tal pretensión se opuso la parte demandada y alegó, en esencia, un incumplimiento de la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada al pago a la actora de 35.000.000 de pesetas más IVA. El Juzgado reduce la cuantía reclamada en atención a que no se habían cumplido los objetivos previstos en los apartados b), c) y d) de la cláusula relativa a honorarios.

Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia estimó el recurso formalizado por la actora y desestimó el de la demandada al entender que el contrato que unía a las partes era de naturaleza compleja, que en la Fase I participaba claramente de la naturaleza de los contratos de arrendamiento de servicios sin que pudiera entenderse que la remuneración de esa Fase estaba condicionada a la perfección de las restantes, cuya naturaleza entendía más cercana al arrendamiento de obra. La Audiencia considera plenamente acreditado el cumplimiento de los servicios de asesoramiento, motivo por el cual, condena a la demandada a que abone a la actora la suma de 420.708,47 euros (equivalente a 70.000.000 de pesetas), más IVA y el interés legal del dinero desde el 14 de septiembre de 2000, fecha en la que fue reclamado el pago de manera fehaciente.

La parte demandada ha interpuesto recurso de casación, con cobertura en el artículo 477.2,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la base de dos motivos: infracción de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil y vulneración del artículo 1214 del Código Civil; este último motivo fue inadmitido mediante auto de 7 de octubre de 2008 al plantear cuestiones que excedían del ámbito del recurso de casación.

SEGUNDO.- El único motivo de casación admitido gira en torno a una supuesta errónea interpretación del contrato suscrito entre las partes, puesto que el recurrente entiende que la Audiencia Provincial incurrió en manifiesto error al calificar el mismo como complejo y entender que la primera fase del contrato -desarrollada por la actora y objeto de reclamación pecuniaria- tenía una naturaleza de "arrendamiento de servicios", no condicionada, por tanto, a la obtención de un determinado resultado, sino susceptible de ser remunerada por la mera prestación de la actividad.

La parte recurrente denuncia la vulneración de los artículos 1281 y

siguientes del Código Civil, y con ello hace uso de una fórmula rechazada reiteradamente por la doctrina de la Sala, al resultar incompatible con la exigencia de concreción de la infracción sustantiva que se considera cometida (Sentencia de 22 de enero de 2008, entre otras muchas). Además, ha incurrido en otro defecto formal, consistente en citar como infringido el artículo 1281 del Código Civil, sin especificar a cuál de los dos párrafos del citado precepto se refiere. Es sobradamente conocido que cada uno de estos párrafos regulan situaciones diferentes, por lo que no pueden ser vulnerados al mismo tiempo, por cuanto el primero de ellos se refiere a la interpretación literal de los contratos, y el segundo se contrae a la fijación de la intención de los contratantes, que prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras contenidas en el contrato, cuando los términos de éste no sean claros y parezcan contrarios a la voluntad de los contratantes. Resulta casacionalmente inadmisibles citar como infringido el artículo 1281 del Código Civil, sin especificar cuál de los dos párrafos se considera vulnerado por la Sentencia recurrida. (SSTS de 7 de noviembre de 2007 y 25 de enero de 2008, entre las más recientes). Tales razonamientos conducen necesariamente a la desestimación del recurso de casación.

Cabe añadir que, tal y como aduce la propia parte recurrente en su escrito de formalización del recurso, es función de los tribunales de instancia la interpretación y calificación de los contratos, no pudiendo ser revisada en casación la efectuada en las instancias anteriores, salvo en caso de falta de lógica, arbitrariedad o ilegalidad. Estos defectos no son predicables de la sentencia recurrida, que en su Fundamento de Derecho Tercero, acude a una interpretación literal del contrato y concluye que la primera Fase del contrato, está conformada por unos trabajos autónomos, propios de un contrato de prestación de servicios y para los que se fijó una remuneración independiente del resto de las fases del negocio jurídico que se celebró. Estima, en fin, la demanda al considerar probado que los trabajos de la tan referida Fase Primera, han sido correctamente realizados por la ahora recurrida.

TERCERO.- Conforme a lo previsto en el primer párrafo del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al desestimarse el recurso, procede imponer las costas del mismo a la parte recurrente, artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de "Gestora y Financiera Ávila Rojas, S.L." contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª).

2º.- Imponer las costas de este recurso a dicha parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala 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. Román García Varela.- Francisco Marín Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Román 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.



TS Sala 2ª, Sentencia 22 octubre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Necesidad de reiterar la declaración ante el juez

Absolución del delito contra la salud pública

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge los formulados por los otros imputados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, absuelve al recurrente del referido delito, pues las manifestaciones realizadas de forma espontánea a agentes policiales por un imputado, ya detenido, no pueden ser valoradas como prueba de cargo si no son reiteradas ante la autoridad judicial en declaración prestada con todas las garantías, porque solamente ante el juez es posible preconstituir prueba, lo que conduce a negar valor probatorio, propio y autónomo, a cuantas diligencias de declaración sean prestadas ante agentes de la autoridad, si luego no son ratificadas ante la autoridad judicial con todas las garantías exigibles.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Todos los recurrentes han sido condenados como autores de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, en grado de tentativa. Contra la sentencia interponen todos ellos recurso de casación en escritos independientes.

Recurso de Cesáreo

En el primer motivo denuncia la vulneración de la presunción de inocencia. Se le imputa haberse trasladado el 30 de marzo de 2007 al aeropuerto de Madrid-Barajas en una furgoneta junto con otras personas, entre ellas Olegario, con la finalidad de hacerse con la mercancía en la que se encontraba oculta la droga, y haber pagado con su tarjeta de crédito personal 433,50 euros de la factura librada a nombre de Valentín, que

utilizaba Olegario, para recoger la documentación original de la mercancía, aunque ésta no pudo ser retirada por ser necesario despachar la expedición a través de la Agencia de Aduanas. Igualmente se declara probado que fue detenido el 30 de mayo portando la misma tarjeta utilizada. Nada se dice acerca de que apareciera en el momento de la recepción de la mercancía con la droga. Argumenta que su presencia se debía solamente a haber sido contratado como transportista, a lo que se dedica habitualmente.

En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal, pues no existe prueba suficiente de la concurrencia de los elementos del tipo, ni los hechos probados pueden encuadrarse en un delito contra la salud pública al no contener el elemento

subjetivo del injusto.

En ambos motivos plantea en realidad la vulneración de la presunción de inocencia, lo que permite su examen conjunto.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual implica que es preciso que se haya desarrollado, con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, una actividad probatoria de cargo, bajo la iniciativa de la acusación, cuyo contenido incriminatorio sea suficiente para desvirtuar racionalmente aquella presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos determinados hechos y la participación del acusado en ellos.

La verificación de la existencia de prueba de cargo bastante requiere una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea. Ello debe permitir, además, descartar por insuficientemente razonable la versión alternativa que, en su caso, ofrezca el acusado (STS núm. 242/2009 y STS núm. 248/2009).

2. En el caso, para afirmar la participación del recurrente en el hecho delictivo, el Tribunal se basa, principalmente en dos datos. En primer lugar, que el recurrente se trasladó desde Valencia a Madrid con la finalidad de recoger la mercancía donde se encontraba la droga, junto a otras personas. En segundo lugar, que la cantidad que era necesario pagar para recoger la documentación de la mercancía, fue abonada por el recurrente mediante su tarjeta de crédito.

Sostiene el recurrente que el primer hecho nada acredita, y que lo que ocurrió realmente es que fue

contratado para hacer un transporte, a lo que se dedica habitualmente, lo que viene demostrado por sus tarjetas de trabajo y anuncios publicitarios, y además concuerda con el hecho de que se identificara y utilizara su propia tarjeta y con su ausencia y nula participación cuando posteriormente se recibe ya la mercancía en Valencia. La argumentación de la defensa permitiría considerar razonable la versión alternativa que sostiene, pero nada, salvo la participación en los hechos, explica que, quien pretende ser solo un mero transportista abone con cargo a su propia tarjeta de crédito el importe de un gasto originado por la operación y no por el transporte para el que ha sido contratado, máxime cuando, según su declaración, junto a él se encontraba la persona que le había encargado el transporte. En el motivo se razona que la finalidad de aquel pago era evitar otro viaje, pero tal cosa no sería necesaria para el recurrente, ya que la mercancía se iba a entregar en Valencia y no en Madrid, y en consecuencia, el transporte carecía ya de razón de ser. De todo ello resulta el conocimiento de que se estaba realizando una operación de recepción de drogas, dada la nula relación del recurrente con la importación de artesanía peruana.

Por lo tanto, la valoración del Tribunal ha sido razonable y ambos motivos deben ser desestimados.

SEGUNDO.- En el tercer motivo, también al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 28 del Código Penal. En caso de estimar que conocía el contenido de la mercancía, debió ser considerado como cómplice, pues cualquiera habría podido pagar los cargos y conducir la furgoneta. Se refiere al hecho de haber pagado los gastos de la documentación sin que, como dice la sentencia, le devolvieran su importe.

1. El Tribunal ha considerado que el recurrente es uno más de los que procedían a recepcionar la droga enviada desde Perú, y no solo un colaborador de los demás. Ello lo deduce de su participación haciéndose cargo de los gastos de la documentación, que nada tienen que ver con la labor propia de un mero transportista. Se excluye así la complicidad.

2. En cuanto a la justificación de la recuperación de esa cantidad, según la defensa, adelantada por el recurrente, en realidad se vuelve a cuestionar la correcta enervación de la presunción de inocencia. Es cierto que la demostración de que los 433,5 euros abonados le fueran devueltos al retornar a Valencia, así como la prueba de haber recibido el importe del transporte podría constituir un elemento relevante en orden a la consistencia de su versión, que precisaría de una valoración expresa. Pues si lo adelantó a causa de necesidades o conveniencias del momento, resultaría lógico que se lo devolvie-

ran, además del precio del viaje, a su retorno a Valencia. Pretende el recurrente que ese aspecto queda demostrado por un ingreso de 300 euros que realizó su esposa. Pero ni aparece el pago del transporte, ni el importe del citado ingreso coincide con la cantidad adelantada, ni aparece como autor del ingreso ninguno de los que le encargaron el transporte.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso de Serafín

TERCERO.- En el motivo primero denuncia la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, afirmando que no existe prueba alguna que pueda servir de base para condenarle y que el Tribunal ha obviado datos que deberían haber determinado su absolución.

En el motivo segundo, con apoyo formal en el artículo 849.2 de la LECrim, señala que la condena se basa en el único hecho del que fue acusado, consistente en que se advirtió su presencia, se dice que “en actitud vigilante” a unos 50 metros del lugar donde se depositó la mercancía. Además, dice, que el Tribunal valora que al ser trasladados al lugar donde estaban los otros detenidos, al coacusado Olegario manifestó que esas dos personas, refiriéndose al recurrente y a Gustavo, habían sido quienes le ofrecieron hacerse cargo de la mercancía y le habían entregado el pasaporte de Camerún. Sin embargo, dice, son declaraciones obtenidas por referencia de los Guardias Civiles, una vez que el coacusado estaba detenido y sin asistencia letrada. Y ya en sede de Policía Judicial, precisó que quien le había encargado el trabajo y entregado el pasaporte había sido el coacusado Gustavo, que además, iba solo, y aunque luego apareció otra persona esa no era el recurrente. Ello coincide con las declaraciones del recurrente Gustavo. Y, en cualquier caso, se trataría de una declaración de un coimputado y precisarían de corroboración.

1. Aunque el segundo motivo se ampara formalmente en el artículo 849.2 de la LECrim, que como es sabido permite la rectificación del relato fáctico cuando el particular de un documento demuestre un error del Tribunal al declarar o al omitir declarar probado un hecho, siempre que lo acredite por sí mismo y que sobre ello no existan otras pruebas, lo cierto es que en su argumentación se cuestiona nuevamente la vulneración de la presunción de inocencia, por insuficiencia o invalidez de las pruebas de cargo valoradas por el Tribunal. Por lo tanto, ambos motivos se examinan conjuntamente.

2. Es cierto que fue acusado, y es condenado, por encontrarse en las inmediaciones del lugar donde se descarga la mercancía con la droga, en actitud vigilante, aunque el Tribu-

nal, razonablemente, extrae de tal hecho su participación en la operación de recepción de la droga. La prueba fundamental que emplea el Tribunal para considerar acreditada la participación del recurrente, además de su presencia en el lugar, está constituida por las manifestaciones del coacusado Olegario según las cuales, tal como se recoge en la sentencia, el recurrente y Gustavo son quienes le encargaron hacerse cargo de la mercancía y le entregaron el pasaporte de Camerún. Manifestaciones que fueron realizadas a los Guardias Civiles tras ser detenido y en sus declaraciones ante la Guardia Civil, luego ratificadas en el Juzgado de instrucción. El recurrente afirma que son conocidas solo por el testimonio referencial de los agentes, ya que en las dependencias policiales precisó que solo había sido Gustavo, quien entonces no estaba acompañado, y que otra persona que después apareció con aquel no era el recurrente.

3. Las manifestaciones realizadas de forma espontánea a agentes policiales por un imputado, ya detenido, no pueden ser valoradas como prueba de cargo si no son reiteradas ante la autoridad judicial en declaración prestada con todas las garantías (STC núm. 51/1995 y STC núm. 206/2003, entre otras muchas). En primer lugar, porque la declaración del imputado, y con mayor razón si está detenido, solo es válida, a cualquier efecto, si viene rodeada de las garantías que impone la Constitución y la ley: previa y adecuada información de sus derechos y asistencia letrada, previsiones orientadas a garantizar que la declaración se presta de forma voluntaria y libre. En segundo lugar, porque solamente ante el Juez es posible preconstituir prueba, lo que conduce a negar valor probatorio, propio y autónomo, a cuantas diligencias de declaración sean prestadas ante agentes de la autoridad, si luego no son ratificadas ante la autoridad judicial con todas las garantías exigibles.

4. La Sala ha examinado la causa al amparo del artículo 899 de la LECrim, y hay comprobado que en sede policial, el coimputado Olegario, ante la Guardia Civil, informado de sus derechos y asistido de letrado, manifestó que quien le propuso hacerse cargo de la mercancía y le entregó el pasaporte fue Gustavo, aunque estaba acompañado de otra persona, a la que identifica como el recurrente Serafín. En el Juzgado de instrucción declaró con todas las garantías y manifestó que ratificaba su declaración ante la Guardia Civil, acogiéndose a su derecho a no declarar, lo que debe entenderse, dado el tenor literal de lo consignado, como expresión de su derecho a no añadir nada a lo ya dicho, pues consta expresamente que ratifica lo ya declarado con anterioridad.

En el juicio oral, tal como resulta del acta, se acogió a su derecho a no

declarar. El Ministerio Fiscal, en el momento correspondiente a la práctica de la prueba documental, solicitó la lectura de sus declaraciones. La defensa del acusado Pedro Francisco indicó, según se hace constar en el acta, que “las declaraciones que por lectura solicita el Ministerio Fiscal se incorporen como documental, deberán serlo en calidad de testigo”, observación a la que se adhirieron las demás defensas salvo la del acusado Olegario. A renglón seguido se hace constar en el acta que “no impugnándose por ningún letrado dichas declaraciones, no se considera necesaria su lectura en el acto, renunciando a ello el Ministerio Fiscal”.

Por lo tanto, en primer lugar y como ya se ha dicho, las manifestaciones del coacusado Olegario prestadas ante los agentes de la autoridad al ser detenido, previamente a ser informado de sus derechos constitucionales y sin asistencia letrada, no son válidas, por sí mismas, como prueba de cargo.

Resta considerar si las prestadas ante la Guardia Civil, luego ratificadas ante la autoridad judicial, que son diligencias válidas, dadas las circunstancias del proceso, y especialmente la forma en que han sido incorporadas al plenario, pueden ser valoradas como prueba de cargo, dado que en el juicio oral se acogió a su derecho a guardar silencio. Y, en su caso, si constituyen prueba de cargo al proceder de un coimputado.

5. En cuanto a la primera cuestión, cuando el imputado declara en el juicio oral en forma distinta a como lo hizo ante el Juez de instrucción, la jurisprudencia, en una interpretación amplia de la norma, ha aceptado que aquellas declaraciones prestadas ante la autoridad judicial, de forma inobjetable, pueden ser incorporadas al juicio oral por la vía del artículo 714 de la LECrim (STS núm. 830/2006 y 25/2008, entre otras). Asimismo, con carácter general, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que tal incorporación debe realizarse mediante su lectura, que es la forma prevista en la ley y que, por lo tanto, debe ser considerada la ordinaria. Sin embargo, evitando la exigencia de formalismos prescindibles, también ha aceptado que la incorporación al plenario tenga lugar mediante el interrogatorio a través de las preguntas que se efectúen al declarante, dándole de esta forma la oportunidad de aportar las explicaciones pertinentes acerca de lo dicho o de las contradicciones que se aprecien entre las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción y las prestadas en el plenario. Por el contrario, no ha considerado válido practicar la prueba mediante el recurso a dar por reproducida la declaración como prueba documental (STS núm. 94/2001, por todas).

Cuando el acusado decide acogerse a su derecho a guardar silencio en el plenario, habiendo declarado en

instrucción ante el Juez, el Tribunal Constitucional, aunque no ha negado la posibilidad de valorar esas declaraciones sumariales como prueba de cargo si se incorporan adecuadamente al plenario en condiciones de que la defensa las someta a contradicción, ha entendido que no se trata de un supuesto de auténtica retractación (artículo 714 LECrim) o de imposibilidad de practicar la declaración (artículo 730 LECrim). Es claro que no se trata de un supuesto cobijable en el artículo 730, pues el ejercicio del derecho a no declarar no puede identificarse con imposibilidad de practicar la declaración. También lo es que, en estos casos, el declarante no ratifica ni rectifica lo ya declarado, pues se limita a guardar silencio. Pero la LECrim no prevé otra forma de incorporar tales manifestaciones al material probatorio durante el plenario, por lo que una interpretación literal de esos preceptos impediría la práctica de la prueba en el juicio oral a través de la lectura de las declaraciones. La jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, ha entendido hasta ahora que también en esos casos es posible acudir a la aplicación del artículo 714 de la LECrim, dando lectura a las declaraciones prestadas ante el Juez y dando al acusado la oportunidad de manifestarse en ese momento sobre lo entonces declarado.

Es evidente que la decisión del imputado acogiéndose al derecho a no declarar constituye una manifestación de su derecho de defensa, y que no es una posición irreversible, de manera que, oída la lectura de la declaración sumarial puede decidir responder a alguna pregunta e, incluso, puede hacer las aclaraciones que considere pertinentes a través del ejercicio del derecho a hacer uso de la última palabra, como una manifestación del derecho de defensa ejercido personalmente.

De otro lado, la declaración del imputado o coimputado, aunque solamente es posible hacer uso de su contenido documentado al no prestarse ante el Tribunal del enjuiciamiento, no es una prueba documental, sino una prueba personal, aunque su acceso a esa prueba, en las manifestaciones de contenido inculpatario, tenga lugar sin intermediación. Es por ello que el momento adecuado para su lectura es el del interrogatorio de quien declaró en la instrucción y no el de la prueba documental, pues en todo caso debe permitirse al declarante la aclaración de lo ya manifestado.

6. En el caso, el coimputado Olegario, como se ha dicho, declaró ante la Guardia Civil reconociendo al recurrente como la persona que acompañaba a Gustavo cuando éste le propuso hacerse cargo de la droga y cuando más tarde le entregó el pasaporte a nombre del destinatario. Ante el Juez de instrucción, debidamente asistido e informado de sus derechos manifestó que ratificaba la declara-

ción policial, acogiéndose a su derecho a no declarar. En consecuencia, no realizó ninguna otra manifestación. En el acto del juicio oral se acogió nuevamente a su derecho a no declarar, sin que en ese momento se solicitara la lectura de lo declarado ante el Juez.

En el momento de la práctica de la prueba documental, el Ministerio Fiscal solicitó la lectura de sus declaraciones previas, lo que no fue practicado finalmente al no considerarlo necesario el Tribunal y al renunciar el Ministerio Fiscal a su lectura, por lo que se dio por reproducida como prueba documental, a pesar de que una de las defensas manifestó, adhiriéndose las demás, salvo la del coimputado Olegario, que su incorporación debería hacerse como prueba testifical.

La Sala entiende que esta forma de practicar la prueba no permite la valoración de su contenido como prueba de cargo. La razón de que sea necesario proceder a la lectura de la declaración prestada ante el Juez en fase de instrucción, cuando no es ratificada en el juicio oral y su contenido puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo contra el propio declarante o contra un coimputado, se encuentra fundamentalmente en la puesta de manifiesto al declarante, en condiciones aptas, para la contradicción, de lo que ya había manifestado con anterioridad ante el Juez, con la finalidad de permitirle las aclaraciones o precisiones necesarias, o de guardar silencio si no considera pertinente hacer alguna, y así facilitar al Tribunal la valoración de una declaración auto o heteroinculpatória cuya práctica no ha presenciado.

La omisión de la lectura no impide al Tribunal examinar el acta de la diligencia ni valorar su contenido en relación con las demás pruebas disponibles, pero en tanto que en esas circunstancias la defensa del perjudicado por aquella declaración inculpatória no puede plantear a su autor la expresión de las causas de la retractación o de la ausencia de ratificación expresa, suprime la publicidad de la prueba, la oralidad de su práctica y la posibilidad de contradicción en una medida que no resulta asumible desde la perspectiva del derecho al proceso justo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha negado valor probatorio a las declaraciones sumariales incorporadas como documental mediante la fórmula "por reproducida", aun cuando la actuación cuente con el acuerdo de la defensa o del mismo acusado, pues "es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o inculpatórias, es decir, no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad (STC 161/1990, por todas)".

En consecuencia, las declaraciones del coimputado Olegario no constituyen prueba de cargo contra el recurrente.

7. La segunda prueba considerada por el Tribunal es su presencia en una parada de autobús, a unos 50 metros del lugar donde se descarga la mercancía, en actitud vigilante, junto con Gustavo. Según se dice en el motivo, los agentes de la Guardia Civil, preguntados en juicio, aclararon que calificaron su actitud como vigilante porque miraban hacia el lugar donde se descargó la mercancía. No se precisa si realizaban alguna otra acción o durante cuanto tiempo dirigieron su mirada hacia ese lugar.

El indicio, además de que, descartadas otras pruebas, es único, no es unívoco. El recurrente sostiene que se encontró con su conocido Gustavo, y que hablaban hasta que fueron detenidos. Versión que es coincidente con la del citado Sunday, que afirma que se encontraron por casualidad y niega que el recurrente tuviera conocimiento alguno de la operación. En realidad, no es extraño que miraran hacia el lugar donde se descargó la mercancía, ya que se encontraban a escasa distancia, la descarga se hacía a la luz del día y se trataba de 22 bultos con un peso superior a los 500 kilos.

El único indicio existente, por lo tanto, no reviste un extraordinario poder probatorio, y los datos existentes permiten considerar la razonabilidad de la versión alternativa de la defensa.

Lo cual conduce a entender que la presunción de inocencia no puede considerarse enervada por la prueba de cargo, lo que determina la estimación del motivo y la absolución del recurrente.

No es preciso el examen del tercer motivo del recurso.

Recurso de Pedro Francisco

CUARTO.- En el primer motivo, con apoyo en el artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, aunque menciona el principio "in dubio pro reo", su argumentación se refiere a la presunción de inocencia, negando la existencia de prueba de cargo.

En el segundo motivo, aunque comienza quejándose de la indebida aplicación del artículo 369.10 del Código Penal, en el desarrollo insiste en la inexistencia de prueba.

1. El principio "in dubio pro reo" implica que la duda sobre los hechos no puede ser resuelta por el Tribunal aceptando la posibilidad menos favorable para aquél. No concede al acusado un derecho a la duda del Tribunal. O dicho mejor, a que el Tribunal permanezca en la duda incluso en el momento de su decisión. Pues, ordinariamente, debe aceptarse

que el Tribunal comienza, o debe comenzar, el juicio oral en la duda acerca de la consistencia de la hipótesis acusatoria, ya que la presunción de inocencia impone partir de que el acusado es inocente y de que es preciso demostrar su participación en un hecho previamente acreditado. La razonabilidad de la acusación introduce la duda acerca de la pervivencia de aquella presunción.

Es la valoración de la prueba lo que permitirá al Tribunal superar la duda inicial y optar por una versión fáctica que considere debidamente respaldada por la prueba practicada. En realidad, lo que significa el principio "in dubio pro reo" es que si el Tribunal no ha podido resolver la duda sobre los hechos en la valoración de la prueba, al establecer la necesaria narración fáctica no puede optar por la ocurrencia más desfavorable para el reo.

Por lo tanto, solo en estos casos tiene acceso a la casación. Si el Tribunal expone, directa o indirectamente, que, tras el examen de la prueba, no ha podido resolver la duda sobre la acreditación de los hechos imputados, debe optar por la versión más favorable al acusado. Si no lo hiciera así, la sentencia debería ser casada. Si, por el contrario, resuelve la duda, la cuestión, ya en el ámbito de la presunción de inocencia, se contrae a establecer, al resolver los recursos, la existencia y validez de las pruebas y la racionalidad del proceso de valoración de las mismas.

2. En el caso no se infringe el "in dubio pro reo", pues el Tribunal establece una narración de los hechos de forma terminante sin expresa duda alguna que no haya podido resolver tras la valoración de la prueba.

Dejando a un lado, y aunque se trate de una mera alegación formal, que el artículo 369.10 del Código Penal no ha sido aplicado por el Tribunal, ya en relación con la presunción de inocencia, de la sentencia resulta que la narración fáctica se apoya expresamente en las pruebas de cargo que ha valorado. Efectivamente, el recurrente se encontraba en las inmediaciones del lugar donde se descarga la mercancía, según el hecho probado, a escasos metros.

Y al ser detenido se le ocupó, como objetos más significativos, un resguardo de un ingreso en efectivo por 475 euros, en el que figuraba como ordenante Valentín, identidad del destinatario de la mercancía donde estaba la droga, y como beneficiario el titular de Aduanas de Madrid encargada de los trámites aduaneros; varias tarjetas de visita de la Agencia de Aduana Transacciones Aduaneras, S.L. de Valencia, a nombre de Casiano, el cual había solicitado a la Agencia de Madrid-Barajas el despacho de la expedición, una nota manuscrita con la dirección a la que se

dirigía el envío de la mercancía y una fotocopia de una tarjeta de residencia a nombre de Gustavo.

De todos estos elementos se puede deducir de forma altamente razonable, como ha hecho el Tribunal y pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe a esta Sala, la vinculación del recurrente con la operación de recepción de la droga y con el lugar de la entrega, sin que exista ninguna explicación alternativa que deba ser analizada, por lo que ambos motivos se desestiman.

QUINTO.- En el motivo tercero, con apoyo en el artículo 849.1 de 1 LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 28 del Código Penal, pues sostiene que, en todo caso, debió ser castigado como cómplice. Insiste en la pertinencia de la absolución, y en caso negativo, "por ser tan circunstanciales los indicios existentes, se califique su grado de participación de cómplice...".

1. En anteriores sentencias de esta Sala hemos señalado las dificultades de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del favorecimiento del favorecedor (STS núm. 643/2002, de 17 de abril), con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (STS núm. 1056/2007).

2. En el caso, en primer lugar, debe aclararse que la debilidad de los indicios no permiten degradar la autoría a complicidad. Una u otra debe ser apreciada en función de los hechos que se declaran probados mediante los indicios. La suficiencia de éstos afecta a la presunción de inocencia, y no a la distinción entre autoría y complicidad.

Según los hechos probados, el recurrente se encontraba a unos escasos metros del portal donde se entregaba la mercancía. Los efectos encontrados en su poder demuestran su vinculación con la operación de recepción, por lo que su conducta constituye un claro acto encaminado a la tenencia material de la droga. No se trata, pues de ninguna actividad de segundo orden o de colaboración o auxilio al favorecedor, en términos de la jurisprudencia citada.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso de Gustavo

SEXTO.- En el primer motivo de su recurso, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, se queja de la que considera indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal, pues niega el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y la voluntad de realizarlo. De los indicios disponibles, afirma, no puede deducirse que el recurrente supiera el contenido de las cajas descargadas, ni siquiera que tuviera alguna relación con la mercancía transportada.

En el segundo motivo denuncia expresamente la vulneración de la presunción de inocencia, negando racionalidad a la inferencia realizada por el Tribunal respecto de su participación.

Ambos motivos se examinan conjuntamente.

1. Como el propio recurrente reconoce, el Tribunal no se basa en un único indicio sino en varios. En primer lugar, su presencia física en las inmediaciones; en segundo lugar, que en ese momento tenía en su poder un teléfono móvil cuyo número era el que se había proporcionado como teléfono de contacto a la compañía Iberia-Lima en relación con el envío donde se escondía la droga y al que habían llamado los Guardias Civiles que iban a entregar controlada de la mercancía con la droga para precisamente avisar de tal entrega; y, en tercer lugar, la declaración de Olegario en el sentido de que fue el recurrente quien le propuso hacerse cargo del envío y quien le facilitó el pasaporte de Camerún. El recurrente valora la inexistencia de intento de huida, pero según resulta de la prueba testifical, la intervención de los agentes fue prácticamente simultánea, lo que lo explicaría como la renuncia a un intento inútil.

2. Aun cuando, por lo dicho más arriba, deba prescindirse de la declaración inculpatoria del coimputado Olegario, al no haber sido incorporada válidamente al plenario, los otros indicios existentes, especialmente la posesión del teléfono utilizado para recibir la llamada de la Guardia Civil advirtiendo a los destinatarios de la mercancía de su llegada, resulta suficiente para aceptar como razonable la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal estableciendo la participación del recurrente.

Por todo ello, el motivo se desestima.

Recurso de Olegario

SÉPTIMO.- En el primer motivo, con apoyo en el artículo 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración de la presunción de inocencia en relación, muy concretamente al hecho de haber sido el recurrente quien acudió el 30 de marzo al aeropuerto de Madrid-Barajas identificándose como Valentín. Nadie lo

ha identificado como tal, y en la sentencia no existe ningún razonamiento que lo justifique.

1. El Tribunal Constitucional ha señalado, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en su aspecto del derecho a una resolución suficientemente motivada, que “el déficit de motivación en relación con la valoración de la prueba y la determinación de los hechos probados supondría, de ser apreciado, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia” (por todas, SSTC 249/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 124/2001, de 4 de junio, FJ 8; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 2).

2. En el caso, como argumenta el Ministerio Fiscal, que ha apoyado el motivo, en la sentencia no se menciona ninguna prueba o indicios que permitan afirmar que la persona que el 30 de marzo se identificó en Madrid-Barajas con la documentación a nombre de Valentín, como destinatario del envío con la droga, era precisamente el recurrente. Tal ausencia de valoración expresa de la prueba conduce a la estimación del motivo y a la desaparición de esa afirmación fáctica de los hechos probados.

El motivo se estima.

OCTAVO.- En el motivo segundo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal, al faltar el elemento subjetivo en cuanto que desconocía la existencia de droga en las cajas que aceptó descargar.

1. El razonamiento del Tribunal respecto a este extremo se extrae de su valoración de la prueba en la que tiene en cuenta que el recurrente estaba en el lugar de descarga de la mercancía, con un pasaporte a nombre de otra persona, que exhibió a los agentes que realizaban la entrega controlada y que firmó el albarán de entrega. Estos datos resultan de su misma declaración, así como de la de los agentes intervinientes.

2. Como se ha dicho en innumerables ocasiones, el elemento subjetivo es ordinariamente inferido de datos objetivos debidamente acreditados a través de un razonamiento inferencial cuya racionalidad es controlable en casación.

En el caso, la conclusión del Tribunal es razonable, pues, admitiendo la versión del propio recurrente, es claro que quien acepta de un desconocido, a cambio de dinero y mediante la utilización de una documentación falsa, hacerse cargo de una mercancía mientras el desconocido se limita a vigilar en las inmediaciones, necesariamente debe suponer que la clandestinidad de la operación que se desprende de su propia mecánica, indica la ilicitud de la conducta, de forma que, si no se puede verificar que ha requerido ex-

plicaciones o ha impuesto condiciones, está aceptando la participación sin límite alguno.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, sostiene que en todo caso debió ser castigado como cómplice.

1. El Ministerio Fiscal ha apoyado el motivo. De la estimación de los motivos anteriores resulta que los hechos subsistentes imputables al recurrente se reducen a su participación en la descarga de la mercancía aceptando el encargo de un tercero, añadiendo en el motivo, que tal cosa la hacía vigilado y controlado en todo momento por quien se lo había encargado.

2. En realidad, de lo que resulta probado, su actuación quedaría limitada a la firma de la recepción de los paquetes conteniendo la mercancía donde se ocultaba la droga. No está acreditado que fuera a ejecutar ninguna acción posterior encaminada a asegurar que los auténticos responsables se hicieran cargo de la sustancia. Aunque como hemos señalado más arriba, la jurisprudencia ha considerado excepcional la posibilidad de apreciar la complicidad dada la amplia forma en la que está configurado el tipo, en el caso es posible considerar que la acción del recurrente se limitaba a un favorecimiento de quien ejecuta la acción típica, y por lo tanto es posible calificar su conducta como complicidad.

El motivo se estima.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Serafín, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Cuarta), con fecha 13 de febrero de 2009, en causa seguida contra el mismo y otros cuatro más, por delito contra la salud pública. Con declaración de oficio de las costas correspondientes a este recurso.

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Olegario, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Cuarta), con fecha 13 de febrero de 2009, en causa seguida contra el mismo y otros cuatro más, por delito contra la salud pública. Con declaración de oficio de las costas correspondientes a este recurso.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de Casación interpuestos por las representaciones procesales de Pedro Francisco, Gustavo y Cesáreo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección

Cuarta), con fecha 13 de febrero de 2009, en causa seguida contra el mismo y otros cuatro más, por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Luciano Varela Castro.- Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

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

El Juzgado de Instrucción número 9 de los de Valencia, instruyó Sumario con el número 15/2007 por delito contra la salud pública, contra Olegario, mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido en Benin el 1/10/1979; Serafín, mayor de edad y con antecedentes penales, nacido en Nigeria el 26/11/1976; Cesáreo, mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido en Senegal el 6/05/1955; Gustavo, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en la presente causa, nacido en Nigeria, el 26/11/1976 y Pedro Francisco, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en la presente causa, nacido en Senegal el 6/5/1955; y una vez declarado concluso el Sumario, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4ª, rollo 29/2008) que, con fecha trece de febrero de dos mil nueve, dictó Sentencia condenando a Olegario, a Cesáreo, a Serafín y a Gustavo, como autores de un delito contra la salud pública en grado de tentativa, en su modalidad de cantidad de notoria importancia y de sustancias que causan un grave daño a la salud, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena para cada uno de ellos de cinco años y un día de prisión, multa de seiscientos mil euros e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena: y condenando a Pedro Francisco, como autor de un delito contra la salud pública en grado de tentativa, en su modalidad de cantidad de notoria importancia y sustancias que causan un grave daño, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de siete años de prisión, multa de ochocientos mil euros e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena: Imponiendo el pago de las costas procesales a los condenados, en una quinta parte a cada uno de ellos y acordando la destrucción de

la sustancia incautada. Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por el acusado, por la Acusación particular y por el Ministerio Fiscal y que ha sido casada y anulada parcialmente, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia, salvo lo relativo a la identificación del acusado Olegario como una de las personas que el 30 de marzo de 2007 se presentaron en la oficina de aduanas del aeropuerto de Madrid-Barajas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver al acusado Serafín y condenar como cómplice al acusado Olegario, imponiendo a este último la pena de un año, seis meses y un día de prisión y multa de 350.000 euros.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Debemos absolver y absolvemos al acusado Serafín del delito contra la salud pública del que venía acusado, dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra él.

Debemos condenar y condenamos al acusado Olegario como cómplice de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, ya definido, a la pena de un año, seis meses y un día de prisión y multa de 350.000 euros. Accesorio de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa de 30 días.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Luciano Varela Castro.- Enrique Bacigalupo Zapater.

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

TS SOCIAL

2009/276099

TS Sala 4ª, Sentencia 26 octubre 2009. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

Al llegar a la jubilación

Exclusión de los afectados por ERE del disfrute de economato

El TS desestima los recursos de casación interpuestos por las asociaciones demandantes frente a sentencia que rechazó declarar el derecho de los trabajadores de la empresa afectados por el ERE debatido a continuar disfrutando del economato del que disfrutaron hasta mayo de 2006, fecha de regularización y revisión, por la empresa demandada, del censo de beneficiarios del economato.

La Sala señala que en el ERE aquí discutido se acordó excluir la posibilidad de que una vez alcanzada la jubilación reglamentaria por los trabajadores afectados se pudiera seguir disfrutando del beneficio postulado y, el hecho de que los Convenios Colectivos posteriores regulen el derecho de los jubilados o pensionistas al disfrute del economato no significa que ese derecho alcance al colectivo reclamante pues la diferencia salarial no posee, en este caso, un significado discriminatorio; esa diferencia de trato que existe obedece a circunstancias plenamente justificadas y razonables.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda de conflicto colectivo que ha dado origen al presente recurso de casación, planteada por la "Asociación de Trabajadores de Asturias" y por la "Asociación de Cuadros de Ensidesa", tenía como pretensión la de que se declarase el derecho de los trabajadores de la empresa que resultaron afectados por el Expediente de Regulación de Empleo (ERE) número 233/1992 a continuar disfrutando del economato del que disfrutaron hasta mayo de 2006.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó la demanda. Para ello, entendió que el colectivo de trabajadores afectados por el conflicto, los que fueron en su día incluidos en el ERE 233/1992, rigen su relación de derechos y obligaciones en relación con la empresa en función de lo acordado y decidido en dicho expediente, que fue aprobado por Resolución de 4 de febrero de 1993 y en cuyo texto, a pesar de que el periodo de consultas terminó sin acuerdo, se incluía el alcanzado entre la empresa y los sindicatos UGT, USO y CC el 19 de enero de 1993 como complemento de ese expediente. De esta forma, en el Anexo 2 de ese Acuerdo se establecía que aquellos trabajadores que hubiesen optado por la prejubilación ofertada por la empresa podrían disfrutar del economato laboral hasta el momento de la jubilación reglamen-

taria o definitiva, lo que significaba claramente que a partir de ese momento no podrían seguir haciéndolo.

No obstante, lo cierto es que ese colectivo continuó utilizando el economato hasta que en mayo de 2006 la empresa decidió darles de baja en el censo de usuarios de dicho beneficio social. Pero ello no significa que existiese un derecho distinto, se dice por la Sala de Asturias, del pactado y asumido en el ERE, desde el momento en que -se afirma literalmente en la sentencia recurrida cada uno de tales expedientes "... responde a situaciones distintas estableciéndose condiciones socio laborales diversas, sin que entrañe discriminación alguna, que precisamente en atención a esas distintas condiciones... establecidas en precedentes expedientes al ERE 233/92 la empresa demandada venga abonando el derecho de economato a los trabajadores acogidos a esos otros expedientes".

Además, se añade en ella, ese criterio ya lo había expresado la Sala de Asturias en un conflicto colectivo en el que se dictó sentencia el 22 de septiembre de 2000, que es firme, en relación también con el expediente de regulación de empleo 233/1992 y la pretensión en ese caso de la Asociación de Cuadros que lo promovió para mantener determinados derechos asistenciales de viudedad y orfandad, manteniéndose también el mismo criterio de que son las condiciones pactadas en el ERE las que

determinan el alcance de los derechos y obligaciones exigibles o ejercitables en cada caso.

SEGUNDO.- Frente a esa sentencia han interpuesto recurso de casación la Asociación de Cuadros de Ensidesa y por la Asociación de Trabajadores de Asturias (ATA).

El único motivo que articula en su recurso la Asociación de Cuadros y los dos motivos de la ATA son de contenido jurídico. En primer término se denuncia en ambos casos la infracción de los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, referidos a la interpretación de los contratos, discrepando, en esencia, de la que en la sentencia recurrida ha hecho la Sala de Asturias.

Para resolver este primer punto, común en ambos recursos, debe decirse que resulta plenamente acertado el punto de partida del que arranca el razonamiento de la sentencia recurrida, pues lo cierto es que cada uno de los Expedientes de Regulación de Empleo que se llevaron a cabo en Ensidesa en aquella situación de reestructuración de la industria siderúrgica, tuvieron distinta justificación y contenido, fruto de las negociaciones que en cada caso se llevaron a cabo, o de la resolución administrativa que los aprobó.

En tal sentido, el ERE aquí discutido, el 233/1992, en la página tres de la resolución administrativa autorizante de la extinción de un máximo de 5.905 puestos de trabajo, contiene el referido Acuerdo de 18 de enero de 1993 "sobre cobertura socio laboral para los trabajadores excedentes del plan de competitividad de la Corporación de la Siderurgia Integral", en cuyo Anexo 2 y referido a los "beneficios sociales" se decía que el derecho al beneficio del Economato Laboral correspondería a "los trabajadores excedentes que hayan optado por la jubilación ofertada por la empresa... hasta el momento de acceder a la situación de jubilación reglamentaria".

La interpretación literal de tal texto, en contra de lo que propone la recurrente Asociación de Cuadros, no deja duda alguna sobre el alcance del pacto y excluye claramente la posibilidad de que una vez alcanzada la jubilación reglamentaria por los trabajadores afectados se pueda seguir disfrutando de tal beneficio. Por otra parte, el hecho de que los Convenios Colectivos posteriores al año 1992 regulen el derecho de los jubilados o pensionistas al disfrute del economato no significa que ese derecho alcance al colectivo reclamante, puesto que en el texto del Convenio se contiene la regla general de que quien se jubile seguirá disfrutando del economato en la misma forma que hasta ahora, lo que no puede alcanzar a quienes en las previsiones específicas del Acuerdo y de su aceptación particular por cada uno de los afectados tenían excluido ese derecho una

vez jubilados definitivamente. Tampoco incide en tal pretendido derecho el hecho cierto de que hasta mayo de 2006 los trabajadores incluidos en el repetido expediente 233/92 -que accedieron a la jubilación en fechas muy variables, desde el año 1997 hasta el año 2006- vinieron disfrutando de aquél, pues el derecho no puede nacer del mantenimiento erróneo de un censo de beneficiarios que no se ajustaba a los términos del repetido Acuerdo.

Tampoco cabe acoger el razonamiento de los recurrentes en el sentido de que el derecho ha de mantenerse a quienes, como los aquí afectados, estuvieron incluidos en el censo cerrado en el momento en que se suscribió el "Acuerdo para la continuación de las actividades comerciales que actualmente realiza el Economato Laboral núm. 94", suscrito el 13 de septiembre de 1995, puesto que en esa fecha aún no se había jubilado reglamentariamente ninguno de aquéllos. Si en el censo de 30 de diciembre de 1999 no se excluyó a ninguno de los afectados por el ERE 233/92, en el que se dice que se incluirán a quienes estaban en el de 1995, tampoco puede determinar la existencia o el mantenimiento del derecho cuando éste no había llegado a nacer, tal y como antes se razonó.

TERCERO.- Alega también la Asociación de Trabajadores de Asturias en el segundo motivo del recurso la vulneración del artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, sin especificar número del precepto al que se refiere esa pretendida infracción, así como los artículos 17 y 51 y siguientes del mismo texto, en relación con el principio de no discriminación en las relaciones laborales. Finalmente la denuncia se vincula al artículo 14 de la Constitución.

Conviene aclarar en primer término que probablemente la denuncia del artículo 4 se refiere al número 2 apartado c) del Estatuto de los Trabajadores que establece "el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español", añadiendo que "tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate".

También hay que suponer que la denuncia de la infracción del artículo 17 se refiere al párrafo primero del número 1 de este artículo, a tenor del cual "se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las de-

cisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español".

Pero realmente en el proceso que ha dado origen al presente recurso ni en éste mismo se denuncia la existencia de una discriminación, puesto que las diferencias de trato que se exponen no tienen soporte en ninguna de las situaciones discriminatorias en los citados preceptos previstos. Tal y como viene sosteniendo la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala, es preciso distinguir entre el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio (STC 62/2008 y las que en ella se citan y SSTS, Sala Cuarta, de 17 de mayo de 2000, 23 de septiembre de 2003, 9 de marzo de 2005, 7 de julio de 2005, 8 de mayo de 2006, 21 de diciembre de 2007, 14 de enero de 2008 y 11 de noviembre de 2008 (recurso 120/2007) entre otras muchas).

Como se afirma en la última de ellas, en el artículo 14 de la Constitución Española es preciso distinguir dos prescripciones:

"la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado".

"Esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la STC 34/1984, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación, lo que no ocurre cuando la desigualdad se establece por una norma del ordenamiento o por la actuación de una Administración Pública (SSTC 161/1991 y 2/1998)".

"Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman

en consideración condiciones que, como la raza, el sexo, el nacimiento y las convicciones ideológicas o religiosas, han estado ligadas históricamente a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas u otras condiciones que también se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista". Como señala la STC 34/1984, la exclusión de un principio absoluto de igualdad en el marco de las relaciones laborales entre sujetos privados "no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales".

Por ello, concluye esta decisiva sentencia que "en la medida en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad".

CUARTO.- De esta forma y por lo que al presente caso respecta, el principio constitucional de igualdad proyectado sobre las relaciones de trabajo, exige, tal y como hemos señalado, que se haya de partir de situaciones comparables objetivamente, pues si existe una diferencia de trato derivada de situaciones distintas pero justificadas de forma suficiente y no arbitraria, no habría vulneración alguna de tal igualdad.

Esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que esa diferencia de trato que existe -así se admite por las partes, aunque no constan en autos otros expedientes de regulación de empleo- obedece a circunstancias plenamente justificadas y razonables, como es el hecho de que los trabajadores afectados se vieron sujetos a un ERE aprobado por la correspondiente resolución de la autoridad laboral en la que se incluyó el acuerdo de 19 de enero de 1993, suscrito por los representantes sindicales de los trabajadores, y en el que se excluía el derecho que ahora se postula para aquellas personas que se hubiesen acogido a los beneficios de la jubilación anticipada. De esta forma, ese acuerdo constituye el instrumento por el que han de regirse las condiciones de prejubilación y de jubilación en relación con la empresa demandada, tal y como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, acuerdo que contiene diversos compromisos, derechos y obligaciones

para las partes, no sólo el que aquí se discute, sino otros, que, en su caso, deberían haberse expuesto y acreditado por la parte recurrente para llevar a cabo ese análisis comparativo de diferenciación injustificada que se denuncia.

Pero es que además, tal y como se razona en nuestra sentencia de 1 de noviembre de 2008 (recurso 120/2007), el principio de igualdad antes formulado cuando se refiere a relaciones entre sujetos privados tiene aplicación y ha de observarse en relación con el contenido de Convenios Colectivos, porque tienen eficacia general y naturaleza de norma en cuanto que se insertan en el sistema de fuentes y en este sentido los Convenios son equivalentes a un instrumento público de regulación, que, por esta condición, está vinculado por el principio de igualdad, lo que no sucede con las actuaciones unilaterales del empresario, con el contrato de trabajo o con los acuerdos colectivos no estatutarios, como en este caso, en el que el Acuerdo al que se imputa violación de ese principio de igualdad no es ciertamente un Convenio Colectivo, sino un pacto, un acuerdo de empresa.

QUINTO.- En consecuencia, de los razonamientos anteriores se desprende que no se produjeron en la sentencia recurrida las vulneraciones que en los recursos se denuncian, lo que determina que éstos hayan de ser desestimados, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, confirmándose así la resolución de instancia, sin que, de conformidad con lo previsto en el artículo 233.2 LPL haya lugar a la imposición de costas.

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

FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la representación de la Asociación Cuadros de Ensidesa (A.C.E.) y de la Asociación de Trabajadores de Asturias (A.T.A.), contra la sentencia de 9 de noviembre de 2007 dictada por la Sala de lo Social de Asturias, en el procedimiento núm. 7/2007 seguido a instancia de los aquí recurrentes contra AHV- Ensidesa Capital, S.A. sobre Conflicto Colectivo. Sin que haya lugar a la imposición de costas.

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

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

(...)



EL DERECHO

Año XVII. Número 2806

Madrid, 16 de marzo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

2009/299927

TS Sala 1ª, Sentencia 15 diciembre 2009.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Penalización por demora en la entrega en contrato de ejecución de obra

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando en parte la sentencia impugnada a los solos efectos de reducir y fijar la cantidad adeudada por la demandada, con motivo del contrato de ejecución de obra para la construcción de minibloques de viviendas, al entender la Sala que la defectuosa prestación por la actora, debido a la demora en la entrega de la obra a la demandada, comporta contractualmente la penalización fijada resultando el menor precio establecido sobre el que debe aplicarse el impuesto sobre el valor añadido dando ello lugar a la citada cantidad adeudada.

TS PENAL

2009/259093

TS Sala 2ª, Sentencia 30 octubre 2009.
Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Absolución del delito de estafa al no existir prueba directa de actuación dolosa

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, el TS acoge el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de estafa. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues no existe prueba directa alguna del conocimiento que tuviera este acusado del incumplimiento anticipado -dolo antecedente- con que pretendía resolver la situación quien controlaba de facto la sociedad, y no hay duda que respecto al mismo no existen pruebas direc-

tas de este doloso actuar en cooperación necesaria con el coimputado.

2009/259099

TS Sala 2ª, Sentencia 20 octubre 2009
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa

Desestimando el recurso de casación interpuesto por la acusada, la Sala acoge el formulado por el Ministerio Fiscal, ambos contra sentencia que condenó a aquélla por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a decretar la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria en el caso de impago de la multa, pues los razonamientos que la sentencia emplea para no imponerla son erróneos, e independientemente de lo solicitado por las acusaciones, al imponer una pena de tres años de prisión, automáticamente debió aplicar la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria, como le impone el principio de legalidad.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/288576

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 1 octubre 2009.
Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Prevalencia del derecho comunitario sobre el interno al vulnerar el principio de no discriminación

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del TEAC, que confirmaba el acuerdo de liquidación del impuesto sobre sociedades -régimen de declaración consolidada, ejercicio 1992/93-. La Sala considera procedente la aplicación en este caso del

convenio de doble imposición hispano-holandés, resultando inaplicable el régimen de subcapitalización instaurado en el art. 16, 9 Ley 61/1978 por la Ley 18/1991, dada su incompatibilidad con el principio de no discriminación consagrado en el convenio y, en consecuencia, los intereses controvertidos son deducibles como si se tratara de dos sociedades residentes en España. El principio de no discriminación es una norma esencial de los tratados de doble imposición para evitar que entre dos países vinculados por convenio de tal carácter existan discriminaciones por razón de nacionalidad, resultando el art. 16, 9 inaplicable también por vulnerar los principios comunitarios de no discriminación y libre establecimiento.

2009/288577

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 19 octubre 2009.
Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Supresión del fondo de previsión para inversiones en el derecho común no afectó a Canarias

El TS desestima el recurso de casación formulado por la entidad mercantil contra la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la resolución del TEAC que acordó estimar en parte la reclamación formulada por la interesada y calificó el expediente como de rectificación sin imposición de sanción. La Sala indica que la derogación del régimen tributario del fondo de previsión para inversiones en los territorios de derecho común, confirme dispuso el art. 26 Ley 61/1978, no tuvo incidencia alguna en el régimen jurídico de dicho fondo en el territorio canario, por lo que debe aplicarse íntegramente, y no de modo parcial como pretende la actora.

2009/288585

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

Obligación de retener por la cesión de los derechos de imagen al calificarse como rendimientos de trabajo

El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la repre-

sentación del club de fútbol contra la sentencia de la Audiencia Nacional y declara, en cumplimiento del art. 27, 3 LJCA, la nulidad de pleno derecho del art. 149, 1, d) Reglamento del IRPF 2384/1981, en el inciso que disponía con respecto a las cantidades a retener por retribuciones variables "cuyo importe no podrá ser inferior al de todas las percepciones obtenidas durante el año anterior, siempre que no concurren circunstancias que hagan presumir una notoria reducción en las mismas". La Sala revoca la sentencia impugnada por no encontrarse suficientemente motivada, y entrando a conocer del recurso contencioso, lo estima en lo que afecta a las retribuciones variables, al haberse tenido en cuenta lo previsto en el precepto art. 149, 1, d) RD 2384/1981, que establece una presunción reservada a la Ley.

TS SOCIAL

2009/276088

TS Sala 4ª, Sentencia 5 noviembre 2009.
Ponente: D. Benigno Varela Aufrán

Reconocimiento de trienios devengados durante la vigencia de contratos eventuales

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos demandada frente a sentencia que la condenó al abono de las cantidades reclamadas en concepto de trienios. La Sala señala, siguiendo doctrina unificada, que lo establecido en el art. 60 b) I Convenio Colectivo del Personal Laboral de Correos y Telégrafos ha llevado a la recurrente a la conclusión de que los eventuales solo tendrán derecho a cobrar los trienios a partir del momento en que firman con Correos un contrato por tiempo indefinido, pero tal afirmación es contraria al principio de igualdad de trato entre trabajadores fijos y temporales establecido el art. 15,6 ET y, la interpretación que ha de hacerse del tal norma convencional es que los trabajadores temporales mantienen -al igual que los fijos- el derecho al cobro de los trienios, tanto los devengados como los que se devenguen en el futuro, posición que, por otra parte, ha sido la que han mantenido con posterioridad los propios negociadores del II Convenio al disponer que los trienios se devengarán por todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio computándose todos los períodos trabajados en los diversos contratos de trabajo suscritos por Correos, cualquiera que haya sido la naturaleza jurídica de la compañía.