



# 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 XVI. Número 2734

Madrid, miércoles 16 de septiembre de 2009



2009/112097

TS Sala 2ª, Sentencia 6 mayo 2009. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

## Concurrencia de dolo en agresión producida con un vaso de cristal contra el rostro de la víctima

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de lesiones. Para el TS el juicio de valor de la sala sentenciadora acerca de la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal aplicado, no admite la más mínima objeción, reproche o reparo, partiendo siempre de los datos objetivos que se declaran probados, puesto que quien estalla "con todas sus fuerzas" un vaso de cristal contra el rostro de una persona, necesariamente tiene que prever la alta probabilidad de que el impacto produzca las lesiones que se ocasionaron.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña condenó al acusado como autor responsable de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 149.1º C.P. Ello como consecuencia de haber declarado probado que "Alrededor de las 2.15 horas del día 29 de junio de 2.005, el acusado Ángel Daniel, mayor de edad, nacido el día 13-8- 1982, y sin antecedentes penales, cuando se hallaba en el interior del Pub "Punky", ubicado en la calle Raxel de Miño, partido judicial de Betanzos, se encontró con Pelayo, quien iba acompañado de varios amigos y con el que mantenía diferencias anteriores, y sin mediar palabra, y con todas sus fuerzas estalló contra la cara de Pelayo un vaso de cristal que llevaba en la mano, causándole heridas faciales y palpebrales con perforación ocular escleral, con gran desgarro escleral y salida de parte del contenido intraocular. Para su curación precisó ingreso hospitalario, sutura de heridas faciales y parpebrales, sutura y reparación escleral y de la conjuntiva, y

tratamiento medicamentoso. Tardó en curar 60 días, todos ellos impedidos de los cuales 7 fueron en régimen de ingreso hospitalario. Como secuelas le quedan las siguientes cicatrices: una en ángulo palpebral interno del ojo izquierdo semicircular, otra de 0,3 centímetros en en región palpebral superior del ojo izquierdo, 2 de 2 centímetros y 1 centímetro en región ocular izquierda, 2 de 1 y 2 centímetros en el lado izquierdo de la pirámide nasal y en la mejilla izquierda respectivamente, y 3 de 1,1 y 0,3 centímetros en la región supraocular del ojo izquierdo, cicatrices que en su conjunto ocasionan un perjuicio estético de moderado a medio. Igualmente, se le produjo una pérdida de la visión total del ojo izquierdo. En el futuro podrá necesitar la implantación de una prótesis ocular. El acusado padece un trastorno de personalidad que no afecta a sus facultades mentales perfectamente conservadas".

SEGUNDO.- El acusado recurre en casación la sentencia condenatoria formulando un primer motivo por vulneración del derecho constitucio-

nal a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 C.E. El recurrente, al desarrollar el reproche casacional, no niega la existencia de una actividad probatoria de cargo practicada en el Juicio Oral, constituida por los testimonios incriminatorios de la víctima, las personas que le acompañaban y la camarera del local, que relataron de manera conteste cómo se había producido la agresión y que el Tribunal sentenciador traslada al Hecho Probado. En realidad, la queja del recurrente se centra en que la Sala de instancia no toma en consideración la versión del acusado y de un amigo de éste, que manifestaron que aquél había actuado en legítima defensa al recibir previamente a la acción agresiva con el vaso, un cabezazo en el rostro por parte de la víctima. Esta censura desborda el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia, que se limita a la existencia de prueba de cargo demostrativa de la realidad de los hechos imputados y de la participación en ellos del acusado. La ausencia de valoración de los elementos probatorios de descargo sobre los hechos y las circunstancias fácticas concurrentes con incidencia en la subsunción jurídica y en la respuesta penológica, podría constituir una violación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., toda vez que ese derecho requiere la valoración de la prueba practicada y la expresión en la sentencia del proceso valorativo, tanto de la prueba de cargo como de la de descargo. Lo cierto es que sobre el particular extremo de una inicial agresión por la víctima que desencadenara la reacción defensiva del acusado, que el recurrente configura como un supuesto de legítima defensa, el Tribunal a quo se extiende en analizar la cuestión a partir de la valoración de las pruebas testificales. Es verdad que no menciona la versión justificativa del acusado de haber recibido un cabezazo de la después víctima, pero esa omisión no indica otra cosa sino que no le ofrece credibilidad, en tanto que refiere los testimonios del agredido, de sus acompañantes, y de la que podríamos denominar "testigo imparcial", la camarera del local que presenció los hechos: "que el acusado Ángel Daniel estaba tomando una copa en la barra, y al ver a Pelayo comenzó a decirle cosas, a provocarle, agarró el vaso con todas sus fuer-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Tratos preliminares no constitutivos de contrato de seguro 5

Inexistencia de ataque al honor de Magistrado en su vertiente de prestigio profesional 9

#### PENAL

Concurrencia de dolo en agresión producida con un vaso de cristal contra el rostro de la víctima 1

Validez de la prueba indiciaria en delitos de robo con violencia y receptación 3

#### ADMINISTRATIVO

Denegación del pago de justiprecio de una entidad del grupo Rumasa en espera de fijar el balance consolidado 11

#### SOCIAL

Desestimación de revisión basada en inexistencia de hechos en vía penal 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

zas y con el brazo levantado golpeó en la cabeza a Pelayo y a éste no le dio tiempo a defenderse, que el acusado no tenía síntomas de embriaguez y que Pelayo no llegó a acercarse al acusado". Ninguno de los cuales aluden a la supuesta agresión previa. Es más, tampoco el testigo acompañante del acusado a que se refiere el motivo, afirma que éste fuera agredido con un cabezazo por el perjudicado. Examinada el Acta Oficial del Juicio Oral se limitó a señalar que "Ángel Daniel tenía una contusión en la nariz", no que hubiera sido atacado por la víctima, lo cual también es compatible con la refriega subsiguiente cuando los amigos de la víctima intervinieron para impedir que el acusado siguiera agrediendo a Pelayo. El motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. se alega indebida aplicación del art. 149.1 C.P. por no concurrir el dolo requerido por el tipo penal aplicado y postulando la calificación jurídica como delito imprudente del art. 152. El motivo debe ser desestimado de inmediato. El juicio de valor del Tribunal sentenciador acerca de la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal aplicado, no admite la más mínima objeción, reproche o reparo, partiendo siempre de los datos objetivos que se declaran probados, puesto que quien estalla "con todas sus fuerzas" un vaso de cristal contra el rostro de una persona, necesariamente tiene que prever la alta probabilidad que el impacto produzca las lesiones que se ocasionaron, de manera que, si, a pesar de tal natural y lógica previsión, se ejecuta la acción determinante de ese resultado, el agente habrá actuado con dolo eventual, cuanto menos, que califica el hecho tanto como el dolo directo o de primer grado. El motivo debe ser desestimado.

**CUARTO.-** Por la misma vía casacional del art. 849.1º L.E.Cr., se censura ahora la indebida inaplicación de la eximente completa de intoxicación plena por consumo combinado de drogas y alcohol, del art. 20.2 C.P., o, subsidiariamente, y por la misma causa, la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el citado 20.2 C.P. Sostiene el recurrente que el acusado padecía en el momento de los hechos un estado de total enajenación en el que no era consciente de lo que estaba pasando, como consecuencia de la combinación de cocaína y gran cantidad de alcohol consumidos. Pero el caso es que tal alegación se encuentra totalmente huérfana de apoyo en la de-

claración de Hechos Probados de la sentencia, por lo que el motivo no puede ser acogido, a no ser que el "factum" sea modificado incorporándose al mismo los datos precisos para constituir el presupuesto material de las circunstancias eximentes o semieximentes mencionadas. Con esta finalidad se formula el motivo séptimo en el que el recurrente denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba del art. 849.2º L.E.Cr., basado en los Informes Médicos que "acreditan que en la fecha en la que se cometen los hechos objeto del presente procedimiento, mi patrocinado se encontraba aquejado de una politoxicomanía severa y un trastorno límite de la personalidad". Se refiere el recurrente a los documentos obrantes a los folios 187, 195 y 196 "entre otros", en los que "los médicos consideran una politoxicomanía severa que lleva aparejado un trastorno de la personalidad que habrían producido -sostiene el motivo- una merma notable de sus facultades mentales". En realidad, una primera observación se impone para señalar que los informes psiquiátricos que se citan son dictámenes de peritos especialistas en psiquiatría, pero que no comparecieron al Juicio Oral para someter a contradicción sus informes (pericial/documental).

En cualquier caso, tales informes se emitieron en febrero, marzo y diciembre de 2.006, mientras que los hechos tuvieron lugar en junio de 2.005, por lo que no se puede saber con la debida certeza la situación mental exacta del acusado el día de autos, máxime cuando obra en las actuaciones un Informe Médico emitido por la Subdirectora Médica del Centro Penitenciario Teixeiro en el que se da cuenta de que el acusado ingresó en prisión el mismo día 29 de junio de 2.005 (día de los hechos), habiéndosele practicado examen del que resulta (por propia referencia sin duda de aquél, pues abandonó el centro al día siguiente): historia Toxicofílica: fumador de 20 cig./día. Alcohol en fines de semana. Consumo de cocaína -vía nasal- en fines de semana. Consumidor de drogas de diseño de forma esporádica. Refiere tratamiento psiquiátrico en el año 2.003, secundario a diagnóstico de trastorno de personalidad. No tratamiento al ingreso. Se realiza cuestionario para determinación de riesgo de suicidio, siendo el resultado de la evaluación, la no inclusión en protocolo de prevención de suicidios. En relación con la exploración física, se destaca una fractura de tibia izda. En abril/05. Resto no reseñable". Al margen de ello, debemos

subrayar que el recurrente anuda la circunstancia eximente o semieximente que reclama concretamente a la ingesta de alcohol y cocaína esa noche, que provocaron "un estado de total enajenación en el que no era consciente de lo que estaba pasando", siendo así que no existe prueba fiable que avale ese estado de intoxicación plena o semiplena, pues ni está acreditado el consumo de "grandes cantidades de alcohol" que afirma el recurrente, ni de los estupefacientes que se mencionan en el motivo. Y, desde luego, tampoco lo está que el acusado, al realizar la agresión, se encontrara en ese estado que se predica hasta el punto que le impidiera o dificultara gravemente la conciencia de saber lo que hacía y que hacía lo que quería hacer, toda vez que ningún testigo advirtió esa supuesta situación de muy grave intoxicación etílica o de drogas, ni siquiera los funcionarios policiales que le detuvieron de inmediato, ni -lo que es más ilustrativo- los servicios médicos que le atendieron también de inmediato, pues es palmario que de haber existido tal estado de "total enajenación" que dice el recurrente, así habría constado en el informe médico de los Servicios de Urgencia que le atendieron. El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO.-** Denuncia el recurrente, la inaplicación de la eximente de legítima defensa del art. 20.4 del C.P., o en su caso atenuante del 21.1 del mismo precepto legal, toda vez que de las pruebas que se llevaron a cabo en el procedimiento, se aprecia que existe una agresión a mi patrocinado a la que el mismo responde desafortunadamente con el resultado de las lesiones padecidas por el señor Pelayo. En este caso, tampoco el relato histórico de la sentencia permite acoger la pretensión impugnativa del recurrente, pues no existe en la narración fáctica dato o elemento alguno sobre el que se pueda sustentar una situación de legítima defensa completa o incompleta. También aquí el motivo se combina con otro por error de hecho (motivo sexto) en el que se cita el Informe del Centro de Salud de Betanzos adonde fue trasladado el acusado tras la agresión, y en el que se le aprecia "una contusión en la nariz", que el recurrente vincula de modo automático o inexorable al supuesto cabezazo en la cara que le propinó la víctima inmediatamente antes de que le fuera estrellado el vaso en la cara. Lo cierto es que el documento designado no dice lo que el motivo afirma, sino que se le aprecia "dolor a la palpación raíz nasal", expresión que no acredita de la ma-

nera indubitada, incuestionable y definitiva, por su sola literalidad, la agresión atribuida a quien, a la postre, resultó la víctima gravemente herida. Ambos motivos deben ser desestimados.

**SEXTO.-** Por último, se alega otra infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida falta de aplicación del art. 21.4 C.P. que tipifica la atenuante de confesión. Alega el motivo que el acusado no sólo no abandonó el lugar de los hechos, sino que en el momento en que se presentó la Guardia Civil, acudió voluntariamente ante ellos para confesar que había sido él el autor de la lesión que padecía el señor Pelayo, colaborando con los agentes en todo cuanto le pidieron. El motivo debe ser desestimado por las siguientes razones: En primer lugar, porque habiendo sido impuesta la pena en el mínimo legalmente posible, la apreciación de la atenuante reclamada carecería de operatividad para rebajar la sanción, como pretende el motivo. Tampoco se dan los requisitos necesarios para la aplicación del precepto que describe la circunstancia atenuante de confesión: el esperar la llegada de la Policía al lugar de los hechos y confesar a los funcionarios policiales la agresión, cuando era público y notorio el hecho, no configura la atenuante (véase, entre otras, STS de 19 de octubre de 1.995). Por otra parte, la apreciación de esta circunstancia exige que la confesión sea veraz al menos en los datos esenciales, por lo que no cabe admitirla cuando se introduce un elemento fáctico mendaz que distorsiona completamente el hecho, como ocurre aquí cuando se truca la confesión de la agresión como reacción defensiva a una agresión ilegítima inexistente. El motivo debe ser desestimado.

## FALLO

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado Ángel Daniel contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Segunda, de fecha 23 de junio de 2.008 en causa seguida contra el mismo por delito de lesiones. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió. Así por esta nuestra sentencia, que se pu-

blicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García Julian Sánchez Melgar

José Manuel Maza Martín Manuel Marchena Gómez

Diego Ramos Gancedo

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

2009/112100

TS Sala 2ª, Sentencia 7 mayo 2009. Ponente: D. Luis Román Puerta Luis

## Validez de la prueba indiciaria en delitos de robo con violencia y receptación

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el procesado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo y otros por delitos de robo con violencia y receptación, y faltas de hurto de uso y amenazas. Sostiene el TS que los hechos indiciarios tenidos en cuenta por la sala de instancia han sido acreditados mediante prueba directa; se trata de indicios plurales y convergentes, y la inferencia del tribunal es conforme con las reglas del criterio humano, por ser lógica y acorde con las enseñanzas de la experiencia común, por lo cual no puede ser calificada de arbitraria, sin que, por otra parte, el control casacional pueda ir más allá de la constatación de la razonabilidad de la valoración de las pruebas llevada a cabo por la sala de instancia.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Audiencia Provincial de Tarragona (Sec. 2ª) condenó a Teodulfo como autor de un delito de robo con violencia e intimidación y uso de arma blanca, de otro de receptación continuado, de un delito de resistencia grave, y de dos faltas, una de hurto de uso y otra de amenazas.

La representación del acusado ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada por la citada Audiencia, habiendo articulado al efecto seis motivos de casación cuyo posible fundamento vamos a examinar a continuación.

SEGUNDO. El motivo primero, por la vía de los artículos 849 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, denuncia infracción del art. 24 de la Constitución, en lo referente a la diligencia de entrada y registro y al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Dice la parte recurrente, en apoyo de este motivo, que “no existen pruebas suficientes para considerar a mi patrocinado como autor de un delito de robo con violencia e intimidación”, “cuando menos plantea serias dudas su existencia”. La víctima -Dª Berta - manifestó no haber visto a los sujetos por llevar la cara cubierta y en cuanto al teléfono móvil del acusado se han producido irregularidades en la cadena de custodia del mismo.

En cuanto a la diligencia de entrada y registro, se dice que la misma “se practicó con vulneración de garantías, suponiendo una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, “siendo clara la falta de motivación del auto que acordó dicha diligencia”, lo que supone también “una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio”. “Así mismo, se produce vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa previsto en el artículo 24 de la Constitución”, “ello supone, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.1º de la LOPJ, que las pruebas obtenidas en razón a dicha diligencia de entrada y registro, no hayan de surtir efectos en el proceso”.

La lectura de este motivo, tras la de la sentencia recurrida, pone de manifiesto la confusa argumentación del mismo, por cuanto el recurrente ha sido condenado por varios delitos y por dos faltas y la diligencia de entrada y registro en su domicilio únicamente guarda relación directa con el delito de receptación, mas no con las restantes infracciones, especialmente con el delito de robo con violencia o intimidación (apartado F) del “factum”) al que se hace particular referencia en este motivo. La supuesta vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio -como decimos- ninguna relación guarda, en principio, con el delito de robo con intimidación; por consiguiente, en cuanto a este delito se refiere, lo único que se denuncia es la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Fundamenta la parte recurrente esta última denuncia en que la víctima del robo no pudo identificar a los autores del hecho, porque llevaban la cara cubierta y porque existen irregularidades en la cadena de custodia del teléfono móvil del acusado. Mas nada se argumenta en contra de la prueba indiciaria que, en definitiva, es la que el Tribunal de instancia tuvo en cuenta para condenarle por el delito de robo con violencia o intimidación.

El Tribunal de instancia estudia la cuestión aquí debatida en el FJ 6º de la resolución recurrida, poniendo de manifiesto:

a) que la testigo (víctima del hecho) ratificó en el plenario el reconocimiento de objetos que realizó en la policía (una navaja con mango gris, un pasamontañas de color negro y once paquetes de monedas, estas últimas por ser exactamente iguales a las que fueron sustraídas, pues eran de las que se usaban en dicho establecimiento comercial);

b) “que una de las personas que cometió el referido robo fue el menor de edad, Celso, según sentencia dictada por el Juzgado de menores (...) dictada de conformidad”;

c) que, “en visionado de las fotografías realizadas por Teodulfo en su teléfono móvil, se desprende que ese mismo día, a las 9,40 horas (el hecho tuvo lugar, según el HP, a las 9,15 horas), Adams y su acompañante, Celso (el menor al que se refiere la sentencia del Juzgado de menores antes citada), se hicieron nueve fotografías, en las que exhibían un abanico de billetes o mostraban dinero distribuido en diversos montones sobre el salpicadero de un vehículo”;

d) que no se aprecia infracción alguna en la cadena de custodia como sostuvo la defensa en su informe, “pues el teléfono móvil (...) le fue incautado a Teodulfo (...) por el Equipo de la Policía Judicial de Salou el día que Teodulfo fue detenido, (...), que se procedió a examinar si contenía fotografías u otros elementos probatorios, siendo remitido con posterioridad al Juzgado”;

e) que, por el Juzgado de Instrucción, se procedió al visionado de las imágenes existentes en el mismo, “sin que en aquel momento la defensa pusiera objeción alguna al visionado”;

f) que, según declararon en el plenario, los agentes de la Policía Local de Cambrils, el mismo día del hecho -a las 13:20 horas- Teodulfo fue visto cuando viajaba en un ciclomotor en compañía del menor Celso, teniendo un incidente con dichos agentes, lo que ha dado lugar a la condena del aquí recurrente por un delito de resistencia grave del art. 556 del CP; y,

g) que “el menor Celso resultó también condenado por hurto de uso de ciclomotor por los hechos sucedidos a las 13,30 horas, en la misma sentencia del juzgado de menores a la que se ha hecho referencia con anterioridad”.

Sobre la base de los anteriores hechos indiciarios, el Tribunal de instancia dice que “la única conclusión lógica que puede alcanzarse es que fue Teodulfo el otro autor del delito de robo con intimidación”.

Como quiera que los hechos indiciarios tenidos en cuenta por el Tribunal han sido acreditados mediante prueba directa; que se trata de indicios plurales y convergentes, y que la inferencia del Tribunal es conforme con las reglas del criterio humano, por ser lógica y acorde con las enseñanzas de la experiencia común (art. 386.1 LEC), por lo cual no puede ser calificada de arbitraria (art. 9.3 CE), sin que, por otra parte, el control casacional pueda ir más allá de la constatación de la razonabilidad de la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal de instancia, procede rechazar la denuncia formulada sobre el particular por la parte recurrente, al reconocer que, en el presente caso, existe una prueba de cargo practicada con las debidas garantías y con entidad suficiente para poder enervar el derecho a la presunción de inocencia de este acusado, respecto del delito de robo con violencia e intimidación por el que ha sido condenado en la sentencia recurrida.

En cuanto se refiere a la diligencia de entrada y registro en el domicilio del recurrente (de su madre Teodora y del compañero de ésta Mauricio), por la relevancia que pudiera tener -como hemos dicho- respecto del delito de receptación, por el que también ha sido condenado Teodulfo, es preciso decir que -como vamos a ver- el motivo carece de todo fundamento, por las convincentes razones expuestas por el Tribunal de instancia en la sentencia combatida (v. Cuestiones Previas. Primera), a las que expresamente nos remitimos.

En efecto, al folio 2 de las actuaciones, obra el oficio del Equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil de Salou, de fecha 23 de noviembre de 2006, en el que se pide al Juzgado de Instrucción núm. 3 de Reus que libre mandamiento de entrada y registro en la referida vivienda, “ante la evidente participación de los detenidos en los delitos investigados (robos con fuerza), considerando el número de hechos que se les imputa, la alarma social creada por estos ilícitos penales; para el buen fin de las investigaciones que se vienen realizando; evitar la destrucción de otras fuentes de prueba y proceder a intervenir cuantos objetos procedentes de robo se hallen en el interior de la vivienda”. Todo ello, como consecuencia de la denuncia formulada, por supuesto delito de detención ilegal y amenazas, por Silvia, así como del resultado de las investigaciones llevadas a cabo por la Guardia Civil, por tal motivo, que se detallan en el referido escrito.

Al folio 5 de los autos, obra el auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Reus, en el que, partiendo del anterior oficio, se analiza el alcance del art. 18.2 de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional sobre el mismo (FJ 1º), se razona sobre el correspondiente “juicio de ponderación”, en relación con el pre-

sente caso (FJ 2º), se examina el requisito de la idoneidad (FJ 3º), se califica de fundada la sospecha de que puedan encontrarse pruebas en el domicilio del hoy recurrente (FJ 4º), y se acuerda la incoación de Diligencias Previas (FJ 5º), así como “autorizar la entrada y registro” en la referida vivienda; precisándose también quiénes habrán de practicar la diligencia, cuándo se habrá de llevar a efecto, y la finalidad concreta de la misma (v. “parte dispositiva” del auto).

La existencia de unos indicios objetivos, contrastables y suficientemente acreditados de la comisión de delitos contra la propiedad, junto con las razones expuestas en la solicitud policial para interesar el correspondiente mandamiento judicial para practicar la diligencia cuestionada y con la suficiente motivación expuesta por el Juez de Instrucción en el auto cuestionado, cumplen suficientemente el canon de motivación constitucional exigible en este tipo de resoluciones judiciales.

Por lo demás, en cuanto a la no presencia, en el desarrollo de esta diligencia, de la titular de la vivienda - Teodora - ni la de su hijo -el aquí recurrente-, es preciso decir que la primera, debidamente informada y requerida, se negó a ello y a nombrar representante suyo, que entregó voluntariamente las llaves de la misma a los agentes policiales para que la practicasen, y que la diligencia se practicó con intervención de la Secretario judicial y de dos testigos (D. Edmundo y D. Germán) (v. fº 8). Teodulfo, por su parte, no había sido detenido y se ignoraba su paradero (v. oficio policial “in fine”).

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, tanto el art. 18.2 de la Constitución, en el que se proclama el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, como el Título VIII del Libro II de la LECrim, especialmente lo dispuesto en el art. 569, no es posible apreciar ninguna de las vulneraciones constitucionales denunciadas en este motivo, que, consecuentemente, debe ser desestimado.

**TERCERO.** El segundo motivo, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., denuncia infracción, por inaplicación, del art. 4.1º de la L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, por cuanto Teodulfo, en el momento de la comisión de los hechos por los que ha sido condenado, tenía 18 años y “se encontraba fugado de un Centro de Menores”, por tanto -se dice- “debió seguirse el procedimiento establecido en dicho precepto” y remitirse testimonio de las actuaciones a la Fiscalía de Menores.

El art. 4º.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, dispone que: “De conformidad con lo establecido en

el artículo 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el artículo 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto”.

El art. 69 del CP, por su parte, establece que: “Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”.

Claramente se desprende de los artículos transcritos que el Código Penal no emplea un término imperativo (“podrán”, dice), y que, en principio, correspondería al Juez de Instrucción pronunciarse sobre el particular, cumplidos los trámites previstos en la propia ley, por lo que no sería correcto - como pretende la parte recurrente- comenzar remitiendo testimonio de las actuaciones a la Fiscalía de Menores “para que la misma continuara la instrucción de los hechos delictivos imputados a Teodulfo”.

Mas, con independencia de lo dicho, es preciso tener en cuenta: 1º) que la L. O. 9/2000, de 22 de diciembre, suspendió por dos años, desde la entrada en vigor, la aplicación de la L.O. 5/2000 en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los dieciocho y los veintiún años; 2º) que la L.O. 9/2002, de 10 de diciembre, dispuso en su Disposición Transitoria Única una nueva suspensión de la aplicación de esta Ley a dichos infractores, hasta el 1 de enero de 2007; y, 3º) que la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre, suprimió definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Por todo lo expuesto, es patente que el motivo carece de todo fundamento y que, por ende, debe ser desestimado.

**CUARTO.** El motivo tercero, por el cauce procesal del art. 849.1º de la LECrim, denuncia infracción de ley, “por inaplicación del artículo 21.6º del Código Penal, en relación a la exigente incompleta 1ª de dicho precepto y 20.1º del Código Penal”.

Dice la parte recurrente, en el breve extracto del motivo, que “considera que se ha producido infracción de ley, por cuanto ha resultado inaplicada la atenuante analógica prevista en el artículo 21.6º del Código Penal, (...) en tanto en cuanto, del informe médico forense obrante en las actuaciones quedó acreditado que Teodulfo presenta rasgos de personalidad compatibles con un trastorno social de la personalidad sin identifi-

car, rasgos que podrían evolucionar (...)”.

El motivo carece de fundamento y por tanto no puede prosperar.

En efecto, el art. 20.1º del CP declara exento de responsabilidad criminal al “que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. Claramente se desprende del texto legal que la causa de la exención es que el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho -lo que afecta a la facultad intelectual-, o no pueda actuar conforme a esa comprensión -lo cual afecta a la volitiva- y que, en todo caso, ello suceda “al tiempo de cometer la infracción penal”, de modo que carece de toda relevancia a estos efectos la evolución posterior a la comisión del hecho de que se trate.

En el presente caso, el Tribunal de instancia declara probado que “Teodulfo presenta rasgos de personalidad compatibles con trastorno de personalidad sin especificar, pero sus capacidades intelectivas y volitivas están intactas, sin afectación alguna”. Como quiera, pues, que, dado el cauce procesal aquí elegido, la parte recurrente debe respetar de modo pleno cuanto en la sentencia recurrida se declara probado (art. 884.3º LECrim), y que en ésta se dice expresamente que “sus capacidades intelectivas y volitivas están intactas, sin afectación alguna”, es evidente que el motivo carece de todo fundamento y que, por consiguiente, debe ser desestimado.

**QUINTO.** El cuarto motivo, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, denuncia infracción de ley, “por inaplicación del artículo 21.5º del Código Penal, en relación a la circunstancia atenuante de reparación del daño”, “por cuanto el Sr. Teodulfo, tratado, en la medida de sus posibilidades, y teniendo en cuenta que se encuentra en prisión desde el inicio de la causa, de reparar las consecuencias de su conducta, realizó un ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado”.

El Tribunal de instancia condenó a este acusado a indemnizar a Schlecher en la cantidad de 1.870 euros y declaró probado que “Teodulfo, en fecha 14 de enero de 2008, efectuó un ingreso en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales por un importe de 50 euros”.

El Ministerio Fiscal -al evacuar el trámite de instrucción- impugnó este motivo “porque -según dice-, por un lado, la cantidad consignada no es especialmente importante y, por otro, porque tampoco consta en el hecho probado que el acusado tuviera que realizar un gran esfuerzo o sacrificio para efectuar la consignación en el mismo día de la celebración del juicio oral”.

La exigua cantidad de dinero consignada en el presente caso, coincidiendo con la celebración de la vista del juicio oral, sin acreditarse, en forma alguna, la situación económica del acusado y de su familia, como posible punto de referencia, y teniendo en cuenta también la cuantía de la responsabilidad civil impuesta al mismo en la sentencia recurrida, carece de la entidad necesaria para poder considerarse constitutiva de una conducta merecedora de la apreciación de la concurrencia de una circunstancia atenuante, ya que, desde la perspectiva de la experiencia común, la referida consignación apunta más bien hacia la consideración de una -más o menos hábil- estrategia procesal de defensa.

Por lo expuesto, procede la desestimación de este motivo.

**SEXTO.** El quinto motivo, por el cauce del art. 850.1º de la LECrim, denuncia, como quebrantamiento de forma, un vicio “in procedendo”, “por denegación de las pruebas de la defensa solicitadas en trámite de calificación provisional”, ya que la defensa del acusado solicitó “la testifical de D. Edmundo y D. Germán, así como que se requiriera al Sr. Secretario (...) para que concretara determinados aspectos de la práctica de la diligencia de entrada y registro que no se hicieron constar en el acta levantada al efecto”; poniendo de relieve que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona “declaró la impertinencia de la prueba indicada, resolución que no fue aceptada por la defensa”.

La parte recurrente dice que “considera que la denegación de la práctica de la prueba indicada nos ha ocasionado indefensión”.

Como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, en el trámite de instrucción del recurso, “el Tribunal estimó que dichas pruebas no eran necesarias, porque “ya existía el acta de entrada y registro levantada por la Sra. Secretario, sin que lo solicitado contribuyera a dilucidar cómo se obtuvieron las llaves para acceder a la vivienda o cómo se accedió a la misma, existiendo prueba testifical admitida que podía contribuir a clarificar dicho extremo”.

El motivo carece manifiestamente de fundamento y, por tanto, debe ser desestimado por las razones expuestas por el Ministerio Fiscal, ya que, en principio, el testimonio interesado debe considerarse innecesario, habida cuenta de la intervención de la Secretario Judicial en la práctica de la diligencia, de modo especial cuando se pretenda acreditar algún extremo ajeno a la cuestionada diligencia, que es sobre lo que únicamente podrían deponer los testigos que la presenciaron.

En todo caso, la parte recurrente no hace constar, en forma alguna, sobre qué extremos deseaba interro-

gar a los testigos, lo cual impide a este Tribunal hacer cualquier pronunciamiento sobre el particular, desconociéndose también cual sea la razón que ha impulsado a la defensa del acusado a pedir tal prueba, sin que, en último término, la parte recurrente haya justificado tampoco la causa de la indefensión alegada.

Por todo lo dicho, el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO. Al haberse renunciado a la formulación del sexto motivo, examinaremos el posible fundamento del motivo séptimo, formulado al amparo del art. 851.1º, inciso segundo, de la LECrim, "por haberse consignado como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo".

Como fundamento de este motivo, cita la parte recurrente, como demostración de que "en el relato de hechos probados se han incluido conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo", las siguientes frases del mismo: 1) Apartado B) del "factum", "in fine", donde se dice: "sospechando que podían ser objetos robados?" 2) Apartado E), en el que se dice "muchos de los objetos arriba referenciados fueron reconocidos por distintas personas como de su legítima propiedad y provenían de los siguientes hechos delictivos?", o "dichos objetos fueron ocultados por Teodulfo en casa de su madre Teodora, ambos conocían que procedían de la previa comisión de delitos contra el patrimonio y que Teodulfo pretendía lucrarse con su venta?", "le produjeron diversos daños?", "Teodulfo presenta rasgos de personalidad compatibles con trastorno de personalidad sin especificar, pero sus capacidades intelectivas y volitivas están intactas, sin afectación alguna?", "no consta acreditado que Teodulfo tenga adicción alguna a sustancias estupefacientes o al alcohol, ni tampoco que su consumo influenciaría de manera alguna en su conducta?".

El motivo carece, de modo patente, de todo fundamento.

En efecto, el vicio "in iudicando" a que se refiere el cauce procesal aquí elegido deberá apreciarse cuando el Tribunal utilice, para describir el hecho que se declare probado, los mismos términos con los que el legislador describe el tipo penal de que se trate, de tal modo que se vengán a sustituir los hechos por su calificación jurídica, o cuando, para ello, se utilicen términos o expresiones propios de la técnica jurídica y, por tanto, asequibles únicamente a las personas versadas en Derecho. Mas nada de esto sucede en el presente caso. Las frases especialmente citadas por la parte recurrente no son las mismas con las que el legislador ha configurado los correspondientes tipos penales y tampoco puede decirse que sus términos sean únicamente comprensibles para los juristas, ya

que son propias del lenguaje ordinario y, por tanto, asequibles a las personas de cultura media. Se trata, en último término, de unas expresiones meramente descriptivas de los hechos que el Tribunal sentenciador ha considerado probados y que luego se califican en los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada. No es posible, por tanto, apreciar el quebrantamiento de forma que aquí se denuncia y que, con alguna frecuencia, se confunde con la estructura normal de la sentencia penal, en la cual el relato de hechos probados, como antecedente necesario de su calificación jurídica y ésta del fallo, viene a ser predeterminante de éste, lo cual no constituye otra cosa que el contexto normal de sentencia.

Por lo dicho, procede la desestimación de este motivo.

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Teodulfo, contra sentencia de fecha treinta de enero de 2.008, dic-

tada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, en causa seguida al mismo y otros por delitos de robo con violencia, receptación, amenazas y falta de hurto. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta

José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Luis-Roman Puerta Luis

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



TS Sala 1ª, Sentencia 15 junio 2009. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

Al tratarse de una proposición

## Tratos preliminares no constitutivos de contrato de seguro

*Acuerda el TS estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, revocando la de instancia, desestimó la demanda dirigida contra la compañía aseguradora con motivo de la reclamación por la póliza de seguro que se considera había sido suscrita y por el accidente que tuvo lugar, falleciendo el asegurado aplastado por su propio vehículo, cuando abandonaba el garaje de la empresa donde prestaba sus servicios.*

*La Sala aprecia que efectivamente en tanto que se presentó una proposición de contrato, estamos ante tratos previos al aseguramiento que habían de determinar la suscripción de una póliza compleja que, en definitiva, no llegó a suscribirse, por lo que no se aprecia la pretensión indemnizatoria, sin que tampoco pueda apreciarse el principio "in dubio pro asegurado" en tanto que la duda se presenta en relación a la propia existencia del contrato de seguro. Sí que estima que, no obstante, al haber entendido que no hubo contrato de seguro la sentencia recurrida, debería haber resuelto la pretensión formulada como subsidiaria para el caso que se entendiera que no llegó a perfeccionarse el contrato y esta declaración ha sido omitida.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º A través de una correduría, Riojana De Fincas, S.A. (Riofi-

pectos relacionados con la jubilación y fallecimiento.

Plus Ultra presentó el 16 de diciembre de 1998 lo que se denominó "proyecto de seguro preparado para el grupo Riofisa", documento en el que constan diferentes extremos en relación con la petición efectuada por Riofisa.

En un anexo se incluyó entre los directivos a D. Nemesio, con un capital asegurado de 121.893.600 ptas. (732.595, 05 •) por viudedad y 58.145.250 ptas. (349.459,99•) por orfandad. El efecto de la póliza se fijaba para el 1 enero 1999.

En los meses de enero y febrero de 1999, Plus Ultra entró en contacto diversas veces con Riofisa al efecto de concretar las propuestas. Al mismo tiempo, se emitieron las pólizas de un seguro de jubilación de la propia empresa, pero no las de viudedad y orfandad.

El 17 febrero 1999 a requerimiento de la correduría de seguros, Plus Ultra emitió unos borradores de póliza, tanto de riesgo como de ahorro y datos de seguro, con los nuevos datos facilitados por la tomadora, así como las condiciones generales y se recogían los capitales asegurados; hasta aquel momento no se habían efectuado los reconocimientos médicos requeridos por la aseguradora.

2º El 4 de mayo de 1999, a las 10,05 horas, la correduría emitió fax a Plus Ultra, en donde textualmente se dice:

"me indica el cliente que los siete candidatos se han hecho el reconocimiento médico en Colmedic. Ruego por tanto me envíe a la mayor brevedad: -la póliza de riesgos (fallecimiento + IAP s/ tu fax de 07/04/1999); -la póliza de ahorro.

El cliente quiere firmar los contratos lo antes posible por lo que te ruego me indiques qué día puedo quedar con él para terminar con este asunto".

El mismo día 4 de mayo a las 11,15 horas falleció D. Nemesio como consecuencia de un accidente, aplastado por su propio vehículo, cuando abandonaba el garaje de la empresa donde prestaba sus servicios.

3º Se envió a la compañía aseguradora la comunicación del fallecimiento de D. Nemesio, contestando ésta que no podía tener cobertura al no existir contrato de seguro. Plus Ultra fue requerida por Riofisa, quien le comunicó que el 4 de mayo había aceptado la oferta de contrato en los términos realizados por la propia compañía a través de su mediador y que en la misma fecha había fallecido D. Nemesio; por lo que la requería para que emitiera las pólizas de seguros en las condiciones pactadas y entregara copia al tomador del seguro y, además, emitir los recibos

sa) entró en contacto en 1998 con diversas aseguradoras para que presentaran un proyecto de seguro en el que Riofisa sería la tomadora, con la finalidad de asegurar al colectivo de los directivos de la empresa en as-

de la prima anual, "cuyo pago incondicional les consta que está a su disposición desde que se aceptó la oferta y cuyo ofrecimiento reiteramos". La aseguradora se reiteró en que no existía contrato alguno.

4º Dª Carla, viuda del fallecido D. Nemesio, así como sus hijos menores de edad D. Nazario y D. Octavio y Riofisa demandaron a Plus Ultra; en suplico de la demanda se pidió:

a) que se entregara a Riofisa la póliza del seguro correspondiente al contrato pactado para su firma, así como que se cobraran las primas;

b) el pago a Dª Carla y sus hijos de los capitales establecidos en la póliza en concepto de viudedad y orfandad, así como los intereses. Subsidiariamente y para el caso de que se considerase que no llegó a perfeccionarse el contrato de seguro, pedían que se condenara a la entidad demandada "por incumplimiento de un precontrato de seguro concluido entre el Grupo Riofisa y la demandada o, subsidiariamente, por ruptura de la demandada de tratos preliminares a pagar a Dª Carla, Nazario y Octavio, los capitales asegurados previstos en la proposición de Seguros", con los intereses del 20% y las costas.

5º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Alcobendas, de 9 noviembre 2002, estimó la demanda. Consideró que el documento que lleva como título "Proyecto de seguro para el Grupo Riofisa" no era una solicitud de seguro, y ante la duda de si se trataba de tratos preliminares o una propuesta, la sentencia concluyó que "debe ser calificado de propuesta y ello por cuanto el contenido del denominado proyecto viene a recoger todos los requisitos esenciales que van a conformar el contrato de seguro", "lo que sitúa el tema debatido en la órbita de la propuesta o proposición de seguro que únicamente vincula a la entidad proponente y a través del cual la compañía aseguradora se comprometía, en el plazo legal, a formalizar póliza de seguro de vida y de pensiones, en las condiciones pactadas, entre las que se contenía el fallecimiento con anterioridad a la edad de jubilación".

Como el contrato de seguro es consensual, no sujeto a forma, al concurrir oferta y aceptación se había perfeccionado en el momento del fallecimiento de D. Nemesio y finalmente y con relación al pago de la prima, dice la sentencia que si no se había pagado por culpa del tomador del seguro, no podía oponerse la falta de pago como causa de exclusión. En consecuencia, condenó al pago de las indemnizaciones previstas, pero no al de los intereses.

6º Plus Ultra (ahora AVIVA) recurrió la sentencia en apelación. La sentencia de la sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 junio 2004, estimó el recurso. Los

principales argumentos son los siguientes:

"El citado documento núm. 1 no tiene otro alcance que el que determina en su propia enunciación derivada del hecho de que quien solicitó información sobre ello lo fue quien en definitiva pretendía ser asegurada contratando para ello con un agente libre de seguros que es quien buscaba la información necesaria (...) en virtud de tal documento lo que hace la aseguradora es manifestar al agente las condiciones económicas y las prestaciones para las contingencias que se citan a partir de la fecha de efecto con fundamento en unos datos que previamente le habían sido manifestados por tal agente o la futura tomadora, datos que obviamente no constan contrastados sino que se hacen constar en relación con las personas "que nos han sido facilitadas", según el anexo".

En relación con el polémico fax del día 7 de abril, dice la sentencia recurrida que "(...) lo único que se deriva es la confirmación de que ese proyecto de seguro cumpliría sus expectativas y por ello habría de pasarse a la siguiente fase que es la de concreción de las prestaciones, primas y contingencias de manera definitiva".

Por estas y otras razones, la sentencia concluye que el documento no tiene carácter de proposición vinculante, porque, además, mes y medio más tarde aun faltaba concretar quienes iban a ser los asegurados y cuál era su estado de salud.

De ahí concluye la sentencia que "es claro que cuando se produjo el siniestro ni se había suscrito póliza alguna, ni constaba el resultado de los reconocimientos médicos, ni se había emitido recibo de prima alguna ni desde diciembre de 1998, ni desde enero de 1999, ni había existido una proposición de contrato aceptada en diciembre de 1998, ni se había procedido a la aceptación de los borradores emitidos el 7 de abril de 1999 en los quince días siguientes, ni por ello existía aseguramiento alguno".

Constituyen tratos previos al aseguramiento que habían de determinar la suscripción de una póliza compleja que, en definitiva, no llegó a suscribirse.

7º Dª Carla, D. Nazario y D. Octavio y Riofisa De Fincas, S.A. (Riofisa) presentan recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos en el auto de esta Sala, de 6 noviembre 2007.

A) Recurso Extraordinario Por Infracción Procesal:

SEGUNDO.- Al amparo del art. 469, 1, 4º LEC, el primer motivo denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Infracción de lo dispuesto en el art. 326.1 LEC, en

relación con el art. 319 al negar plenos efectos a documentos privados no impugnados.

Dice que la sentencia recurrida no concede a estos documentos la fuerza probatoria de acuerdo con los Arts. 326.1 y 319 LEC, al negar que constituya una verdadera oferta de contrato y, en consecuencia, haya podido ser objeto de una verdadera aceptación. Por ello se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios de prueba pertinentes.

En virtud de la fuerza probatoria plena debería concluirse que el documento núm. 1 constituye una verdadera oferta o proposición de contrato y que se aceptó su contenido por la tomadora en tiempo y forma.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida no ha negado valor probatorio a los documentos privados presentados por las demandantes-recurrentes en cuanto a la autenticidad, fecha, etc. que es lo que establece el art. 326.1 LEC.

Lo que se pretende es discutir sobre la interpretación efectuada por la sentencia recurrida acerca del contenido del documento, puesto que la expresión "prueba plena" no significa que el Tribunal no deba valorar el contenido de los mismos de acuerdo con las reglas de la sana crítica, porque en el caso de que no se impugne la autenticidad del documento privado presentado, no es que su contenido se imponga sin posibilidad de interpretación, como ocurriría si se le incluyera dentro de lo que se denomina "prueba tasada", sino que deberá ser valorado en el conjunto de las pruebas aportadas.

TERCERO.- Al amparo del art. 469, 1, 4 LEC, el segundo motivo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Infracción del art. 376 LEC, en concordancia con el art. 368.1 LEC, porque la sentencia admite como definitiva y relevante para su decisión una valoración del proyecto de contrato realizada por un testigo. Señala que la sentencia da relevancia a una valoración jurídica de un testigo, concretamente, empleado de la correduría de seguros.

Esta valoración efectuada por la Sala está viciada porque se otorga dicho valor no con relación a los hechos de que pueda conocer, sino para establecer la valoración jurídica de los mismos, porque fue esta persona quien calificó el referido documento como proposición de seguro, omitiendo la Sala la valoración de la citada declaración.

El motivo segundo se desestima.

Como establece el art. 376 LEC, los tribunales deben valorar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos "conforme a las reglas de

la sana crítica, tomando en consideración (...) las circunstancias que en ellos concurren (...)".

Por tanto, no impugnadas por la parte recurrente las preguntas formuladas al testigo, y siendo la apreciación de la prueba testifical discrecional y atribuida al órgano de instancia, no puede ser atacada en casación (SSTS 17-5-2002, 30-1-2003, 17-3-2005 y 2-4-2006, entre otras).

CUARTO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469, 1,2 LEC, los recurrentes denuncian en el Tercer motivo la infracción de lo establecido en el art. 218.2 LEC, porque los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida no se ajustan a las reglas de la lógica y la razón.

Dicen que sin modificar los hechos fijados en la sentencia de 1ª Instancia, los valora de forma distinta y aunque ello es función de la Sala de instancia, dicha valoración se aparta de las reglas de la lógica y la razón, puesto que a pesar de existir prueba de que concurrió oferta y aceptación, llega a la conclusión de que no existió verdadero contrato.

El motivo se desestima.

Los recurrentes están imputando a la sentencia recurrida un vicio relativo a un razonamiento en realidad incongruente, porque se aparta de lo argumentado en la Sala de instancia y pretenden deducir de la expresión "la Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida" que se aceptaban los hechos probados en la sentencia de 1ª Instancia.

Ello es erróneo, porque la sentencia recurrida se refiere a los "antecedentes de hecho" de la sentencia, no a los hechos probados, que examina y vuelve a examinar de forma muy pormenorizada y exhaustiva, analizando todos y cada uno de ellos, llegando a conclusiones distintas a las declaradas en la sentencia de 1ª Instancia, en virtud de su competencia para valorar la prueba en apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 456.1 LEC.

Una cosa es que la sentencia presente un razonamiento incongruente, como acusan los recurrentes y otra muy distinta, que los recurrentes no estén de acuerdo con la interpretación efectuada, lo que resulta intrascendente a los efectos del recurso, porque ello no produce indefensión, ya que como afirma la STC 1263/2004, de 23 diciembre, la tutela judicial efectiva significa el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, no la satisfacción de las pretensiones, ni el acierto de la resolución, como por otra parte señala la STC 1175/2004, de 30 noviembre (asimismo, SSTC 45/2003, 1118/2000, 50/1997, 153/1995, entre otras).

QUINTO.- El motivo cuarto, formulado al amparo del art. 469, 1, 2

LEC, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC, por no decidir la sentencia recurrida todos los puntos litigiosos objeto de debate.

Al haber entendido que no hubo contrato de seguro, debería haber resuelto la pretensión formulada como subsidiaria para el caso que se entendiera que no llegó a perfeccionarse el contrato y esta declaración ha sido omitida. Esta declaración se plantea con carácter subsidiario.

El motivo se estima.

Llevan razón los recurrentes cuando dicen que al no haberse estimado su pretensión principal, debería haber entrado el tribunal a estudiar y decidir la petición subsidiaria, formulada en la demanda para el caso de que no se estimara la principal.

Al no haberlo hecho así, la sentencia recurrida incurre en el defecto consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 218.1 LEC, que establece que las sentencias deben ser congruentes y hacer "las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate".

La sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva al no pronunciarse acerca de las pretensiones formuladas subsidiariamente.

**SEXTO.-** Al haberse declarado la incongruencia omisiva de la sentencia, debe aplicarse lo dispuesto en la disposición final decimosexta de la LEC, párrafo 7º, que establece que "cuando se hubiere recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2º del apartado primero del art. 469, la Sala, de estimar el recurso por este motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación". En consecuencia, debe esta Sala entrar a examinar el recurso de casación.

B) Recurso De Casación.

**SÉPTIMO.-** El recurso de casación puede ser agrupado en dos grupos de motivos: los tres primeros están referidos a la pretensión principal referida a la existencia o no del contrato de seguro entre Riofisa y Plus Ultra (AVIVA), y los tres siguientes, a las peticiones subsidiarias formuladas en la demanda.

**OCTAVO.-** El primer motivo, señala la infracción del art. 6 LCS, en relación con el art. 2 LCS. Dice que la sentencia los infringe porque permite que haya una particular modalidad de oferta por una Compañía de seguros, el Proyecto de seguro, que se encuadraría en los tratos preliminares de la contratación, sería ajena a la Ley de contrato de seguro y carecería de efecto vinculante para el asegurador, de modo que si se admi-

te la posibilidad de que una compañía aseguradora emita una oferta de contrato no vinculante, se está excluyendo la aplicación de una norma imperativa, el art. 6 LCS que impone una vinculación temporal mínima.

El motivo se desestima.

En realidad, los recurrentes están pretendiendo una interpretación distinta a la efectuada por la Sala de instancia del documento obrante en las actuaciones, con el título "Proyecto de seguro preparado para el grupo Riofisa".

El contrato de seguro no ofrece especialidades respecto a los requisitos para su formación, de modo que para que exista consentimiento, se aplica plenamente lo establecido en el art. 1262.1 CC, es decir, se requiere que concurra la oferta y la aceptación.

Cualquiera de las partes puede tomar la iniciativa a la hora de la proposición de un futuro contrato de seguro. El art. 6 LCS, es por tanto, una especialidad de la regla general aplicable a los contratos de este tipo, en los que por disposición de la ley, debe protegerse el interés del futuro asegurado o del tomador, proporcionándole un tiempo para que pueda examinar las condiciones del contrato, pero ello implica que cuando la iniciativa haya partido del futuro tomador, deban examinarse también las circunstancias y consecuencias de la oferta para contratar que proviene de esta parte.

De acuerdo con la finalidad perseguida en el art. 6 LCS, la solicitud proveniente del futuro tomador o asegurado no vincula a la aseguradora; en cambio sí la vincula la proposición de seguro que ésta última haya efectuado, durante el plazo de quince días, de acuerdo con el art. 6 LCS, que ahora se considera infringido.

Y ello porque de acuerdo con la interpretación más correcta de la Ley, no se considera la solicitud como una verdadera oferta, por lo que el art. 6.1 LCS dice textualmente que "la solicitud de seguro no vinculará al solicitante".

Para que la oferta vincule al asegurador, se requiere que sea completa y que además, contenga la voluntad del oferente para la celebración del futuro contrato, lo que no resultará lo más corriente, dada la complejidad técnica de determinados seguros, en los que se requieren cálculos actuariales complejos respecto a la determinación de las primas en relación con los riesgos asegurados, condición en la que normalmente será la aseguradora quien va a tener la información más adecuada.

La jurisprudencia de esta Sala ha sostenido esta solución ante supuestos en los que no resulta clara la voluntad de aseguramiento. La sentencia de 23 diciembre 2005 dice que "El artículo 6 de la Ley de Contrato

de seguro, establece que la solicitud de seguro no vinculará al solicitante y que la proposición por parte de la Compañía aseguradora la vinculará durante el plazo de 15 días.

Es decir, que según esta disposición, la solicitud del interesado de querer asegurarse no constituye propiamente una oferta de contrato, porque le permite decidir sobre la definitiva contratación (sentencia de 2 de febrero de 1990), optando por no contratar.

Pero ciertamente algunas veces se ha denominado solicitud a una verdadera propuesta, que cuando viene acompañada del pago de la prima, debe entenderse que produce la perfección del contrato de seguro (sentencias de 18 de julio de 1988, 28 de febrero de 1990, 26 de febrero y 31 de mayo de 1997, 28 de febrero de 1998 y 8 de octubre de 1999, entre otras), pero en este caso no nos hallamos ante esta situación".

Otras sentencias han venido construyendo esta doctrina, de modo que como afirma la de 2 febrero 1990, "(...) la solicitud del seguro y, por ende, la de su modificación o novación, no tiene, según reconoce la mayor parte de la doctrina científica, el valor de una oferta contractual al ser requisito esencial de ésta la vinculación del oferente, ya que la oferta en sentido técnico consiste en una declaración de voluntad dirigida por una de las partes a otra con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación, falta de vinculación que expresamente se reconoce en el art. 6 LCS " y añade que "en el contrato de seguro el consentimiento surge por la concurrencia de la oferta y la aceptación (art. 1262 CC), oferta que, de acuerdo con lo antes dicho, no consiste en la solicitud por parte del solicitante sino en la proposición del asegurador, mientras que la aceptación se integra por la declaración de voluntad del asegurado aceptando las condiciones propuestas, lo que está de acuerdo, por otra parte, con la naturaleza del contrato de adhesión que normalmente tiene el seguro (...)".

La sentencia de 16 diciembre 2002, en un caso parecido al que ahora es objeto del recurso de casación, rechaza la reconsideración de existencia de oferta y aceptación porque "(...)no hubo propuesta de la aseguradora aceptada por el asegurado ni pago de la prima que no llegó a ser establecida" (en el mismo sentido, SSTs de 19 diciembre 2003, 12 noviembre 2004 y 31 mayo 2006).

**NOVENO.** Una vez resumida la doctrina pronunciada sobre el problema de la determinación de la existencia de contrato de seguro y aplicándola al caso concreto, hay que señalar:

a) que la empresa Riofisa formuló una solicitud abierta a través de su agente de seguros;

b) que Plus Ultra (ahora AVIVA) presentó una proposición de contrato, que no estaba firmada, con una propuesta de capitales asegurados y posibles primas, ofrecimiento que fue aceptado por Riofisa, iniciándose el periodo de negociación acerca de las condiciones particulares del seguro solicitado;

c) que no se llegó a concretar en una proposición de contrato, ya que aun no se había determinado el riesgo ni la prima a pagar. De todo lo cual debe concluirse que no existió contrato de seguro, porque el documento de Plus Ultra (AVIVA) de abril de 1999 era una respuesta a una oferta realizada por la futura tomadora, en la que le informaba de las condiciones de la posible futura contratación.

**DÉCIMO.** El segundo motivo señala la infracción de lo dispuesto en el art. 1258 CC, en concordancia con los Arts. 1254, 1261 y 1262 CC y jurisprudencia aplicable en cuanto regulan la consensualidad del contrato de seguro.

A pesar de declarar el carácter consensual del contrato, exige la sentencia recurrida determinados trámites y requisitos para que pueda existir contrato de seguro, puesto que niega que pueda darse verdadera oferta si no concurren. Por ello se ha incurrido en infracción de las normas citadas porque rige el principio general de consensualidad de los contratos.

El motivo se desestima.

La jurisprudencia de esta Sala no ha mantenido una línea clara acerca de la naturaleza del requisito establecido en el art. 5 LCS sobre la forma en el contrato de seguro.

En general a partir de la sentencia de 22 diciembre 1990, se señala que la exigencia formal del art. 5 LCS "al no integrar uno de los pocos supuestos admitidos en nuestro ordenamiento jurídico de forma ad solemnitatem o ad substantiam, no impide que en algún supuesto excepcional (no ciertamente frecuente), pueda probarse la existencia de algún contrato de seguro o de alguna modificación en el mismo, aunque no aparezca rigurosamente cumplimentado tal requisito formal (que en puridad técnica, solo es ad probationem), confirmada por la doctrina de la sentencia de 30 noviembre 2004".

Pero esta no es la cuestión que se presenta en el argumento del recurso que ahora se examina, ya que el problema real de este seguro se refiere a si existió o no el concurso de la oferta y la aceptación, ya que para determinarlo es necesaria no la forma, aunque es una manera de llegar a la conclusión positiva de que tal concurso se produjo y ya se ha concluido en el Fundamento anterior que de las circunstancias del caso, no puede

deducirse que existiese el consentimiento necesario para la existencia de contrato.

DECIMO PRIMERO.- El tercer motivo denuncia la infracción del principio in dubio pro asegurado.

La jurisprudencia obliga a resolver la duda a favor del asegurado y al resolver la sentencia esta duda de modo favorable a la compañía aseguradora, está vulnerando este principio.

El motivo se desestima.

La sentencia de esta Sala de 18 mayo 2009, dice que “el principio con arreglo al cual los supuestos de duda en el contrato de seguro deben ser resueltos a favor del asegurado solo es aplicable en aquellos casos en los cuales el clausulado de la póliza admite diversas interpretaciones y no puede concretarse la procedencia de ninguna de ellas, especialmente cuando la ambigüedad en la redacción ha sido causada por la aseguradora, en virtud del principio contenido en el art. 1288 CC”.

Pero este principio no puede aplicarse al caso concreto en el que la duda se presenta en relación a la propia existencia del contrato de seguro.

Por ello, no habiéndose conseguido probar la concurrencia de consentimiento, no puede aplicarse la doctrina implícita en el principio in dubio pro asegurado, para suplir la presencia de la voluntad contractual.

DECIMO SEGUNDO.- Los motivos cuarto, quinto y sexto se formulan con carácter subsidiario para el caso de que se hubiese admitido el cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, como así ha ocurrido.

El cuarto motivo se formula de forma subsidiaria para el caso de no admitirse los anteriores; en él se denuncia la infracción del art. 1258 en concordancia con los Arts. 1261 y 1262 CC.

La sentencia recurrida afirma que se produjo un intercambio de borradores de pólizas por parte de la aseguradora a la tomadora, que finalizó el 7 abril 1999, momento en que toda la documentación se habría entregado a Riofisa; afirma también que el 4 de mayo se comunicó la aceptación del borrador y se solicitó que se emitieran las correspondientes pólizas para su firma.

Dice que aun considerando que el proyecto inicial no reunía la condición formal de proposición, la documentación de la demanda se refería a diversas fases sucesivas dentro de los tratos preliminares, por lo que debería haberse concluido que existía verdadero contrato de seguro, perfeccionado el 4 mayo 1999. La sentencia reconoce la existencia de

una oferta, que se habría aceptado en dicha fecha.

El motivo se desestima.

Pretenden los recurrentes en este motivo que se afirme que existió una fase previa de tratos preliminares que habrían acabado con una propuesta de contrato que vinculaba a las partes negociadoras.

Si la propuesta se hubiera formalizado, como afirman los recurrentes el día 7 de abril de 1999, sin que conste que haya sido aceptada por la tomadora del seguro, ya que así se establece en los hechos probados de la sentencia recurrida, el transcurso de los quince días solo vincula al proponente, pero no al tomador, de modo que transcurrido este plazo sin haberse producido la aceptación por parte de éste último, no hay contrato, por lo que no pueden aplicarse los artículos que se declaran infringidos, porque se parte en este caso de una interpretación incorrecta al entender la parte recurrente que la vinculación que la propuesta produce en el asegurador, significa conclusión del contrato por concurrencia de la oferta y de la aceptación, mientras que sólo es una norma protectora del tomador/asegurado, mediante la vinculación del asegurador durante quince días, pasados los cuales si no ha habido respuesta por su parte, no hay contrato.

DECIMOTERCERO.- En el quinto motivo, presentado también de manera subsidiaria, se señala la infracción del art. 1101 y concordantes CC y de la doctrina de las sentencias de 3 julio 1998, 4 julio 1991 y 13 diciembre 1989 y jurisprudencia posterior sobre la obligación de respetar sus tratos precontractuales y consiguiente deber de indemnizar en caso de incumplimiento.

Si se admitiera que nunca existió un contrato, debería entenderse que existió un compromiso de las partes para contratar, o precontrato, que habría sido incumplido por Plus Ultra, generando la correspondiente obligación de indemnizar.

Al negarse a emitir la póliza, se produjo un incumplimiento de la aseguradora demandada, por no querer satisfacer las indemnizaciones, lo que determina la obligación de indemnizar a la viuda y a los hijos de D. Nemesio.

El quinto motivo se desestima.

La primera de las razones de la desestimación reside en la mala formulación del motivo, que se refiere a la infracción del art. 1101 y concordantes, lo que debe producir la desestimación, ya que es doctrina de esta Sala que no puede admitirse este tipo de formulaciones por la incertidumbre que produce acerca de la identificación de la norma infringida.

Pero, además, debe recordarse aquí la doctrina de esta Sala sobre la

figura del precontrato. La sentencia de 17 octubre 2008 dice:

“Mediante el precontrato las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar el contrato definitivo y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (STS 4 de julio de 1991).

Fijan sus elementos, pero aplazan su perfección (STS de 3 de junio de 1994) y adquieren la obligación de establecer el contrato definitivo en virtud de la relación jurídica obligacional nacida del precontrato, por lo que pueden reclamar su cumplimiento de la otra parte (SSTS de 23 de diciembre de 1995; 11 de mayo de 1999).

Se diferencia del pactum de contrahendo (pacto de contratar) en que no se requiere actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, sino que basta la aceptación para la perfección del contrato (STS 23 de diciembre de 1991; 17 de marzo de 1993; 16 de octubre de 1997; 15 de diciembre de 1997; 11 de abril de 2000; 30 de enero de 2008, rec. 4903/2000).

Y la sentencia de 9 febrero 2009 añade que en el precontrato se adquiere solo la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento del contrato proyectado (ver asimismo, entre las más recientes, las sentencias de 14 diciembre 2006, 30 enero 8 mayo, 24 octubre y 16 diciembre todas ellas de 2008).

Ello implica que las partes tienen la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa de poner en práctica el contrato definitivo, lo que no ocurrió en el caso objeto de este recurso de casación, en el que, según la prueba producida, aun faltaban por determinar algunos elementos, como la salud de los asegurados, que no se produjo hasta el mismo día del accidente, y en el caso de que se considerara que existían todos los elementos definitivos, ninguna de las partes se habría compelido al cumplimiento en el momento en que el accidente tuvo lugar.

DECIMO CUARTO.- El sexto motivo, formulado también con carácter subsidiario, denuncia la infracción del art. 1902 CC y la doctrina jurisprudencial sobre la culpa in contrahendo, recogida entre otras, en las sentencias de 16 mayo 1988, 14 junio 1999 y jurisprudencia posterior concordante.

Si se considerara que sólo hubo tratos preliminares, Plus Ultra actuó de mala fe y debe indemnizar los daños y perjuicios causados en virtud de responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo.

La aseguradora rompió los tratos de forma injustificada, de forma que existe una causalidad directa y determinante entre el daño producido y la

actuación dolosa de la entidad aseguradora que motivó no sólo la confianza razonable, sino la seguridad del tomador, los asegurados y sus familias, de que los riesgos estaban cubiertos desde 1 enero 1999.

Se desestima el motivo sexto.

La aplicación de la responsabilidad por la concurrencia de tratos preliminares requiere la prueba de que el daño sufrido es una consecuencia de la mala actuación de la parte que lo ha provocado durante el desarrollo de estos tratos preliminares.

El daño producido en este caso consiste en el fallecimiento de D. Nemesio debido a un accidente, por lo que no existe ni tan siquiera causalidad material derivada de los tratos preliminares en la producción de este daño.

En consecuencia, no se puede hacer responsable a la compañía aseguradora de que los perjudicados cobren o no una indemnización, cuando el contrato aun no había sido concluido, por faltar, como ya se ha dicho, el consentimiento contractual. En definitiva, no hay relación de causalidad entre la muerte de D. Nemesio y la existencia o no del contrato de seguro.

DÉCIMO QUINTO.- La estimación del motivo quinto del recurso extraordinario por infracción procesal implica la aplicación de la regla 7ª del apartado 1 de la Disposición Final 16 LEC, por lo que esta Sala debe dictar nueva sentencia.

Esta Sala confirma la sentencia recurrida al desestimar los motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación. Asimismo se desestiman los motivos cuarto, quinto y sexto, procediéndose a dictar sentencia desestimando la petición alternativa formulada en la demanda presentada por la representación de Dª Carla, D. Nazario y D. Octavio y Riojana De Fincas, S.A. (Riofisa), que pedía la condena de Plus Ultra “por incumplimiento de un precontrato de seguro concluido entre el Grupo Riofisa y la demandada o, subsidiariamente, por ruptura de la demandada de tratos preliminares a pagar a Dª Carla, Nazario y Octavio, los capitales asegurados previstos en la proposición de Seguros”.

DÉCIMO SEXTO.- No se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, al haberse admitido y en aplicación de lo establecido en el art. 398.2 LEC.

Se imponen las costas del recurso de casación a los recurrentes, al haberse desestimado sus pretensiones, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, que se remite a lo dispuesto en el art. 394 LEC.

No se imponen las costas del recurso de apelación por haberse revo-

cado la sentencia de 1ª Instancia y haberse confirmado ésta en casación.

Se imponen las costas de la 1ª instancia a los demandantes Dª Carla, Nazario y Octavio y Riojana De Fincas, S.A. (Riofisa).

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

### FALLO

1º Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación de Dª Carla, D. Nazario y D. Octavio y Riojana De Fincas, S.A. (Riofisa) contra la sentencia de la sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 junio 2004, dictada en el rollo de apelación núm. 269/2003.

2º No se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

3º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación de Dª Carla, Nazario y Octavio y Riojana De Fincas, S.A. (Riofisa) contra la sentencia de la sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 junio 2004.

4º Procede dictar sentencia y se desestiman las peticiones subsidiarias de la demanda formulada por la representación de Dª Carla, Nazario y Octavio y Riojana De Fincas, S.A. (Riofisa).

5º Se ratifica la sentencia dictada por la sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 junio 2004.

6º Se imponen a los recurrentes las costas del recurso de casación.

7º No se imponen a los recurrentes en apelación las costas ocasionadas por su recurso.

8º Se imponen las costas de la 1ª Instancia a los demandantes.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Vicente Luis Montes Penades; este Magistrado votó pero no ha podido firmar la sentencia por motivos de salud.- Encarnación Roca Trias.- Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sra. Dª Encarnación Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/128057

TS Sala 1ª, Sentencia 2 junio 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Por el contenido de las cartas publicadas

## Inexistencia de ataque al honor de Magistrado en su vertiente de prestigio profesional

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia, que revocando la de instancia, desestimó la demanda interpuesta por el Magistrado demandante, que aspiraba a ostentar un cargo de gobierno en el poder judicial, con motivo del ejercicio de la acción de protección de su derecho al honor, por la publicación de dos cartas del demandado que considera atentatorias a su prestigio profesional.*

*Señala la Sala que la libertad de expresión debe gozar de prevalencia en especial cuando se considera el ejercicio de cargos no estrictamente jurisdiccionales que envuelven importantes funciones de gobierno interno del poder judicial, cuya relevancia desde el punto de vista jurídico y social, e indirectamente político y económico, no es necesario ponderar cuando se trata del ejercicio de un poder y de funciones de gobierno transcendentales para su adecuado desempeño. La protección del prestigio profesional como modalidad del derecho al honor no tiene carácter absoluto, ya que la existencia de una intención subjetiva de desprestigiar a una persona no es suficiente para considerar lesionado el derecho al honor de esta sin establecer la debida ponderación con el derecho a la libertad de expresión en relación con el alcance objetivo de las expresiones utilizadas.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El proceso tiene por objeto una demanda de protección del derecho al honor.

2. El demandante es magistrado con destino en la Sala de lo Social del TSJ de Asturias. A finales de 2003 presentó su candidatura a presidente del TSJ de Asturias y no fue elegido por el CGPJ. Acto seguido presentó su candidatura a presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias y tampoco fue elegido.

3. En el periódico La Nueva España, sección "Cartas al director", se

publicaron el 10 de enero de 2004 y el 27 de marzo de 2004 sendas cartas en apoyo y elogio de la trayectoria profesional y personal del demandante, firmadas por una de sus hijas, la primera, y por un grupo de profesores del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, la segunda.

En respuesta a ellas el periódico en la misma sección publicó dos cartas del demandado, que el demandante estima atentatorias a su derecho al honor.

4. De la carta publicada el 30 de enero de 2004, en contestación a la carta remitida por su hija, el demandante destaca los siguientes párrafos: "(...) en el caso que nos ocupa lo que prima es, como usted dice, la aplicación de la justicia como Dios manda y no los sentimientos hacia los poderosos llamémoslos empresa (algunas que usted conoce y yo me callo)";

"(...) yo me pregunto si no se ha parado a pensar el motivo por el que su padre no sacó ni un solo voto en dichas elecciones y por qué todos sus compañeros le volvieron la espalda. Yo le aconsejaría que reflexionara un poco acerca de esto (...)".

5. De la carta de 21 de abril de 2004, contestación a la remitida por varios profesores del departamento de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, recoge en la demanda lo siguiente:

"No vamos a dudar de esto último (referido a conocimientos de Derecho), pero en cuanto a la equidad y justicia creo que deja mucho que desear (...)".

"También podríamos aplicar en este caso aquella parábola de nuestro Señor Jesucristo en la que decía que quien siembra vientos más tarde o más temprano recoge tempestades, por lo que creo que el señor Iván está recogiendo lo que sembró a lo largo de su carrera profesional (...); por eso aconsejo a dicho señor por todo lo acontecido se retire a su casita a descansar y haga un examen de conciencia respecto a su trayectoria profesional y entone el "mea culpa".

6. El Juzgado estimó la demanda.

7. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y absolvió al demandado fundándose, en síntesis, en que:

a) se trata de un supuesto de colisión entre la libertad de expresión de un particular y el derecho al honor de una persona que ejerce un cargo público, que debe soportar la correspondiente crítica o censura a su labor con superior tolerancia;

b) en las cartas al director en que se funda la demanda se hace efectivo el derecho de réplica y crítica frente al elogio contenido en las otras dos cartas a las que son respuesta;

c) ninguna expresión concreta contienen que en sí misma pueda calificarse de injuriosa o vejatoria, ni imputaciones más o menos veladas de actos concretos, ya delictivos, ya desmerecedores ante la opinión pública, aunque puedan calificarse de desafortunadas o innecesarias, razón por la cual no alcanzan la entidad de la intromisión ilegítima pretendida.

8. Contra esta sentencia interpuso el demandante recurso de casación, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.1.º LEC por versar el proceso sobre la protección del derecho al honor.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo de casación.

El motivo primero y único de casación se introduce con la siguiente fórmula:

"Infracción del art. 18.1 CE puesto en relación con el art. 20.4 CE, así como por infracción del art. 7.7 LPDH y la jurisprudencia que desarrolla dichos artículos."

El motivo se funda, en síntesis, en que:

a) la protección del derecho al honor comprende el prestigio profesional;

b) en las cartas objeto del proceso se acusa al recurrente cuando menos de prevaricador, pues se le tacha de ser proclive en sus decisiones judiciales hacia determinados litigantes (empresas), lo que resulta más grave si se tiene en cuenta que el recurrente ejerce su función jurisdiccional en el orden social; se le acusa de ser contrario a la equidad y a la justicia; se efectúan consideraciones gratuitas respecto a sus buenas o malas relaciones con el resto de compañeros de la carrera judicial y se le trata más o menos de marginado; se ponen en duda sus conocimientos y preparación jurídica contraponiéndolos con el de otros compañeros de la carrera judicial; se ridiculiza y menosprecia la trayectoria profesional del recurrente y se aconseja la retirada a su casa para purgar sus pecados;

c) en el contenido de las cartas subyace un claro ánimo de difamar, deshonar, desacreditar y menospreciar al recurrente; (d) emite opiniones y emplea expresiones claramente injuriosas y absolutamente innecesarias;

e) no puede justificarse el contenido de dichas cartas aludiendo a un supuesto derecho de réplica, pues en las cartas que supuestamente justifican la réplica no se aludía al recurrido, el cual no conocía al recurrente ni su labor profesional;

f) el recurrente no puede ser considerado un personaje público por haber participado en procesos selectivos dentro de la Carrera judicial;

g) pueden citarse supuestos idénticos en los que la jurisprudencia aprecia la vulneración del derecho al honor cuando se ataca la dignidad personal y profesional de un magistrado, por ejemplo, al imputarle proclividad jurisdiccional hacia personas de determinada ideología política.

El motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** La colisión entre el derecho al prestigio profesional y la libertad de expresión.

A) El artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE.

La jurisprudencia constitucional y la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional. Reiterada doctrina de esta Sala (SSTS de 25 de marzo de 1993, 20 de diciembre de 1993; 24 de mayo de 1994; 12 de mayo de 1995; 16 de diciembre de 1996; 20 de marzo de 1997, 21 de mayo de 1997, 24 de julio de 1997, 10 de noviembre de 1997, 15 de diciembre de 1997; 27 de enero de 1998, 27 de julio de 1998 y 31 de diciembre de 1998; 22 de enero de 1999; 15 de febrero de 2000, 26 de junio de 2000; 30 de septiembre de 2003; 18 de marzo de 2004, 5 de mayo de 2004, 19 de julio de 2004, 18 de junio de 2007) admite que el prestigio profesional forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, pero exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una trasgresión del derecho fundamental.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

Esta limitación afecta también al derecho al honor en su modalidad relativa al prestigio profesional.

La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

B) La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008).

La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación:

1) debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC núm. 1457 /2006);

2) debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe "sociedad democrática" (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva:

1) la ponderación debe tener en cuenta si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión es más intenso, como establece el artículo 8.2.A LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la "proyección pública" se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias;

2) la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4,

SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

**CUARTO.-** Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de los criterios enunciados al caso examinado conduce a las siguientes conclusiones:

A) La sentencia recurrida se pronuncia sobre el ejercicio del derecho de crítica en relación con la actividad profesional de un magistrado.

Estamos, en consecuencia, ante un supuesto de colisión entre el derecho al honor, en su vertiente de derecho al prestigio profesional, y el ejercicio de la libertad de expresión, en su modalidad de crítica a las cualidades profesionales de un magistrado.

B) Desde el punto de vista abstracto, resulta prevalente la libertad de expresión. En consecuencia, no es suficiente, como parece afirmar la parte recurrente, con el hecho de que las expresiones resulten en menoscabo del prestigio profesional del magistrado, sino que es menester aplicar la técnica de la ponderación para inferir si, atendidas las circunstancias del caso, la colisión con el derecho al prestigio profesional puede invertir la posición prevalente que la libertad de expresión ostenta en abstracto en una sociedad democrática.

Para la ponderación del peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión debe advertirse en el caso enjuiciado que la crítica se proyecta sobre las cualidades profesionales de una persona en relación con el ejercicio de cargos públicos de singular relevancia.

No es admisible la posición de la parte recurrente, de la que parece deducirse que la pertenencia a la Carrera judicial y el mecanismo de provisión de los cargos judiciales carece de relevancia pública a los efectos de la crítica profesional, lo que otorgaría prevalencia al derecho al honor frente a las críticas operadas en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional, con la aptitud para ocupar cargos judiciales y con el desempeño de los mismos.

Antes al contrario, la función jurisdiccional en sí misma tiene carácter público y está sujeta, en el ejercicio de la libertad de expresión, a la crítica.

La libertad de expresión debe gozar de prevalencia en especial cuando se considera el ejercicio de cargos no estrictamente jurisdiccionales que envuelven importantes funciones de gobierno interno del poder judicial, cuya relevancia desde el punto de vista jurídico y social, e indirectamente político y económico, no es necesario ponderar cuando se trata del ejercicio de un poder y de funciones de gobierno transcendentales para su adecuado desempeño.

El carácter público de una actividad no está solo en relación con su carácter político, sino que, como ha quedado antes reseñado, puede derivar también de la relevancia de la actividad profesional ejercida con carácter general o en relación con acontecimientos concretos, o de su trascendencia económica o social, entre otras circunstancias.

Las circunstancias concurrentes en el caso no permiten, desde este punto de vista, invertir el carácter prevalente que la libertad de expresión ostenta frente al derecho al honor en relación con el ejercicio de la crítica sobre personas con relevancia pública:

a) Las críticas expresadas en las cartas dirigidas a un periódico que afectan al prestigio profesional del magistrado recurrente tenían como objeto directo la discusión de sus aptitudes para ostentar los cargos de presidente del TSJ de Asturias y de presidente de la Sala de lo Social de este tribunal.

b) Las frases y expresiones empleadas presentan un contenido fuertemente crítico. Sin embargo, esta Sala, ponderando el contexto en que se producen, considera que no son suficientes para estimar que exceden las limitaciones que el ejercicio de la libertad de expresión impone sobre derecho al prestigio profesional del magistrado afectado.

En efecto, dichas expresiones, que responden a la personal y discutible opinión de quien ejerce el derecho a la libertad de expresión:

1) tienen estrecha relación con el ejercicio de los cargos a los cuales aspiraba el recurrente, puesto que se refieren a los conocimientos jurídicos del recurrente, a su concepto sobre la equidad y la justicia, a su concepción de ésta supuestamente tendente a favorecer a unos sectores de intereses frente a otros en el ejercicio de la función jurisdiccional y a sus relaciones con los demás miembros del poder judicial;

2) revisten notoria importancia, pero ésta resulta relativizada por el hecho de que aparecen como una opinión personal del recurrente en un contexto polémico frente a otras opiniones, una de ellas procedentes de un importante colectivo profesional, que se pronuncian en sentido radicalmente contrario y permiten al lector formarse la idea de la existencia de una controversia con opiniones dispares sobre un aspecto esencialmente opinable, como es el de las cualidades y el del acierto en el ejercicio profesional de un relevante servidor público.

C) No son aceptables los argumentos de la parte recurrente en contra de estas conclusiones, puesto que:

a) la protección del prestigio profesional como modalidad del dere-

cho al honor no tiene carácter absoluto.

b) La importancia de las expresiones utilizadas en contra del prestigio profesional del recurrente no es suficiente, en sí misma, para considerar lesionado el derecho al honor sin establecer la debida ponderación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Esta Sala no comparte que imputar al recurrente criterios favorables a un grupo social de litigantes constituya la imputación de una conducta delictiva, puesto que el Derecho admite concepciones distintas que pueden conducir a quienes lo estudian, interpretan y aplican no sólo a soluciones diferentes en el mismo asunto, sino a mantener actitudes diversas e incluso incompatibles en la valoración de los distintos sectores de intereses sociales que intervienen en los conflictos jurídicos, como han destacado especialmente las corrientes de la Filosofía del Derecho que han valorado la importancia del llamado contexto de descubrimiento en la formación de las decisiones jurídicas.

c) La existencia de una intención subjetiva de desprestigiar a una persona no es suficiente para considerar lesionado el derecho al honor de esta sin establecer la debida ponderación con el derecho a la libertad de expresión en relación con el alcance objetivo de las expresiones utilizadas;

d) la publicación de cartas previas favorables al demandante no debe considerarse en relación con la presunta existencia de un derecho de réplica por parte del demandado, sino para atender a la necesidad de situar sus expresiones en el contexto de una polémica pública en torno a la capacidad de una persona para ocupar determinados cargos;

e) Las opiniones y expresiones utilizadas en el caso examinado no son absolutamente innecesarias para formular una crítica acerba al ejercicio profesional de una persona que aspira a ostentar determinados cargos de gobierno del poder judicial, pues resulta admisible, en el actual contexto social y atendiendo al uso habitual del lenguaje, concebir una crítica de fuerte intensidad, amparada por la libertad de expresión con independencia de su carácter justificado o no, mediante la utilización de expresiones comparables a las utilizadas;

f) el recurrente debe ser considerado un personaje público por el ejercicio de la función jurisdiccional y especialmente por la aspiración al desempeño de cargos de gobierno del poder judicial;

g) las decisiones de esta Sala que se invocan como precedente no responden a supuestos idénticos, pues en una de ellas (STS de 16 de febrero de 1999) se consideran imputaciones concretas a un magistrado sobre convivencia con otros para favorecer

intereses particulares y sobre anomalías de conducta, cuya veracidad se rechaza;

Y en la otra (STS de 17 de abril de 2000) se destaca la intención por parte de quienes promueven una campaña de prensa para excluir en un determinado asunto a un juzgador del Tribunal del que forma parte como miembro nato; y no se dan, entre otras circunstancias aquí consideradas, la de la existencia de una controversia pública sobre las cualidades de una persona que aspira al desempeño de funciones de gobierno del poder judicial.

D) No se aprecia, en suma, la infracción que se imputa a la sentencia recurrida.

QUINTO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC sin imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC, por apreciarse la existencia de serias dudas de Derecho en la cuestión controvertida.

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

#### FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Iván contra la sentencia de 4 de mayo de 2005 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo en el rollo de apelación 29/2005, cuyo fallo dice:

“Fallo: “Estimar el recurso de apelación interpuesto por Mariano, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo que se revoca.

“Desestimar la demanda formulada por Iván contra Mariano, absolviendo al demandado de los pedidos contenidos en la demanda.

“No hacer expresa declaración sobre las costas de ninguna de las instancias”.

2. No ha lugar a casar por el motivo formulado la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Sa-

las Carceller.- José Almagro Nosete. Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios,

Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## TSJ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/133507

TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 26 junio 2009. Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

### Denegación del pago de justiprecio de una entidad del grupo Rumasa en espera de fijar el balance consolidado

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra el Auto dictado por el TSJ de Madrid denegatorio de la ejecución de la STS sobre justiprecio de las acciones del Banco Condal expropiadas por el RD-Ley 2/1983 y Ley 7/1983, con entrega de cantidad resultante. La Sentencia que se pretende ejecutar por los actores exponía que los accionistas minoritarios podrán percibir el valor del justiprecio de sus acciones en cuanto sea firme la sentencia, mientras que los titulares de las empresas del grupo Rumasa, no podrán hacerlo hasta que sea determinada la consolidación definitiva, por lo que una vez obtenida la consolidación total del sub-grupo Banco Condal, se conservará el dato para cuando se llegue al justiprecio de todas las demás empresas del Grupo Rumasa, para así poder determinar la consolidación total.*

*La Sala confirma los autos que denegaban la ejecución de la sentencia, pues su fundamento descansaba en que no se ha procedido a la consolidación total del grupo, circunstancia que es exigida en la parte dispositiva de la Sentencia, por lo que mal cabe aceptar ni que en dichos autos se resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, ni que contradigan los términos de su fallo.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso el Auto dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de Justicia de Madrid, el 24 de noviembre de 2005, desestimatorio del recurso de súplica deducido contra otro, de fecha 26 de julio de 2005, por el que se acuerda “No haber lugar a la ejecución de la Sentencia de 16 de septiembre de 1999 sobre justiprecio de las acciones del Banco Condal, S.A., y entrega de cantidad resultante, formulada por D. Jesús Jenaro Tejada, Procurador de los Tribunales y de D. José María, D. Zoilo, D. Alfonso, D. Rafael, D. Isidoro, Dª María Dolores, Dª María Teresa, Dª Catalina, D. Alberto y Dª Rosario, Dª María de las Mercedes”.

La Sentencia del Tribunal Supremo cuya ejecución se deniega en el Auto de 26 de julio de 2005, declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuesto por D. José María y otros, así como por el Abogado del

Estado, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de octubre de 1996, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Fallamos: Que rechazando la causa de inadmisibilidad por carencia de acto administrativo contra el que recurrir, aducida por el abogado del Estado, debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en nombre del Estado, al haberse declarado la lesividad del Acuerdo recurrido; y debemos estimar parcialmente, y así lo estimamos, los recursos interpuestos por el Procurador Sr. Ortiz Cañavate y Puig Mauri, y por fallecimiento, la Procuradora Sra. Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de D. José María, D. Zoilo, D. Alfonso María, D. Rafael, D. Isidoro y Dª María Dolores; D. Alberto, Dª María Teresa, Dª Rosario, Dª María de las Mercedes, Dª Catalina y D. Luis, y el interpuesto por el Procurador Sr. Vi-

llasante García, en nombre y representación del Comité de Representantes de la Comunidad de Accionistas Expropiados del Banco Condal, S. A., contra la resolución del Jurado Provincial de Expropiación de Madrid de 27 de diciembre de 1991 sobre justiprecio de las acciones del Banco Condal, S. A., expropiadas en virtud del Real Decreto Ley 2/1983, de 23 de febrero, y de la Ley 7/1983, de 29 de junio, dentro del Grupo Rumasa, S.A., por lo que se declara lo siguiente:

“1. La nulidad de los Acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Madrid de 27 de diciembre de 1991 y la de (quiere decir “el de”) 24 de junio de 1993 por el que se confirma el primero, por no ser conformes a derecho.

2. El valor base de la acción del Banco Condal, S.A. se fija en 3.013,65 pesetas, más las correcciones que se exponen a continuación:

3. Se llevará a cabo la valoración de cada una de las empresas del subgrupo Banco Condal integrado por las empresas Central de Informática, S.A., de la que tenía el 15,56 por ciento, Gescondal, S.A. y Servicio de Informática Condal, S.A., con el 100 por ciento y el 50 por ciento de F. Bank Iberunion.

Para ello se esperará a las sentencias de los recursos 462/93, 3867/93 y 3919/93, mientras que se estima incorporada a la valoración del Banco Condal, S.A. el 50 por ciento del activo de F. Bank Iberunion.

4. Una vez obtenido el valor de las acciones de las empresas del subgrupo, se llevará a cabo la consolidación con Banco Condal, S.A. por el valor real de sus acciones.

5. Se valorará la empresa Banco Condal, S.A. conforme a las normas fijadas en esta sentencia.

Debe llevarse a cabo la revalorización de los inmovilizados materiales permitida por la Ley 9/1983, y no siendo posible la determinación por la Sala de dicha revalorización de activos de todo el subgrupo, debe fijarse la misma en ejecución de sentencia, siguiendo las bases que se fijan en el fundamento de derecho quincuagésimo.

6. Al valor resultante, si fuere positivo, se añadirá el 5 por ciento del premio de afeción.

7. Una vez obtenida la consolidación total del subgrupo Banco Condal, S.A. se conservará el dato para cuando se llegue al justiprecio de todas las demás empresas del Grupo Rumasa, S.A., para así poder determinar la consolidación total, sin perjuicio de los derechos de los accionistas externos.

No se hace expresa imposición de costas”.

Subsanando la omisión material padecida en el fallo de la sentencia recurrida se establece que las cantidades fijadas como justiprecio deventarán el interés básico del Banco de España desde el día siguiente a la ocupación, que tuvo lugar el 23 de febrero de 1983.

No ha lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad solicitado por la representación procesal de D. José María y demás personas que litigan bajo la misma dirección.

Declaramos firme la sentencia recurrida.

Se imponen las costas de los respectivos recursos de casación a cada una de las partes recurrentes”.

En apoyo a la solicitud de ejecución los interesados alegaron, conforme se expresa en el Razonamiento Jurídico Primero del Auto de 26 de julio de 2005 “ser titulares de las acciones de Rumasa, S.A. titular a su vez del 55,11% de las acciones del Banco Condal, así como de otras sociedades, titulares a su vez de diversos porcentajes de las mismas acciones, lo que les hace titulares de un total del 57,64 % de las acciones del Banco Condal.

Entienden que la ejecución que se solicita habría de efectuarse con los mismos criterios que se han tenido en cuenta para la ejecución definitiva de la sentencia de justiprecio a instancia de la comunidad de Accionistas del Banco Condal”, motivándose la denegación de lo solicitado en el segundo de aquellos, que literalmente dice así “Como se recordó en el Auto de 31/01/05 por el que se acordó la ejecución definitiva de la sentencia, el artículo 103.2 de la LJCA dispone que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en estas se consignen, lo que impide que en ejecución se resuelvan cuestiones que excedan del contenido del fallo o, en su caso, de lo reconocido en los fundamentos jurídicos de la Sentencia (STS 23/09/96).

Pues bien, en diversos fundamentos de la STSJ de Madrid de 18/10/96, se alude a la complejidad de las participaciones accionariales del conjunto de empresas integradas en Rumasa, S.A., y la necesaria aplicación de la técnica de la consolidación, como técnica por la que se pretende obtener la verdadera situación patrimonial y el resultado de las operaciones de los grupos de sociedades.

Así en su Fundamento de Derecho Trigésimo Segundo se expresa “En consecuencia con lo anteriormente dicho, el valor que se dé al Banco Condal habrá de tenerse en cuenta en las valoraciones de las otras empresas, para que, a través del balance consolidado, llegar a saber el valor real de RUMASA, S.A.”, en el Fundamento de Derecho Trigésimo Ter-

cero se señala “Cuando se trata de empresas como el Banco Condal, S.A. en que las acciones pertenecían en un 57,64% al Grupo RUMASA y un 42,36 a accionistas externos, habrá de estarse a lo que dispone en la actualidad el artículo 45.2 del Código de Comercio,....”, y en el Fundamento de Derecho trigésimo quinto:

“La inmediata consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los accionistas minoritarios pueden percibir el valor del justiprecio de sus acciones en cuanto sea firme la sentencia, mientras que los titulares de las Empresas del Grupo, tanto la Dominante como las Dominadas, no podrán hacerlo hasta que sea determinada la consolidación definitiva”, etc. y en el apartado 7 del Fallo se acuerda que “Una vez obtenida la consolidación total del subgrupo Banco Condal, S.A. se conservará el dato para cuando se llegue al justiprecio de todas las demás empresas del Grupo Rumasa, S.A., para así poder determinar la consolidación total, sin perjuicio de derechos de los accionistas externos”.

La STS de 16/09/99, en su Fundamento de Derecho Tercero analizó el motivo de casación consistente en la alegación de que la sentencia aplicará normas posteriores al momento de la expropiación para integrar el mandato de consolidación del balance contenido en el art. 4.4 de la Ley 7/83, (precepto que en uno de sus párrafos dispone que “Cuando haya sociedades cuyas acciones o participaciones en todo o en parte, sean propiedad de otras sociedades incluidas en el Anexo de la presente Ley, el justiprecio de las acciones o participaciones de éstas se determinará de conformidad con el neto patrimonial que resulte de un balance realizado con técnicas de consolidación, que no podrán ser perjudicadas por la existencia de sociedades interpuestas”), y que se entendía vacío de contenido y de imposible aplicación, entendiéndose la Sala que:

“resulta inaceptable calificar de precepto vacío el citado artículo 4.4, el cual, con la fuerza imperativa propia de la ley, da valor normativo a efectos de fijación del justiprecio en la expropiación regulada específicamente en la norma a unos principios sobre confección del balance que figuraban ya recogidos, aun cuando con carácter voluntario, en una orden ministerial, y respondían al contenido de diversas directivas europeas sobre derecho societario, la primera de ellas aprobada en 1978, la adaptación a las cuales de nuestro derecho mercantil dio lugar precisamente a la modificación del Código de Comercio llevada a cabo por la Ley 19/1989”.

A su vez, la STSJ de Madrid, de 9 de junio de 1995 (Recurso 35/88), ya desestimó el recurso interpuesto contra las resoluciones administrativas que denegaron la petición de abono de la parte de justiprecio en que con-

curría acuerdo entre expropiante y expropiado.

En la citada sentencia, tras señalar que la operativa del art. 4.4.3 de la Ley 7/83, habrá de aplicarse a todas y cada una de las sociedades intermedias y a la propia sociedad matriz del grupo y de la participación que esta última sociedad tiene, en la mayoría de los casos, por sociedades interpuestas en las acciones de las sociedades cuyo justiprecio ahora se solicita, la obtención del pago anticipado del justiprecio solicitado supondría entregarle un anticipo de uno de los elementos que van a conformar el activo de su balance prescindiendo de las demás partidas necesarias para determinar el justiprecio real de sus acciones, pues aun no ha quedado fijado el justiprecio de la sociedad de la que ellos son accionistas directos.

La determinación de este justiprecio exigiría, con carácter previo, determinar el valor neto de las acciones de la sociedad matriz de la que ellos son accionistas y para ello sería preciso determinar el valor neto, por las técnicas del balance consolidado, de todas las sociedades del grupo que pertenecen a la misma añadiendo:

“Es evidente que la situación de los ahora recurrentes es completamente distinta de los accionistas “minoritarios”, esto es, aquellos que solo tienen participación directa en alguna o alguna de estas sociedades ahora justipreciadas respecto de los cuales una vez determinado el valor neto de sus acciones es posible determinar perfectamente la parte del justiprecio que tienen derecho a percibir y que vendrá dada por su respectiva participación en dichas sociedades, ajenos por completo al hecho de que parte de estas acciones sean propiedad de otras sociedades respecto de las cuales sea necesario determinar su justiprecio por las técnicas del balance consolidado.

Es por ello que tratándose de situaciones diferentes no puede apreciarse una vulneración del principio de igualdad por el hecho de que reciban un trato diferenciado y razonable en atención a sus distintas posiciones que cada uno de ellos ostentan”

Finalmente se ha de señalar que la STS de 22/11/04, sobre justiprecio de las acciones de Rumasa, S.A., hace también referencia al art. 4.4 de la Ley 7/1983, argumentando (págs. 27 y 28) “Dando por reproducido lo dicho sobre la consolidación de balances, consecuencia de lo establecido en el precepto transcrito es que el valor por acción fijado en la resolución del Jurado Provincial de Expropiación de Madrid objeto de recurso, únicamente tendría transcendencia efectiva para los accionistas terceros minoritarios, en tanto que en relación con los propietarios del Grupo Rumasa, cuyas empresas han sido expropiadas por la Ley 7/83, habrá

de estarse a lo que resulte del proceso de consolidación total,..."

En consideración a todo lo expuesto, la solicitud de ejecución y entrega de cantidades que se formula, no puede prosperar ya que habrá de procederse previamente a la consolidación de todo el grupo conforme ordenan las citadas sentencias, siendo por tanto en ese momento en el que se aplicarán las valoraciones que procedan a efectos de dicho balance consolidado".

Y frente a dicho Auto de 26 de julio de 2005, en efecto los interesados interpusieron recurso de súplica, que es desestimado por el de 24 de noviembre del mismo año, con la fundamentación expresada en su Razonamiento Jurídico Primero, y que dice así:

"Alega la parte recurrente en síntesis que, una vez finalizado el proceso de justiprecio de la totalidad de las acciones de las sociedades del Grupo Rumasa, resulta obligado que, en fase de ejecución de dichas sentencias, se proceda a la determinación del justiprecio de las acciones de las sociedades participadas como paso previo a la consolidación de dichos valores en el balance final de Rumasa, S.A., añadiendo que la determinación del valor de las participaciones de los accionistas mayoritarios en las diferentes empresas del grupo, entre ellas la del Banco Condal debe efectuarse con idénticos criterios a los empleados con los accionistas minoritarios, pues en caso contrario, se vulneraría el principio de igualdad ante la ley.

Se ha de reiterar al efecto de que en el fundamento de Derecho Trigésimo Tercero de la sentencia de éste Tribunal, de 18/10/96, que estableció que "Cuando se trata de Empresas como el Banco Condal, S.A. en que las acciones pertenecían en un 57,64% al Grupo Rumasa y un 42,36 a accionistas externos, habrá de estarse a lo que dispone en la actualidad el artículo 45.2 del Código de Comercio..."

Pues bien, tal precepto determina que el balance consolidado comprenderá íntegramente los elementos del activo y del pasivo de las sociedades a consolidar, indicando, de forma separada, la parte correspondiente a los accionistas externos del grupo que figurará en una partida específica. Igual mención se realiza respecto a la cuenta de pérdidas y ganancias consolidadas (art. 45.3).

No siendo controvertido que se ha de proceder a la consolidación total del grupo, la parte recurrente estima que para poder proceder a la consolidación final, es necesario que previamente se haya determinado el justiprecio de las acciones y participaciones de Rumasa, S.A. en cada una de las sociedades del grupo, pues en caso contrario, nunca se podrá efectuar la consolidación final.

Al efecto se ha de señalar que las operaciones de consolidación comprenden un conjunto de técnicas contables que están reguladas por la Séptima Directiva del Consejo de 13/06/83, relativa a las cuentas consolidadas, los artículos 42 al 49 del Código de Comercio y las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas por Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre.

Sin necesidad de mencionar con precisión todas las operaciones que integran tal proceso, baste con señalar que la consolidación se integrará al menos por cuatro fases:

1) Homogeneización previa, que implica la realización de ajustes y reclasificaciones de cuentas individuales de las distintas sociedades participantes en la consolidación, para que la información de cada una de ellas sea comparable y homogénea, incluyendo la homogeneización valorativa; utilizando los mismos criterios y métodos de valoración, la homogeneización temporal, con la misma fecha de cierre y periodo de cuentas consolidadas; y la homogeneización de cuentas internas.

2) Agregación o suma de las cuentas previamente homogeneizadas.

3) Eliminaciones: inversión-fondos propios, para eliminar la inversión representativa de la participación en el capital de la sociedad dependiente con la parte proporcional de los fondos propios de dicha sociedad; eliminación de operaciones realizadas entre las empresas del grupo, partidas recíprocas, resultados, etc. y 4) Otros ajustes y eliminaciones (créditos y débitos recíprocos, ingresos y gastos por operaciones internas, etc.).

En el caso de los socios externos, su participación figurará en una partida propia, debidamente identificada, del pasivo del balance consolidado.

Como vemos, se trata de una compleja operación contable que comprende, íntegramente, los elementos del activo y pasivo de las sociedades, a los que se ha de aplicar técnicas de homogeneización, ajuste, eliminación de partidas, etc., mientras que los intereses minoritarios, como ya se señaló en el Fundamento de Derecho número 35 de la Sentencia de instancia; figurarán en las cuentas consolidadas asimilándose a los acreedores, es decir, como si de un crédito se tratara, exigible en cuanto fuera firme la sentencia sin otras operaciones, a diferencia de las empresas del grupo, que habrían de esperar a la consolidación definitiva que comprende el complejo proceso referenciado.

En consecuencia, el método propuesto por la parte recurrente, ni se ajusta al proceso legal de consolidación, tal y como ha sido descrito ut

supra, si (sic) cabe entender vulnerado el principio de igualdad en cuanto a la forma de cálculo del justiprecio aplicable a los accionistas mayoritarios y minoritarios, pues aquellos deben someterse a un proceso de consolidación previa que no requieren estos de forma que lo planteado en el recurso toma en consideración solo una parte del balance prescindiendo de las restantes partidas que han de integrar el total del activo y pasivo del balance consolidado, cuya elaboración resulta imprescindible para determinar el justiprecio real de las acciones de los accionistas mayoritarios".

SEGUNDO.- El recurso de casación que ahora debemos resolver se fundamenta en cuatro motivos. Por el primero se denuncia la infracción del artículo 103.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con los artículos 117.3, 118,14 y 24 de la Constitución. Por el Segundo, la infracción del artículo 104.1 de la Ley Jurisdiccional en relación con los artículos 24, 117.3 y 118 de la Constitución. Por el tercero, la infracción del artículo 108 de la Ley Jurisdiccional en relación con los artículos 24, 197 y 118 de la Constitución. Y por el cuarto, la infracción del artículo 14 de la Constitución.

TERCERO.- Antes de entrar en el análisis y valoración de los motivos casacionales ya enunciados en el precedente, procede examinar las causas que de la inadmisibilidad del recurso aduce el Sr. Abogado del Estado, cuyo acogimiento, aunque solo fuera una, actuaría de obstáculo para el análisis y valoración de la cuestión.

No podemos estimar la causa de inadmisibilidad que el Abogado del Estado fundamenta en que el recurso de casación se interpone contra el Auto resolutorio del recurso de súplica y no contra el que deniega la ejecución de la Sentencia. Ciertamente es que el artículo 87 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común refiere en su apartado 1 c) como autos susceptibles de recurso de casación, y siempre que concurren los supuestos previstos en el artículo anterior, "los recaídos en ejecución de sentencia", pero también lo es que el recurso de súplica se contempla en el apartado 3 como un requisito de procedibilidad para que pueda prepararse en legal forma.

Por ello, aunque se exprese como objeto del recurso de casación el auto resolutorio del recurso de súplica y no el de ejecución, nada cabe objetar a su viabilidad procesal.

Entender lo contrario supondría acogerse a un formalismo poco, o mejor nada acorde, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Igual razón debe exteriorizarse para rechazar la tercera causa de

inadmisibilidad fundamentada en que se instó en la solicitud de ejecución el cumplimiento de la Sentencia de casación y no la de primera instancia.

Por la segunda causa de inadmisibilidad el Abogado del estado aduce que el Auto recurrido no reúne ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 87.1 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la procedencia del recurso de casación.

Entiende que en el caso de autos se trata de determinar un justiprecio según las bases establecidas en la Sentencia y que, en consecuencia, ni se da el requisito exigido de que se "resuelvan cuestiones no decididas, ni directa ni indirectamente, en la sentencia" ni el de que "contradigan el fallo que se ejecuta".

Aunque razón asiste a la parte recurrente cuando en su escrito de interposición del recurso de casación, y en justificación sobre la procedencia del recurso, dice que la Sentencia del Tribunal Superior de 18 de octubre de 1996, confirmada por la del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1999, establece para la ejecución la práctica de una serie de operaciones cuya finalidad es obtener "la consolidación total del subgrupo "Banco Condal" y ordena conservar dicho dato para cuando se llegue al justiprecio de todas las demás empresas del grupo "Rumasa, S.A.", sin duda la pierde cuando tras afirmar que ya se ha establecido el justiprecio de las demás empresas del grupo "Rumasa, S.A." aduce la obligación de que en ejecución de Sentencia "se proceda a la determinación del 57,64% perteneciente directa o indirectamente a "Rumasa, S.A." y, por tanto, a mis representados, al igual que se ha efectuado ya respecto del 42% restante" y que la denegación de la ejecución contraría lo establecido por la Sentencia a ejecutar. Se trata de una conclusión a la que no puede llegar este Tribunal si debemos atenemos a la fundamentación jurídica ya expuesta de los autos recurridos.

En el de fecha 26 de julio de 2005, denegatorio de la ejecución, y en el de 24 de noviembre siguiente, desestimatorio del recurso de súplica.

El fundamento descansa en que no se ha procedido a la consolidación total del grupo "Rumasa, S.A.", circunstancia que como ya vimos es exigida en la Parte Dispositiva de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de octubre de 1996, por lo que mal cabe aceptar ni que en dichos autos se resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la Sentencia, ni que contradigan los términos de su fallo.

Parece olvidar la parte recurrente en el escrito de interposición del re-

curso de casación que en el petitum de su escrito de solicitud de ejecución de la sentencia, desobedeciendo lo ordenado en la Parte Dispositiva de esta con relación a la consolidación total del grupo "Rumasa, S.A.", instaba la entrega de las cantidades resultantes del justiprecio de las acciones del Banco Condal, para lo que en su fundamentación jurídica formulaba el cálculo del justiprecio (2.168.857.000 pesetas) y de los intereses (3.287.199.887,19 pesetas).

Y decimos que parece olvidarlo pues, en efecto, en el escrito de interposición del recurso de casación que ahora nos ocupa, posiblemente para obviar la razón que asiste al Tribunal de instancia en la desestimación de la solicitud de la ejecución, en los términos en que fue planteada, insistimos que fundamentada en una cuestión ya resuelta de la Sentencia, cual es la consolidación total del grupo "Rumasa, S.A.", aduce en justificación de los motivos casacionales, que su pretensión es "que se fije y concrete el justiprecio del 57,64 % de las acciones pertenecientes a los accionistas mayoritarios, sin perjuicio de que dicha solicitud se consolide en su momento con las de los restantes sociedades del grupo para fijar el importe definitivo del justiprecio del holding correspondiente a nuestros representados".

Si lo que ahora aduce como pretensión hubiera sido lo solicitado en su escrito instando la ejecución, podría, en su caso, encontrar sentido los motivos casacionales esgrimidos, pero no siendo así, con independencia de que los motivos casacionales no son atinentes al caso y que por ello deberán ser desestimados, el recurso incurre en causa de inadmisibilidad por no concurrir los requisitos exigidos para su viabilidad procesal en el artículo 87.1.c) de la Ley Jurisdiccional.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede la imposición de las costas a la parte recurrente, si bien, haciendo uso de la facultad conferida en el apartado 3 de dicho artículo y en atención a la complejidad del tema litigioso, se establece una cifra máxima de 3.000 euros en la cuenta del Abogado del Estado.

#### FALLO

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Jesús Jenaro Tejada, en nombre y representación de D. José María, D. Zoilo, D. Alfonso, D. Rafael, D. Isidoro, D<sup>a</sup> María Dolores, D<sup>a</sup> María Teresa, D<sup>a</sup> Catalina, D. Alberto y D<sup>a</sup> Rosario, y D<sup>a</sup> María de las Mercedes, contra el Auto dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 24 de noviembre de 2005, desestimatorio del recurso de súplica deducido contra otro, de fecha 26 de

julio de 2005, denegatorio de la ejecución de la Sentencia de dicho Tribunal de 18 de octubre de 2006, con imposición de las costas a la parte recurrente con la limitación establecida en el Fundamento de Derecho Cuarto.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.- Nicolás Antonio Maurandi Guillén.-

Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Juan Carlos Trillo Alonso.

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

firme penal, se concluye concretando la causa de la absolución de la trabajadora denunciada en la aplicación de la presunción de inocencia, en efecto se argumenta que

"Del conjunto de lo anterior la sala considera que, aun contándose con las periciales que reflejan una clara alteración en los documentos, existen elementos de duda suficientes para determinar que no está acreditado, con la seguridad que exige una condena penal, que la acusada haya realizado la conducta que se le imputa ", que "Desde las iniciales dudas sobre si, al menos, algunas de las alteraciones en los cheques fueron ordenadas por el Sr. Leonardo -lo que éste niega con rotundidad-, pasando por las dificultades para justificar una salida tan importante de metálico -casi medio millón de euros en el plazo de nueve meses- a la vista del tamaño de las empresas y del control que, según los empleados de las empresas denunciadas y de las entidades bancarias, efectuaba D. Leonardo, hasta la falta de acreditación fehaciente de que la acusada cobraba los cheques, todo apunta a que, siendo posible lo que se denuncia, también caben otras explicaciones y esto implica la absolución de Salvadora en aplicación del principio "in dubio pro reo".

"De adicionarse, por otra parte, que igualmente en el fundamento de derecho primero de la sentencia penal se proclama, a modo de principio inspirador de la conclusión absolutoria que se efectúa en la sentencia y que luego se razona separadamente, que "esta conclusión exculpatoria se obtiene considerando que la prueba de cargo presentada por las acusaciones no lo es en grado suficiente para romper la presunción de inocencia que ampara a la acusada".

SEGUNDO.- La trabajadora demandante ostenta legitimación activa como parte perjudicada por la sentencia firme impugnada (art. 511 LEC), habiendo efectuado el preceptivo depósito en cuantía suficiente (art. 513 LEC), así como ha solicitado la revisión en el plazo de tres meses establecido legalmente (art. 512.2 LEC), a partir de la fecha en que las acciones pudieron ejercitarse, que no es otro que a partir del día en que la sentencia penal absolutoria adquirió firmeza (argumento ex arts. 1969 y 1971 Código Civil), pesar de la oposición de la parte demandada, puesto que, según consta en la documentación aportada sobre notificaciones de la referida sentencia, existe un auto de firmeza de fecha 23-octubre-2007, que ninguna de las partes alega ni justifica su impugnación, y la demanda objeto de las presentes actuaciones fue presentada el día 18-enero-2008, antes del transcurso de los tres meses establecidos.

TERCERO.- 1.- En su demanda de revisión de sentencia firme la trabajadora hace referencia la con-



2009/128274

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 20 abril 2009. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Sobre los que se fundamentó la procedencia del despido

## Desestimación de revisión basada en inexistencia de hechos en vía penal

*Desestima el TS la demanda de revisión presentada por la trabajadora demandante contra sentencia que declaró la procedencia de su despido, por transgresión de la buena fe contractual, por entender acreditado que manipuló unos cheques después de firmados y había cobrado el primero de ellos, sin que constara quién cobró el resto.*

*Se basa la recurrente en que su absolución en el proceso penal, tramitado paralelamente al laboral, se debe a la inexistencia del hecho que se le atribuye y éste es uno de los supuestos para los que la LPL prevé la vía revisoria. Sin embargo, la Sala considera no aplicable al caso este motivo de revisión, por cuanto fue la falta de prueba concluyente sobre el modo y la autoría de los hechos lo que condujo al órgano penal, por aplicación, del derecho a la presunción de inocencia, a la absolución de la recurrente, tanto en relación con la manipulación de los cheques después de firmados, como con respecto al cobro del primero de ellos, hechos en los que se fundamentaba la sentencia laboral firme para declarar la procedencia del despido.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La trabajadora, - ahora demandante de revisión de sentencia firme (arts. 86.3 y 234 LPL en relación con arts. 509 a 516 LEC), -, fue despedida por las sociedades mercantiles - ahora demandadas - las que imputaron a aquélla, como causa justificativa del despido, la manipulación de cheques y la apropiación de cantidades, en los términos contenidos en la carta de despido y posterior ampliación y reflejados en los inalterados hechos probados 2º y 3º de la sentencia firme de suplicación.

2.- La pretensión de la trabajadora en reclamación sobre el despido fue desestimada por la sentencia del TSJ/Islands Baleares de fecha 25-abril-2006 (rollo 165/2006), confirmatoria en su integridad de la pronunciada en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca en fecha 25-octubre-2005 (autos

208/2005), en la que se declaraba la procedencia del despido, por transgresión de la buena fe contractual, por entenderse acreditado que la actora manipuló los cheques después de firmados y que había cobrado el primero de los cheques, sin que constara quien cobró el resto.

3.- Coetáneamente al proceso laboral, se siguieron, en virtud de denuncia de la empleadora frente a la trabajadora, diligencias penales sobre los mismos hechos.

En sentencia de fecha 3-septiembre-2007 (procedimiento abreviado 21/2007), - que adquirió firmeza en fecha 23-octubre-2007 -, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Baleares absolvió libremente a la trabajadora de las acusaciones enjuiciadas en la referida causa.

4.- Como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, en el fundamento de derecho 5º de la sentencia

ceta causa de rescisión que invoca y pretende ampararse en el singular motivo contenido en el art. 86.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se establece que "si cualquier otra cuestión prejudicial penal - distinta de la falsedad documental - diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el Juez o Sala de lo Social la vía del recurso de revisión regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil", argumentando que se está ante un supuesto en el que la sentencia absolutoria penal se fundamenta en la "inexistencia del hecho".

2.- La norma procesal laboral ha optado por la no suspensión de los procesos declarativos laborales ni por aplazar el dictado de la resolución procedente por la existencia de una cuestión prejudicial penal, "salvo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla" (art. 4.3 LPL) e, igualmente, por la no suspensión de los procesos de ejecución laborales "por existencia de una cuestión prejudicial penal "ya que "sólo procederá si la falsedad documental en que se base se hubiere producido después de constituido el título ejecutivo y se limitará a las actuaciones ejecutivas condicionadas directamente por la resolución de aquélla" (art. 4.4 LPL).

3. - Este principio reflejado en la normativa laboral ha tenido el expreso refrendo de constitucionalidad (entre otras, STC 24/1984 de 23-febrero), fundado en la rapidez con que conviene resolver el proceso laboral y a que la búsqueda de la verdad material es el objetivo central del proceso, que se reitera y concreta en la regulación del proceso ordinario, en los art. 86.1 ("En ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos") y 86.2 LPL ("En el supuesto de que fuese alegada por una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito porque no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de ésta, continuará el acto de juicio, hasta el final, y con suspensión de las actuaciones posteriores, el órgano judicial concederá un plazo de ocho días al interesado, para que aporte el documento que acredite haber presentado la querrela).

La suspensión durará hasta que se dicte sentencia o auto de sobreseimiento en la causa criminal, hecho que deberá ser puesto en conocimiento del Juez o Tribunal por cualquiera de las partes", con la singular excepción establecida en el

referido art. 86.3 LPL, en aras a salvaguardar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y para intentar evitar la proscrita constitucionalmente circunstancia de que unos mismos hechos puedan existir o dejar de existir para los diversos órganos del Estado (STC 204/1991).

4.- Es reiterada jurisprudencia de esta Sala en interpretación del precepto procesal laboral referido, - reflejada, entre otras, en las SSTs/IV 20-junio-1993 (recurso 1619/1993), 12-julio-1994 (recurso 2569/1993), 4-octubre- (recurso 2792/1994), 7-mayo-1996 (recurso 1393/1995), 13-febrero-1998 (recurso 3231/1996), 27-mayo-1999 (recurso 298/1998) y 25-enero-1999 (recurso 1138/1998) -, la de que los presupuestos para que la sentencia dictada en el proceso penal resolviendo la cuestión prejudicial de tal naturaleza, actúe como motivo de revisión de la sentencia laboral, son que la sentencia absolutoria penal sea debida a "inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo", lo que no acontecía en los supuestos enjuiciados en las sentencias referidas, en que los que la absolución no venía determinada por estas causas, sino concretamente por la inexistencia de prueba suficiente sobre los hechos imputados que generaban una absolución penal por aplicación, en suma, del principio de presunción de inocencia.

5.- Por ello, como se razonaba en las citadas sentencias SSTs/IV 13-febrero-1998 (recurso 3231/1996) y 25-enero-1999 (recurso 1138/1998), "la valoración que de la prueba practicada realiza el Juez Penal en un proceso en el que rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia para llegar a la conclusión de que no resulta probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado cometiera el delito que se le imputa, no impide que el Juez del Orden Social de la Jurisdicción considere suficientemente acreditado - en uso y ejercicio de la potestad que le confiere el art. 97.2 LPL en orden a la valoración de la prueba - el incumplimiento contractual grave que justifica la procedencia del despido " y que "este sentido de independencia de uno y otro orden jurisdiccional, en orden a la valoración de la prueba - con los límites antes dichos de inexistencia del hecho o falta de participación del trabajador en el ilícito penal, en cuyas circunstancias prevalece o se impone la sentencia penal sobre la civil - ha sido proclamado en doctrina constante de este Tribunal Supremo - entre otras, sentencias de 15-junio-1992, y 20-junio-1994 -, y ello, en cuanto - sentencias del Tribunal Constitucional 24/1983 de 23-febrero, 36/1985 de 8-marzo y 62/1984 de 2 - mayo - 'la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de

idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta".

Tampoco existe violación del principio de presunción de inocencia, dado que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, rectificando su inicial jurisprudencia - entre otras, STC 18-marzo-1992 - la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, y ello porque "de un lado, el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal y, de otro, en que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente".

6.- La expuesta doctrina jurisprudencial se ha reiterado en numerosas sentencias posteriores de esta Sala de casación, interpretando en igual sentido el art. 86.3 LPL, entre otras, las SSTs/IV 28-diciembre-1999 (recurso 3378/1998), 2-noviembre-2000 (recurso 305/2000), 25-abril-2000 (recurso 2236/1999), 18-enero-2002 (recurso 3435/2000), 27-noviembre-2002 (recurso 14/2002), 10-diciembre-2002 (recurso 1108/2001), 6-noviembre-2003 (recurso 45/2002), 25-febrero-2004 (recurso 25/2002), 26-marzo-2004 (recurso 36/2003), 5-abril-2005 (recurso 22/2004), 31-enero-2006 (recurso 44/2004 -sobreseimiento provisional), 26-julio-2006 (recurso 41/2004 -auto de sobreseimiento provisional), 7-febrero-2007 (recurso 19/2005 -archivo por falta relevancia penal de los hechos), 4-diciembre-2007 (recurso 8/2006), y 7-octubre-2008 (recurso 7/2007), argumentando, además, esta última en orden la valoración de los hechos en una y otra jurisdicción que:

"Esta valoración diferente de los hechos podría encontrar explicación y justificación, alternativa o cumulativamente, en la distinta actividad probatoria desplegada en uno y otro orden jurisdiccional, o en el distinto grado de convicción judicial que exige la condena en el orden penal, en el que hay que atenerse a principios, como la presunción de inocencia y el "in dubio pro reo, que no son de aplicación en la calificación de las conductas de incumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales".

CUARTO.- 1.- En definitiva, - y sin perjuicio de que "de lege ferenda" podrían resultar posiblemente mas justas otras soluciones -, no es dable aplicar en el presente caso el motivo específico de revisión ex art. 86.3 LPL, pues el Tribunal penal no excluyó la existencia de los hechos en que se fundamenta la

sentencia firme de despido procedente, ni declaró la no participación en los referidos hechos de la trabajadora acusada, sino que fue la falta de prueba concluyente sobre el modo y autoría de los hechos, la que condujo al órgano penal, por aplicación, expresa y reiterada, del derecho a la presunción de inocencia, a la absolución de la ahora recurrente en revisión, tanto en relación con la manipulación de los cheques después de firmados como respecto al cobro del primero de los cheques, hechos en los que se fundamentaba la sentencia laboral firme para declarar la procedencia del despido.

2.- Procede, por lo expuesto, declarar la improcedencia del presente recurso de revisión, con pérdida del depósito realizado (art. 516.2 LEC) y sin hacer expresa declaración sobre costas procesales dada la condición de trabajadora de la demandante (argumento ex art. 233.1 LPL, STS/IV 11-noviembre-2004 -recurso 51/2002).

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

## FALLO

Desestimamos la demanda de revisión de sentencia firme interpuesta por D<sup>a</sup> Salvadora, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en fecha 25-abril-2006 (rollo 165/2006), confirmatoria de la pronunciada en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca en fecha 25-octubre-2005 (autos 208/2005), en proceso de despido seguido a instancia del ahora recurrente en revisión contra la entidad mercantil "Aguas Término De Marratxi, S.A.", "Golf De Son Termens, S.A." y "Bestard Salas, S.A."; con pérdida del depósito realizado y sin hacer expresa declaración sobre costas procesales.

Devuélvase las actuaciones a Sala de lo Social del Tribunal superior de Justicia de les Illes Balears, 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. Fernando Salinas Molina.- Jesús Souto Prieto.- Jorge Agustí Julia.

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



## RESEÑA

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

### TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/31598

TC Sala 2ª, Sentencia 9 marzo 2009.  
Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

#### Incongruencia omisiva: falta de respuesta sobre motivos de impugnación de liquidación tributaria

El TC otorga el amparo solicitado por la entidad mercantil demandante frente a resoluciones que desestimaron su demanda sobre liquidación tributaria del impuesto de sociedades. Entiende la Sala lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva al entender que dichas resoluciones incurrieron en incongruencia omisiva, al no responder sobre el fondo del recurso contencioso administrativo, declarando conforme a Derecho la desestimación de la reclamación económico-administrativa por falta de alegaciones de la parte, pero sin entrar a conocer los motivos de impugnación de la liquidación tributaria aducidos en la demanda.

### TS CIVIL

2009/112086

TS Sala 1ª, Sentencia 28 mayo 2009.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

#### Régimen jurídico aplicable a urbanización privada

La Sala declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la comunera frente a sentencia que declara la obligación de cumplir los estatutos de la comunidad, no pudiendo admitir la división llevada cabo por la demandada. La Sala considera, entre los diversos pronunciamientos emitidos, que no puede ser acogida la pretensión de la recurrente sobre la no constitución de la comunidad por división horizontal, siendo aplicable la

normativa sobre propiedad horizontal a este tipo de urbanizaciones privadas, quedando limitadas las facultades dispositivas de sus integrantes mediante la redacción de estatutos en los que se disciplinan los derechos y obligaciones de todos ellos, sin contravención alguna que pudiera afectar al contenido del derecho singular que asiste a cada uno, desde el momento en que van dirigidos a asegurar el mejor disfrute de los comuneros; estatutos que tienen una eficacia configuradora absoluta y que producen efectos reales entre las partes que contribuyeron a su formación.

2009/72817

TS Sala 1ª, Sentencia 14 abril 2009.  
Ponente: D. Francisco Marín Castán

#### Imposibilidad de extensión de efectos beneficiosos de sentencia en relación a deuda mancomunada

El TS estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la parte actora, desestimando el de casación, contra la sentencia de la AP que revocando la de instancia absolvía, estimando el recurso de apelación interpuesto por cuatro cooperativistas, a todos los integrantes de la cooperativa de la deuda a ella reclamada. La Sala entiende que no procede la extensión de los efectos beneficiosos de la sentencia de la AP a todos los cooperativistas por estar ante deudas mancomunadas y no haber sido así solicitado por los apelantes. Y en cuanto al recurso de casación, se confirma que no se han acreditado los requisitos necesarios de la figura del enriquecimiento injusto para poder imputarles la responsabilidad en base a la misma a los cooperativistas.

### TS PENAL

2009/38187

TS Sala 2ª, Sentencia 26 marzo 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

#### Exención de la obligación de declarar en el delito de agresión sexual

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia parcialmente absolu-

toria dictada en causa seguida por delito de agresión sexual, entre otros delitos. Sostiene el TS que si la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

2009/72323

TS Sala 2ª, Sentencia 14 abril 2009.  
Ponente: D. Joaquín Giménez García

#### Agravación específica de "delito masa" en estafa sobre vivienda

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge el formulado por el Ministerio Fiscal, todos contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de estafa, apropiación indebida y falsificación de documentos. El TS dicta segunda sentencia por la que aprecia la agravación específica de delito masa, declarando que no hay riesgo de vulneración del "non bis in idem", porque se trata de una figura con perfiles propios que le confiere una sustantividad propia, no obstante compartir -solo parcialmente- elementos del delito continuado.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/82878

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 21 abril 2009.  
Ponente: D. Emilio Frias Ponce

#### Aplicación retroactiva del nuevo régimen de recargos previstos en el régimen transitorio de la LGT

El TS declara no haber lugar al recurso de casación formulado por el Abogado del Estado contra la SAN que estimó en parte el recurso contencioso administrativo promovido con-

tra la resolución del TEAC, por la que se desestimó la reclamación formulada contra la providencia de apremio, por la que se le liquidaba un recargo del 10 % sobre el importe del principal pendiente de la deuda correspondiente al concepto "IVA. La Sala considera aplicable el art. 10, 2 LGT 2003 a los recargos del periodo ejecutivo, no a los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, y sobre esta base, la Sala examina la disposición transitoria primera, que determina el momento de aplicación del nuevo régimen de recargos, que se aplicarán, sin retroactividad alguna, a las deudas cuyo periodo ejecutivo comience con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, pero también se aplicarán, ahora de modo retroactivo, a deudas anteriores en la medida en que se trate de actos no firmes y resulte más favorable al obligado.

### TS SOCIAL

2009/101828

TS Sala 4ª, Sentencia 30 marzo 2009.  
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

#### Incompetencia del orden social para acreditar méritos a efectos de concurso administrativo

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que rechazó su pretensión de reconocimiento de relación laboral. La Sala señala que, pese a superarse el requisito de la contradicción, ha de declararse de oficio la incompetencia del orden social pues lo que la parte pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar mediante una sentencia laboral, un mérito a efectos de la puntuación de un concurso administrativo, es decir, obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal y esto no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción y, aunque también se pide que la Administración demandada sea condenada a "acreditar en legal forma la laboralidad de dichos periodos", esta acción carece de autonomía y no es más que una mera consecuencia instrumental del reconocimiento de la laboralidad en que se funda la pretensión básica de carácter declarativo puesto que la certificación se ha expedido por la Administración pero no en los términos que el demandante pretende, porque se han certificado los contratos administrativos realizados pero no el carácter laboral de los servicios prestados.