



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2807

Madrid, miércoles 17 de marzo de 2010



## TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/291383

TC, Sección I, Sentencia 21 diciembre 2009. Ponente: D<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde

Delito contra la salud pública

### Denegación de amparo por falta de incongruencia omisiva

*El TC deniega el amparo solicitado por el recurrente contra la STS 2<sup>a</sup> 13 marzo 2007. La parte actora imputa a las resoluciones recurridas la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, a la tutela judicial efectiva, al juez predeterminado por la ley, a la defensa y a un proceso con todas las garantías y derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal considera que la incongruencia omisiva, no se aprecia en este caso porque del examen de las actuaciones se desprende que la pretensión del recurrente no fue debidamente planteada en la instancia en los mismos términos que posteriormente lo es en el recurso de casación y en la demanda de amparo. Añade, además, que existió una respuesta judicial a la pretensión planteada, en los ambiguos términos en que la misma lo fue, lo que excluye la existencia de una incongruencia omisiva constitucionalmente relevante. La queja respecto de la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva resulta absolutamente infundada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007, recaída en el recurso de casación 1442-2006, interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de mayo de 2006, que condenó al demandante como autor de un delito contra la salud pública.

El demandante de amparo imputa a las resoluciones recurridas la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y derecho a la presunción de inocencia

(art. 24.2 CE), en los términos expuestos en los antecedentes. El Ministerio Fiscal interesa la desestimación íntegra del recurso, al entender que no concurre ninguna de las vulneraciones denunciadas.

**SEGUNDO.-** Hemos de comenzar rechazando la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE), que en la demanda se vinculan a la incongruencia omisiva en que habría incurrido la Sentencia de instancia al no responder a la cuestión de la nulidad de las escuchas por falta de notificación al Ministerio Fiscal cuando se estaban practicando.

Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la incongruencia omisiva o ex silentio es un quebrantamiento de forma que sólo alcanza relevancia constitucional y

determina la vulneración del art. 24.1 CE cuando, al dejar imprejudgada la pretensión oportunamente planteada por una de las partes del proceso, los órganos judiciales no tutelan los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia (por todas, SSTC 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 67/2007, de 27 de marzo, FJ 2; 138/2007, de 4 de junio, FJ 2; 165/2008, de 15 de diciembre, FJ 2). Y ello no puede apreciarse en el presente caso.

En primer lugar, porque del examen de las actuaciones se desprende que la pretensión del recurrente no fue debidamente planteada en la instancia en los mismos términos que posteriormente lo es en el recurso de casación y en la demanda de amparo. En efecto, en la propia demanda de amparo se admite que en el acta del juicio oral -acta que, como pone de relieve el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico primero de la Sentencia de casación, fue suscrita por todas las partes sin protesta o salvedad alguna- consta que en la primera sesión del mismo se planteó como cuestión previa de nulidad que "el Ministerio Fiscal no fue notificado de las diligencias de prueba". Una cuestión a la que el Fiscal se opuso y sobre la que la Sala se pronunció, como prevé el art. 786.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), antes de la celebración del juicio, manifestando -según reconoce también la demanda de amparo- que el Fiscal no pone de manifiesto que no fuera notificado y que en las propias resoluciones consta que se dé traslado al Ministerio Fiscal. Por tanto, existió una respuesta judicial a la pretensión planteada, en los ambiguos términos en que la misma lo fue, lo que excluye la existencia de una incongruencia omisiva constitucionalmente relevante.

Por otra parte, en ese mismo fundamento jurídico primero de la Sentencia de casación -como posteriormente en el fundamento jurídico tercero, al analizar la nulidad de las intervenciones telefónicas- se da respuesta expresa a la cuestión de la falta de notificación al Fiscal, señalando que cualquier deficiencia formal en el proceso sólo es invalidante si provoca indefensión y que en el presente caso el Fiscal ha tenido

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Denegación de amparo por falta de incongruencia omisiva **1**

### TS

#### CIVIL

Excepción a la falta de cobertura por daños en edificio asegurado **4**

#### PENAL

Delitos continuados de falsedad en documento mercantil y apropiación indebida **7**

#### SOCIAL

Nulidad de cláusula de contrato a tiempo parcial que establece la temporalidad del mismo **14**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

oportunidad de intervenir en todo momento en el proceso desde la incoación de la causa penal, que pudo recurrir las resoluciones judiciales en cualquier momento desde su notificación y que, "en cualquier caso, la garantía de las decisiones injerenciales reside en el juez que las dicta no en la notificación al Fiscal". En definitiva, también la cuestión específica de la falta de notificación de los Autos que acuerdan las intervenciones telefónicas que ahora se plantea en amparo y a la que se refiere la denunciada incongruencia omisiva obtuvo una respuesta expresa y razonada en los fundamentos jurídicos primero y tercero de la Sentencia de casación, por lo que la queja respecto de la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva resulta absolutamente infundada.

**TERCERO.-** Por lo que respecta a la denunciada vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), este Tribunal Constitucional ha declarado, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que dicho derecho exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal investiendo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2). Constituye también doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9). No puede confundirse, por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 2; 183/1999, de 11 de octubre, FJ 2,164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4).

Pues bien, en el presente caso, tras la queja no se oculta sino la pretensión de otorgar trascendencia constitucional a una cuestión de competen-

cia entre órganos judiciales, sometiéndola implícitamente a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso. En efecto, la demanda de amparo pretende negar la competencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia para proseguir dirigiendo la instrucción una vez que se continuaron investigando nuevos hechos en la provincia de Málaga, afirmando que los competentes serían los Juzgados de Málaga o el Juzgado Central de Instrucción. Sin embargo, el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia de casación afirma que, al producirse hechos delictivos de una misma trama en diferentes lugares, son competentes los juzgados de instrucción de los lugares donde se desarrollen las actividades delictivas o el primero que empezó a conocer del asunto por aplicación del principio de ubicuidad, esto es, el Juzgado de Denia.

Igualmente señala que la competencia de la Audiencia Nacional exigía la concurrencia de varios requisitos legales (art. 65.1.d de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), cuya realidad había de acreditarse de forma clara y nítida -dado el carácter excepcional de este órgano jurisdiccional- y que una vez descubierta la existencia de una trama delictiva organizada a gran escala con incidencia en varias provincias, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia se inhibió a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción. Por todo ello, considera que la intervención del Juzgado de Instrucción de Denia fue, desde el punto de vista de su competencia, impecable. De la lectura de dicha argumentación se desprende que la pretensión penal ha sido examinada por el Juez ordinario, cuya competencia ha sido determinada a través de una razonable interpretación de la legalidad procesal que no nos corresponde revisar, ni sustituir (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 2).

**CUARTO.-** Como tercer motivo de amparo denuncia el recurrente la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por diversos motivos, el primero de los cuales es la insuficiente motivación de los Autos que acuerdan la primera intervención telefónica y la prórroga de la misma, intervenciones de las que entiende derivadas todas las restantes pruebas practicadas en la causa.

Por lo que respecta a las exigencias de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una

intervención telefónica para considerarla constitucionalmente legítima, reiteradamente hemos afirmado que, además de precisar el número o números de teléfono que han de intervenir, la duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuanta al órgano judicial, han de explicitarse en ella los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Y ello a fin de excluir que se trate de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, entre otras muchas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

También hemos afirmado que, aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

En el presente caso, como pone de relieve el Tribunal Supremo (fundamento jurídico tercero 2 de la Sentencia de casación), la mera lectura del Auto de 15 de septiembre de 2003, por el que se acordaba la primera intervención telefónica, integrado con el oficio policial de 11 de septiembre de 2003 en el que la misma se solicita, permite concluir que existe una motivación suficiente para poder afirmar la legitimidad constitucional de la medida. En efecto, en el citado Auto se hace constar la existencia de contundentes indicios objetivos de la comisión de un delito contra la salud pública, derivados de las investigaciones policiales previas a las que se hace referencia en el oficio policial (en concreto, el hallazgo

casual de 466 kg. de hachís disimulados en el interior de unos muebles que una empresa de transportes había recogido en una nave industrial, con el encargo de ser transportados a Inglaterra), así como de la posible participación del investigado (el coimputado D. Francisco) en el citado delito sobre la base de las múltiples indagaciones realizadas hasta ese momento (que permiten identificarle como la persona que intervino en el alquiler de la nave industrial de la que salió la droga, además de sus anteriores detenciones en relación con delitos de tráfico de drogas en los que también se encontraban implicados ciudadanos británicos). Asimismo se exterioriza en dicho Auto el juicio de proporcionalidad exigido constitucionalmente para adoptar la medida, aludiendo a la gravedad del delito investigado, así como a la idoneidad y necesidad de la medida, a la vista de la imposibilidad de seguir obteniendo datos por otras vías, como pone de relieve el oficio policial.

Por otra parte, el citado Auto identifica a la persona y el teléfono objeto de intervención, sin que el hecho de que la autorización se otorgue para identificar a otras personas implicadas -como consta en la parte dispositiva- suponga indeterminación subjetiva alguna. Como advertimos en la STC 150/2006, de 22 de mayo, FJ 3, de nuestra jurisprudencia "no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir", pues tales exigencias "resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas". Lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad es "la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas", lo que ya hemos excluido en el presente caso. Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de

las personas que comunican o con las que se comunican aquéllas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, correspondiendo al Juez, a través del control de la ejecución de la medida, la identificación de las conversaciones relevantes.

Igualmente satisface las exigencias de motivación constitucionalmente exigibles el Auto de 14 de octubre de 2003, en el que se acuerda la prórroga de la intervención, integrado con la solicitud policial de la misma fecha, pues se sustenta en los datos obtenidos en la intervención inicialmente acordada, cuyos resultados se ponen en conocimiento del órgano judicial mediante la remisión de las cintas y las transcripciones íntegras, habiendo procedido además la fuerza policial actuante a transcribir las conversaciones más relevantes en el oficio de 14 de octubre de 2003 en el que se solicitaba la prórroga. Y hemos afirmado que el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica, suficiente para acordar la prórroga de la intervención, a través de los informes de quien la lleva a cabo (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4).

QUINTO.- Las anteriores consideraciones permiten excluir también la denunciada vulneración del art. 18.3 CE derivada de un deficiente control judicial de la intervención, pues si bien es cierto que hemos declarado que el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 165/2005, de 20 de junio, FJ 8; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4).

Nada de ello se cuestiona por el recurrente, quien se limita a poner de relieve que no consta la intervención de un intérprete pese a que muchas de las conversaciones eran mantenidas en idiomas extranjeros y las transcripciones se remiten en castellano. Un dato que carece de relevancia constitucional, pues -como manifiesta la Sentencia de casación, fundamento jurídico tercero- en las plantillas de la policía judicial hay agentes capaces de realizar directa-

mente la transcripción a otro idioma sin necesidad de intérprete, sin que ninguno de los acusados haya denunciado que el contenido de las transcripciones en castellano no se correspondiera con el contenido de las grabaciones originales, a pesar de que tanto las cintas originales con las grabaciones como las transcripciones estuvieron a disposición de las partes.

SEXTO.- Hemos de rechazar, igualmente, la existencia de la denunciada vulneración del art. 18.3 CE derivada de la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención y prórroga de las intervenciones telefónicas en el momento en que las mismas se estaban produciendo, en aplicación de la doctrina sentada por la STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7.

Como recordábamos en esta Sentencia, desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, dictada por el Pleno de este Tribunal, venimos señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de Instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. En ese contexto -y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas "diligencias indeterminadas", que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente- posteriores resoluciones han declarado contraria a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

Por tanto, "lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica -tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese" (STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7). Lo que llevaba a con-

cluir en aquel caso -en el que las intervenciones telefónicas se habían acordado en el seno de unas diligencias previas, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento-, que la falta de constancia en las actuaciones de un acto formal de notificación al Fiscal de los Autos que autorizaron y prorrogaron las intervenciones telefónicas, no constituía un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no impidió el control inicial de su desarrollo y cese y no consagraba, por tanto, un "secreto constitucionalmente inaceptable".

En el presente caso las intervenciones telefónicas se acordaron en el seno de un auténtico proceso, las diligencias previas 1488-2003 inicialmente abiertas por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia, de cuya existencia tuvo conocimiento desde el primer momento el Ministerio Fiscal, habiendo acordado tanto el Auto de 15 de septiembre de 2003, como el de 14 de octubre de 2003, la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal. Siendo así, el hecho de que el acto de notificación formal no conste producido hasta un momento posterior al cese de las intervenciones, como se denuncia en la demanda, no constituye un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no ha impedido el control inicial del desarrollo y cese de la medida y no consagra, por tanto, un "secreto constitucionalmente inaceptable". Al haberse acordado en el seno de un auténtico proceso, de cuya incoación tuvo constancia el Ministerio Fiscal desde el primer momento, éste pudo desde entonces intervenir en defensa de la legalidad y como garante de los derechos del ciudadano, quedando así asegurada la posibilidad efectiva de control inicial de la medida hasta su cese. Y posteriormente, cuando la medida se alzó, el propio interesado tuvo la posibilidad de conocerla e impugnarla, lo que no se ha puesto en cuestión en la demanda de amparo.

SÉPTIMO.- Como cuarto motivo de amparo, bajo la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la asistencia letrada efectiva (art. 24.2 CE), denuncia el recurrente que la declaración inculpativa del coimputado D. Francisco prestada en fase de instrucción y que sustenta su condena es nula, por haber sido prestada en situación de incomunicación, por lo que no pudo entrevistarse previamente con su letrado, cuando tal incomunicación ni está prevista legalmente en el art. 520 bis LECrim (que hace referencia a los delitos de terrorismo), ni fue acordada judicialmente.

Como señala el Ministerio Fiscal, la queja carece de sustrato fáctico y de base jurídica, según se desprende de la lectura del fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de casación.

En efecto, frente a lo afirmado por el recurrente, el Tribunal Supremo sostiene que el Juzgado de Instrucción de Denia acordó el secreto del sumario, dando orden de detención comunicada y puesta a disposición del Juzgado del demandante, mediante Auto de 10 de noviembre de 2003 (ff. 1113 y 1114), exponiendo el riesgo de que el detenido pudiera informar o alertar a otros partícipes en el hecho investigado y frustrar la investigación. Una incomunicación que se acuerda, obviamente, no al amparo del art. 520 bis LECrim (previsión legal referida a los delitos de terrorismo), sino conforme al art. 509 LECrim. Por tanto, la incomunicación se acuerda con base legal y mediante una resolución judicial motivada y, de conformidad con lo previsto en el art. 527 LECrim, dicha situación conlleva que la designación del Abogado sea de oficio y que se suprima el derecho del detenido incomunicado a la entrevista reservada con el Letrado que concede el art. 520.6 c) LECrim en las diligencias policiales y judiciales que se practiquen en tal situación. Una previsión cuya legitimidad constitucional ha sido declarada por este Tribunal en nuestra STC 196/1987, de 11 de diciembre, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del art. 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos (SSTC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 5; 81/2006, de 13 de marzo, FJ 4).

En definitiva, habiéndose decretado la incomunicación de forma motivada y en aplicación de los preceptos legales que la permiten y cuya conformidad con la Constitución en cuanto al derecho a la asistencia letrada hemos ya declarado, no puede apreciarse la denunciada vulneración del derecho a la asistencia letrada del detenido incomunicado consagrada en el art. 17.3 CE, que es el derecho fundamental en el que debe enmarcarse la queja del recurrente (por todas, STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6), ni derivar de ella la invalidez como prueba de cargo de la declaración inculpativa del coimputado.

OCTAVO.- En los motivos de amparo quinto y sexto se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) como consecuencia de la lectura en el plenario, a solicitud del Ministerio Fiscal, de algunas de las declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción por dos coimputados, así como de la declaración policial de uno de ellos, al amparo del art. 714 LECrim, pese a que ambos se habían acogido al derecho a no declarar, por lo que no resultaba de aplicación dicho precepto legal, ni tampoco el art. 730 LECrim.

Conviene precisar, en primer lugar, como precisa el Tribunal Supremo (fundamento jurídico quinto de la Sentencia de casación), que en el acto del juicio sólo se procedió a la

lectura de las declaraciones solicitadas por las partes (en concreto por el Ministerio Fiscal), habiendo podido el acusado solicitar la lectura de aquéllas que considerara favorables, cosa que no hizo, por lo que la misma no pudo ser tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador, sin que de ello se derive vulneración alguna de las garantías del proceso justo. Por otra parte, la lectura de la declaración del coimputado prestada en sede policial, se lleva a cabo -como también se destaca en ese mismo fundamento jurídico de la Sentencia de casación- porque resultaba imprescindible para complementar la declaración prestada ante el Juez de Instrucción, en la que el declarante se ratifica en la declaración hecha en sede policial, como consta al folio 1697 de las actuaciones. Por tanto, es esa declaración prestada ante el Juez instructor la que accede al proceso y la que, en su caso, puede sustentar la condena, lo cual tampoco vulnera en sí mismo las garantías del proceso justo.

Por lo demás, y desde la perspectiva constitucional que nos compete, lo único que resulta relevante es que tales declaraciones sumariales inculminatorias fueron introducidas en el acto del juicio en condiciones que garantizan la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e intermediación, por lo que no se aprecia vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), encontrándose el órgano judicial se encontraba ante pruebas de cargo válidas en las que podía sustentar la condena (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 38/2003, de 27 de febrero, FJ 7; 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 5).

En efecto, al igual que sucedió en los casos de las SSTC 2/2002, de 14 de enero, 38/2003, de 27 de febrero, ó 142/2006, de 8 de mayo -en las que también abordamos supuestos de validez de declaraciones sumariales de imputados incorporadas al acto del juicio ante la decisión de los declarantes de acogerse al derecho a guardar silencio en dicho acto- en este caso puede afirmarse que, desde la perspectiva de la intermediación, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio y pudo, por ello, valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores; atendiendo a las exigencias de publicidad del debate, el contenido inculminatorio de las declaraciones sumariales accedió al juicio oral a través de la lectura de los folios sumariales en el que se documentaron; y, finalmente, se respetó la posibilidad de contradicción al leerse las declaraciones sumariales en presencia de las partes y formularse por el Ministerio Fiscal las preguntas que tenía intención de realizar, por lo que la defensa del acusado pudo impugnar su contenido haciendo al respecto las alegaciones

que estimara oportunas. Como recordamos en la STC 142/2006, FJ 3, "la garantía de contradicción implica... que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido".

NOVENO.- Hemos de rechazar, por último, la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que se sustenta en la invalidez de la prueba de cargo practicada, que ya hemos rechazado en los fundamentos jurídicos anteriores.

En efecto, descartada la nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas al no apreciarse vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), no cabe apreciar tampoco la nulidad de las restantes pruebas que en la demanda de amparo se consideraran derivadas de la ilícitamente obtenida. Por lo que respecta a la falta de incorporación al plenario del contenido de las cintas grabadas y a la falta de constancia de la hemos dicho ya que ninguno de los acusados interesó la audición de las cintas en el acto del juicio, ni denunció que el contenido de las transcripciones en castellano no se correspondiera con el contenido de las grabaciones originales, a pesar de que tanto las cintas originales con las grabaciones como las transcripciones estuvieron a disposición de las partes, por lo que no puede impugnarse ahora la falta de validez de una prueba que, en todo caso, no sirve de sustento a la condena. Igualmente hemos rechazado la vulneración del derecho a la asistencia letrada del coimputado como consecuencia de su incomunicación (art. 17.3 CE) y afirmado la válida incorporación al proceso de las declaraciones prestadas en fase de instrucción por los coimputados, pues fueron introducidas en el acto del juicio en condiciones que garantizan las exigencias constitucionales de toda actividad probatoria; cuales son la intervención de un intérprete, publicidad, contradicción e intermediación.

Siendo así, ha de concluirse que la condena del recurrente se sustenta en pruebas de cargo válidamente practicadas (además de las declaraciones sumariales del coimputado D. Francisco, fundamentalmente la declaración prestada en el acto del juicio por un testigo -quien manifiesta que vio juntos a los conductores de los dos camiones y que fue con las llaves porque Spencer dijo que iban a descargar unos colchones en una de las naves- así como por uno de los agentes de la Guardia Civil, quien en el acto del juicio describe el seguimiento que hicieron del camión conducido por el recurrente y del otro

camión, hasta que fueron interceptados y registrados los camiones, hallándose en el interior de uno de ellos los 3.900 kilos de hachís), a partir de las cuales se infiere la autoría del recurrente del delito de tráfico de drogas que se le imputa (su participación en una operación puntual de tráfico como "lanzadera" del camión que transportaba la droga) mediante un razonamiento explicitado en las resoluciones judiciales (fundamento jurídico segundo de la Sentencia de instancia, al que se remite la Sentencia de casación en su fundamento jurídico séptimo) y que no cabe calificar de irrazonable, ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de solidez requerido, puesto que los datos tenidos en cuenta resultan suficientemente concluyentes, sin que a este

Tribunal le competa ningún otro juicio, ni entrar a examinar otras inferencias propuestas por quien solicita el amparo (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 239/2006, de 17 de julio, FJ 7; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9).

#### FALLO

Denegar el amparo solicitado por D. Anthony.

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

Dada en Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Manuel Aragón Reyes, Magistrados.



2010/3497

TS Sala: 1ª, Sentencia 7 enero 2010. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

Cobertura del seguro

## Excepción a la falta de cobertura por daños en edificio asegurado

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación promovido por la recurrente. Las partes están de acuerdo en la relación de los hechos, aunque discrepan sobre la cobertura del seguro. El demandante -la aseguradora del inmueble-, considera que los hechos acaecidos no se encontraban asegurados, porque los riesgos cubiertos eran los daños materiales ocurridos a consecuencia de un evento imprevisto, súbito y accidental, lo que no cumplía el siniestro. El Tribunal señala que, el asentamiento que produjo la ruina del edificio asegurado no fue el debido al paso del tiempo, sino a la construcción de un túnel de metro, por lo que no resulta aplicable la cláusula de exclusión alegada por la demandante. Indica además, que el riesgo cubierto por la póliza en general, era todo riesgo material que "no estuviera excluido" introduciéndose una excepción a la falta de cobertura. El daño producido está incluido entonces en la cláusula general que describe los riesgos cubiertos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

Las partes están de acuerdo en la relación de los hechos, aunque discrepan sobre la cobertura del seguro.

1º Fundación Labein (Labein, a partir de ahora) y HDI Hannover International de Seguros y Reaseguros (HDI) habían concertado un seguro denominado "Incendio/TODO riesgo daño material" el 31 diciembre 1998. Entre los riesgos cubiertos se encontraba el laboratorio de equipamiento eléctrico Labein.

2º En junio de 1999 se observaron importantes deformaciones y asenta-

mientos del terreno en el edificio donde se encontraba el citado laboratorio, lo que obligó primero a desalojar algunas áreas del edificio. Las deformaciones continuaron hasta determinar la ruina técnica, lo que obligó al traslado del citado laboratorio.

3º Consta probado que la causa de esta ruina fue la excavación del túnel de la línea II del metro de Bilbao.

4º La aseguradora Labein comunicó a HDI los daños producidos, respondiendo ésta en 19 enero 2001 que los hechos acaecidos no se encontraban asegurados, porque los riesgos cubiertos eran los daños materiales ocurridos a consecuencia de un evento imprevisto, súbito y acci-

dental, lo que no cumplía el siniestro.

5º Las cláusulas del contrato de seguro discutidas se encuentran en las "Condiciones Particulares" de la póliza, sección 3ª y en lo que interesa, se transcriben a continuación. "Riesgos Cubiertos. R.1 Incendio/ Todo Riesgo Daño Material ocurrido a consecuencia de un evento imprevisto, súbito y accidental en los bienes asegurados, como consecuencia de una causa no excluida expresamente en este contrato, siempre que dichos bienes se encuentren dentro del recinto-recintos especificados en la póliza.

Quedan excluidos por la presente póliza los daños o pérdidas de cualquier clase que sean debidos directa o indirectamente a las causas siguientes:

Las pérdidas o daños producidos por insectos y roedores; vicio propio o defecto latente; error de diseño, de montaje o de construcción; fabricación defectuosa o utilización de materiales defectuosos en el desarrollo, proceso o fabricación de los productos del Asegurado; desgaste, uso y deterioro graduales; mermas y pérdidas de peso, evaporación, erosión, corrosión, oxidación, capitación, arañazos y raspaduras, herrumbre, incrustaciones, podredumbre, moho, humedad o sequedad de la atmósfera, temperaturas extremas y cambios extremos de temperatura; cambios de color, textura, sabor y acabado; asentamiento normal, contracción, dilatación y agrietamiento de edificios (en los términos de esta póliza) o de sus elementos o cimientos; daños magnéticos, alteración o borrado, así como errores en la programación o manejo de sistemas informáticos.

No obstante, si dichas pérdidas o daños originasen un siniestro cuya causa no esté excluida, se indemnizarán exclusivamente los daños y las pérdidas materiales producidos por el citado siniestro.

Igualmente quedaran cubiertos dichos daños cuando ocurran como consecuencia directa de un riesgo ya garantizado por la póliza.

Asentamiento, deslizamientos o hundimientos del terreno, contracción, dilatación y agrietamiento de edificios, a menos que estos hechos sean producidos directamente por un riesgo garantizado por la póliza.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 11 de Bilbao estimó parcialmente la demanda. Señaló que las partes no discutían la existencia del siniestro, ni su causa, sino si el daño ocasionado estaba o no cubierto por la póliza. Entendió la sentencia que se trataba de un seguro de riesgo material, que aparecía bajo la forma de un seguro de incendios, "pues entonces no existía un ramo específico para este tipo de seguros", por lo que, de esta forma, se amplia-

ban las coberturas de un seguro de incendio normal. Ello se efectuó mediante las condiciones particulares, que debían ser interpretadas como unas "condiciones especiales mediante las que se modifican casi completamente las condiciones generales y en las que se incluye el seguro a todo riesgo de daños materiales". Por ello procedía aplicar el art. 1288 CC y considerar que las redacciones oscuras no deben favorecer a la parte que ha ocasionado dicha oscuridad. De la lectura de las cláusulas contenidas en los apartados 3 y 4 de la sección tercera, antes transcritas, se deducía que "el asentamiento y agrietamiento del edificio asegurado se encuentra cubierto si se ha producido a consecuencia de un evento súbito y accidental", de modo que lo que se excluía era el asentamiento natural, que no se había producido, porque las obras del túnel del metro constituían un acontecer no previsto, que se produjo de forma accidental y rápida, por lo que se trataría de un siniestro cubierto por la póliza. Dichas cláusulas delimitaban el contrato y su cobertura, de donde debía deducirse que la indemnización había de efectuarse a valor real, a no ser que se llevase a cabo su reconstrucción en el plazo de dos años desde la producción del siniestro, en cuyo caso debería indemnizarse el valor de reposición y no habiendo acreditado el inicio de las obras, el valor de la indemnización solo podía consistir en el valor real. Además, no impuso los intereses del art. 20 LCS, sino los intereses legales. Condenó a HDI a pagar a la demandante Labein la cantidad de 1.133.376,68 euros, más los intereses legales. Fue completada esta sentencia por auto de 24 febrero 2003, imponiendo la obligación de abonar asimismo a la demandante la cantidad de 299.003,52 euros, que incluía los honorarios de peritos y gastos de salvamento.

7º Apeló HDI y Labein se opuso al recurso y a su vez impugnó también la sentencia de primera instancia. La sentencia de la Audiencia Provincial sección 4ª, de Bizkaia, de 15 febrero 2005 desestimó el recurso de apelación de HDI y estimó parcialmente la impugnación de Labein. Señaló que la cuestión básica era la "calificación e interpretación de las cláusulas contenidas en este seguro contra daños, en la modalidad "a todo riesgo". Los argumentos fundamentales de la sentencia recurrida son:

a) Según la jurisprudencia del TS "ha de partirse de que la exclusión del riesgo es efectiva cláusula limitativa, al repercutir negativamente en los derechos de los asegurados".

b) La causa del daño fue el error de diseño debido a la excavación del túnel del metro de Bilbao, pero la interpretación que debe realizarse "a raíz de la definición del riesgo asegurado, es la exclusión de los asentamientos por causas estrictamente naturales, que están implícitas en los propios bienes asegurados a conse-

cuencia de las condiciones naturales del subsuelo, que, por lo general, se producen a lo largo del tiempo de forma continuada, pero no los movimientos de terrenos súbitos, imprevistos y repentinos que vengan motivados por hechos ajenos"; c) el art. 43 LCS no concede derecho de subrogación al asegurador, sino cuando ha pagado la indemnización al asegurado y al no haber sucedido este en el caso discutido, HDI no tiene este derecho; d) considera que la cláusula discutida acerca del valor nuevo o valor de mercado es limitativa por restringir el derecho del asegurado, por lo que debe ser específicamente aceptada, lo que no ha ocurrido en el contrato, por lo que debe revocarse la consideración de la misma como delimitadora del riesgo, y e) deben imponerse los intereses moratorios del art. 20.8 LCS.

8º HDI presenta recurso extraordinario por infracción procesal, dividido en dos motivos, y recurso de casación, dividido en 5 motivos, al amparo del artículo 477.2 LEC. Ambos recursos fueron admitidos por auto de esta Sala de 5 mayo 2008.

A) Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El motivo primero se formula al amparo del art. 218.1 LEC porque entiende que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia ultra petitum. El demandante solicitó en su demanda una indemnización máxima de 1.625.317,13 euros y le ha concedido la suma de 1.631.327,25 euros, es decir, una cantidad superior. Dice que si la Sala ha considerado en su fundamento quinto que no procedía incluir la partida de licencias y tasas, debería haber deducido dicha cantidad.

El motivo se desestima.

Como esta Sala ha tenido ocasión de señalar la congruencia consiste en "el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida" (STS de 28 mayo 2009, con cita de otras sentencias de esta Sala). Además, como recuerda la sentencia de 30 enero 2007, esta relación no debe ser absoluta, sino que por el contrario, basta con que se de la racionalidad necesaria y una adecuación sustancial".

La recurrente pretende que se ha producido incongruencia porque la sentencia recurrida concede una cantidad algo superior a la que se había pedido en la demanda, sin tener en cuenta que el suplico de la demanda contiene una serie de peticiones subsidiarias, según se tenga en cuenta el

valor real o el valor nuevo de los bienes asegurados, por lo que no se produce la incongruencia.

TERCERO.- En el Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo de lo dispuesto en el art. 499,1,2 LEC, se entiende que se ha realizado una errónea interpretación de la cobertura del seguro contratado, infringiendo con ello lo dispuesto en el art. 218.2 LEC, en relación con los Arts. 1281.1 y 1283 CC. Dice que parece claro que la causa del siniestro fue la excavación de un túnel para la línea del metro de Bilbao, lo cual viene a ser indiferente porque el daño producido no estaba cubierto por la póliza de seguro concertada con HDI. Dice que la interpretación correcta de las cláusulas que se han transcrito en el fundamento primero de resumen de los hechos es que la cobertura excepcional de los daños cuyo origen fue un error de diseño o de ejecución estaba limitada a las obras que se realizaran sobre los bienes asegurados y siempre y cuando tuvieran la consideración de obra menor, por lo que si los daños ocasionados a los edificios de Labein pueden atribuirse a obras de construcción del metro, es obvio que las consecuencias dañosas carecían totalmente de cobertura.

El motivo se desestima.

El motivo está mal planteado porque el art. 218.2 LEC permite interponer el recurso por infracción procesal cuando se hayan vulnerado las normas que afectan a la sentencia, es decir, aquellas que procesalmente determinan su forma, no la corrección de los argumentos, que es lo que está planteado la recurrente en este recurso. Por lo tanto, la infracción relativa a la interpretación del contrato debe ser planteada a través del recurso de casación, no del extraordinario por infracción procesal.

B) Recurso de casación.

CUARTO.- El Motivo primero denuncia la infracción de los Arts. 1 y 3 LCS cuya aplicación se ha omitido respecto de la cláusula delimitadora del riesgo que excluye las pérdidas o daños producidos directa o indirectamente por error de diseño y de asentamiento de los terrenos. No pueden basarse los argumentos de la sentencia recurrida en las SSTs de 8 julio 2002 y 7 diciembre 1998 en relación a las cláusulas limitativas y su interpretación. Argumenta que si bien es cierto que los contratos de seguros son contratos de masa, ello no ocurre con los riesgos asegurados por Labein porque dada la naturaleza económica de los bienes asegurados, se realizó una negociación precontractual, cuyo resultado es el seguro contratado. De este modo, la sentencia ha conculcado la doctrina jurisprudencial que las conceptúa como delimitadoras del riesgo y que acepta la total oponibilidad de las mismas al asegurado.

El motivo se desestima.

La discusión sobre la distinción entre cláusulas limitativas y delimitativas ha supuesto siempre un problema en la interpretación de los contratos de seguro. La sentencia de esta Sala de 11 septiembre 2006, dice que "Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando que riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial (SSTS 2 de febrero 2001; 14 mayo 2004; 17 marzo 2006). Ello permite distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con estas, sino con las delimitativas, en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el art. 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquellas que son limitativas de los derechos del asegurado (STS 5 de marzo 2003, y las que en ella se citan)", añadiendo la propia sentencia que "Póliza y Condiciones Generales no son la misma cosa, distinción que es manifiesta en el art. 3 de la Ley (STS 26 febrero 1997). Y si el contrato se integra con condiciones generales, estas habrán de incluirse necesariamente en la Póliza, como auténticas cláusulas contractuales, cuya fuerza vinculante para el tomador radica en la aceptación y mutuo acuerdo de voluntades (SSTS 31 mayo, 4 y 9 junio; 23 diciembre 1988; 29 enero 1996; 20 de marzo 2003). Las condiciones particulares, especiales y generales del contrato señalan el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura de forma positiva - determinados daños- y de forma negativa - ciertos daños o, mejor, ciertas causas del daño- quedando así delimitado el riesgo, como cláusula "constitutiva del objeto o núcleo del seguro, pues concreta exactamente hasta donde puede alcanzar la acción indemnizatoria" (STS 7 julio 2003). Son por tanto cláusulas que, aun delimitativas, son susceptibles de incluirse en las condiciones generales para formar parte del contrato, quedando sometidas al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativas, como con reiteración ha señalado la jurisprudencia de esta

Sala, de una forma directa o indirecta (17 de abril de 2001; 20 de marzo de 2003; 14 de mayo 2004 y 30 de diciembre 2005)".

Aplicando esta doctrina al supuesto objeto del litigio, debe concluirse que la cláusula en cuestión establecía el objeto del seguro concertado entre Labein y HDI, por lo debe considerarse como delimitativa, interpretación que vendría confirmada por su inclusión en las cláusulas particulares de la póliza. Sin embargo esta primera aproximación no resulta definitiva, porque no basta con determinar la naturaleza de la cláusula para de ahí deducir sus efectos. Las cláusulas particulares del contrato en cuestión, en lo que se refiere a la determinación del riesgo, adolecen de una absoluta imprecisión, que produce la perplejidad del intérprete. Así:

1º El seguro se denomina Incendio/ Todo riesgo daño material y tiene por objeto cubrir los daños ocurridos "a consecuencia de un evento imprevisto, súbito y accidental en los bienes asegurados, como consecuencia de una causa no excluida expresamente en este contrato, (...)", de donde se deduce que un intérprete normal buscará a continuación cuáles son los daños excluidos de la cobertura pactada.

2º Por ello, a continuación, la póliza señala cuáles serán estos daños, entre los que se describen el "(...) asentamiento normal, contracción, dilatación y agrietamiento de edificios (en los términos de esta póliza) o de sus elementos o cimientos". De donde debe deducirse que los daños ocasionados por el asentamiento normal del edificio quedan fuera de cobertura.

3º Pero el asentamiento que produjo la ruina del edificio asegurado no fue el debido al paso del tiempo (que podría considerarse normal y, por tanto, excluido), sino a la construcción del túnel del metro de Bilbao, por lo que no resulta aplicable esta cláusula de exclusión; pero entonces la póliza señala que también estarán excluidos el "Asentamiento, deslizamientos o hundimientos del terreno, contracción, dilatación y agrietamiento de edificios, a menos que estos hechos sean producidos directamente por un riesgo garantizado por la póliza". Y como resulta que el riesgo cubierto por la póliza en general, según se ha reproducido en el comienzo de este análisis era todo riesgo material que "no estuviera excluido" y aquí se introduce una excepción a la falta de cobertura, debe entenderse que el daño producido está incluido en la cláusula general que describe los riesgos cubiertos.

La falta de claridad, por tanto, no debe perjudicar al asegurado, puesto que no la ha producido y la regla de interpretación de las cláusulas oscuras prohíbe que la oscuridad favorezca a la parte que la hubiese ocasionado (artículo 1288 CC, así como el

artículo 5:103 PECL, que consagra un aspecto de esta norma, cual es la regla contra proferentem).

Por tanto, no puede el asegurador aprovecharse de la cláusula oscura que él mismo ha introducido, por lo que se llega a la misma conclusión que la sentencia recurrida.

QUINTO.- El Segundo motivo señala la infracción de los Arts. 1, 3 y 26 LCS y los Arts. 1114, 115 y 1256 CC. Estos artículos se han infringido al conceder la indemnización a valor de nuevo, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos contractualmente, originando con ello un enriquecimiento injusto del asegurado. Respecto del art. 1 LEC, porque la sentencia ha alterado el equilibrio de las prestaciones; respecto del art. 3 LCS porque la sentencia ha aplicado el régimen de las cláusulas limitativas a una estipulación que no puede encuadrarse en dicha condición y respecto del art. 26 LCS porque origina un enriquecimiento injusto al ser contraria a las estipulaciones contractuales; finalmente, respecto a los Arts. 1114, 1115 y 1256 CC, porque el derecho concedido al asegurado se sometió a las condiciones convenidas, que eran que la reconstrucción se efectuara en un plazo de dos años a partir del siniestro y en el mismo emplazamiento, por lo que si la pretensión de la cláusula es indemnizar la diferencia existente entre el valor real de los bienes y su coste de reposición, el hecho de que el asegurado no haya iniciado la reconstrucción del inmueble no limita su derecho.

El motivo se estima.

La cláusula especial denominada "C1. Cláusula de Valor de reposición" establece unas condiciones para obtener la indemnización "a valor nuevo", que la sentencia recurrida ha considerado limitativas de los derechos del asegurado y por ello ha entendido que no debía ser aplicable al no haber sido expresamente aceptada. La cláusula establecía que para obtener el citado "valor nuevo" debería haberse reconstruido el edificio destruido en un plazo de dos años a partir de la fecha del siniestro y debía reconstruirse en el mismo lugar que tenía antes del siniestro. Las condiciones para la indemnización de acuerdo con el valor nuevo no se cumplieron.

Esta interpretación no es correcta. No se trata de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, puesto que no tiene derecho a obtener la indemnización acordada por encima del valor de mercado de los bienes dañados, si no se cumplen las condiciones previstas en el contrato. Para acabar de ligar el razonamiento, debe señalarse que podría considerarse como cláusula limitativa si excluyera totalmente la indemnización, a no ser que se cumplieran determinadas condiciones, pero estableciendo la póliza que el valor de los bienes asegurados se tomará en cuenta

de forma distinta según se haya o no reconstruido el inmueble, aplicar la cláusula valor nuevo a todo supuesto de destrucción equivale a romper el equilibrio de las prestaciones contractuales (STS 25 octubre 1990).

Al haberse estimado este motivo, resulta ya carente de interés el análisis del motivo tercero del recurso.

SEXTO.- El Cuarto motivo denuncia la infracción del art. 43 LCS, por haber impedido el asegurado el derecho de subrogación del asegurador por haber reclamado a los causantes del daño y sus aseguradoras en otro pleito. Por ello HDI no podría reclamar nada a los responsables finales y porque la interposición de dicha acción vacía de contenido el derecho de resarcimiento a que ha sido condenada la aseguradora HDI.

El motivo se desestima.

El artículo 43 LCS exige que el asegurador haya pagado la indemnización para que pueda subrogarse en los derechos y acciones que correspondían al asegurado por razón del siniestro contra quienes hayan producido el daño. En este caso no se cumplen los requisitos del art. 43 LCS, dado que la aseguradora recurrente no ha pagado nada. La aseguradora se ha limitado a reclamar, en otro procedimiento, los daños producidos hasta el límite no cubierto por su propio seguro. Por ello no ha perjudicado en nada un derecho a la subrogación que aun no ha nacido.

SÉPTIMO.- El Quinto motivo denuncia la inaplicación del art. 20, 8 LCS, en relación a los intereses, porque la recurrente ha tenido que discutir en un litigio la propia cobertura del seguro en el siniestro producido.

El motivo se desestima.

La Sala ha venido entendiendo en sus últimas sentencias que no constituye causa justificada para la no imposición del pago de los intereses de demora la discusión judicial relativa a la cobertura del siniestro. La sentencia de 23 abril 2009 resume la línea doctrinal de esta Sala y dice que La imposición de los intereses del art. 20 LCS tiene un carácter sancionatorio, para evitar que se utilice el proceso "(c)omo maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente(...)" (SSTS de 2 y 27 marzo 2006) y además, debe tenerse en cuenta que la aplicación concreta de las causas de exoneración del pago de los intereses entendidos en el sentido expresado anteriormente, tiene un componente casuístico indudable (SSTS de 16 marzo 2004).

Por ello, esta Sala aplica el criterio según el cual el pago de los intereses del art. 20 LCS queda restringido al caso de que la aseguradora no hubiese pagado la indemnización correspondiente por causa que no esté justificada o que no le sea im-

putable. Para determinar si nos encontramos o no ante una causa de exclusión de la mora, la sentencia de 29 de noviembre de 2005, aplicada por la de 22 octubre 2008, propone examinar si concurre alguna de las circunstancias que señala “y que ocurre cuando sea discutible la propia existencia del siniestro, la intervención judicial sea necesaria para fijar la cantidad debida, etc., de modo que según la sentencia citada, “Para excluir la mora se requiere, por tanto, que exista un motivo razonable de excusabilidad, que no se produce en este caso, porque las aseguradoras recurrentes hubieran podido evitar las consecuencias de la mora consignando el importe mínimo establecido en el artículo 18 LCS, lo que no realizaron”. Lo anterior nos lleva a concluir que la condena al pago de los intereses es una consecuencia de su propia conducta, de modo que propiciaron la oscuridad de las cláusulas y, además, conociendo el siniestro, no se preocuparon de tener una actitud diligente para evitar el pago de los intereses a los que ahora han resultado condenados (sentencia de 14 julio 2008, así como las de 17 septiembre, 29 octubre y 10 noviembre 2008, entre las más recientes)”.

Como se ha ya señalado en el fundamento cuarto de esta sentencia, la oscuridad acerca de las cláusulas de cobertura fue provocada por la propia aseguradora que, además, litigó porque no estaba conforme con la reclamación de la asegurada por entender que no estaba cubierto por la póliza el siniestro producido. Por ello, debe considerarse correcta la imposición de los intereses efectuada por la sentencia recurrida.

**OCTAVO.-** La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentada por la representación procesal de HDI Hannover International de Seguros y Reaseguros (HDI) determina la de su recurso. Se imponen las costas del mismo a la recurrente en virtud de lo dispuesto en el artículo 398 LECiv.

La estimación del segundo de los motivos del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 15 febrero 2005, determina la estimación parcial del recurso de casación, por lo que se anula en parte dicha sentencia y se repone la de 1ª Instancia en parte entendiéndose que el valor real del edificio siniestrado es de 1.127.366,56 euros, diferencia que deberá ajustarse, en ejecución de sentencia, las indemnizaciones debidas. No se imponen las costas del recurso de casación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398 LECiv. Se mantiene la declaración sobre las costas efectuada en la sentencia recurrida.

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

#### FALLO

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de HDI, Hannover International España, Cía. de Seguros y Reaseguros, contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 15 febrero 2005, dictada en el rollo de apelación núm. 437/03.

2º Se estima en parte el recurso de casación presentado por la representación procesal de HDI, Hannover International España, Cía. de Seguros y Reaseguros, contra la sentencia dictada por la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 15 febrero 2005, dictada en el rollo de apelación núm. 473/03.

3º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida en lo relativo a la valoración del edificio objeto del seguro, que deberá ser estimado a valor real, según los peritajes efectuados.

4º Se imponen a la recurrente HDI, Hannover International España, Cía. de Seguros y Reaseguros,

las costas de su recurso por infracción procesal.

5º No procede imponer las costas del recurso de casación.

6º Se mantiene la declaración sobre las costas de la sentencia recurrida.

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

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

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

más a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, comercio o industria relacionada con la actividad bancaria o bursátil durante el tiempo de la pena privativa de libertad. Y también condenó en la misma sentencia a Juan Enrique como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, a la pena de un año y nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a una multa de seis meses, con una cuota diaria de 12 euros, y a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, comercio o industria relacionada con la actividad bancaria o bursátil durante el tiempo de la duración de la pena privativa de libertad.

Contra esa resolución interpusieron recurso de casación ambos acusados. La representación de Agustina formula dos motivos por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y otros cinco por infracción de diferentes preceptos del C. Penal.

Y la representación del acusado Juan Enrique articula tres motivos de impugnación: por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por infracción de precepto penal sustantivo y por quebrantamiento de forma.

#### A) Recurso de Agustina

**SEGUNDO.-** 1. Bajo el ordinal primero, y al amparo de lo que dispone el art. 5.4 de la LOPJ y el art. 852 de la LECr., se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24 de la Constitución. Alega la recurrente que la vulneración se debe a que el Tribunal de instancia no ha declarado probado que actuara en todo momento siguiendo las instrucciones de los responsables de Eurosafei, que eran sus superiores en la sociedad de valores. Y también -dice- ha de entenderse conculcada la presunción de inocencia por declararse probado que la recurrente se benefició personalmente de las operaciones irregulares realizadas por un importe de 201.000 euros.

En lo relativo al primer extremo, la tesis de la acusada se centra en afirmar que las inversiones iniciales de alto riesgo que generaron las pérdidas para los clientes se debieron a las instrucciones que impartieron los máximos responsables de la sociedad de valores Eurosafei, quienes también dieron después las órdenes destinadas a solventar los descubiertos producidos. Señala la parte recurrente que en el año 2000 la delegación en Málaga de la entidad Eurosafei (Safei Rural Málaga, S.A.) comenzó a realizar transacciones arriesgadas con el dinero de los clientes consistentes en operaciones “intradía”, mediante las que se compraba y después se vendía un valor en el curso del mismo día, procedi-



2009/259105

TS Sala: 2ª, Sentencia 6 octubre 2009. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Inaplicación de pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión

## Delitos continuados de falsedad en documento mercantil y apropiación indebida

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por la acusada, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos continuados de falsedad en documento mercantil y de apropiación indebida. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, comercio o industria relacionada con la actividad bancaria o bursátil durante el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta al recurrente, pues el acusado ya no tenía relación alguna con la empresa cuando cometió el hecho delictivo por el que fue condenado, interviniendo en la gestión de los intereses financieros de su abuela debido a la relación de parentesco y al vínculo personal que generaba entre ambos. Por lo tanto, difícilmente puede afirmarse que la conducta delictiva tuviera una relación directa con el delito de falsedad cometido.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia dictada el 18 de septiembre de 2008, condenó a Agustina como autora de un delito continuado de falsedad en documento mercantil,

en concurso medial con un continuado delito de apropiación indebida, a las penas de cinco años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de 12 meses, con una cuota diaria de 12 euros; y ade-

miento que sólo permite obtener unas ganancias muy pequeñas -dice la impugnante- a no ser que la cantidad invertida sea muy elevada. Al aumentar el montante de la inversión -sigue diciendo- las pérdidas también podían incrementarse de forma muy sustancial, y ello es lo que acabó sucediendo en perjuicio de los inversores, cuyas cuentas quedaron en descubierto.

Se afirma en el recurso que estas operaciones de alto riesgo fueron ordenadas por los superiores de la acusada, y en concreto por el Director Regional de Eurosafei en Andalucía, Ignacio, quien, ante los importantes descubiertos que comenzaron a producirse en las cuentas de algunos clientes, habría dado órdenes de hacer traspasos de las cuentas que tenían saldo positivo a las que se quedaron en descubierto, con el fin de cubrir provisionalmente el déficit producido.

Prosigue argumentando la impugnante, en la línea de fundamentar su versión exculpatoria, que, con posterioridad, en el año 2001, los responsables de Eurosafei decidieron que los traspasos entre las cuentas, con el fin de no levantar sospechas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se realizaran mediante la emisión de cheques. De modo que se libraba un cheque a favor de un cliente, como si se tratara de una desinversión ordenada por éste, cheque que se acababa reintegrando a Eurosafei, como un abono que se hacía a la cuenta de un cliente distinto que presentaba un descubierto importante. Para lo cual, en algunas ocasiones -señala la recurrente- se llegaron a utilizar sus propias cuentas bancarias, de forma que los ingresos pasaban a través de la cuenta de la acusada, pero sin permanecer en ella, ya que inmediatamente los fondos salían de nuevo de su cuenta bancaria y se reingresaban en la de Eurosafei.

Se incide también en que la prueba de cargo en que se basa la sentencia recurrida no es suficiente para enervar la presunción de inocencia, dado que se refiere de forma genérica a los documentos que obran en la causa sin concretar sus vinculaciones con el caso concreto. A ello añade que algún testigo admitió en el juicio que había personas por encima de la acusada que tomaban las decisiones (testigo Romualdo), y también constaban algunos datos contables que permitirían inferir que los superiores de la acusada conocían las inversiones irregulares que se hacían y los descubiertos de algunos de los clientes, lo que vendría a corroborar que se trata de una línea empresarial perfectamente conocida y asumida por los responsables de Eurosafei, según se habría verificado incluso por la declaración en la fase de instrucción del director de la oficina de Málaga de la referida empresa, Casiano.

Y otro tanto alega en cuanto a la operativa de los cheques. Aduce la

recurrente que los cheques que eran remitidos desde Madrid eran retirados en numerosas ocasiones por Adelaida, Elisenda y otros empleados de la empresa, ya que iban remitidos a su nombre y tenían que firmar por tanto los correspondientes recibís, y así lo habrían admitido los empleados bancarios que depusieron en el juicio.

2. Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007 y 111/2008). Y es doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia inculpativa ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008).

Por lo demás, tratándose de prueba indiciaria el Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003).

Por su parte, esta Sala de Casación tiene afirmado en reiteradas resoluciones que el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en verificar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por tanto, y en primer lugar, si dicha prueba de cargo fue adquirida sin vulneraciones de derechos fundamentales; en segundo lugar, si fue introducida en el proceso y sometida a los principios que rigen el plenario, de contradicción, intermediación y publicidad; en tercer lugar, si se trata de una prueba suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia; y por último, si consta debidamente razonada en la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el iter discursivo y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a

cualquier viso de arbitrariedad (SSTS 59/2009, de 29-1; y 89/2009, de 5-2).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-10; 672/2007, de 19-7; y 131/2009, de 12-2).

Finalmente, se ha incidido en numerosas resoluciones de la Sala en que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada (SSTS 987/2003, de 7-7; 845/2008, de 2-12; y 89/2009, de 5-2).

3. Pues bien, el examen de la prueba de cargo que cita la Sala de instancia para constatar la autoría de la acusada revela de forma ostensible que sí obran en el proceso pruebas evidenciadoras de su intervención directa en los hechos que se le imputan, a tenor de lo que se concreta sobre el particular en la sentencia rebatida.

Y así, en primer lugar, figura en la causa la carta suscrita por la propia acusada (folios 77 y ss.), en la que reconoce que a partir de enero del año 2000 ha realizado operaciones de "intradía" en varias cuentas de clientes, sin que conste la autorización de éstos. Y también especifica en la carta que, incumpliendo todas las normas, y sin dar cuenta a sus superiores, utilizó los patrimonios de otros clientes para atender los descubiertos sin conocimiento de éstos, a cuyos efectos les enviaba una información especialmente elaborada por ella misma. En el mismo documento se hace responsable de una deuda de 65 millones de pesetas que pretende cubrir a corto plazo, señalando como garantía para ello sus bienes personales y otros de su familia directa. Por último, manifiesta su voluntad de colaborar con la empresa para esclarecer el problema y resarcir a los clientes.

De otra parte, también se considera probado mediante dictamen pericial (folio 60 del tomo VII de la causa) que los cheques nominativos que emitía Eurosafei a favor de los clientes por la venta de títulos eran firmados o "garabateados" por la acusada en el reverso con el fin de ingresarlos en su cuenta. Frente a ello replica la recurrente que el importe de esos cheques era después reintegrado a la cuenta de Eurosafei. Sin embargo, ello no consta probado y estaba en gran medida en manos de la propia

acusada el acreditarlo, pues era ella quien disponía de los cheques que mediante un procedimiento falsario se incorporaban a su patrimonio.

También contó el Tribunal de instancia con prueba pericial evidenciadora de que los cheques y las transferencias de fondos iban a parar a las cuentas personales de la acusada (folios 430 y ss. del tomo IX de la causa), sin que ésta después acreditara su reingreso en las cuentas de la empresa, que es la alegación exculpatoria que esgrimió.

Al margen de lo anterior, también figura la declaración testifical de Elisenda en el sentido de que la acusada llevaba una doble contabilidad y que apreció irregularidades en los depósitos de los clientes, irregularidades que la testigo comunicó a sus superiores en la empresa. Además, en el curso del proceso depusieron distintos clientes inversores cuyo testimonio convenció al Tribunal de que la acusada era la cabeza rectora de la empresa.

Por consiguiente, la Audiencia Provincial utilizó un material probatorio sólido y plural, apoyando el relato fáctico no sólo sobre una genérica documentación, sino sobre pruebas testificales, dictámenes periciales y documentos significativos que evidencian la autoría de la acusada.

Por lo demás, al examinar las alegaciones de la parte recurrente se comprueba que casi todo su discurso argumental se orienta a la acreditación de que sus superiores en la empresa Eurosafei conocían y asumían las irregularidades que ella hacía, pues ésa era -según la acusada- la forma habitual de operar la sociedad, con lo cual deriva hacia los directivos de la entidad la responsabilidad de los hechos.

El argumento nuclear de la recurrente quiebra, sin embargo, en dos puntos sustanciales. En primer lugar, porque el directivo de la sociedad sobre el que la acusada vierte la responsabilidad de esa política de inversiones, Ignacio, negó en el juicio las imputaciones de aquélla y, tratándose de una prueba personal, no cabe ahora en casación alterar el resultado probatorio de esos medios de prueba. Y en segundo lugar, y sobre todo, porque la línea de exculpación abierta por la recurrente al atribuir la responsabilidad de los hechos a los directivos de Eurosafei, no excluye ni aminora la suya, sino que más bien viene en realidad a admitirla y aceptarla, si bien compartiéndola a través de una hipotética coautoría de sus superiores o, en su caso, de una responsabilidad por inducción.

4. Dentro del mismo primer motivo aduce la recurrente que no actuó con ánimo de obtener un beneficio económico, pues todo el beneficio fue para Eurosafei. No es cierto -dice la acusada- que la cantidad que per-

cibió procedente de las cuentas de Safei, cifrada en 201.618, 34 euros, las destinara a usos propios, como dice la sentencia. Pues -y aquí insiste de nuevo en el mismo punto- todo lo que ingresaba en sus cuentas salía de inmediato de nuevo para las cuentas de Eurosafei con el fin de cubrir los descubiertos de otros clientes ajenos a aquellos a cuyo nombre habían sido librados los cheques.

La acusada vuelve a incidir sobre la denegación de una prueba que considera crucial para su defensa, cual es una pericial sobre la documentación bancaria relativa al reintegro del importe de los talones que pasaban por sus cuentas personales en la cuenta de Eurosafei, pericia que podría haber evidenciado ese circuito de reintegración de los talones.

Sin embargo, frente a esa argumentación ha de responderse con otros tres razonamientos. En primer lugar, y tal como replicó la Sala de instancia a la recurrente, la aportación de esa documentación que habría permitido comprobar según la defensa ese trasvase del contenido de los talones, estaba en gran medida en manos de la propia acusada, que era, en principio, quien tenía que aportar los datos concretos relativos a ese viaje de regreso de los documentos bancarios. En segundo término, las afirmaciones que vierte en tal sentido la impugnante se contradicen con el contenido de la propia carta en la que asumía su responsabilidad tanto en el capítulo de la autorización como en el de la responsabilidad civil, comprometiéndose incluso a cubrir con su propio patrimonio y el de sus familiares el agujero económico que había generado. Y, por último, carece de repercusión, cuando menos en el ámbito punitivo, la alegación de la recurrente, toda vez que el tipo penal de la apropiación indebida no precisa que la acusada se haya beneficiado o enriquecido con su conducta por haberse quedado con el dinero distraído, sino que es suficiente con que le haya dado al dinero de los clientes un destino distinto del estipulado y que esa alteración de destino les haya generado un perjuicio económico. Y sobre ambos extremos no concurren dudas en el caso concreto, ya que los auténticos perjudicados directos y sujetos pasivos del delito son los clientes de Eurosafei y no la misma sociedad, sin perjuicio de las derivaciones finales que para ésta se acabaran generando en la esfera de la responsabilidad civil.

El primer motivo de casación debe, por tanto, desestimarse

TERCERO.- En el segundo motivo, con invocación del art. 849.1 de la LECr., alega infracción de ley por vulnerar la Audiencia la interpretación del art. 252 del C. Penal. En este caso la tesis de la recurrente es que no concurren los requisitos del tipo penal de la apropiación indebida, pues no habría existido la apro-

piación de carácter definitivo que exige la jurisprudencia, y tampoco habría concurrido el elemento subjetivo del delito, ya sea éste simplemente el dolo, el animus rem sibi habendi o incluso el ánimo de lucro.

Para fundamentar su tesis la parte recurrente parte de una premisa que no se ha asumido por el Tribunal de instancia y tampoco por esta Sala. Nos referimos a la afirmación de que la acusada actuaba en todo momento siguiendo las instrucciones de sus superiores y sin intención de distraer fondos ni de obtener beneficio personal de ninguna clase, operando además en la creencia de que las actuaciones irregulares tenían un carácter provisional y de que la empresa respondería debidamente de las salidas de fondos producidas transitoriamente, sin que en ningún caso hubiera una incorporación definitiva del dinero al patrimonio de la ahora recurrente.

Pues bien, como advertencia preliminar, conviene resaltar que el dinero que fue objeto de apropiación o de distracción había sido entregado por los clientes de la entidad Eurosafei con un destino que no se ajustaba al que le dio la acusada. Y como ya se advirtió anteriormente, los sujetos pasivos del delito fueron esos clientes inversores, independientemente de que la sociedad se hiciera cargo de parte de las pérdidas que llegaron a tener un importante número de clientes, y también dejando al margen el hecho -no acreditado en la causa- de que los máximos responsables de la entidad hubieran intervenido activa o pasivamente en las irregularidades de disposición de fondos en que incurrió la acusada sin autorización de los inversores.

Dicho lo anterior, tampoco se comparte el argumento de la recurrente relativo a que no se dan los requisitos jurisprudenciales del tipo penal puesto que la disposición de los fondos de los clientes era meramente provisional y transitoria, sin ánimo de incorporarlos definitivamente al patrimonio personal o al de la empresa.

A este respecto, es preciso traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre el delito de apropiación indebida y las modalidades que presenta en su aplicación el art. 252 del C. Penal. Las sentencias 47/2009, de 27 de enero; 625/2009, de 16 de junio; y 732/2009, de 7 de julio, argumentan en estos términos:

“En el tipo de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernibles: la que consiste en la “apropiación” propiamente dicha y la legalmente caracterizada como “distracción”. La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas -expresamente o por extensión- en el art. 252 CP, el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha

recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido. La segunda tiene como presupuesto la traslación de la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta, para el receptor, la adquisición de su propiedad aunque con la obligación de darle un determinado destino. Téngase en cuenta que, a causa de la extrema fungibilidad del dinero, la propiedad del mismo se ejerce mediante la tenencia física de los signos que lo representan. En este segundo supuesto -el de la distracción que es donde la parte recurrente pretende se debió inculpar el hecho enjuiciado- la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio -puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítima-

■

*“...El art. 56 del C. Penal establece que en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, entre otras posibles, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido...”*

■

mente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada- sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto”.

“Naturalmente si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se trata de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. La concurren-

cia, en cada caso, de este elemento subjetivo del delito tendrá que ser indagada, de la misma forma que se indaga el ánimo de lucro en la modalidad delictiva de la apropiación, mediante la lógica inferencia que pueda realizarse a partir de los actos concretamente realizados por el receptor y de las circunstancias que los hayan rodeado y dotado de una especial significación (véase STS de 7 de diciembre de 2001). Ratificando esta doctrina, hemos subrayado el distinto significado que tienen las expresiones “se apropiaren” y “distrajeren” utilizadas por el art. 252 CP - y por los que le precedieron en Textos anteriores- en la definición del delito cuestionado. Apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distracción es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor, aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito”.

“Dos requisitos tan sólo han de concurrir para que esta conducta se integre en el tipo de apropiación indebida: que la distracción suponga un abuso de la confianza depositada en quien recibe el dinero y que la acción se realice en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es, a sabiendas de que se les perjudica y con voluntad de hacerlo, bien entendido que la apropiación indebida no requiere un enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo, lo que rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas como en la consistente en la distracción del dinero, y que el elemento subjetivo del tipo del art. 252 sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados, produciría un perjuicio del titular. No es necesario que se produzca un lucro personal o enriquecimiento del autor, sino lisa y llanamente un perjuicio del sujeto pasivo. La razón es sencilla: el contenido criminal de este delito se da íntegramente con el conocimiento de que el dinero distraído no se ha incorporado al patrimonio de su titular o se le ha dado un destino distinto a aquél para el que fue recibido”.

En el supuesto que ahora se juzga ha quedado fehacientemente probado que la acusada dio al dinero de un número importante de clientes de la sociedad gestora un destino distinto al estipulado. Pues, de una parte, sometió el importe depositado a operaciones de “intradía” de alto riesgo sin autorización específica de los interesados, y cuando se produjo el descubierta acudió a disponer inde-

bidamente del dinero de otros clientes con el fin de cubrir el negativo de las cuentas de los que habían resultado previamente perjudicados.

Se dan por tanto las condiciones fácticas que integran el elemento objetivo del delito de apropiación indebida con respecto a la modalidad de distraer: no darle el destino pactado al dinero recibido de los clientes, a quienes acabó irrogando un perjuicio en su patrimonio. Sin que sea preciso que el dinero quede incorporado definitivamente al patrimonio de la acusada para que la distracción punible se produzca.

La recurrente alega en su defensa que no tenía el ánimo de distraer de forma definitiva el dinero de los clientes, pues se trataba de traspasos meramente temporales o transitorios, o al menos con esa finalidad se realizaron. Y cita para apoyar su argumentación la STS 374/2008, de 24 de junio.

En esa sentencia se dice que para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero "hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales (SSTS. 513/2007 de 19.6, 938/98 de 8.7). No basta pues, con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesario la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia" (STS. 11.7.2005)".

Esa cita jurisprudencial es correcta. Sin embargo, su traslación al presente caso no se considera pertinente. En efecto, aquí el destino del dinero a un uso distinto no puede considerarse con un grado de provisionalidad que permita concluir que la acusada dispuso sólo de forma puntual del dinero de los clientes, por un tiempo ínfimo y con una perspectiva de fácil o próxima devolución. Por el contrario, la forma de generar los descubiertos y de solventarlos, y la perspectiva de que se trataba de una forma de operar que era muy probable que acabara generando perjuicios patrimoniales para los clientes impide afirmar que se tratara de una disposición contra la estipulación sin vocación de permanencia.

A este respecto, en la misma sentencia de 28 de junio de 2008 que cita la recurrente también se argumenta que el tipo subjetivo requiere que "el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada". Y asimismo se dice que únicamente se aceptaría la existencia de dolo "cuando pudiera constatarse que el autor se plantea el resultado de la apropiación como meta directa de su

actuación, o cuando menos como una consecuencia accesoria no improbable (dolo eventual)".

Al aplicar los criterios precedentes al caso enjuiciado, resulta claro que la acusada sabía que las operaciones que realizaba tenían como consecuencia muy probable un punto de no retorno, como así fue, y pese a ello prosiguió realizándolas, asumiendo de ese modo un probable perjuicio económico que sólo puede atribuirse a su comportamiento ilícito contrario a lo convenido con los sujetos inversores.

Se rechaza, en consecuencia, este segundo motivo de impugnación.

CUARTO.- En el tercer motivo del recurso, articulado al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley Procesal Penal, la acusada reprocha al Tribunal de instancia la incorrecta aplicación del art. 392, en relación con el art. 390, ambos del C. Penal. Y como argumento de su discrepancia aduce que se está ante un supuesto de autoencubrimiento impune.

La tesis aquí expuesta se centra en destacar que las conductas falsarias que se describen se realizaron con la finalidad de ocultar el quebranto económico producido en las inversiones iniciales sin autorización de los clientes, o sea, con el fin de disimular la defraudación previamente cometida. De ahí que -se alega en el recurso- la conducta de la acusada deba quedar impune, bien sea por ausencia de tipo subjetivo, bien sea en aplicación del principio general de inexigibilidad de otra conducta.

Tampoco en este caso puede acogerse la argumentación y la conclusión de la parte recurrente. Esta fue condenada por un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de apropiación indebida, lo cual, ya de por sí, indica que la sentencia no se limitó a tipificar hechos falsarios realizados con posterioridad a las conductas de apropiación, pues, de ser así, lo congruente es que se hubieran subsumido los hechos en un concurso real de delitos (art. 76 del C. Penal) y no en la modalidad de concurso ideal-medial (art. 77 del C. Penal).

La razón por la que se aplicó el concurso medial fue que un número importante de las falsedades tuvieron como fin no sólo ocultar las apropiaciones precedentes sino también la ejecución de otras. Y así, en lo que respecta a la falsificación de los cheques por parte de la acusada resulta incuestionable que, además de tener como objetivo el ocultar los descubiertos precedentes, generaban al mismo tiempo otras defraudaciones para los clientes titulares de las cuentas contra las que se libraban los cheques, ya que los efectos se acababan cargando en sus cuentas sin percibir una contraprestación a cambio. Si a ello se le suma que en algunos

casos los cheques eran ingresados en cuentas bancarias propias de la acusada, que los destinaba a usos propios, tal como se afirma en el relato fáctico de la sentencia impugnada, sólo cabe rechazar que estemos ante meras conductas de autoencubrimiento impune y sí ante falsedades instrumentales para la comisión de auténticas defraudaciones.

Por lo demás, la jurisprudencia viene considerando de forma abrumadoramente mayoritaria que las falsedades en documento mercantil que subsiguen a la ejecución de actos defraudatorios no constituyen comportamientos atípicos ni actos copenados impunes, sino que los castiga autónomamente (SSTS 1807/2000, de 25-11; 446/2003, de 28-3; 104/2005, de 31-1; 671/2006, de 21-6; 181/2007, de 7-3; y 584/2009, de 25-5). Y ello porque en estos supuestos suele concurrir el menoscabo de dos bienes jurídicos diferentes: el patrimonio de las víctimas y la seguridad en el tráfico mercantil, ya que se genera una documentación falsa que altera en gran medida el tráfico jurídico, operándose con una apariencia documental que acaba afectando a los distintos ámbitos en que actúa el documento falso. La no punición de las falsedades dejaría pues sin tutela un bien jurídico y sin respuesta penal una conducta que contiene una ilicitud autónoma, sin que pueda por tanto aplicarse el criterio de la absorción o de la consunción ni el principio del "non bis in idem".

De otra parte, el derecho de auto-defensa y el derecho a no declarar no puede legitimar la ejecución de conductas que, además de permitir ocultar la comisión de delitos previamente cometidos, menoscaban o deterioran otros bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico tutela de forma específica por su significativo valor.

No puede por tanto prosperar este motivo de impugnación.

QUINTO.- En el cuarto motivo de impugnación, formalizado por el cauce de infracción de precepto constitucional, con apoyo en lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art. 852 de la LECr., alega la recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La conculcación del derecho fundamental la sustenta en este caso en la falta de prueba relativa al importe del perjuicio sufrido por cada uno de los clientes. Denuncia el recurso que no figuran en la causa los soportes documentales que pudieran justificar los movimientos de las cuentas de los clientes de la entidad gestora ni por tanto las inversiones y desinversiones realizadas. La ausencia de esa prueba -dice- no puede solventarse mediante las declaraciones testimoniales de los perjudicados en el plenario, pues ni declararon todos ellos ni tampoco en las declaraciones se aportaron apenas datos sobre las

cuantías concretas de los distintos perjuicios. La sentencia, según la recurrente, se limitó a plasmar los datos que sobre ese particular figuraban en el escrito de querrela, que a su vez habían sido asumidos en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal.

La alegación carece de la consistencia necesaria para que prospere el recurso. Pues el hecho de que no se haya aportado a la causa una documentación exhaustiva sobre los extractos correspondientes a cada uno de los perjudicados y los movimientos pormenorizados de sus cuentas no quiere decir que se carezca de material probatorio suficiente para acoger como ciertas las cantidades que se reseñan en la sentencia. Una cosa es que la prueba no haya sido exhaustiva y otra muy distinta que no sea suficiente para constatar el perjuicio de los distintos clientes de Safei.

En efecto, en el escrito de querrela se aporta un listado concreto de quiénes son los sujetos perjudicados y de las respectivas cuantías, listado que aparece complementado por dos anexos en los que se especifican algunos datos puntuales de los clientes y la documentación relativa a las operaciones más relevantes concernientes a los perjudicados (folios 22 a 29 de la causa).

Asimismo, la Audiencia dispuso del dato relevante de que dos entidades aseguradoras les hayan abonado a la mayoría de los perjudicados el importe correspondiente a sus respectivos perjuicios. Si se pondera como máxima de experiencia la cautela y meticulosidad con que las entidades aseguradoras impulsan las sumas que tienen que abonar los beneficiarios de las pólizas de seguro, no cabe sino concluir que se está ante un indicio significativo sobre las cuantías concretas de las sumas reclamadas por cada uno de los perjudicados.

En los folios 117 y ss. del Tomo VII de la causa consta también un informe pericial emitido por la entidad Crawford sobre el importe de los perjuicios irrogados por la acusada, informe que fue ratificado en la vista oral del juicio por el perito Norman.

Y en la misma dirección obra también la prueba testifical, que aunque no permite puntualizar en esta clase de delitos la evolución de las partidas correspondientes a cada perjudicado, sí permite respaldar en alguna medida las cifras proporcionadas por la sociedad gestora.

No resulta, pues, tampoco viable este cuarto motivo de impugnación.

SEXTO.- 1. La recurrente, en el motivo quinto, le reprocha a la sentencia de instancia, en virtud de lo preceptuado en el art. 849.1 de la LECr., la infracción de los arts. 74.1 y 250.1.6 del C. Penal, esgrimiendo

también, con base en el art. 852 de la misma ley procesal y en el art. 5.4 de la LOPJ, la violación del principio "non bis in idem" (art. 25.1 de la Constitución).

El argumento de apoyo es que resulta incorrecta en este caso la aplicación simultánea del subtipo agravado de especial gravedad (art. 250.1.6) y del art. 74.1 del C. Penal. Según la parte recurrente, sólo cabe aplicar simultáneamente ambas normas cuando más de uno de los actos defraudatorios integrantes del delito continuado sobrepasa la cuantía de los 36.000 euros. La falta de acreditación -dice- de la cuantía correspondiente a cada uno de los actos defraudatorios, al constar sólo el importe total de la suma defraudada, impediría aplicar acumuladamente las dos exasperaciones penales referidas en aquellos preceptos.

2. Esta Sala ha venido afirmando la compatibilidad de la aplicación de la figura del delito continuado (art. 74.2 del C. Penal) con la del subtipo agravado por la especial cuantía de la defraudación (art. 250.1.6), cuando uno de los hechos individuales que configuran la continuidad delictiva alcanza una cuantía de 36.000 euros, aunque en los otros episodios fácticos el valor sea inferior, sin que se infrinja en estos casos el principio "non bis in idem". La razón es clara, dice este Tribunal: el delito continuado es más grave que el delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consecuentemente, si cada uno de los actos de la continuidad por sí mismos son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no pueda quedar sin contenido. Además, se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica (doctrina establecida en la STS de 2036/2001, 6-11, que ha sido ratificada después en las SSTS 1236/2002, 27-6; 155/2003, 7-2; 1111/2003, 22-7; 605/2005, 11-5; 700/2006, 27-6; y 416/2007, 23-5, entre otras).

En cambio, se deniega la aplicación conjunta del delito continuado con la agravación por razón de la cuantía defraudada en los supuestos en que ninguna de las acciones individuales de la conducta continuada defraudatoria alcanza la cifra de 36.000 euros, aunque sumadas todas ellas sí la rebasen. Cuando se da esta situación este Tribunal considera que se está ante un supuesto de concurso de normas que impide aplicar acumuladamente la penalidad del delito continuado y la del subtipo agravado del art. 250.1.6 del C. Penal. Pues si se aplicaran conjuntamente ambas agravaciones se vulneraría el principio "non bis in idem", en cuanto que la reiteración de los hechos ilícitos integrantes del delito continuado acabaría operando también como base fáctica agravatoria para susten-

tar el subtipo de especial valor de la suma defraudada.

En esa tesitura la jurisprudencia venía resolviendo generalmente el concurso de normas aplicando sólo el subtipo agravado del art. 250.1.6, con arreglo al principio de especialidad o sin que se expresara argumento alguno (SSTS 1017/1999, 16-6; 232/2005, 24-2; 1280/2006, 28-12; y 123/2007, de 20-2). Si bien en algunos casos se aplicaba el tipo básico del delito continuado y quedaba desplazado el subtipo agravado del art. 250.1.6 del C. Penal (SSTS 276/2005, 2-3; 356/2005, 21-3; y 1155/2006, 20-11).

A partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 30 de octubre de 2007 se adoptó el siguiente Acuerdo: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del art. 74.1 solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Tras este Acuerdo, la Sala de Casación, según se subraya en la sentencia 662/2008, de 14 de octubre, como último intérprete de la legalidad ordinaria penal ha establecido que en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del 250.1.6 y la continuidad delictiva procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 36.000 euros, siendo además aplicable, dada la continuidad delictiva, el art. 74, pero solo en su apartado 2.

En la nueva jurisprudencia se establece por tanto que cuando las distintas cuantías apropiadas fuesen individualmente insuficientes para la calificación del art. 250.1.6, pero sí lo fueran globalmente consideradas, en los delitos patrimoniales, según el Acuerdo del referido Pleno no Jurisdiccional de 30 de octubre 2007, la pena básica no se determinará en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Ese Acuerdo lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6 dado que los delitos, aún inferiores en su consideración individual a 36.000 euros, en conjunto superan esa cifra. Ahora bien, no se aplicará el art. 74.1 sino el apartado 2 del referido precepto, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena mediante la aplicación de la del subtipo agravado del art. 250.1.6 y no la del art. 249 del C. Penal; en cambio, sí operará el apartado 1 del art. 74 cuando uno o más de los actos defraudatorios rebasen la cifra de los 36.000 euros (SSTS 919/2007, de 20-11; 8/2008, de 24-1; 199/2008, de 25-4; 563/2008, de 24-9; y 662/2008, de 14-10).

3. A tenor de las precedentes pautas judiciales, la tesis de la impug-

nante carece de fundamento por dos razones. La primera, porque, según se acaba de reseñar en la jurisprudencia citada, es suficiente con que uno solo de los actos defraudatorios rebase la cuantía de los 36.000 euros para que puedan operar conjuntamente las agravaciones punitivas del art. 74.1 y del art. 250.1.6 del C. Penal. No se precisa por tanto que dos o más actos defraudatorios excedan en su cuantía de los 36.000 euros, como erróneamente aduce la recurrente, sino que es suficiente con que ello suceda con uno de ellos. Y aquí desde luego no cabe cuestionar, porque ni la defensa lo cuestiona, que como mínimo uno de los actos defraudatorios supera ese límite: el que afecta a la cliente Florencia.

Y la segunda razón por la que no es factible aplicar en este caso la incompatibilidad agravatoria que reseña la parte recurrente es que los he-

■

*"...el acusado, según se expone en el propio relato fáctico de la sentencia, ya no tenía relación alguna con la empresa (...) cuando cometió el hecho delictivo por el que fue condenado, (...) Por lo tanto, difícilmente puede afirmarse que la conducta delictiva tuviera una relación directa con el delito de falsedad cometido."*

■

chos no sólo se subsumen en el subtipo agravado del art. 250.1.6 (por razón de la cuantía defraudada), sino que también han sido correctamente incardinados en la sentencia recurrida en el subtipo del art. 250.1.3, al tratarse de apropiaciones indebidas realizadas mediante cheques. Por lo cual, el art. 250 opera ya de por sí con base en esa modalidad concreta, circunstancia que por sí sola evita que se aprecie un supuesto de bis in idem.

No puede, pues, acogerse este quinto motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- 1. Como motivo sexto de impugnación y por la vía de la infracción de ley, con apoyo en lo dispuesto en los arts. 21.4 y 6 del C. Penal y 66.1.2 del mismo texto legal, se objeta al Tribunal de instancia que no haya aplicado la atenuante de confesión, cuando menos en su mo-

dalidad analógica. Entiende la recurrente que constituye base para ello el hecho de que haya suscrito la carta en la que reconoce los hechos ante la entidad Eurosafei, toda vez que se trata de un documento que ha operado en el proceso como prueba de cargo relevante para fundamentar la autoría de la acusada.

2. La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1076/2002, de 6-VI; 615/2003, de 3-V; 542/2004, de 23-IV; 1109/2005, de 28-IX; 1400/2005, de 23-XI; 1594/2005, de 23-XII; 683/2007, de 17-7; 755/2008, de 26-12; 508/2009, de 13-5; y 873/2009, de 23-7, entre otras) viene exigiendo como requisitos de la atenuante de confesión los siguientes: en primer lugar, que el sujeto confiese a las autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; en segundo lugar, que la confesión sea veraz, quedando excluidos los supuestos en que se sostenga una versión interesada de carácter exculpativo que después se revela totalmente falsa; y en tercer lugar, que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento, entendiéndose por tal también las diligencias de investigación iniciadas por la Policía, se dirige contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión. De modo que quedan excluidos aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad (SSTS 679/2008, de 4-11; 628/2009, de 10-6; y 650/2009, de 18-6).

3. Pues bien, en el caso sometido a juicio la acusada no ha reconocido ante las autoridades la ejecución de los hechos delictivos ni su participación en los mismos, ni antes ni después de la tramitación del proceso. Y si bien es verdad que suscribió un documento en que admite aspectos nucleares de su comportamiento delictivo y que tal documento (folios 77 y 78 de la causa) ha operado como prueba relevante en el proceso, lo cierto es que en el curso de la tramitación de la causa se retractó de su contenido en diferentes ocasiones, la última queda plasmada en el propio escrito del recurso de casación.

Ante la evidencia de unos datos que desvirtúan la concurrencia de los requisitos exigidos en el art. 21.4 del C. Penal, la acusada postula como opción alternativa la modalidad analógica que prevé el art. 21.6ª del C. Penal, restando para ello relevancia al requisito de que el reconocimiento de los hechos deba realizarse ante las autoridades competentes, y también a su actitud reticente en el curso del proceso. Enfatiza, en cambio, la trascendencia de la confesión a los efectos probatorios.

Este Tribunal tiene ya asentada una doctrina en la que sostiene que la analogía a la que se refiere el artículo 21.6 se ha de establecer aten-

diendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, sino a la semejanza de sentido intrínseco. De ahí que sea una cláusula general de individualización de la pena que trata de ajustar ésta a la verdadera culpabilidad, es decir, no por la semejanza formal con la atenuante específica de que se trate sino por la similitud con la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del artículo 21. De ahí que la apreciación de la atenuante analógica requiera, inicialmente, la existencia de un parecido o de un significado semejante con alguna de las atenuantes del texto legal, que nunca puede ser absoluto, pero tampoco diametralmente distinto (STS 628/2009, de 10-6). Y también se ha advertido en algunas resoluciones de esta Sala que la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma (SSTS 359/2009, de 19-6; y 524/2008, de 23-7).

Ciñéndonos a la circunstancia atenuante de confesión que se postula en el recurso, al haber desaparecido en el nuevo C. Penal la significación moral que afectaba a la precedente atenuante de arrepentimiento espontáneo, la jurisprudencia acoge sin fisuras que es la utilidad de la colaboración relevante para con la Justicia lo que justifica por razones objetivas de política criminal la atenuación del art. 21.4 del C. Penal (SSTS 697/2007, de 17-7; 159/2009, de 24-2; y 628/2009, de 10-6).

Siendo ello así, resulta imprescindible que se dé en el caso concreto una colaboración o cooperación tangible de la acusada y de cierta relevancia en la agilización y facilitación del proceso para que pueda apreciarse la atenuante analógica de confesión. Y también se considera necesario un grado importante de veracidad en sus manifestaciones en el discurso de la causa.

Pues bien, no puede afirmarse que esto haya tenido lugar en el proceso que se debate. Tal como ya se anticipó en los fundamentos precedentes de esta resolución, la acusada no ha mostrado en las distintas diligencias en que intervino una colaboración con la justicia, sino todo lo contrario, ya que ha negado hechos nucleares de su imputación, tanto en lo que respecta a sus acciones falsarias como a las defraudaciones irrogadas a los perjudicados. Ni concurre, pues, el requisito de la declaración colaboradora ni tampoco la veracidad de la supuesta confesión de los hechos.

Es claro por tanto que el motivo de impugnación debe desestimarse.

OCTAVO.- En el último motivo de su recurso, bajo el ordinal séptimo y por infracción de ley, denuncia

la parte recurrente, al amparo del art. 849.1 de la LECr., la incorrecta aplicación de los arts. 109, 110 y 111 del C. Penal por haberse concedido unas indemnizaciones que no se ajustan al resultado de la prueba practicada en la causa. Debe ser cuantificado por tanto -según la acusada- en ejecución de sentencia el perjuicio real irrogado a cada perjudicado.

Este motivo de recurso ha de ponerse en relación, es obvio, con el que se alegó bajo el ordinal cuarto. Y como en el fundamento de derecho quinto ya argumentamos que las cuantías indemnizatorias asignadas a los perjudicados constan probadas en la causa y se ajustan a derecho, nos remitimos a lo que allí se expuso con el fin de evitar reiteraciones inútiles sobre el mismo extremo.

Se rechaza, en consecuencia, este motivo de impugnación y el recurso de casación de la impugnante, a la que se imponen las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

B) Recurso de casación de Juan Enrique

NOVENO.- 1. Este recurrente formaliza sólo tres motivos de impugnación, ya que ha desistido del motivo que bajo el ordinal tercero había anunciado en su momento por error en la apreciación de la prueba. De los tres que articula examinaremos en primer lugar el último, con el fin de operar con cierta lógica y sistemática jurídica, pues ese motivo lo interpone por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECr., por no expresarse en la sentencia cuáles son los hechos que se consideran probados. Su admisión conllevaría, por tanto, la nulidad de la sentencia e impediría entrar a analizar los restantes motivos de impugnación.

El recurrente apoya su alegación de quebrantamiento de forma en que el relato de hechos probados relativo al acusado es escaso, indeterminado y ambiguo, por lo que no reuniría la claridad necesaria para poder afirmar que Juan Enrique es autor de un delito de falsedad en documento mercantil. La sentencia -dice el recurrente- simplifica tanto los hechos relativos al acusado que realmente no los expone, pues utiliza al respecto sólo dos vocablos -"connivencia" y "colaboración"- que convierten la redacción en confusa, dubitativa, vacilante e imprecisa.

2. Sobre el vicio procesal relativo de la falta de claridad de los hechos probados (art. 851.1 LECr.), reiterada doctrina de esta Sala sostiene que la sentencia debe anularse, prosperando por lo tanto este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases

ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (SSTS 1610/2001, de 17-9; 559/2002, de 27-3; y 131/2009, de 12-2).

Y también tiene establecido este Tribunal que concurre este vicio procesal cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitativa e imprecisa, de modo que por su insuficiencia u oscuridad, o por no expresarse en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o ambigua, puede conducir a subsunciones alternativas, de modo que queda prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos; sin que el laconismo o concisión en el relato de hechos esté reñido con la claridad (SSTS 260/2004, de 23-2; y 766/2008, de 27-11).

3. Para ponderar si la sentencia incurre en los vicios que se describen en la doctrina jurisprudencial que se acaba de transcribir, conviene reseñar el párrafo del relato fáctico en que se narran los hechos que fundamentan la autoría delictiva del acusado.

En el párrafo octavo de la premisa fáctica de la sentencia se afirma lo siguiente: "En la manipulación de la cuenta de la clienta Florencia la acusada contó con la colaboración del también acusado Juan Enrique, antiguo empleado de Safei con el que la acusada mantenía una estrecha relación de amistad, y, a la sazón, nieto de la inversionista antes mencionada, al que ésta había confiado todo lo relativo a la gestión de su cuenta de valores. De esta forma la acusada, con la connivencia del acusado, pudo ordenar la expedición de hasta 17 cheques bancarios nominativos, alguno por una cuantía de 51.687,04 euros y por un importe total de 367.940,65 euros a cargo de los fondos de Florencia, cuyo importe, una vez cobrado, tras fingir la firma de la misma, fue destinado a cubrir los saldos negativos de otros clientes de Safei de la forma antedicha, a salvo, al menos uno, por importe de 34.257,64 euros, que fue hecho efectivo por el propio acusado quien hizo suya esa cantidad".

Como puede fácilmente comprobarse, en esa narración se atribuye al acusado haber colaborado en la manipulación de la cuenta de su abuela, la clienta Florencia, que le había confiado todo lo relativo a la gestión de su cuenta de valores. Y en segundo lugar se afirma que la acusada actuó con la connivencia del acusado para conseguir ordenar la expedición de hasta 17 cheques bancarios nominativos, por un importe total de

367.940,65 euros, a cargo de los fondos de su abuela, concretando también que el propio acusado hizo efectivo a su favor uno de los referidos cheques, por un importe de 34.257,64 euros.

Pues bien, tal como alega el Ministerio Fiscal, la redacción de estos hechos aunque es francamente mejorable, cumplimenta no obstante los estándares mínimos para ser confirmada en casación. Los hechos pecan, en efecto, de un exceso de vaguedad y concisión, pero a través de los mismos se describe que el acusado era el encargado de gestionar los fondos de su abuela y que, con tal motivo, colaboró con la acusada y actuó en connivencia con ella para que ésta consiguiera destinar a usos propios parte de los fondos, mientras que otra parte pasaron a poder del propio acusado.

Tal descripción es suficiente para subsumir los hechos en la norma penal, máxime si se pondera, tal como se examinará con ocasión de analizar el motivo relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que el propio acusado confesó realizar ese tipo de conductas colaboradoras y conniventes, expresiones que denotan la anuencia y la confabulación con que actuó en la defraudación perpetrada por Agustina con respecto al patrimonio de Florencia.

En consonancia con lo anterior, el motivo debe rechazarse.

DÉCIMO.- Bajo el ordinal primero denuncia el recurrente, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y 24 de la Constitución, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Se apoya el recurrente en dos argumentos. En primer lugar, afirma que, dada la retirada de la acusación antes del inicio de la vista oral del juicio por el delito de apropiación indebida, ya no debió el Tribunal de instancia entrar a dilucidar y exponer los hechos integrantes de ese tipo penal. Y como segundo argumento, se dice que no concurre prueba de cargo acreditativa de que el acusado haya intervenido en los actos falsarios que se le atribuyen como supuesto típico del delito previsto en los arts. 392 y 390 del C. Penal.

Con respecto al primer extremo, si bien es verdad que al acusado ya no se le imputaron en la vista oral los hechos constitutivos del delito de apropiación indebida debida al aplicársele la excusa absolutoria del art. 268 del C. Penal, ello no quiere decir que los hechos relativos a ese apartado deban ser excluidos totalmente del proceso. Tal exclusión no procede, a pesar de lo que alega la defensa, porque aparecen sustancialmente unidos a las conductas falsarias, formando parte de un mismo contexto fáctico comprendido todo él dentro del ilícito penal, si bien la ilicitud de la defraudación que se le

atribuye de modo formal no acaba operando en el juicio al quedar excluido el elemento de la punibilidad por la aplicación de la excusa absolutoria.

Por consiguiente, si para ponderar y apreciar el delito de falsedad es imprescindible constatar el contexto en que se produce y cómo opera el delito falsario como delito instrumental, no cabe duda que ello hace necesario traer a colación los hechos presuntamente defraudatorios, pues de otra forma quedaría huérfano de una explicación razonable el dolo falsario y aparecería descontextualizado y desubicado el comportamiento por el que ha sido condenado el acusado, que integra un delito medio que resultaría de difícil comprensión sin un delito fin. Y ello independientemente de que la conducta defraudatoria quede excluida de la condena penal.

En lo que respecta al extremo concreto de la enervación del derecho a la presunción de inocencia, en la sentencia de instancia se señalan como soporte probatorio de cargo los siguientes elementos: las manifestaciones prestadas en el plenario y en la fase de instrucción por el acusado, y la declaración testifical de la tía del acusado, a su vez hija de la víctima: Virginia.

El acusado, en efecto, hace unas manifestaciones ante el juez de instrucción (folios 133 al 136 del Tomo IV de la causa) en las que reconoce que desde mayo hasta octubre de 2001 recibió cheques de su abuela pero no sabe cuántos, y que además firmó los recibís de esos cheques. También admitió que firmó esos cheques en el reverso pero sin que llegara a imitar la firma de su abuela. Después los cheques se los entregaba a la acusada. Y añadió que es cierto que a veces realizaba un garabato en el cheque por detrás, cobrándolo en efectivo y llevándoselo a su abuela. El dinero de los cheques -dijo- lo ingresaba en la cuenta que tiene en la entidad Banesto donde trabaja. Y reconoció también que no tenía firma autorizada en el contrato de gestión patrimonial ni en la cuenta de su abuela en Málaga.

Después, en la vista oral del juicio manifestó ser cierto que habló con su abuela diciéndole que lo iban a meter en la cárcel si ella no le firmaba una documentación. También admitió en el plenario que había firmado algunos cheques para hacer llegar el efectivo a su abuela. Algunos se los entregaba a ella y otros los cobraba y después le entregaba el dinero.

Por su parte, la testigo Virginia manifestó que su madre firmó una documentación con el fin de evitar que el acusado fuera a la cárcel. La testigo ratificó sus declaraciones de la fase de instrucción en las que manifestó que habían falsificado cheques a nombre de su madre y los habían endosado.

Vistas las declaraciones reseñadas, es claro que la Audiencia se basó en una prueba de cargo clara y concluyente, que no quedó desvirtuada por la documentación que firmó la propia víctima a instancias de su nieto, toda vez que, tal como se argumenta en la resolución recurrida, se trata de una documentación que tenía como único objetivo exonerar a su nieto de responsabilidad con el fin de que no entrara en prisión, pero que se mostraba viciada en su origen y en su veracidad, ya que se contradice con una prueba de cargo de un incuestionable contenido incriminatorio, en la que se apoyó la sentencia ahora recurrida.

Se desestima, en consecuencia, este motivo de impugnación.

UNDÉCIMO.- 1. En el motivo segundo se alega infracción de ley, por el cauce previsto en el art. 849.1 de la LECr., denunciando la aplicación indebida de los arts. 390, 392 y 56 del C. Penal.

El motivo consta realmente de dos submotivos: el primero se refiere a la incorrecta aplicación del tipo penal de la falsedad en documento mercantil (arts. 390 y 392 del C. Penal); y el segundo concierne a la indebida aplicación de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, comercio o industria relacionada con la actividad bancaria o bursátil durante el tiempo de la duración de la pena privativa de libertad (art. 56 del C. Penal).

El primer alegato carece de todo fundamento, puesto que, tras haberse acreditado probatoriamente en la sentencia que el acusado colaboró con la acusada en la falsificación de los cheques, no cabe cuestionar la subsunción de su conducta en el art. 392 del C. Penal, que a su vez ha de ponerse en relación con el art. 390.1.3. Y ello porque es diáfana la colaboración y la connivencia del acusado en la conducta falsaria de Agustina. Es más, las declaraciones en que apoya la sentencia la condena no sólo permiten hablar de una colaboración, sino incluso de una autoría directa, puesto que el acusado admite haber firmado en el dorso los cheques y después haberlos cobrado, si bien se exculpa con el argumento de que el dinero se lo entregaba después a su abuela.

Por consiguiente, ya fuera la acusada la que firmara los cheques al dorso con la connivencia y colaboración del acusado, o ya fuera en algunos casos él mismo, tal como tiene reconocido en el curso del proceso, no cabe duda de que simulaban en el documento la intervención de la titular de la cuenta y conseguían así obtener el importe de los cheques.

El recurrente hace especial hincapié en que su conducta era inocua e irrelevante a efectos punitivos, toda vez que actuaba en todo momento

con la anuencia de su abuela a quien finalmente entregaba el dinero. Sin embargo, todos los datos relativos a la intervención en el proceso de la víctima y también las declaraciones de la testigo Virginia evidencian que ello no es cierto. El acusado actuaba sin el consentimiento de su abuela y en contra de sus intereses, y ésta sólo accedió a firmar una documentación de la que se desprendía lo contrario con el único fin de evitar que su nieto fuera a la cárcel.

Por lo tanto, se rechaza este submotivo de impugnación.

2. En cambio, sí ha de prosperar el reproche que hace la defensa del acusado a la imposición de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, comercio o industria relacionada con la actividad bancaria o bursátil durante el tiempo de la pena privativa de libertad.

■

*"...tampoco se aprecian en el caso concreto datos objetivos que permitan justificar la imposición de la pena de inhabilitación cuestionada, que ha de dejarse sin efecto, aplicándose únicamente la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo..."*

■

El art. 56 del C. Penal establece que en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, entre otras posibles, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el art. 579 de este Código.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado la sentencia recurrida expresa como argumento para imponer la referida pena accesoria que el acusado cometió el delito traicionando la confianza genérica depositada en él por los clientes y por la propia dirección de la entidad financiera, argumentación que es claro que no puede acogerse.

En efecto, el acusado, según se expone en el propio relato fáctico de la sentencia, ya no tenía relación alguna con la empresa Safei cuando cometió el hecho delictivo por el que fue condenado, interviniendo en la gestión de los intereses financieros de su abuela debido a la relación de parentesco y al vínculo personal que generaba entre ambos. Por lo tanto, difícilmente puede afirmarse que la conducta delictiva tuviera una relación directa con el delito de falsedad cometido.

No puede, pues, considerarse que la argumentación de la sentencia resulte ajustada a derecho, ni tampoco se aprecian en el caso concreto datos objetivos que permitan justificar la imposición de la pena de inhabilitación cuestionada, que ha de dejarse sin efecto, aplicándose únicamente la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que también le fue impuesta en la sentencia.

Se estima, en consecuencia, este motivo de impugnación y se desestiman los restantes motivos, declarándose de oficio las costas del recurso (art. 901 de la LECr.).

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Agustina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, de fecha 18 de septiembre de 2008, que la condenó como autora de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida, y condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas.

Estimamos parcialmente el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de Juan Enrique contra la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, que le condenó como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esa resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

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

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

## SEGUNDA SENTENCIA

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

El Juzgado de Instrucción número 11 de Málaga, instruyó procedimiento abreviado núm. 106/07, por delito de apropiación indebida y falsedad, contra Agustina, nacida el día 25-11-1969, hija de Matías y María Dolores, natural de Málaga, con DNI núm. 000 y Juan Enrique, nacido el día 18-2-1969, hijo de Carlos y de María del Carmen, natural de Madrid, con DNI núm. 001, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Octava, dictó sentencia en fecha dieciocho de septiembre de dos mil ocho, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

## ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tal como se colige de lo razonado en la sentencia de casación, procede dejar sin efecto la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, comercio o industria relacionada con la actividad bancaria o bursátil durante el tiempo de la pena privativa de libertad, que le ha sido impuesta al recurrente Juan Enrique. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

## PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Se deja sin efecto la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, comercio o industria relacionada con la actividad bancaria o bursátil durante el tiempo de la pena privativa de libertad, que le ha sido impuesta al recurrente Juan Enrique. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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

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



2009/283348

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

Hasta la jubilación definitiva

## Nulidad de cláusula de contrato a tiempo parcial que establece la temporalidad del mismo

*El TS estima los recursos de casación interpuestos por los sindicatos demandantes frente a sentencia que rechazó su demanda por conflicto colectivo.*

*La Sala declara la nulidad de la cláusula del contrato a tiempo parcial que establece la temporalidad del mismo hasta el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años por parte del trabajador que se jubila parcialmente en la Administración Pública del Principado de Asturias, y ello, por un lado, porque la jubilación parcial no tiene naturaleza extintiva, sólo modificativa de la relación laboral preexistente y, por otro, porque nada se infiere del convenio aplicable respecto a que el contrato a tiempo parcial subsiguiente a la jubilación de este tipo tenga que ser de carácter temporal hasta que el trabajador cumpla la edad de sesenta y cinco años; por último, se reconoce a dicho personal laboral, jubilado parcialmente, el derecho a percibir, en la proporción que corresponda, el complemento de productividad por incentivos al rendimiento que deriva del acuerdo sobre carrera profesional.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda del presente conflicto colectivo, actualmente en fase procesal de casación, se postuló, substancialmente, por el Sindicato demandante y hoy recurrente, CC.OO, el reconocimiento del derecho de todos los jubilados parcialmente en la Administración del Principado de Asturias a percibir, en la proporción que corresponda, el complemento de productividad por incentivos al rendimiento sobre Carrera Profesional que deriva de las Resoluciones de la Consejería de Economía y Administración Pública de dicha Comunidad Autónoma, de fechas 18 de mayo y 4 de diciembre de 2007 y, al propio tiempo, la declaración de nulidad de la cláusula contractual de los correspondiente contratos de jubilación parcial por la que se asigna, a estos últimos, el carácter de temporalidad hasta el cumplimiento por el trabajador de la edad de sesenta y cinco años, debiendo mantener, tales contratos, los caracteres de fijos e indefinidos hasta que se produzca la extinción total del contrato laboral, inicialmente, concertado con la administración Pública demandada.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en la sentencia hoy re-

currida de fecha 9 de enero de 2009, desestimó, en su integridad, la demanda de conflicto colectivo de referencia y frente a esa sentencia se alza ahora en casación el Sindicato CC.OO. proponiendo un único motivo de impugnación, al amparo del artículo 205. e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción del artículo 12.2 y Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores en relación con el Convenio Colectivo del Personal Laboral del Principado de Asturias publicado en el BOPA de 26 de agosto de 2005 y, también, con la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1131/2002.

SEGUNDO.- Para un más adecuado enjuiciamiento de la cuestión jurídica que se somete a la resolución de esta Sala parece oportuno, como así lo hace ya la sentencia recurrida, empezar por el estudio del tema referido a la naturaleza, extintiva o simplemente modificativa, del contrato de jubilación parcial, para adentrarse, seguidamente, en la validez de la cláusula de temporalidad asignada, en este caso, al mismo, concluyendo el razonamiento con el examen del derecho reclamado a la percepción, en la proporción correspondiente, del complemento de productividad por incentivos al rendimiento sobre Carrera profesional.

TERCERO.- Entrando en el primero de los aspectos que presenta el actual litigio colectivo planteado es de señalar que, si bien el artículo 49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores establece como causa de extinción del contrato de trabajo la jubilación del trabajador, obviamente, este precepto, se está refiriendo a la jubilación total y no, en cambio, a la parcial, respecto de la que existe un criterio doctrinal preponderante de asignarle un mero carácter modificativo de la preexistente relación laboral a tiempo completo que se viene manteniendo con la empresa.

No puede desgajarse, autonomizándola totalmente, la situación de jubilación parcial en el seno de la misma empresa del contrato laboral en el ámbito del que surge esa mera modificación del mismo, siendo notorio que es a los trabajadores, en este caso fijos e indefinidos, de la empleadora a quienes, en razón al cumplimiento de una determinada edad y en situación de optar a una pensión contributiva de la Seguridad Social, se les da la oportunidad, que no imposición, de acogerse a esa situación intermedia entre la actividad laboral plena y la jubilación total en esta última.

Sin que se trate de una mera reducción de jornada, la jubilación parcial y consiguiente concertación de un contrato a tiempo parcial por parte del trabajador que viene prestando servicios a la empresa se erige en un instituto jurídico tendente a preservar el mantenimiento del vínculo laboral ya existente y no a concluirlo, si bien con determinadas modificaciones tendentes a favorecer la prolongación más liviana de la actividad profesional de aquel trabajador que ha de reunir las condiciones precisas de acceso a la jubilación en el ámbito de la Seguridad Social y, al propio tiempo, propugna una política de empleo, a través del llamado contrato de relevo que, incluso, en la última normativa planteada y en aras a la prolongación, al máximo, de la vida laboral activa, ni siquiera, se hace imprescindible.

Que esto es así lo pone de relieve la propia Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del Empleo y mejora de su Calidad que, al reformar el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, da esta redacción a su apartado 3 "...el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa" y en el apartado 6 del mismo precepto estatutario tras señalar que "...se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa " sigue diciendo "..... extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total.....extin-

guiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del trabajador...”.

A la vista de cuanto antecede no cabe, en modo alguno, admitir que la jubilación parcial extinga el precedente contrato laboral mantenido entre empresa y trabajador y, por ende, este último, al acceder a la misma y concertar el correspondiente contrato a tiempo parcial, lo hace en idénticas condiciones de firmeza o indefinida en que venía prestando servicios a la empresa.

CUARTO.- Aclarada ya la naturaleza no extintiva y sí, simplemente, modificativa de la relación laboral preexistente que alcanza a la jubilación y consiguiente contratación parciales es el momento de abordar el segundo punto litigioso relativo a la asignación temporal, hasta el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años, que la Administración Autónoma del Principado de Asturias viene atribuyendo a los contratos a tiempo parcial suscritos por sus trabajadores a partir de los sesenta años y al amparo del artículo 32.3 del Convenio Colectivo.

Para empezar, convendría recordar aquí, nuevamente, el contenido, ya transcrito, del apartado 3 del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 12/2001.

Pero es que, además y fundamentalmente, de la detenida lectura del artículo 32.3 y del Anexo VII del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias para nada se infiere que el contrato laboral a tiempo parcial subsiguiente a la jubilación de este tipo tenga que ser de carácter temporal hasta que el trabajador cumpla la edad de sesenta y cinco años.

Siendo esto así y teniendo en cuenta que como se dice en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que viene a desarrollar la ya citada Ley 12/2001, lo que se pretende con la jubilación parcial es “introducir una mayor flexibilidad en el acceso a la jubilación” dotándola de “gradualidad y progresividad...”.

En el marco de los criterios contenidos en la recomendación 10ª del Pacto de Toledo... eliminar determinadas rigideces existentes... como eran que la jubilación parcial se extinguiese de forma obligatoria, al cumplir el interesado los sesenta y cinco años... y que el contrato de relevo... se tuviese que suscribir inicialmente de forma temporal....

Aún manteniendo el límite de los sesenta años para poder acceder a la jubilación parcial se permite que el interesado pueda acceder a la misma o prolongar sus efectos más allá de los sesenta y cinco años... el contrato de relevo... no es exigible cuando se accede a la jubilación parcial con sesenta y cinco años, todas estas directrices normativas induce al convencimiento de que la temporalidad atribuida al contrato a tiempo parcial consiguiente a la jubilación, también parcial, impuesta por la Administración Autónoma del Principado de Asturias a su personal laboral que accede a la jubilación parcial carece de base legal o convencional alguna y que, por ende, debe declararse la nulidad de la misma en los términos solicitados en el apartado b) del suplico de la demanda.

Por otro lado, sin desconocer las oscilaciones legales y jurisprudenciales habidas en relación con la edad de jubilación forzosa, sin embargo, tras la promulgación de la Ley 14/2005, que tuvo en cuenta la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en la materia -sentencias 22/1981, de 2 de julio 58/1985, de 30 de abril - y la Directiva 2000/78 de la C.E. y del Consejo de 27 de noviembre de 2000, dando ya una redacción definitiva a la cuestionada Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, la tácita imposición, en este caso, de la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años carecería de un soporte suficiente en el Convenio Colectivo que resulta aplicable, al estar ausente del mismo una disposición expresa que así lo establezca y que además se halle amparada por una política de empleo que resulte compensatoria y que no se infiere de la norma colectiva de referencia.

QUINTO.- Resta por examinar el primero de los pedimentos de la demanda, referido al abono a los jubilados parciales del complemento de productividad por incentivos al rendimiento que deriva del Acuerdo sobre Carrera Profesional de la Mesa General de Negociación de 27 de diciembre de 2006 y del Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 17 de mayo de 2007.

Resulta evidente ya que los jubilados parciales en la Administración Autónoma del Principado de Asturias, por cuanto se deja razonado, cumplirían el requisito 1, de la Base 2ª de la Resolución de 18 de mayo de 2007, de la Consejería de Economía y Administración, por cuanto no puede considerarse personal temporal.

El discutido complemento, establecido en la Mesa General de Negociación de 27 de diciembre de 2000 y que deriva del Acuerdo sobre Carrera Profesional, aparece plasmado

y reconocido en el Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 17 de mayo de 2007, es decir, con posterioridad al Convenio Colectivo, a la sazón vigente, que data del 3 de agosto de 2005 y que figura publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de fecha 26 del mismo mes y año.

Si se tiene en cuenta que en la Resolución de la Consejería de Economía y Hacienda de fecha 18 de mayo de 2007 -BOPA del 22 siguiente - en su Anexo I-2ª se establecen los requisitos para la percepción del hoy discutido complemento, los que cumplen, suficientemente, los trabajadores jubilados parcialmente de la Administración Pública Autónoma demandada, la que, por cierto, no se personó ni, por tanto, impugnó el presente recurso, no existe razón, dotada de consistencia jurídica, para denegar la percepción del mismo en la proporción que, en cada caso, pueda corresponder y, ello, porque, precisamente, la postura denegatoria sustentada, en este litigio, por la empleadora se apoya, sustancialmente, en el carácter temporal de los contratos suscritos por los trabajadores jubilados parcialmente, tesis, esta, que ha quedado ya desechada en los razonamientos precedentes de esta resolución y, además, si bien es cierto que en el Convenio Colectivo ya mencionado, en su Anexo VII, 9, se establece un complemento específico para la jubilación parcial no se advierte incompatibilidad alguna entre uno y otro complemento que responde a finalidades distintas y que, tampoco, fué objeto de específica consideración por la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno del Principado de Asturias, en su citada resolución de mayo de 2007, muy posterior a la fecha del Convenio Colectivo que establece el mencionado complemento favorecedor de la jubilación parcial.

Al no existir, por tanto, ninguna restricción en orden a los trabajadores que se hubieran jubilado parcialmente y dado que ostenta la misma condición jurídico-laboral que mantenían con anterioridad, si bien sólo matizada por el tiempo de trabajo que habrán de desarrollar, resulta del todo congruente el que se les reconozca el derecho a la percepción del cuestionado complemento retributivo, lo que conlleva la estimación del tercero de los pedimentos del rotulado como primero, aunque resulta ser único, motivo de impugnación a la sentencia recurrida, lo que comporta, con la estimación de los restantes apartados del motivo impugnatorio de referencia, la total estimación del recurso planteado frente a la sentencia de instancia.

SEXTO.- Por todo lo razonado el recurso ha de ser estimado.

No ha lugar a la imposición de costas a tenor del artículo 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

#### FALLO

Estimamos los recursos de casación, promovidos por el Letrado, D. ENRIQUE LILLO PÉREZ, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS, frente a la ADMINISTRACIÓN DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Con revocación de la sentencia recurrida declaramos la nulidad de la cláusula del contrato a tiempo parcial que establece la temporalidad del mismo hasta el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años por parte del trabajador que se jubila parcialmente en la Administración Pública del Principado de Asturias, debiendo mantener el mismo el carácter de fijo o indefinido que venía ostentando y se reconoce, asimismo, a dicho personal laboral, jubilado parcialmente, de dicha Administración Autónoma y afectado por el presente conflicto el derecho a percibir, en la proporción que corresponda, el complemento de productividad por incentivos al rendimiento que deriva del acuerdo sobre carrera profesional, debiendo adoptarse por la Administración Autónoma de referencia las medidas precisas para que tal declaración tenga lugar, por la que habrá de estar y pasar. Sin costas.

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

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

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



## RESEÑA

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

### TS CIVIL

2009/276003

TS Sala 1ª, Sentencia 18 noviembre 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

#### Nulidad de acuerdo para contribuir a los gastos de ascensor

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que, al igual que la del juzgado de primera instancia, con estimación de la acción ejercitada por los propietarios de los sótanos, bajos y entresuelos del edificio, declaró la nulidad del acuerdo adoptado en la junta extraordinaria por el que se obligaba a los actores a contribuir a los gastos de ascensor, debido a la exoneración contemplada en las normas de la comunidad.

2009/299932

TS Sala 1ª, Sentencia 21 diciembre 2009.  
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

#### Nulidad de compraventas simuladas de carácter gratuito

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia de la AP y confirmando la de primera instancia, que había declarado nulas las compraventas litigiosas impugnadas, al entender la Sala que dichas compraventas responden a un único propósito simulatorio encaminadas a disimular una transmisión gratuita, y sin que resulte válida esta última transmisión al no existir el ánimo de donar manifestado en escritura pública legalmente exigido.

2009/299933

TS Sala 1ª, Sentencia 18 diciembre 2009.  
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

#### Contrato sobre cesión de la licencia para utilizar el "software" en laboratorio

El TS desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia de

la AP que apreció que no existía prueba de ningún tipo relacionada con el correcto o incorrecto cumplimiento por la parte recurrida del contrato litigioso, relativo a la construcción e instalación de un laboratorio para la producción, montaje y sonorización de productos audiovisuales de animación, con cesión de la licencia para utilizar el "software" para la puesta en marcha del laboratorio. Declara la Sala que si la parte recurrente consideraba mal ejecutada la prestación por parte de la actora, debería haber utilizado los mecanismos procesales a su alcance para introducir esta cuestión en el litigio, la cual no ha sido discutida en el pleito.

### TS PENAL

2009/259104

TS Sala 2ª, Sentencia 13 octubre 2009.  
Ponente: D. Joaquín Delgado García

#### Supresión de arrestos impuestos por impago de multa, al existir penas de prisión superiores a cinco años

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, se deja sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa, pues en la parte dispositiva de la sentencia recurrida se imponen doce meses de arresto para caso de impago de la multa, cuando esto se halla prohibido en la norma penal, que no permite tal responsabilidad subsidiaria para los casos en que, además de la multa, se haya sancionado con privación de libertad superior a cinco años.

2009/259107

TS Sala 2ª, Sentencia 29 octubre 2009.  
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

#### Atenuante analógica de confesión en delito contra la salud pública

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito contra la salud pública. El TS

dicta segunda sentencia por la que aprecia en el recurrente la atenuante analógica de confesión, ya que el "factum" reconoce que el acusado, veinte días después de su detención, dirigió un escrito al juez de instrucción que había acordado su prisión provisional, indicándole que en un muñeco de peluche que había traído consigo y que había sido depositado entre sus objetos personales, en el momento de su ingreso en el centro penitenciario, había coqueína, lo que resultó ser cierto, permitiendo su aprehensión.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/300154

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 17 diciembre 2009. Ponente: D. Mariano de Oro-Pulido y López

#### Competencia de Italia para examinar el expediente de petición de asilo

El TS declara no haber lugar al presente recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó el recurso contencioso administrativo formulado por el actor, ciudadano de Nigeria, contra la resolución del Ministerio de Interior que denegó el asilo en España al entender que al margen de que nada se ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal encuadrable en el régimen jurídico de asilo, lo cierto y verdad es que existe el dato taxativo de la atribución a Italia del examen de su petición, como bien pone de relieve el informe de la instrucción. La Sala considera acreditado que el actor entró en Europa a través de Italia, y no habiendo sido eficazmente rebatido este dato, del mismo fluye la competencia de dicho país para el examen de la solicitud de asilo, sin que se pueda alegar la existencia de indefensión por la aportación de documentos en francés sin traducir, ya que el recurrente tuvo acceso en castellano a toda la información necesaria para tomar conocimiento del tránsito del interesado por Italia.

2009/300105

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 16 diciembre 2009. Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

#### Nulidad de la orden autonómica para autorizar veterinarios habilitados por defectos formales de elaboración

El TS estima el recurso de casación que el Gobierno de Cantabria interpone contra la sentencia del TSJ de Cantabria, que se revoca en cuanto apreció como vicios de nulidad de la Orden GAN/20/2005, los de insuficiencia de rango y omisión del previo informe del Consejo General de Colegios Veterinarios de España, confirmándola, en cambio, en cuanto declara la nulidad de pleno derecho de dicha Orden por haberse omitido en el procedimiento de su elaboración el informe del Colegio Oficial Veterinario de Cantabria y el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado. La Sala considera que esta Orden no es un reglamento meramente organizativo, pues rebasa este ámbito al establecer los requisitos que ha de cumplir el veterinario para ser acreditado como veterinario habilitado, sino que es en realidad un reglamento que ejecuta, desarrollándola, aquella previsión del art. 3, 23 Ley 8/2003, que requería por ello la previa consulta de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

### TS SOCIAL

2009/276093

TS Sala 4ª, Sentencia 4 noviembre 2009.  
Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

#### Inexistente vulneración de la libertad sindical

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el sindicato demandante frente a sentencia que rechazó su demanda por vulneración del derecho a la libertad sindical. La Sala señala que aún cuando el sindicato actor ha quedado excluido de las Comisiones de Trabajo, no existe vulneración de la libertad sindical puesto que la composición de estas Comisiones se ha llevado a efecto con estricto cumplimiento del Reglamento del Comité de Empresa, cuya adecuación al art. 28,1 CE y a la doctrina constitucional no se ha cuestionado en momento alguno por el recurrente y ello porque el Reglamento del Comité de Empresa establece que la elección de los miembros de las Comisiones de Trabajo será realizada por el Comité por mayoría simple en cada una de las Comisiones, sin referencia alguna a un posible criterio o regla de proporcionalidad.