



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVI. Número 2766

Madrid, miércoles 2 de diciembre de 2009



## TS SOCIAL

2009/217616

TS Sala 4ª, Sentencia 10 junio 2009. Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

No hay condena solidaria de la entidad aseguradora

### Exclusiva responsabilidad empresarial en abono de indemnización derivada de suicidio de trabajador

*Estima en parte el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, padre del trabajador fallecido, contra sentencia que le denegó la indemnización reclamada como consecuencia del suicidio de su hijo, absolviendo tanto a la empresa de seguridad como a la mutua codemandadas.*

*Según la Sala, el suicidio debe considerarse como accidente no laboral, pues el art.117,1 LGSS no excluye del concepto de accidente no laboral, al que es consecuencia de una acción voluntaria del propio afectado, es decir, en este supuesto, la voluntariedad en la producción del siniestro no conlleva dejar sin prestación al padre del trabajador, aunque si otorgársela sin el mayor plus de protección que comportaría su consideración como accidente de trabajo. Lo contrario, implicaría -dada la practica imposibilidad conceptual y legal del encaje del suicidio como enfermedad común- el dejar sin protección a los familiares del trabajador suicidado, lo que por absurdo y contrario a la finalidad de la SS ha de ser rechazado. Sin embargo, continúa el Alto Tribunal, la inclusión del suicidio entre los supuestos indemnizables previstos en el Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad, y de donde se deriva la responsabilidad empresarial en el abono de la indemnización, no supone la condena solidaria de la entidad aseguradora, dado que en la póliza suscrita constan expresamente excluidos los accidentes provocados intencionadamente por el sujeto protegido.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 30 de junio de 2008, en el recurso de suplicación núm. 681/2008, confirma la resolución de instancia que había desestimado la demanda -interpuesta por el padre de un trabajador, vigilante de seguridad, que apareció muerto en el vestuario de los vigilantes con una herida de bala con entrada en el espacio submentoniano y salida en la región interparietal- mediante la que

reclamaban la indemnización prevista en el convenio colectivo aplicable, no constituyendo cuestión litigiosa que se trató de un suicidio.

2.- Dicha indemnización está prevista como mejora voluntaria en el artículo 60 del Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad (2005 a 2008), el cual establece que: "Las Empresas afectadas por este Convenio Colectivo suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de sus trabajadores para el año 2005 por un capital de 27.586,45 euros por muerte y de

34.942,84 euros por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, derivadas de accidente sea o no laboral, excepto los producidos en competiciones deportivas oficiales de vehículo de motor".

3.- Consta como probado que la empresa codemandada Securitas España, S.A., en la fecha del fallecimiento del hijo de los demandantes tenía suscrita una póliza de seguro con la codemandada Previsora General Mutualidad de Previsión Social, con efecto 1 de enero de 2006 y vencimiento 1 de enero de 2007, por accidente colectivo, siendo el número de asegurados 11.195 y la cobertura la muerte por accidente, incapacidad permanente absoluta y total y la gran invalidez. Asimismo, está acreditado -hecho probado quinto de la sentencia de instancia- que:

"Como riesgo excluido constan los accidentes provocados intencionadamente por el sujeto protegido".

4.- La sentencia recurrida, rechaza la consideración del suicidio como accidente no laboral o común, y la infracción denunciadas de los artículos 117.1, 191 y 192 de la Ley General de la Seguridad Social, argumentando, que el suicidio, por no ser una causa ajena a la intencionalidad del asegurado, no puede ser incluido en el concepto de accidente y ello impide la aplicación de una norma que, como la contenida en el artículo 60 del Convenio Colectivo, requiere para su aplicación la consecuencia del supuesto de accidente únicamente, no de otras causas, como provocador del resultado lesivo ocasionado.

5.- La parte demandante recurre en casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia para el contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 22 de diciembre de 1998, en el recurso de suplicación núm. 2177/1998. Esta sentencia se pronuncia también sobre el supuesto de un trabajador que prestaba servicios para una empresa de seguridad, y que falleció por suicidio, arrojándose por una ventana de su domicilio. En el momento del fallecimiento la Aseguradora recurrente cubría en la empresa para la que prestaba servicios el fallecido el riesgo de muerte

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Contrato de fijación y reconocimiento de deuda a favor de constructora 5

#### PENAL

Homicidio perpetrado en el curso de un permiso penitenciario 11

#### ADMINISTRATIVO

Solicitud de información tributaria realizada a la aseguradora sobre pólizas multirisgo 14

#### SOCIAL

Exclusiva responsabilidad empresarial en abono de indemnización derivada de suicidio de trabajador 1

Reintegro a Entidad Gestora de cantidades abonadas por prestación por jubilación parcial 4

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

por accidente con una suma asegurada de 4.400.000 pesetas, conforme a lo establecido en el artículo 62 del Convenio Colectivo de Empresas de seguridad (convenio para los años 1997 a 2001), el cual establecía que: "Las empresas afectadas por este Convenio Colectivo suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de sus trabajadores por un capital de 4.400.000 pesetas por muerte y 5.637.500 pesetas por incapacidad permanente total, ambas derivadas de accidente sea o no laboral, excepto los producidos en competiciones deportivas oficiales de vehículo de motor." En este caso, la póliza contenía una cláusula explícita que excluía el suicidio de su cobertura.

La Sala de suplicación destaca que la jurisprudencia viene calificando como "accidente", con independencia de que luego merecieran o no el calificativo de laboral, los supuestos de suicidio, de modo que si el Convenio Colectivo no excluye los suicidios de la cobertura por accidente, deben incluirse las muertes por suicidio en el concepto de accidente, y que si bien la aseguradora excluyó la cobertura del supuesto, el empresario, sin embargo, se halla obligado por lo pactado.

6.- A juicio de la Sala, y tal como señala el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, concurre el requisito de la contradicción entre sentencias que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto, si bien las respectivas pólizas no se redactan exactamente igual -ya que la de la sentencia recurrida excluye los accidentes por intención del sujeto y la de contraste excluía expresamente el suicidio-, el resultado es el mismo y en todo caso, siendo prácticamente idéntico el tenor literal de los convenios en cuestión, la cuestión debatida se centra en determinar si el suicidio es una contingencia incluida en el seguro colectivo previsto en el convenio, llegando a este respecto las sentencias comparadas a conclusiones contrarias.

SEGUNDO.- 1.- En el recurso, aceptando expresamente que en el presente caso el fallecimiento por suicidio no tiene la consideración de accidente de trabajo, la parte recurrente sostiene -con cita del artículo 117.1 de la Ley General de la Seguridad Social y distintas resoluciones judiciales que menciona-, que ha de considerarse como accidente no laboral, y por tanto incluido en la mejora voluntaria que establece el artículo 60 del repetido Convenio

Colectivo estatal para las empresas de seguridad.

2.- Con carácter previo, conviene precisar que la doctrina de esta Sala con respecto a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social pactadas en convenio colectivo, que integran la Seguridad Social complementaria a la que hace referencia el artículo 41 de nuestra Constitución, puede resumirse con la sentencia de 26 de junio de 2003 (rec. 4518/2002) -que cita otras anteriores como las de 10 de julio de 1995 (rec. 2739/1994) y 15 de marzo de 2002 (rec. 4633/2000)-, en el sentido de que: "las definiciones de los riesgos y contingencias en las mejoras de Seguridad Social instrumentadas como seguros de grupo han de ser, en principio, las precisadas en estos últimos, si bien en caso de silencio u oscuridad sobre los riesgos o contingencias protegidos deben ser tenidos en cuenta los conceptos de los mismos fijados en el sistema de la Seguridad Social básica". En suma, utilizando ahora las palabras de la también citada sentencia de 10 de julio de 1995, "la interpretación debe atenerse a indagar la real intención de las partes". En su consecuencia, y dado que el precepto convencional en cuestión se refiere al accidente "sea o no laboral", procede examinar si el suicidio -descartado expresamente por el recurrente que en el presente caso tenga la consideración de accidente de trabajo- puede considerarse desde la perspectiva de la Seguridad Social como accidente no laboral.

3.- Desde dicha perspectiva y a efectos de precisar el concepto de accidente no laboral, puede traerse a colación, en primer lugar, la sentencia de esta Sala de fecha 30 de abril de 2001 (rec. 2575/2000), la cual entendió que el fallecimiento de un trabajador por causa de un infarto de miocardio, cuando practicaba el deporte de montañismo no puede tener la consideración de accidente no laboral.

Analizando la infracción que se denunciaba del artículo 117.1, en relación con el artículo 124.4 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de junio de 1994, el tercero de los fundamentos jurídicos de dicha sentencia, razonaba la Sala que: "El primero (art. 117.1) considera accidente no laboral "el que, conforme a lo establecido en el art. 115, no tenga el carácter de accidente de trabajo". Sostiénese, en definitiva, que si el infarto de miocardio es accidente de trabajo conforme al art. 115, cuando

viene desencadenado por el trabajo, también debe considerarse como accidente no laboral cuando se produce como consecuencia de un esfuerzo extraño al trabajo, y en consecuencia la exigencia de un periodo de cotización en este caso, vulnera lo dispuesto en el art. 124.4 y el derecho a las prestaciones de seguridad social que reconoce el precepto. Esta argumentación no puede aceptarse, porque ni la remisión del art. 117.1 de la LGSS opera sobre todo el marco de definición del accidente de trabajo del art. 115, ni cabe entender que haya sido la intención del legislador establecer una asimilación como la que sostiene el recurrente, entre el accidente de trabajo y el accidente no laboral. Hay que subrayar que el repetido art. 117.1 tiene por accidente no laboral el que no sea accidente de trabajo, lo que equivale a decir que el ingrediente de "accidente", en sentido propio, siempre es indispensable; o sea, la norma evidencia que sólo otorga la condición de accidente no laboral al accidente propiamente dicho, y no a las lesiones corporales producidas por otras causas, como las que se relacionan en el núm. 2 del art. 115 y, en especial, las enfermedades que se mencionan en los apartados e), f) y g), como tampoco tiene sentido respecto del accidente no laboral la presunción que establece el núm. 3 o algunas de las restricciones o aclaraciones de los números 3 y 4. El art. 117.1 LGSS no menciona en ningún momento la lesión corporal y aunque se refiere se al art. 115 lo hace para excluir de su ámbito todo lo que se comprende en esa última norma.

Es una referencia excluyente, que saca fuera del área de la acción del art. 117.1 todo lo que se comprende en aquel otro precepto. Desde luego, hay una lesión en el accidente no laboral, como la hay en el accidente de trabajo o en la enfermedad, común o profesional, pues lesión, según el Diccionario de la Real Academia, es "daño o detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad", pero lo que caracteriza la noción de accidente no laboral, frente a la enfermedad común, no es la lesión que es elemento coincidente en ambos conceptos, sino el ser un accidente, es decir, una acción súbita, violenta y externa, como recuerda, plasmando una larga tradición conceptual, el art. 100 de la Ley 50/1980, de 8 octubre, de Contrato de Seguro. Estas características no se cumplen en el caso del infarto, al menos en la inmensa mayoría de los casos, donde se cuenta con una previa enfermedad cardíaca; ni el esfuerzo derivado del

ejercicio del deporte puede, en rigor, considerarse como acción exterior y violenta, en las circunstancias que constan en el relato fáctico. Se trata de una actividad que se realiza por la propia voluntad del interesado, quien la lleva a cabo con su propio cuerpo. Es cierto que la jurisprudencia de forma constante ha venido calificando de accidente de trabajo los infartos de miocardio (o enfermedades similares en cuanto al modo súbito de manifestarse) que se producen cuando la persona que los sufre se encuentra en el tiempo y lugar de su trabajo. Pero no puede olvidarse que, al menos la gran mayoría de esos pronunciamientos, se llega a tal conclusión, no por el hecho de considerar que infarto es un accidente en sí mismo, sino porque lo consideran incluido como una enfermedad de trabajo, en el sentido amplio que ha venido a retener el art. 115, en varios apartados de su núm. 2. Pero el criterio no puede extenderse a la distinción entre accidente no laboral y enfermedad común, que no responde a la finalidad de establecer una conexión entre la lesión corporal y el trabajo, sino a distinguir en términos que valoran la previsión entre lesiones debidas a acciones violentas de carácter súbito y externo y procesos que actúan de forma interna y por lo general a través de un progresivo deterioro del organismo. Reflexiones que confirma el propio art. 117, en su núm. 2, cuando establece que constituyen enfermedad común las "alteraciones de la salud" que no tengan la condición de accidentes de trabajo, conforme al art. 115.2, en sus apartados e/, f/ y g/; es decir, se subraya la presencia en el citado art. 115 de enfermedades, según su letra, además entendida extensivamente por la jurisprudencia cuando se cuenta con un enlace, al menos legalmente presumido, con la actividad laboral."

4.- Igualmente conviene hacer referencia a las sentencias de esta Sala de 22 de octubre de 1999 (rec. 35/1999) y 27 de noviembre de 2002 (rec. 509/2002), y con ellas -abstracción hecha de los casos concretos que la suscitaron (muerte por sobredosis) a la doctrina de la Sala al respecto. En estas sentencias a efectos de diferenciar el accidente no laboral de la enfermedad común, recuerdan que "acerca de esta cuestión ya existe doctrina unificada por esta Sala como puede apreciarse en la sentencia de 27 de mayo de 1998 (Rec. 2460/1997), en la cual, partiendo de una antigua y continuada distinción jurisprudencial entre lo que es accidente y lo que es enfermedad -en

sentencias que alcanzan desde la STS de 17 de junio de 1903 a las SSTS de 2 de junio de 1994 y 25 de enero de 1995 -, llegó a la conclusión de que deben considerarse causados por accidente todos aquellos eventos en los que el causante no falleció como consecuencia de un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina que pudiera derivar naturalmente de su acreditada situación patológica previa de drogadicción (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de enfermedad), sino que la causa del óbito, repentino e imprevisto fue directamente producido por una concreta causa externa como puede ser la ingestión de una droga que por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte del afectado”.

5.- A tenor de dicha doctrina, el accidente no laboral se caracteriza, frente a la enfermedad, en que el accidente se produce por una acción súbita, violenta y externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina, que no obedece a una acción súbita y violenta. En su consecuencia cuando la causa del óbito, repentino fuera directamente producido por una causa externa, no por un deterioro psico-físico, desarrollado de forma paulatina, estamos en presencia de un accidente no laboral. Si ello es así, sin duda que el suicidio puede ser considerado como accidente no laboral, pues el artículo 117.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que lo define, delimitándolo negativamente en relación a las contingencias profesionales, no excluye del concepto de accidente no laboral, al que es consecuencia de una acción voluntaria del propio afectado, a diferencia con lo que sucede en el artículo 115.4 b), con respecto al accidente de trabajo, al excluir el causado por el propio trabajador, ya sea por dolo o por imprudencia temeraria. O dicho de otra manera, en este supuesto, la voluntariedad en la producción del siniestro no conlleva dejar sin prestación al trabajador, o en su caso, a sus familiares, pero si otorgársela sin el mayor plus de protección que comportaría su consideración como accidente de trabajo. Entender lo contrario, implicaría -dada la práctica imposibilidad conceptual y legal del encaje del suicidio como enfermedad común- el dejar sin protección a los familiares del trabajador suicidado, lo que por absurdo y contrario a la finalidad de la Seguridad Social ha de ser rechazado.

6.- Esta es también, la solución que desde la perspectiva de la Seguridad Social viene dando el Instituto Nacional de la Seguridad Social a la problemática de la inclusión del suicidio entre las contingencias protegidas por el Sistema, según se desprende de la Resolución de 22 de septiembre de 1976, de la Dirección General de Ordenación y Asistencia

Sanitaria de la Seguridad Social. Esta resolución, rechazando expresamente la calificación del suicidio como enfermedad común, sostiene el criterio de considerar el suicidio como accidente no laboral, salvo su posible determinación como accidente de trabajo o que se hubiera producido con la intención de conseguir una determinada prestación, lo que no se presume, no existiendo en el presente caso el menor atisbo sobre dicha posibilidad.

TERCERO.- 1.- Ahora bien, con la conclusión a la que llegamos de que dentro de la cobertura del artículo 60 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad se incluye el supuesto de suicidio, y de la que se deriva la responsabilidad empresarial, no puede sostenerse en el presente caso la condena solidaria de la entidad aseguradora con la empresa demandada que interesa la parte recurrente. En efecto, ya se ha dicho que está acreditado, al constar como hecho probado, que en la póliza de seguro suscrita, figura como riesgo excluido los accidentes provocados intencionadamente por el sujeto protegido, y hay que destacar asimismo, que en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, se dice que al contestar la parte actora a la excepción de falta de legitimación pasiva aducida por la entidad aseguradora, “manifestó que la responsabilidad debe recaer sobre la empresa toda vez que en la póliza consta que queda excluido el suicidio”.

2.- En este sentido, la sentencia de esta Sala de 31 de enero de 2006 (rec. 4617/2004), recordaba que “la doctrina de la Sala está ya unificada por la sentencia de 13 de mayo de 2004 (rec. 2070/2003), en la que en un supuesto muy semejante al que aquí se debate se dijo que no hay que confundir “las obligaciones que nacen del convenio colectivo y vinculan a la empresa y sus trabajadores, con las que dimanarían del contrato de seguro. El convenio impone, en efecto, a la empresa la obligación de concertar un seguro que cubra todas las contingencias que se enumeran”. Pero, como señala también la sentencia citada, “ello no le impide, en uso de la libertad contractual que le reconoce el artículo 1.255 del Código Civil, incumplir ese mandato y formalizar con la compañía aseguradora un contrato que dispense menor o distinta protección de la pactada en el Convenio, sin perjuicio de que en tal caso, sea la propia empresa directamente la que deba responder ante sus trabajadores. La empresa no puede pretender que se amplíen los términos del contrato de seguro pactado para dar cobertura, en contra de lo previsto en el artículo 1283 del Código Civil, a una contingencia que no quiso asegurar. Lo contrario -continúa diciendo la sentencia citada- sería romper el sinalagma contractual sin causa justificativa alguna, pues, en expresión de la sentencia de 19 de enero de 1987,

“la obligación de pagar la indemnización o capital convenido es la contraprestación a cargo de la aseguradora que se corresponde con el pago de la prima convenida que ha de satisfacer el asegurado, calculada actuarialmente para que haya la necesaria proporcionalidad entre este pago, de tracto sucesivo y aquel abono, en un solo acto cuando se dé realmente el riesgo cuyo acaecimiento se asegure”.

Si las previsiones del contrato de seguro fueran oscuras, podría recurrirse, para interpretarlas, al convenio o a las normas de Seguridad Social, como declaró la Sala en

■

*“La Sala de suplicación destaca que la jurisprudencia viene calificando como “accidente”, con independencia de que luego merecieran o no el calificativo de laboral, los supuestos de suicidio, de modo que si el Convenio Colectivo no excluye los suicidios de la cobertura por accidente, deben incluirse las muertes por suicidio en el concepto de accidente, y que si bien la aseguradora excluyó la cobertura del supuesto, el empresario, sin embargo, se halla obligado por lo pactado.”*

■

algunos casos. Pero ese criterio no es aplicable a casos en que los términos de los contratos de seguro son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, ya que entonces habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas, siguiendo el primer canon de interpretación del artículo 1281 del Código Civil. El empresario puede suscribir el contrato de seguro en los términos del convenio o en otros distintos, debiendo afrontar las correspondientes responsabilidades si no se ajusta a esos términos; responsabilidades que no pueden desplazarse a la aseguradora, que ni está obligada por el convenio, ni tiene tampoco obliga-

ción de ajustar la póliza a lo previsto en él”.

CUARTO.- Los razonamientos precedentes conllevan la estimación parcial del recurso para la unificación de doctrina planteado por el legal representante del demandante, lo que comporta la necesidad de casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando asimismo en parte el de tal clase interpuesto en su día por dicho demandante, para declarar responsable del pago de la indemnización reclamada de 28.138,18 euros a la empresa demandada, confirmando la absolución de la entidad aseguradora codemandada, y sin que proceda pronunciamiento sobre costas.

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

#### FALLO

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Manuel Campomanes Sanchis, en la representación que ostenta de D. Bernabé, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2008, en el recurso de suplicación núm. 681/2008, formulado frente a la sentencia dictada el 9 de octubre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 32 de los de Madrid, en los autos núm. 572/2007, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa Securitas Seguridad España, S.A. y Previsora General Mutualidad de Previsión Social, sobre indemnización. Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos asimismo en parte el de tal clase interpuesto en su día por el demandante, condenando a la empresa demandada Securitas Seguridad España, S.A. a hacer efectiva al demandante la cantidad de veintiocho mil ciento treinta y ocho euros (28.138,18 euros), confirmando la absolución de la entidad aseguradora codemandada. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Jordi Agustí Julia.- José Luis Gilolmo López.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Rosa María Viroles Piñol.

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

2009/217620

TS Sala 4ª, Sentencia 8 julio 2009. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Durante el tiempo en que el empresario no contrató a relevista

## Reintegro a Entidad Gestora de cantidades abonadas por prestación por jubilación parcial

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el banco demandante frente a sentencia que declaró su responsabilidad por los importes abonados al jubilado parcial correspondientes al tiempo que medió entre el día en el que dio de baja en la SS a la relevista que cesó y aquél en el que contrató a una nueva.*

*Según la Sala, el recurrente estaba obligado, debido a la jubilación parcial de un empleado suyo, a cubrir en parte esta vacante con un contrato de relevo, de forma que cuando la primera relevista solicitó excedencia voluntaria, disponía de un plazo de 15 días para contratar a otro relevista, lo que no hizo hasta unos dos años después, de forma que, al incumplir la obligación impuesta, debe reintegrar a la Entidad Gestora las cantidades que durante ese período abonó como prestación por jubilación parcial del empleado.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación para la unificación de doctrina tiene por objeto la interpretación que proceda otorgar al apartado 1, en relación con el 3 y el 4, de la Disposición Adicional (DA) Segunda del Real Decreto (RD) 1131/2002 de 31 de octubre, que establecen:

“1. Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada”.

“3.Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo.- En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días

naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido...”

“4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada”.

El relato de hechos probados de la resolución de instancia, plenamente acogido por la recurrida, ha quedado literalmente reflejado en el lugar correspondiente de la presente, y a él nos remitimos. Simplemente interesa destacar aquí que un trabajador al servicio de “Bilbao Bizkaia Kutxa” (BBK) se jubiló parcialmente el 1 de julio de 2003 en el porcentaje del 85%, y dicha empresa suscribió un contrato de relevo, desde esa misma fecha, con una determinada trabajadora. Ésta solicitó excedencia voluntaria a iniciar el 1 de junio de 2005 para realizar estudios universitarios durante dos años, concediéndosele dicha excedencia, y cursando BBK su baja en la Seguridad Social con fecha 31 de agosto de 2005, sin que conste la contratación de ningún otro trabajador relevista hasta el 22 de junio de 2007; el contrato de esta segunda relevista expiró el 11 de septiembre de 2007 como consecuencia de haberse incorporado, tras su excedencia, la primeramente aludida.

La Entidad Gestora declaró la responsabilidad de BBK por los importes abonados al jubilado parcial en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2005 y el 21 de junio de 2007. Contra esta resolución interpuso demanda dicha empresa, siéndole desestimada, tanto en la instancia como en sede de suplicación, en esta última por la Sentencia dictada el día 15 de julio de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con base en entender que desde “el cese” de la primera relevista, operado el 31 de agosto de 2005, hasta la incorporación de la segunda, que tuvo lugar el 22 de junio de 2007, habían transcurrido más de los 15 días que confiere el apartado 3 (párrafo segundo) de la DA Segunda del RD 1131/2002, por lo que a la empresa alcanzaba la responsabilidad que, para estos casos, establece el apartado 4 de la citada DA.

SEGUNDO.- Contra la reseñada Sentencia ha interpuesto BBK el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando como infringida la DA Segunda del RD 1131/2002 de 31 de octubre, en relación con el art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Aporta la recurrente para el contraste la Sentencia dictada el día 3 de

abril de 2007 por la homónima Sala y Tribunal de Navarra, que era ya firme al recaer la recurrida. Dicha resolución referencial enjuició el supuesto de un trabajador de la empresa “Asmovil, S.A.” que se jubiló parcialmente el 17 de marzo de 2003 al amparo del RD 1131/2002 de 31 de octubre, formalizando la empresa un contrato de relevo; pero el relevista solicitó el 1 de septiembre de 2004 pasar a situación de excedencia voluntaria (dándosele de baja en la Seguridad Social), situación ésta que se habría prolongado hasta el 30 de noviembre de 2004; pero el relevista comunicó a la empresa que cesaba en la relación laboral por propia voluntad el 15 de octubre, por lo que con fecha 18 de ese mismo mes la empleadora contrató a un nuevo relevista.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) decidió reclamar a la empresa el importe de la pensión de jubilación correspondiente al período durante el que no había existido relevista. Formulada la correspondiente demanda frente a la resolución del INSS, en este caso la Sala decidió exonerar a la empresa de toda responsabilidad, por entender que el pase del primer relevista a situación de excedencia voluntaria no era constitutivo del “cese” al que se refiere la DA Segunda.1 del RD 1131/2002, pues, en opinión del Tribunal, tal cese únicamente lo constituye la finalización del contrato de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 49 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (ET), pero no la excedencia voluntaria, que únicamente da lugar a su suspensión (arts. 45 y 46).

Lo relatado pone de manifiesto que -tal como nadie ha puesto en duda- las dos resoluciones en presencia ostentan la condición legal de contradictorias, porque entre ellas concurren todas las identidades (hechos, peticiones y causas de pedir y de resolver) contempladas por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), pese a lo cual, en cada caso recayeron decisiones de signo divergente.

Procede, pues, entrar en el tratamiento y decisión del fondo del recurso, toda vez que, además, el escrito en el que dicho recurso se interpuso se ajusta a las prevenciones del art. 222 del citado Texto procesal.

TERCERO.- Tanto el art. 166 de la LGSS como el art. 12.6 del ET, modificados por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, (y nuevamente modificados por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, aun cuando ésta última no resulte aquí aplicable, por razón de temporalidad), constituyen medidas de fomento del empleo y de flexibilización de la jubilación, tratando por una parte, de conceder a los trabajadores la posibilidad de jubilarse de

manera parcial antes del cumplimiento de la edad considerada como de jubilación ordinaria, y por otra de conseguir que el puesto dejado vacante -en parte- por el trabajador que se jubile anticipadamente quede constantemente cubierto por otro trabajador -denominado “relevista”- mediante la suscripción, por parte de éste último y de la empresa, de un contrato denominado de relevo.

Y a los fines de la primera de las citadas Leyes responde la publicación del RD 1131/2002 de 31 de octubre, señalándose en la Exposición de motivos de éste que “la nueva regulación del contrato de relevo, en relación con la jubilación parcial, se inserta dentro del propósito de introducir una mayor flexibilidad en el acceso a la jubilación”; pero ello no significa en modo alguno que la empleadora del jubilado parcialmente y menor de 65 años pueda escudarse en esta circunstancia para no ocupar, mediante el contrato de relevo, el puesto de trabajo (o la parte de él) que ha venido a desocupar el jubilado parcial. Y así se deduce claramente del art. 9 de dicho RD (que suministra el concepto de jubilación parcial), en relación con el último párrafo del art. 10, que únicamente permite prescindir del contrato de relevo en el caso de que el jubilado parcial tenga ya cumplida la edad real - esto es, sin bonificaciones- de 65 años, pero no cuando no haya llegado a alcanzarla.

Precisamente por ello, la DA Segunda del RD 1131/2002 establece la necesidad de mantener el contrato de relevo durante todo el tiempo por el que se prolongue la jubilación parcial del menor de 65 años, estableciendo (apartado 1) que, si cesa el relevista, éste deberá ser sustituido por otro; sustitución ésta que deberá llevarse a cabo en un plazo máximo de 15 días siguientes al cese (apartado 3), y que si se incumplen estas obligaciones, el empresario deberá abonar a la Entidad Gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial (apartado 4).

CUARTO.- Procede, a continuación, referirnos ya al alcance que debe atribuirse a la expresión “se produjera el cese del trabajador relevista”, empleada por el apartado 1 de la tan citada DA Segunda del RD 1131/2002, comenzando por su interpretación literal, primero de los medios hermenéuticos a los que remite el art. 3.2 del Código Civil. Y a este respecto, acudiendo -tal como acertadamente señala el Ministerio Fiscal- al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se comprueba que éste atribuye a la palabra “cesar” dos acepciones cuando se refiere a personas, a saber: “dejar de desempeñar algún empleo o cargo”, y “dejar de hacer lo que se está haciendo”, de ninguna de cuyas acepciones puede colegirse que el cese al que se refiere el RD de referencia signifique o lleve aparejada la idea de la terminación o extinción del

contrato de relevo, pues al no hacer ninguna distinción ni puntualización la norma, habrá de considerarse constitutivo de cese cualquier hecho que suponga dejar de hacer el relevo aquéllo que estaba haciendo, tanto si es de manera definitiva como si es de forma simplemente temporal, con tal de que esta situación de cesación en su cometido se prolongue por más de los 15 días que el apartado 3 establece. Ello aparte de que tampoco la excedencia voluntaria supone necesariamente una mera suspensión del contrato de trabajo, sino que a menudo da lugar a una verdadera extinción, toda vez que, según resolvió nuestra Sentencia de 25 de octubre de 2000 (rec.3606/98), votada en Sala General, esta modalidad de excedencia -a diferencia de lo que sucede con la forzosa- únicamente confiere al trabajador derecho a ocupar con preferencia la primera vacante que se produzca en la empresa, pero solo si tal vacante se produce, sin que comporte derecho a reserva del puesto de trabajo.

QUINTO.- Llegados a este punto, resulta ahora preciso hacer referencia al apartado 4 (antes transcrito) de la DA 2ª del RD 1131/2002, conforme al cual ha impuesto el INSS a la empresa la responsabilidad que aquí se debate.

Del citado precepto ha tenido ocasión de ocuparse esta Sala en las Sentencias de 29 de mayo de 2008 (rec. 1900/2007), 23 de junio de 2008 (rec. 2930/2007) y 16 de septiembre de 2008 (rec. 3719/2007), que se refieren todas ellas a si es exigible o no la responsabilidad empresarial prevista en la DA 2ª RD 1131/2002 en supuestos de extinción de los contratos conexos a tiempo parcial, el del jubilado y el del relevo, como consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo (ERE). La posición acogida en estas Sentencias sobre el problema señalado es que nos encontramos ante una norma "de evidente contenido sancionador y antifraude", premisa jurisprudencial que condujo, junto con otras consideraciones (extinguido el contrato del jubilado parcial, ya no había trabajador alguno al que relevar), a la exclusión en aquellos casos de la responsabilidad empresarial. Pero el litigio que ahora se nos plantea es distinto, por cuanto aquí se trata de que el contrato del trabajador jubilado parcial sigue vigente y, tras el cese del relevo, no se contrata a otro relevo hasta pasados más de dos años a partir de de dicho cese, situación fáctica ésta que es precisamente la descrita en el apartado 4 de la DA 2ª del RD 1131/2002.

El citado apartado 4, calificado por las Sentencias de anterior cita como "de evidente contenido sancionador y antifraude" constituye asimismo un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del em-

pleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste. Y, como es lógico, la responsabilidad que la norma contempla es la correspondiente al incumplimiento total de la antedicha obligación, esto es, ausencia de relevo durante todo el tiempo que media entre el cese del anterior y el momento en el que tenga lugar la jubilación ordinaria o anticipada del jubilado parcial. Por ello, a la hora de interpretar y aplicar este precepto, no puede prescindirse de la contemplación del grado de incumplimiento, en el caso concreto, de la obligación a la que nos estamos refiriendo. De tal manera que, si el incumplimiento hubiere sido el que antes hemos calificado de total, la responsabilidad derivada del mismo habrá de exigirse en toda la extensión reglamentariamente prevista; pero si tal incumplimiento fuera meramente parcial (falta de contratación de un nuevo relevista durante más de 15 días a partir del cese del anterior, pero por un periodo concreto que sea menor de aquél en el que deba producirse la jubilación total o anticipada del jubilado parcial), en ese caso la responsabilidad del empleador deberá atemperarse para ser exigida en forma proporcional a la entidad del incumplimiento.

En el presente supuesto, el INSS ha interpretado de manera correcta la norma objeto de análisis, pues ha hecho un uso ponderado de la facultad que dicha norma le confiere, al exigir a la empresa incumplidora una responsabilidad que resulta proporcionada con la entidad del incumplimiento, toda vez que se ha limitado a pedir el reintegro del importe de la pensión de jubilación parcial correspondiente al tiempo que medió entre el día en el que se dio de baja en la Seguridad Social al relevista que cesó y aquél en el que la empleadora contrató a un nuevo relevista.

Procede, en definitiva, la desestimación del presente recurso, con las consecuencias a ello inherentes, derivadas de los arts. 226.3 y 233.1 de la LPL, cuales son, la pérdida del depósito, el mantenimiento del aseguramiento y la imposición de costas al recurrente.

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por Bilbao Bizkaia Kutxa contra la Sentencia dictada el día 15 de julio de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el Recurso de suplicación 1391/08, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 25 de febrero de 2008 pronunció el Juzgado de lo So-

cial número tres de Bilbao en el Proceso 853/07, que se siguió sobre Seguridad Social, a instancia de la mencionada recurrente contra el instituto nacional de la Seguridad Social y otra. Confirmamos la Sentencia recurrida, acordando la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal, así como el mantenimiento de la consignación, que quedará afecta al fin que le es propio; e imponemos las costas a la recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- José Luis Gilolmo López.- Juan Francisco García Sánchez.- Luis Fernando de Castro Fernández.

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



2009/171693

TS Sala Iª, Sentencia 8 julio 2009. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Correcta interpretación del mismo

## Contrato de fijación y reconocimiento de deuda a favor de constructora

*El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación, confirmando el pronunciamiento que realizó la AP, en relación a la obligación de los codemandados de abonar a la constructora actora las cantidades reclamadas. Declara la Sala que la parte recurrente ha fundado su impugnación, entre otros motivos, en una errónea aplicación de la normativa sobre la interpretación del contrato, pretendiendo los recurrentes imponer su peculiar interpretación, sin poder apreciar que el órgano jurisdiccional de instancia hubiera efectuado una aplicación ilógica, errónea, arbitraria o absurda o incluso contraria a derecho, limitándose a condenar al pago a quienes se obligaron a ello en virtud de la relación obligacional expresada en el contrato de obra y en el posterior reconocimiento de deuda.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º. La sociedad GARCIA CURADO, S.A. había contratado un arrendamiento de obra con una comunidad de bienes denominada DIRECCION000; la realización de la obra se dividió en dos contratos, uno relativo a la construcción de un complejo urbanístico y otro, de la urbanización. La ejecución de las obras concluyó a finales de 1994.

2º Al finalizar los trabajos, se celebró entre las partes un contrato de reconocimiento de deuda en fecha 4 enero 1995, en el que se declaró: a) la recepción de la obra en el día de la fecha; b) el reconocimiento por parte de la comunidad de una deuda a favor de la constructora de 128.707.869 ptas. (773.549,87•), importe de las partidas que se describían en la escritura.

3º La constructora GARCIA CURADO, S.A. dirigió una demanda contra: a) los propietarios de la urbanización que tenían pendientes de pago cantidades relacionadas con la ejecución de la obra; b) los propietarios que habían transmitido sus participaciones sobre la vivienda a construir y aquellos que habían adquirido, incluso después de finalizada la obra, y c) contra la comunidad de propietarios. En el suplico de la demanda pidió que se les condenara al pago de 122.107.951 ptas. (733.883,57•) en la forma siguiente: a) a todos los condueños integrantes de la comunidad en el momento de celebrarse el contrato de obra, declarando que estaban obligados al pago de forma solidaria; b) de forma alternativa o subsidiaria, que se declarara obligados al pago a todos los condueños integrantes de la comunidad promotora en el momento de finalizar la obra; c) de forma alternativa o subsidiaria, que se condenara al

pago a quienes acreditaran que son los propietarios actuales, y d) alternativa o subsidiariamente, a la Comunidad de propietarios de propiedad horizontal. Pedía la condena solidaria de todos los demandados, fueran del grupo que fueran.

4º El Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Santander dictó sentencia el 7 de mayo de 2002. Después de argumentar el rechazo de las excepciones presentadas por distintos demandados, declaró: a) “que nunca existió una comunidad de bienes «pro indiviso», ya que los miembros de la Comunidad en régimen de propiedad horizontal compraron una parcela para la edificación de una vivienda concreta, y asimismo cada vivienda tenía adjudicado el importe del crédito correspondiente a la parcela y a la futura construcción, aplicándose, por lo tanto, sobre esta cuestión, la norma contenida en el art. 1137 CC, en cuanto establece la presunción de no solidaridad en las obligaciones con concurrencia de dos o más deudores (...)”; b) que lo debatido en el litigio era un contrato de arrendamiento de obra, “que solo producirá efectos entre las personas que lo otorgaron, de acuerdo con la norma del art. 1277 CC (sic, quiere decir 1257), por lo que el título será el contrato de arrendamiento referido y solo podrá condenarse a aquellos demandados que, habiendo contratado con la actora, no hayan acreditado la extinción de la obligación”, por lo que “la demanda será desestimada frente a los propietarios que no aparezcan como deudores en el referido informe, al constar que abonaron los importes de su participación en la obligación”. Estimó la demanda presentada en relación a 15 de los demandados y la desestimó para los demás.

5º Construcciones GARCIA CURADO, S.A. y los demandados condenados apelaron la sentencia. La de la Audiencia Provincial de Santander, sección 1ª, de 17 noviembre 2003 estimó parcialmente los recursos de apelación y revocó en parte la sentencia apelada.

Se van a resumir a continuación los razonamientos de la sentencia que dan lugar a diversos recursos de casación.

A) Se indica por algunos recurrentes que se produjo un defecto en la formulación del escrito de interposición del recurso de apelación, por lo que entendían que el actor recurrente no había combatido la condena. Dice la sentencia que la sentencia de 1ª Instancia condenó a menos de lo pedido y, además, que el objeto del recurso del actor es “resolver sobre las pretensiones deducidas a los demandados íntegramente absueltos”.

B) Señala que es indiscutible la existencia de una comunidad de bienes y además, los comuneros contrataron la construcción de la urbanización y de los chalés con la actora,

por lo que asumieron unas obligaciones nacidas del contrato de obra.

C) La obligación de los comuneros es mancomunada y nunca se estableció la obligación como solidaria. Por ello los deudores son “los que eran integrantes de la comunidad de propietarios al tiempo de la celebración del contrato de obra y que habían otorgado poder para ello y han sido demandados como tales, no los posteriores adquirentes ni los propietarios a la terminación de la obra, etc.”. En consecuencia, absolvió a algunos demandados.

D) El reconocimiento de deuda expresa una causa vinculante para las partes y “constituye entre ellas la obligación de pago de lo reconocidamente debido “. “Los demandados no pueden pretender que dicho negocio es ineficaz a pretexto de haberlo suscrito bajo intimidación con error como mera formalidad para obtener la entrega de las llaves sin intención de obligarse”, no habiéndose impugnado por dicha causa en el período de cuatro años. Por lo que se admite que la deuda existía.

En consecuencia, estima el recurso de la constructora actora en relación a la absolución de una parte de los comuneros deudores en la sentencia de 1ª Instancia exceptuando a algunos de ellos y repartiendo la deuda entre los que identifica de acuerdo con las cuotas de participación en la construcción de los chalés.

Presentan recurso por infracción procesal y de casación los siguientes.

1º D. Juan Alberto y Dª Alejandra. El recurso por infracción procesal está dividido en siete motivos y el de casación, nueve.

2º Dª María Virtudes y 26 recurrentes más. Presentan recurso por infracción procesal dividido en cinco motivos y de casación, en seis motivos.

3º D. Francisco y Dª Adelaida. El recurso por infracción procesal está dividido en cinco motivos y el de casación, contiene seis.

4º D. Rodrigo y Dª Antonieta. Su recurso de infracción procesal está dividido en cinco motivos y el de casación, en seis.

5º D. Jorge y Dª Rosa. Su recurso por infracción procesal contiene un único motivo y el de casación, cuatro.

6º GARCIA CURADO, S.A formula recurso de casación, dividido en dos motivos.

El auto de esta Sala de 26 febrero 2008 admitió todos los recursos reseñados.

SEGUNDO. Resulta compleja la sistematización de los recursos, por coincidir en muchos de los argumentos. Por ello, se tratará de responder-

los agrupando las cuestiones planteadas.

Debe ponerse de relieve que las complejidades de los recursos presentados son el resultado de haber condenado la sentencia recurrida a diversos propietarios que resultaron absueltos en la primera instancia y de aquí las argumentaciones que se contienen en los diferentes recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

#### I. RECURSOS EXTRAORDINARIOS POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO. Infracción de las normas reguladoras contenidas en el art. 465, 4º LEC, en relación con el art. 457.2 y el art. 136 LEC.

1º Motivos primero y segundo del recurso presentado por D. Juan Alberto y Dª Alejandra. Denuncian la infracción de los artículos citados en el encabezamiento de este fundamento y consideran que en el escrito de preparación de la actora se determinaron los límites de la apelación, pero que cuando lo presentó, traspasó los límites marcados legalmente al separarse del mencionado escrito de preparación. Esta cuestión la centran especialmente en la condena posterior de los demandados absueltos en primera instancia, porque si se entiende que el recurso de apelación sólo podía alcanzar el conocimiento estricto de la absolución de los demandados absueltos y debe mantenerse el resto de pronunciamientos, relativos al coste de la obra, deuda pendiente, relación entre propietarios, etc., dados los términos del escrito de preparación, la sentencia sólo podía pronunciarse respecto del importe de la reclamación principal cuya condena no se ha obtenido.

2º Motivo primero del recurso de Dª María Virtudes y otros; motivos primero y tercero del de D. Francisco y Dª Adelaida y motivo primero del recurso de D. Rodrigo y Dª Antonieta. En resumen, los tres escritos denuncian que al haber procedido la Audiencia a examinar ex novo todas las cuestiones y temas planteados en la demanda hasta imputar a todos los demandados, absueltos o condenados intervinientes en el contrato, ha infringido el mandato del art. 465.4 LEC, de acuerdo con el que la sentencia de apelación “deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso”.

Los motivos reseñados se desestiman.

En resumen, la infracción denunciada por los recurrentes se centra en lo siguiente: «Se formula al amparo del artículo 469.1, motivo 2º, de la NLEC, es decir, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al incurrir la que se impugna en incongruencia al haber desbordado el ámbito u objeto del recurso delimita-

do en el escrito de preparación por la actora recurrente, GARCÍA CURADO, S.A., en cumplimiento de la establecida en el artículo 457.2 de la NLEC, vulnerando así la resolución el artículo 465.4, primer párrafo de la misma Ley, el cual dispone que la sentencia de apelación “deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso”».

En el escrito de preparación del recurso de apelación, el recurrente expone en su fundamento tercero que «Dirijo el presente recurso de apelación a impugnar la sentencia de referencia en el pronunciamiento absoluto de los demandados que se indican, así como el relativo a la condena en costas a esta parte respecto de los demandados absueltos». Lo anterior fue interpretado por la Sala sentenciadora en la sentencia recurrida en el sentido siguiente: «El objeto del recurso interpuesto por el actor es resolver sobre las pretensiones deducidas frente a los demandados íntegramente absueltos; discusión a la que se suma la planteada por los recurrentes que cuestionan su condena y su importe».

En el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por todos los recurrentes antes reseñados se dice que a su juicio “(...) Los términos del escrito de preparación al recurso de apelación no puede entenderse en el sentido de que puedan ser objeto del recurso todas las pretensiones deducidas en la demanda contra los demandados absueltos (...) el ámbito del recurso planteado por la actora, quedó reducido a resolver si la cantidad reconocida a su favor en la sentencia era inferior a la debida y, si fuese así, si los demandados absueltos debían responder de la diferencia y por qué importe cada uno, teniendo en cuenta para resolver en relación con esto último el criterio utilizado en la sentencia recurrida para imputar la responsabilidad a los condenados en la misma». Se cuestiona, por tanto, la procedencia de que la Sentencia de Apelación haya examinado ex novo todas las cuestiones, olvidando que la parte actora ha consentido los pronunciamientos contenidos en la sentencia de primera instancia.

Según manifiestan las recurrentes, el recurso de apelación debió limitarse al examen de lo que el recurrente en apelación no había consentido de la sentencia de primera instancia, es decir, sobre la absolución de algunos de los demandados, si bien únicamente en relación al importe de la deuda que faltase por cubrir de la solicitada en la demanda, al haber aceptado los pronunciamientos condenatorios de la primera instancia, en las cantidades y con la calificación efectuada en la misma. Para poder entrar de nuevo a valorar todas las cuestiones objeto de la litis, debería haberse interpuesto el recurso de apelación también frente a los pronunciamientos condenatorios, por

entenderlos poco ajustados a sus pretensiones en cuanto a la cantidad o por impugnar su calificación de mancomunados. A juicio de los recurrentes, al haber acatado la decisión de la Sala en relación a los condenados, tal decisión deviene incólume en apelación, en virtud del principio dispositivo del derecho procesal civil.

Esta afirmación, en principio, es correcta: si estableciésemos la ficción de que no existiesen más codemandados que los condenados en la instancia, no existiría recurso de apelación posible. Al existir más codemandados absueltos el recurso de apelación se centra exclusivamente en estos últimos, debiéndose aceptar por tanto la condena a los demás en los mismos términos del fallo en la cuantía determinada en él y en concepto de deuda mancomunada. Las partes efectúan una deducción lógica que no jurídica cargada de intención, alegando que la hipotética condena a los inicialmente absueltos debería producirse hasta el límite de la cuantía solicitada en la demanda, con deducción de la establecida en la sentencia de primera instancia. Así, si en la demanda se reclamaba el pago de 122.107.951 ptas. (733.883,57\*), al haberse concedido en la primera instancia la cantidad de 83.680.689 ptas. (502.931,07\*), únicamente cabría condenar a los demandados absueltos en primera instancia hasta la cantidad de 27.249.016 ptas. (163.769,88\*). Sin embargo, la sentencia recurrida no incurre en vicio de incongruencia. Hemos de partir de la realidad siguiente: aunque el actor-recurrente en apelación únicamente recurre la sentencia de primera instancia en lo relativo a la absolución de algunos de los codemandados, aquietándose en cuanto a la condena de los demás, la solicitud de condena en apelación a los absueltos obliga al examen de la acción ejercitada contra ellos en la demanda como si de la primera instancia se tratara, en virtud de la facultad revisora que la Sala de Apelación tiene al conocer de los recursos de apelación planteados. Por ello, procede el análisis tanto del tipo de obligación, en el sentido de si es mancomunada o solidaria, como de las cantidades a satisfacer por los demandados absueltos, sin más límite que el "quantum" solicitado en la demanda.

No es cierto, como alegan los recurrentes en el motivo, que «sería incongruente entrar en el examen de la solidaridad o mancomunación, o de criterio de imputación distinto al que determinó los pronunciamientos condenatorios consentidos por la actora ya que habiendo sido la acción y la causa de pedir la misma para todos los demandados, no puede pretender la actora en su recurso y en relación con los absueltos que se les dispense un tratamiento distinto al admitido por ella, al consentir parte de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, para los condenados», por-

que una cosa son los efectos que el aquietamiento de los pronunciamientos de la primera instancia produce respecto de los condenados en esa sentencia, a los cuales no se les podrá exigir otra cantidad y de otra forma que en la prevista en la condena, y otra los efectos de la impugnación del pronunciamiento absolutorio respecto de los codemandados absueltos, ya que en este caso se permite a la Sala de Apelación el examen de la demanda presentada contra estos, sin perjuicio de los ajustes que deban realizarse con posterioridad.

En el caso de autos, la sentencia apelada ha entrado a conocer de la pretensión ejercitada frente a los absueltos como si de una primera instancia se tratara, deduciendo, tras la nueva desestimación de las excepciones procesales reproducidas en la alzada por diversos recurrentes, que la obligación que unía a la actora con cada uno de los codemandados era una obligación única pero mancomunada, frente a la pretensión de solidaridad expuesta por el actor. Posteriormente ha analizado la procedencia de la reclamación frente a todos los absueltos, delimitando en cada caso su responsabilidad o ausencia de la misma, para, finalmente, establecer la obligación de pago de cada uno de ellos en parte alícuota, efectuando las deducciones pertinentes, es decir, lo ya percibido por la actora previamente a la interposición de la demanda y el importe de las condenas consentidas por el actor. Se llega a la conclusión final de que «la deuda a que tienen que hacer frente el resto de los comuneros deudores es de 81.260.178 Ptas.».

La sentencia sería incongruente por incongruencia extra petita si se hubiese mantenido la condena de los de la primera instancia y se hubiese condenado a los absueltos en esa instancia a su pago. Pero ello no se ha producido, porque, al margen de que la Audiencia se encontrase limitada por el máximo del "quantum" solicitado, lo que le habría llevado a corregir el pronunciamiento de condena a los absueltos desde los 81.260.178 ptas. a los 27.249.016 ptas., la Sentencia por ella dictada en segunda instancia se pronuncia también sobre los recursos de apelación planteados por algunos de los codemandados condenados inicialmente, en el sentido de reducir la condena de cada uno de ellos conforme al mismo planteamiento por el cual se ha obtenido el pronunciamiento condenatorio de los absueltos, con la afirmación de que «la reducción del importe total de la deuda que suponen los pagos realizados con posterioridad al reconocimiento de deuda y las condenas firmes que ya vienen impuestas en la instancia, lo que ya explicó en el Fundamento de Derecho SÉPTIMO, debe beneficiar a todos los demás, distribuyéndose entre todos ellos proporcionalmente a su cuota esa disminución, obteniéndose en definitiva las siguientes cantidades debidas (...)».

Por tanto, la Audiencia ha establecido que lo adeudado por los absueltos ahora condenados y los condenados cuyo recurso se estima en parte alcanza al importe que se entiende aún adeudado a la actora, dividido entre todos en proporción a su participación, atendiendo al objeto de la litis y sin que se haya concedido más de lo pedido ni cosa distinta. Al contrario: de la sentencia de apelación resulta una estimación parcial de la demanda, toda vez que se rechaza la calificación de solidaridad de la obligación y se condena a cantidad menor de la solicitada inicialmente. El deficiente planteamiento del recurso de apelación por la parte recurrente no convierte en incongruente el pronunciamiento obtenido por la Audiencia, la cual se ha movido en los

■

*"...si se entiende que el recurso de apelación sólo podía alcanzar el conocimiento estricto de la absolución de los demandados absueltos y debe mantenerse el resto de pronunciamientos, relativos al coste de la obra, deuda pendiente, relación entre propietarios, etc., dados los términos del escrito de preparación, la sentencia solo podía pronunciarse respecto del importe de la reclamación principal cuya condena no se ha obtenido."*

■

estrictos términos del debate y con el límite cuantitativo de la demanda.

Por tanto ha de concluirse que existe una adecuación entre el fallo de la sentencia y las pretensiones de las partes, tras el tamiz que el principio dispositivo del proceso civil ha efectuado sobre la pretensión del actor y el derecho a no recurrir de algunos de los codemandados.

Esta misma solución desestimatoria, por las mismas razones expuestas, debe aplicarse al motivo quinto del recurso presentado por D. Juan Alberto y D<sup>a</sup> Alejandra, que alegando la infracción del art. 465,4 LEC, dice que habiendo devenido firme la condena en primera instancia a quienes habían sido condenados, la in-

congruencia denunciada ha perjudicado la posición de los apelados-recurrentes, pues al estimarse el recurso de los demandados-condenados recurrentes en apelación, se reduce su condena y ha acrecido a los demandantes.

Las alegaciones que se denuncian en otros motivos del recurso están directamente relacionadas con las anteriores, que se han rechazado; sin embargo, para impedir que pueda acusarse a esta sentencia de haber provocado indefensión a los recurrentes, se van a examinar a continuación de forma completa.

CUARTO. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia contenidas en el art. 448 LEC. Coinciden en esta alegación los motivos siguientes:

1º Motivo cuarto del recurso presentado por D. Juan Alberto y D<sup>a</sup> Alejandra. Esta misma denuncia aparece en el motivo segundo de este recurso, que ya se ha examinado. Se señala que se han infringido los Arts. 465-4 y 218.1 LEC porque la sentencia no puede modificar la causa de pedir y a través de la misma alterar la acción ejercitada, entendiéndose los recurrentes que la sentencia recurrida se funda en una causa no invocada, cuando condena en base al reconocimiento de deuda, por lo que ha alterado la propia acción.

2º Motivo tercero del recurso presentado por D<sup>a</sup> María Virtudes y otros. Se alega en todos estos recursos la incongruencia de la sentencia recurrida al haber desbordado dicha resolución el ámbito del recurso delimitado en el escrito de preparación, entendiéndose que la recurrente había consentido en algunos extremos de la sentencia de 1ª instancia, porque según todos estos recurrentes quedó reducido a resolver si la cantidad reconocida a favor de la actora recurrente era inferior a la debida y si fuese así, si los demandados absueltos en primera instancia debían hacerse cargo de la diferencia.

Los motivos reseñados se desestiman.

Como se ha dicho en el Fundamento anterior de esta sentencia, resulta una falacia denunciar que el recurso de apelación presentado por el actor ahora recurrido hubiese ido más allá de lo reclamado en el escrito de presentación. Todos los motivos entienden que se produjo una incongruencia de la sentencia de la Audiencia Provincial porque se pronunció sobre aspectos de la litis, como era la condena de los absueltos en la primera instancia, que a su modo de entender, no había sido objeto de apelación. Sin embargo, ya se ha dicho que el actor no se aquietó con relación a la absolución de una serie de demandados, entre los que se encuentran los recurrentes, por lo que podía perfectamente la Sala de instancia entrar a examinar, en los

términos expuestos por el apelante, las razones de la impugnación y resolver sobre todos los extremos planteados.

QUINTO. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia por haberse vulnerado el art. 465.4, 1º LEC en relación a la condena de intereses.

1º Motivo tercero del recurso presentado por D. Juan Alberto y Dª Alejandra. Se denuncia la infracción de los arts 465,4º y 218.1 LEC, porque la sentencia se pronuncia sobre los intereses que no se habían pedido ni en el escrito de preparación ni en el de interposición.

2º Motivo segundo de los recursos de Dª María Virtudes y otros; motivo segundo de los recursos presentados por D. Francisco y Dª Adelaida y D. Rodrigo y Dª Antonieta. En estos recursos se denuncia la violación del art. 465.4 LEC, porque a su parecer la sentencia debería haberse pronunciado exclusivamente sobre las cuestiones planteadas en el recurso y el tema de los intereses no lo fue.

Estos motivos se desestiman.

Las razones que se han venido exponiendo en los anteriores Fundamentos deben considerarse suficiente explicación para fundamentar la desestimación de estos motivos de los respectivos recursos, ya que no concurre la incongruencia denunciada, según se desprende de lo dicho en el Fundamento tercero de esta sentencia y que debe considerarse reproducido en lo que se refiere también a la condena a los intereses.

SEXTO. Infracción de las normas sobre valoración de la prueba, contenidas en los Arts. 217 y 218 LEC.

1º Motivo sexto del recurso presentado por D. Juan Alberto y Dª Alejandra. Se señala que se condenó a los recurrentes exclusivamente en base a la escritura de reconocimiento de deuda, prescindiendo de la valoración de las pruebas periciales, documentales y testificales aportadas. Se han vulnerado los principios relativos a la carga de la prueba y su valoración y obvia la sentencia recurrida su resultado frente al valor que consta en la escritura de reconocimiento de deuda.

2º Motivo cuarto (en realidad quinto) del recurso presentado por Dª María Virtudes y otros; motivo cuarto (en realidad quinto) del recurso formulado por D. Francisco y Dª Adelaida y motivo cuarto (en realidad quinto) del recurso presentado por D. Rodrigo y Dª Antonieta. En ellos se alega que se ha vulnerado el principio de carga de la prueba y su valoración al obviar el resultado de todas las pruebas practicadas frente a la escritura de reconocimiento de deuda.

3º Motivo único del recurso interpuesto por D. Jorge y Dª Rosa. Se

señala que según el art. 456.1 LEC podrá procederse a un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el Tribunal y conforme a la prueba que se practique ante el Tribunal de apelación. Los recurrentes entienden que no se han examinado las actuaciones llevadas a cabo ante el Tribunal de instancia, ni siquiera para desvirtuar las actuaciones del juez a quo, porque nada se dice respecto a la actividad probatoria realizada, puesto que existe una prueba pericial contable que demuestra el pago efectuado por un grupo de comuneros que no se ha tenido en cuenta.

Todos estos motivos se desestiman.

En estos recursos se alega como vulnerado el principio de valoración de la prueba, contenido, según los recurrentes, en el art. 217 LEC, cuando dicha disposición solo establece la regla de la distribución de la carga de la prueba en su párrafo segundo y son las demás normas reguladoras de cada una de las pruebas las que dejan al juez amplias facultades para valorar las presentadas, con la única excepción de se trate de prueba tasada (arts 334, 316, 348, 376 LEC). Por tanto los recurrentes, en sus diferentes recursos, alegan una infracción que en realidad no ha tenido lugar por no referirse la citada disposición a lo que ellos entienden que se ha infringido, que es la condena en base a un documento no impugnado de reconocimiento de deuda.

El reconocimiento de deuda constituye el título en cuya virtud el acreedor puede demandar a los diferentes comuneros, en tanto que determina lo debido y las partes de la relación. Por tanto, no resulta contrario a la normativa procesal que establece la valoración de la prueba por parte del juzgador, la condena en base a un reconocimiento de deuda. Además, las otras pruebas han sido también valoradas dentro de los parámetros establecidos legalmente, por lo que no resulta de ahí la infracción reiteradamente denunciada. A lo que debe añadirse que el art. 456.1 LEC permite al tribunal de apelación revisar la actividad probatoria, pero no le obliga cuando las pruebas han sido efectivamente bien valoradas por el tribunal a quo, por lo que tampoco se ha producido la violación denunciada en el recurso resumido en el número tercero de este Fundamento.

En consecuencia, no se ha infringido el artículo 217 LECiv, que recoge el principio de la carga de la prueba por el que se determina que corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas que se deban aplicar a cada uno de ellos, (STS de 21 mayo 2009 y las allí citadas de 11 marzo y 27 diciembre 2004, 20 julio

2006 y 9 mayo 2007). En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba "es preciso que la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el "onus probandi" según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba", y no es este el sentido de las impugnaciones presentadas.

SÉPTIMO. Infracción del art. 24 CE.

1º El motivo séptimo del recurso presentado por D. Juan Alberto y Dª Alejandra denuncia que se ha producido una vulneración a la defensa de los recurrentes al haberse infringido el art. 465.4 en relación con los Arts. 457.2 y 136 LEC, porque la conformidad del actor con la condena obtenida en primera instancia, debe significar no sólo la conformidad con las personas, sino con la cuantía individual de la deuda que se imputa a cada una y, en consecuencia, con lo que obtiene la actora en primera instancia.

2º Motivo cuarto del recurso de Dª María Virtudes y otros; motivo cuarto del recurso de D. Francisco y Dª Adelaida; motivo cuarto del recurso presentado por D. Rodrigo y Dª Antonieta. En todos ellos se afirma que al establecer la sentencia una comunicación entre el recurso interpuesto por la entidad actora y los interpuestos por los otros demandados-condenados en primera instancia, en el que los ahora recurrentes no podían ser parte y repercutir sobre los recurrentes las cantidades por las que se han estimado los recursos de los apelantes, se ha dejado de prestar a dichos recurrentes la tutela judicial efectiva, vulnerando el art. 24 CE.

Todos los motivos se desestiman.

De acuerdo con los argumentos vertidos en el Fundamento tercero de esta sentencia, al no haberse producido la vulneración alegada ni la consiguiente incongruencia, no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, porque no se ha privado a ninguno de los ahora recurrentes de su derecho a la defensa, de acuerdo con las normas procesales. Ciertamente que no podían recurrir la sentencia de 1ª instancia porque resultaron absueltos en la misma, pero todos los ahora recurrentes se personaron como apelados, según consta en la sentencia recurrida, por lo que pudieron ejercer su derecho a la defensa, lo que no les ha producido la indefensión alegada.

OCTAVO. Vulneración del art. 465.4, párrafo final LEC.

El motivo tercero del recurso presentado por D. Rodrigo y Dª Antonieta denuncia la vulneración del artículo citado en la rúbrica de este fundamento por entender que la sentencia impugnada resuelve el recurso de los demandados condenados y que al hacerlo sin diferenciar quién había interpuesto cada uno de los recursos y estimar en parte la reducción de los importes por los que fueron condenados, porque en lugar de repercutir contra la actora el efecto negativo de dicha estimación, lo repercutió contra los otros demandados que habían sido absueltos. Señalan que el efecto desfavorable sólo puede perjudicar al recurrido.

El motivo se desestima.

El tema sigue estando relacionado con el núcleo principal de estos recursos extraordinarios, que es el que se ha resuelto en el fundamento tercero de esta sentencia, por lo que a él nos remitimos, aunque consideramos que debe repetirse aquí lo dicho con relación a que la solicitud de condena en apelación a los absueltos obliga al examen de la acción ejercitada contra ellos en la demanda como si de la primera instancia se tratara, en virtud de la facultad que la Sala de apelación tiene para conocer de los recursos planteados. Al partir el recurso de los límites que ingeniosamente, hace derivar del escrito de presentación del recurso de apelación, todos los argumentos encadenados con este punto de partida equívoco, deben ser rechazados, por no tener ninguna base legal y es por esto mismo que se desestima este motivo.

## II. RECURSOS DE CASACIÓN.

NOVENO. Significado de la escritura de reconocimiento de deuda.

Siguiendo la misma metodología utilizada para el examen de los recursos por infracción procesal, se van a examinar los de casación.

1º El motivo primero del recurso de casación presentado por D. Juan Alberto y Dª Alejandra denuncia la infracción de los arts 1256, 1259, 1261 y concordantes y 1714 y 1727 CC. Dice que en el poder otorgado por los recurrentes a la demandante GARCÍA CURADO S.A. se le confería facultad para la formalización de todo tipo de contratos, pero relativos a la ejecución de la obra, sin que conste en ningún caso que se autorizaba también el reconocimiento de deuda. El reconocimiento se otorgó por la comunidad de propietarios que autorizó a tres personas, exigiéndose la ratificación personal de los poderdantes, cosa que no hicieron los ahora recurrentes, impugnándolo expresamente el 3 febrero 1995. Consideran que se ha producido un exceso de mandato.

2º Motivo primero del recurso presentado por Dª María Virtudes y otros, del de D. Francisco y Dª Ade-

laida y del de D. Rodrigo y D<sup>a</sup> Antonieta. Estos motivos denuncian la infracción de los arts 392, 1253, 1254, 1255, 1256, 1258, 1278 CC y se formulan de idéntica forma, es decir, que habida cuenta de que se ha dado prioridad a la presunción contenida en la escritura de reconocimiento de deuda de 4 de enero de 1995 frente a las obligaciones realmente asumidas por las partes y las pruebas periciales técnica y contable practicadas en las actuaciones y que han constatado el alcance real de la obra ejecutada por la actora y la cantidad adeudada a la misma, teniendo en cuenta los pagos realizados certificación a certificación. Entienden que el documento de reconocimiento de deuda es un documento como los demás, que ha de ser valorado y probado junto al resto de las pruebas practicadas. Consideran que la relación con la constructora demandante se debe basar en el contrato de obra y no en el reconocimiento de deuda.

Los motivos se desestiman.

Debemos distinguir los recursos resumidos en el número dos de este Fundamento y el recurso reseñado en el número uno. Empezando por este último, la razón de su desestimación se encuentra en la incorrecta formulación del mismo, al citar como infringidas disposiciones diversas, sin conexión entre ellas, como el art. 1256 CC que establece que la validez de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, el art. 1258 CC que establece el principio de la perfección por el mero consentimiento, y el 1259 y los Arts. 1714 y 1727 CC, referidos al mandato. Los recurrentes además citan el art. 1261 CC "y concordantes", lo que obliga a esta Sala a integrar el recurso y esto ha sido repetidamente advertido que no es posible en la casación, lo que obliga a rechazar dicho recurso.

Los otros tres motivos de los recursos resumidos en el número 2 de este fundamento, además de caer en los mismos defectos formales que el ya examinado, señalan en definitiva un problema relacionado con la prueba y con el significado que hay que dar al reconocimiento de deuda. Señalan que la relación con la constructora debe basarse en el contrato de obra inicialmente suscrito, olvidando que al ser parte los recurrentes de dicho contrato, asumieron la obligación de pagar la obra realizada, cuya cuantía definitiva se estableció en el reconocimiento de deuda. Por ello, con los ajustes producidos de acuerdo con la prueba realizada, lo cierto es que la deuda de los recurrentes no puede discutirse.

DECIMO PRIMERO. Vulneración de las normas sobre interpretación de los contratos.

1º Los segundos motivos de los recursos de D<sup>a</sup> María Virtudes y otros, D. Francisco y D<sup>a</sup> Adelaida y el de D. Rodrigo y D<sup>a</sup> Antonieta denuncian la infracción de los Arts. 1281,

1282 y 1288 CC por entender que se ha dado prioridad a la escritura de reconocimiento de deuda frente a las obligaciones asumidas por las partes y las pruebas periciales y técnicas practicadas.

2º El primer motivo del recurso presentado por Jorge y D<sup>a</sup> Rosa denuncia la infracción de los arts 1282 y 1289 CC, porque en la sentencia se ha prescindido de la real reciprocidad en la determinación de las obligaciones y del cumplimiento del contrato, al introducir la sentencia un desequilibrio entre las obligaciones derivadas del mismo.

Los motivos se desestiman.

Las razones para la desestimación son de dos tipos: la primera, que la jurisprudencia de esta Sala ha exigido de forma reiterada y constante que se determine cuál de los párrafos de que consta el art. 1281 CC ha de considerarse como realmente infringido, por contener los dos párrafos de dicho artículo una regla interpretativa diferente (SSTS de 16 febrero 1999, 28 septiembre 2000, 2 marzo 2003, 28 septiembre 2006, entre muchas otras); hay que tener en cuenta que esta Sala ha señalado también reiteradamente que no es posible la infracción simultánea de todas las reglas sobre interpretación, prevaleciendo la literal cuando resulte suficientemente clara y expresiva (STS de 15 diciembre 2000).

Pero además, los recurrentes pretenden imponer su peculiar interpretación frente a la doctrina, también reiterada de esta Sala, de acuerdo con la que la interpretación del contrato corresponde al órgano jurisdiccional de instancia y solo puede ser combatida en casación cuando sea ilógica, errónea, arbitraria o absurda o incluso contraria a derecho, en sentencias cuya reiteración y conocimiento excusan a esta Sala de su cita concreta. Este resultado no se ha producido en este litigio, cuyo fallo únicamente condena al pago a quienes se obligaron a ello en virtud de la relación obligacional expresada en el contrato de obra y en el posterior reconocimiento de deuda.

DECIMO SEGUNDO. Extinción de la obligación por pago.

1º El motivo tercero de los recursos de D<sup>a</sup> María Virtudes y otros, D. Francisco y D<sup>a</sup> Adelaida y D. Rodrigo y D<sup>a</sup> Antonieta alegan la vulneración de los Arts. 1149, 1151 y 1156, en relación con los Arts. 1544 y 1545, 1º CC respecto a la extinción de las obligaciones, por haberse pagado el precio convenido y el carácter divisible de la obligación de pago de la obra. Señalan que se había pactado el pago mediante giro mensual de facturas y que los recurrentes habían abonado las cantidades que les fueron solicitadas, por lo que debe concluirse que se extinguió la obligación que ostentaba la actora al haberse producido el pago.

2º El motivo cuarto del recurso formulado por D. Juan Alberto y D<sup>a</sup> Alejandra denuncia asimismo la infracción de los Arts. 1149, 1151 y 1156.1, en relación con los Arts. 1544 y 1555, 1º CC respecto a la extinción de las obligaciones por el pago convenido y el carácter divisible de la obligación de pago del precio. En realidad, se repiten los mismos argumentos sobre el pago mensual de cuantías cantidades les fueron exigidas, así como el error de la Audiencia al no hacer caso de los informes periciales respecto a los pagos efectuados.

3º El segundo motivo del presentado por D. Jorge y D<sup>a</sup> Rosa alega la infracción de los Arts. 1149, 1151 y 1156, 1º en relación con los Arts. 1544 y 1555, 1º CC, referidos tam-

■

*"El deficiente planteamiento del recurso de apelación por la parte recurrente no convierte en incongruente el pronunciamiento obtenido por la Audiencia, la cual se ha movido en los estrictos términos del debate y con el límite cuantitativo de la demanda. Por tanto ha de concluirse que existe una adecuación entre el fallo de la sentencia y las pretensiones de las partes..."*

■

bién a la extinción de las obligaciones por el pago del precio convenido y el carácter divisible del pago del precio de la obra.

Todos los motivos se desestiman.

Los recurrentes incurren aquí en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión sustituyendo la apreciación del Tribunal de instancia por la suya propia. En definitiva, como afirma la STS de 3 de marzo de 2009, "la argumentación del motivo discurre como un escrito de alegaciones propio de la instancia, pero no del recurso de casación, al mezclarse argumentaciones sustantivas con consideraciones puramente fácticas, que se apoyan en la revisión global de la valoración de la prueba que el recurrente ajusta a su particular inte-

rés, olvidando que la casación no constituye una tercera instancia revisora de la integridad del litigio, como con harta reiteración ha venido proclamando esta Sala. Así se recuerda, entre otras muchas, en la sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2007, que es constante y muy reiterada la doctrina de la Sala que proscribe el vicio casacional de hacer petición de principio o supuesto de la cuestión, que en el sistema procesal de la LEC de 1881 consiste en partir de datos fácticos distintos o soslayarlos o ignorarlos, sin alegar error de derecho, citando norma legal sobre valoración de la prueba, propugnando una aplicación del derecho que arranque de antecedentes fácticos diferentes de los tenidos en cuenta en la resolución impugnada así como que este recurso "está lejos de ser una tercera instancia...", como dicen las Sentencias de 19 de julio de 2003 y 19 de mayo de 2005, y "su función es controlar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico", como añaden las sentencias de 10 de abril de 2003, 28 de octubre de 2004 y la misma de 19 de mayo de 2005, sin que se permita hacer supuesto de la cuestión, es decir, "partir de hechos distintos de los que ha declarado la sentencia de instancia, pues ello sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria".

DECIMO TERCERO. Condena al pago de los intereses.

1º El motivo cuarto del recurso de D<sup>a</sup> María Virtudes y otros, de D. Francisco y D<sup>a</sup> Adelaida y del de D. Rodrigo y D<sup>a</sup> Antonieta coincide en denunciar la infracción de los Arts. 1100, 1101 y 1108 CC, porque señalan que la condena deriva de una compleja operación de liquidación de la deuda, que, en definitiva, ha debido realizar la sentencia ahora recurrida para fijar las cantidades debidas, por lo que en aplicación del principio in illiquidis non fit mora, no deben aplicarse los intereses cuando para la determinación de la deuda, se han de realizar operaciones complicadas, como ha ocurrido en el presente caso, por lo que el inicio de la obligación de pago lo es desde el momento de la sentencia dictada en apelación, que es la que condena a los recurrentes.

2º El motivo octavo del recurso de D. Juan Alberto y D<sup>a</sup> Alejandra denuncia la infracción de los Arts. 1100, 1101 y 1108 CC, coincidiendo en la misma argumentación ya reproducida en el apartado primero respecto de los recursos que allí se resumen.

Estos motivos no se estiman.

En realidad la norma rectora de la obligación de prestar los intereses es la del art. 1101 CC, que establece que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de las obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que

de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”, lo que debe completarse con el art. 1108 CC, cuando la obligación incumplida consistiese en la entrega de una cantidad de dinero. Pues bien, lo que ha resultado probado en este procedimiento es el incumplimiento, a pesar de todas las alegaciones de las partes recurrentes dirigidas a hacer olvidar que el procedimiento se inicia por el acreedor por incumplimiento del acuerdo de reconocimiento de deuda efectuado con sus deudores. No puede pues aplicarse la regla in illiquidis non fit mora, porque la cantidad estaba establecida en el citado documento, donde, además, se efectuó el reparto de acuerdo con los porcentajes de cada uno de los comuneros, por lo que era fácilmente determinable. Teniendo en cuenta que los intereses de demora tienen una función básicamente indemnizatoria de los daños y perjuicios y demostrado, como se ha demostrado en el procedimiento, el incumplimiento de los ahora recurrentes, no existe razón alguna para acceder a las peticiones incluidas en estos motivos. Además, esta Sala ha venido matizando la aplicación de la regla in illiquidis, en sus últimas sentencias. Así, la STS de 5 de enero de 2009 dice que “Señala con razón el Tribunal de apelación que esta Sala, modificando su doctrina tradicional - contenida en las sentencias de 15 de febrero y 30 de noviembre de 1.982 y 21 de junio de 1.985, entre otras muchas -, ha dejado de considerar que la liquidez de la deuda sea un presupuesto de la mora del deudor, al admitir la existencia de ésta aunque en la demanda se hubiera reclamado el pago de una deuda de cuantía superior a la finalmente declarada en la sentencia y, por lo tanto, aunque el proceso hubiera servido para liquidar la obligación -sentencias de 8 de noviembre de 2.000, 26 de diciembre de 2.001, 17 de noviembre de 2.004, 9 de noviembre de 2.005 y 30 de enero de 2.007, entre otras” (ver asimismo SSTS de 25 marzo, 6 abril y 20 mayo 2009).

**DECIMO QUINTO.** Vulneración del art. 7 CC, en relación a la buena fe y a la doctrina de los actos propios y del art. 1203 y ss en cuanto a la novación.

1º El motivo sexto del recurso de Dª María Virtudes y otros, D. Francisco y Dª Adelaida y del de D. Rodrigo y Dª Antonieta denuncia la vulneración del art. 7.1 y 2 CC, invocando además la doctrina denominada de los actos propios habida cuenta que la actora invoca como fundamento de las obligaciones entre las partes la escritura de 15 enero 1993, de contrato de obra y no la de reconocimiento de deuda, de 1995. Dicen que la escritura de reconocimiento de deuda ha sido aportada y utilizada por la actora como prueba documental del importe adeudado en la fecha del otorgamiento, como liquidación final de la obra. Según los distintos recurrentes que coinciden en dicha denuncia, la conclusión de que el reconocimiento de deuda es un contrato de fijación del importe de lo debido, con obligaciones derivadas del propio contrato vulnera la doctrina de los actos propios, por lo que no puede considerarse como fundamento de la acción de la constructora una relación distinta de la constituida en el contrato de obra de 1993.

2º El segundo motivo del recurso de D. Juan Alberto y Dª Alejandra denuncia asimismo la vulneración de la doctrina de los actos propios, de acuerdo con el art. 7 CC, con los mismos argumentos que se han resumido.

3º El motivo cuarto del recurso de D. Jorge y Dª Rosa señala la violación del principio de la buena fe contenido en el art. 7 CC, al prescindir “la sentencia recurrida de la convicción -ratificada por una práctica constante, reiterada y pacífica- de que los pagos que realizaban los propietarios lo eran en contraprestación por la construcción de su vivienda, para reducirlos a meros pagos internos”. Dicen en su defensa estos recurrentes que es contrario a la buena fe pensar que “cuando se abonaba un recibo mensual se hacía algo distinto de pagar los gastos (incluido el que corresponde a la empresa constructora) derivados de la adquisición de la vivienda”.

**DECIMO CUARTO.** Infracción del art. 217 LEC.

1º El motivo noveno del recurso presentado por D. Juan Alberto y Dª Alejandra denuncia la infracción del art. 217 LEC sobre valoración de la prueba.

2º El motivo quinto del recurso de Dª María Virtudes y otros, D. Francisco y Dª Adelaida y del de D. Rodrigo y Dª Antonieta denuncian también la infracción del art. 217 LEC, porque se condenó a los recurrentes en base a la escritura de reconocimiento de deuda, prescindiendo de la valoración de las pruebas periciales y de otro tipo.

Estos motivos se desestiman.

Esta Sala ha declarado que resultan inadmisibles en el recurso de casación aquellos motivos que se funden en la infracción de normas

procesales, porque ello es propio del recurso extraordinario por infracción procesal.

denominaron “reconocimiento de deuda” debe considerarse como un contrato de fijación, cuya finalidad fue precisar con toda seguridad la situación jurídica creada por el propio contrato de obra, determinando el contenido de la relación jurídica creada, porque, por una parte, se recepcionó la obra y por otra, se determinaron las cantidades que restaba por pagar al final de la ejecución de dicho contrato así como la forma de su pago. El segundo contrato, pues, contenía un reconocimiento de la deuda final, que no puede calificarse en absoluto de abstracto, porque tiene una causa previa que lo justifica, pero tampoco puede calificarse como novación, porque en definitiva lo único que se efectuó fue la determinación de la cantidad que restaba por pagar a la finalización del contrato. El segundo contrato, por tanto, depende del primero y no puede pretenderse que se interprete de forma independiente.

Las anteriores razones excluyen las denuncias de ser contraria a la buena fe la actitud del contratista y de vulnerar la doctrina de los actos propios, puesto que la demandante recurrida solo ha pedido el cumplimiento del contrato en su conjunto, es decir, el formado por el inicial contrato de obra y el complementario de reconocimiento de deuda, lo que tenía pleno derecho a efectuar, al haberse producido un incumplimiento, tal como ha apreciado correctamente la sentencia recurrida.

**DECIMO SEXTO.** La solidaridad.

Se va a examinar en este fundamento únicamente el motivo primero del recurso de casación de la constructora GARCÍA CURADO, S.A. que señala la infracción de los Arts. 1137 y 1138 CC porque no se ha respetado la doctrina de esta Sala que supone admitir la solidaridad entre los obligados aunque no se haya pactado expresamente, derivándose dicha naturaleza de la obligación de los objetivos buscados. Dice que entre todos los propietarios existe una comunidad de intereses y objetivos y una conexión interna no meramente casual, que se manifiesta en la compra pro indiviso del suelo, la contratación común de arquitectos y técnicos, la elaboración de un único proyecto constructivo, etc.

El motivo se desestima.

Es cierto que este Tribunal ha interpretado de forma amplia el art. 1137 CC y así se ha dicho que no es preciso que la solidaridad se pacte expresamente, pero ello no significa que pueda presumirse, sino que lo que no se exige es la utilización del nombre de solidaridad, sino que basta que de la voluntad de los contratantes se deduzca la intención de obtener el resultado económico propio de tal forma de obligarse. Por tanto, el problema es de determinación del alcance de las declaraciones de voluntad y no de terminología (Ver

Los motivos se desestiman.

Los recurrentes parten de la ficción de la absoluta separación entre el contrato de obra y el reconocimiento de deuda. Ciertamente las relaciones obligatorias entre las partes surgen con el contrato de obra, en cuya virtud el constructor se compromete a realizar la obra y la comunidad y los propietarios se comprometen a pagar lo construido. Así el segundo contrato, al que las partes

SSTS de 24 septiembre 2003, 24 febrero 2005, entre otras, así como el art. III-4:103 (1) del texto Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law).

De ello debe deducirse que en el caso concreto es correcta la calificación de la obligación como mancomunada que ha efectuado la sentencia recurrida, examinando los distintos elementos que concurren dado que no se pactó la solidaridad; que cada comunero promovía la construcción de su vivienda, siendo propietario de una concreta, y aunque hubo una sola obligación, la del pago de la obra, no fue solidaria, sino dividida en tantas partes como comuneros existían, aunque de acuerdo con el art. 1138 CC, la división conduzca finalmente a que se reputen que existen deudas distintas unas de las otras (SSTS de 19 septiembre 1997 y 1 julio 2002).

**DÉCIMO SÉPTIMO.** Se van a examinar en este motivo las distintas alegaciones de los recurrentes que se mencionan sobre el alcance, mancomunado o solidario, de la obligación que les ligaba con la constructora.

1º Los motivos quinto, sexto y séptimo del recurso de D. Juan Alberto y Dª Alejandra denuncian la vulneración de los Arts. 1137 y 1138 CC, en base a tres argumentos: a) que a pesar de que la sentencia califique la obligación como mancomunada, establece una solidaridad “pro parte”, porque la solución adoptada supone que los propietarios inicialmente absueltos y condenados en segunda instancia lo son por cantidades cuyo abono correspondía a otro propietario, de modo que algunos venían obligados a pagar una cuota por otro, por lo que se constituyó este tipo de solidaridad que se denuncia; b) porque la deuda mancomunada se ha de repartir entre todos los propietarios promotores de las viviendas en base al porcentaje asignado a cada uno en el coste de la construcción de las casas y no el correspondiente al coste de la urbanización común, con lo cual se infringen también los arts 392 y ss CC, y c) porque el coste de la urbanización representa un tercio del coste de construcción de las viviendas.

2º Motivo tercero del recurso de D. Jorge y Dª Rosa. Señala la vulneración de los Arts. 1137 y 1138 CC, al reconocer la sentencia “la vinculación mancomunada entre los diversos propietarios que adquirieron una vivienda (limitándose al coste de la misma su obligación) y distribuyendo después entre aquellos propietarios que han abonado la totalidad de su obligación la parte de deuda procedente del impago de los otros”.

Los motivos no se estiman.

Declarado el carácter mancomunado de la obligación con la constructora, los distintos comuneros obligados asumieron la totalidad de la

Los motivos no se estiman.

Declarado el carácter mancomunado de la obligación con la constructora, los distintos comuneros obligados asumieron la totalidad de la

deuda declarada en el segundo contrato denominado de "reconocimiento de deuda". Por tanto, nunca estuvo excluida la urbanización. Está bien inconcebible que no se obligaran los propietarios, al carecer la comunidad inicial de personalidad jurídica y establecer el art. 393 CC la participación de todos los comuneros en proporción a sus cuotas.

Nos hallamos, pues, ante un problema de prueba de a quién correspondían los gastos de la urbanización, que no puede plantearse en esta instancia, porque el recurso de casación no es una tercera instancia, como ha recordado repetidamente esta Sala.

**DÉCIMO OCTAVO.** Se van a examinar a continuación dos motivos en diferentes recursos, que no se ajustan al esquema marcado.

1º El motivo tercero del recurso de D. Juan Alberto y Dª Alejandra denuncia la vulneración de los Arts. 1089, 1091, 1249, 1251, 1º, 1253, 1254 a 1256, 1278, 1281 y concordantes y 1544 CC en relación al art. 1277, denunciando que se ha dado prioridad a la escritura de reconocimiento de deuda frente a las obligaciones realmente asumidas por las partes y las pruebas periciales.

Este motivo no se estima.

El motivo incurre en el defecto ya denunciado anteriormente, de contener la supuesta infracción de disposiciones que no se identifican, como la de los Arts. 1254 a 1256, y de los Arts. 1281 y concordantes, además de contener una lista de normas vulneradas tan amplias que resulta imposible identificar qué quiere decir el recurrente, lo que no es posible en el recurso de casación porque obliga a la Sala a integrar el recurso.

2º El segundo motivo del recurso de GARCIA CURADO S.A. denuncia la infracción del art. 523 LEC/1881 en materia de condena en costas.

Este motivo se desestima.

En primer lugar, la norma aplicable es la contenida en la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000. En segundo lugar, no debería haberse admitido a trámite este motivo, porque incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.1º, inciso segundo LEC, en relación con el art. 477.1 LEC, por cuanto a través del mismo se plantea una cuestión que excede del recurso de casación, ya que las normas que regulan la condena al pago de las costas han de considerarse de naturaleza procesal y en ningún caso pueden fundar el recurso de casación, por exceder el ámbito de éste las cuestiones procesales. Debe tenerse en cuenta, además, que tampoco pueden ser invocadas por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, porque no todas las infracciones

de este tipo son controlables a través de dicho recurso, porque ni en el régimen provisional de la Disposición final 16 LEC, ni en el articulado aún no en vigor se prevé esta posibilidad y además, es imprescindible que la vulneración de la norma procesal pueda encajarse en alguno de los motivos del art. 469.1 LEC y en ninguno de ellos tiene posibilidades de incluirse la infracción de las disposiciones sobre costas (AATS 5 junio 2007, en recurso 1141/2004; 12 febrero 2008, en recurso 2362/2004, y 3 febrero 2009, en recurso 728/2006)..

**DÉCIMO NOVENO.** La desestimación de los motivos de los recursos por infracción procesal presentados por las representaciones de D. Juan Alberto y Dª Alejandra; Dª María Virtudes y 26 recurrentes más; D. Francisco y Dª Adelaida; D. Rodrigo y Dª Antonieta y D. Jorge y Dª Rosa, determina la de los propios recursos.

La desestimación de los recursos de casación presentados por la representación procesal de D. Juan Alberto y Dª Alejandra; Dª María Virtudes y 26 recurrentes más; D. Francisco y Dª Adelaida; D. Rodrigo y Dª Antonieta, D. Jorge y Dª Rosa y GARCIA CURADO, S.A. determina la de los propios recursos.

Se imponen las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación a los recurrentes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, que se remite al art. 394 LEC

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

#### FALLO

1º Se desestiman los recursos extraordinarios por infracción procesal presentados por las representaciones procesales de D. Juan Alberto y Dª Alejandra; Dª María Virtudes y 26 recurrentes más; D. Francisco y Dª Adelaida; D. Rodrigo y Dª Antonieta y D. Jorge y Dª Rosa, contra la sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 17 noviembre 2003, dictada en el rollo de apelación núm. 414/02.

2º Se desestiman los recursos de casación presentados por las representaciones procesales de D. Juan Alberto y Dª Alejandra; Dª María Virtudes y 26 recurrentes más; D. Francisco y Dª Adelaida; D. Rodrigo y Dª Antonieta, D. Jorge y Dª Rosa y GARCIA CURADO, S.A. contra la sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 17 noviembre 2003, dictada en el rollo de apelación núm. 414/02.

3º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

4º Se imponen a los recurrentes las costas originadas por sus recursos extraordinarios por infracción procesal.

5º Se imponen a los recurrentes las costas originadas por sus recursos de casación.

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.-José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. 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.



TS Sala 2ª, Sentencia 20 julio 2009. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

## Falta de emplazamiento del Estado como responsable civil subsidiario Homicidio perpetrado en el curso de un permiso penitenciario

*Se desestiman los recursos de casación interpuestos por el acusado y la acusación particular contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de homicidio y de tenencia ilícita de armas. Subraya el Tribunal que en los supuestos de una conducta delictiva de un interno que se encuentra disfrutando de un permiso penitenciario, la responsabilidad del Estado, si es que existe, habría que derivarla hacia la LOPJ y canalizarla por la vía de la responsabilidad civil en un procedimiento autónomo, siendo el camino idóneo el previsto en los arts. 292 y ss LOPJ, que contemplan los daños y perjuicios producidos por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Jesús María.

**PRIMERO.-** 1. El acusado ha sido condenado como autor de un delito de homicidio, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de 13 años de prisión, y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de dos años de prisión, y a que indemnizara a los dos hijos de la víctima en la suma de 100.000 euros a cada uno, y a la madre en la cantidad de 30.000 euros. La defensa del acusado formaliza un solo motivo de impugnación, al amparo del art. 849.2º de la LECr., alegando que concurre error en la apreciación de la prueba a tenor de los documentos que cita en su escrito. Sin embargo, de la lectura del recurso se desprende, dado su desarrollo argumental y las alegaciones que contiene, que en realidad fundamenta sus discrepancias en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución). Así lo acreditan sus citas relativas a este derecho fundamental, las referencias al "in dubio pro reo" y el análisis extenso y sin límites que hace con respecto a todo el material

probatorio que figura en la causa. No se ha sometido por tanto el recurrente en sus argumentos al estrecho margen impugnativo que proporciona el art. 849.2º de LECr., que sirve de encabezamiento al único motivo de casación que articula, sino que razona en todo momento con base en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a su falta de enervación por la prueba de cargo. De ahí que la respuesta de la Sala prescinda de los encausamientos del art. 849.2º, máxime al ponderar que ni siquiera se señalan por la parte documentos literosuficientes o autosuficientes que cumplimenten las exigencias de la norma. Se procederá, pues, a examinar el verdadero objeto del recurso: la vulneración del referido derecho fundamental.

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 incriminatoria 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. La defensa del acusado fundamenta la inexistencia de prueba de cargo enervadora de la presunción de inocencia en que la muerte de la víctima por disparo de arma de fuego se produjo en la clandestinidad, esto es, cuando sólo estaban en la habitación en que se desarrollaron los hechos la víctima y el acusado. Por lo cual, sólo se cuenta a efectos probatorios con la declaración de éste y con los informes periciales que obran en la causa, y ninguna de esas pruebas serían suficientes -a criterio del recurrente- para constatar su autoría delictiva. La tesis de la defensa es claro que no puede prosperar.

En primer lugar, y en lo que concierne a las manifestaciones que prestó el acusado en el devenir del proceso, si bien es verdad que en ningún momento manifestó ser el autor del disparo, no lo es en cambio que mantuviera en las distintas fases procesales la misma versión sobre los hechos. Muy al contrario de lo que afirma la defensa, modificó su versión en algún dato que tiene suma relevancia.

En efecto, en su primeras declaraciones ante la policía (folios 35 y 36 de la causa) y ante el juez de instrucción (folios 90 a 92), el acusado mantuvo como versión que, hallándose ambos en el interior de la habitación de la pensión, le mostró a la mujer el revólver, de cuyo interior había extraído toda la munición. La mujer cogió el arma y se apuntó con ella a la cabeza, cuando se hallaba sentada en la cama auxiliar, al mismo tiempo que pronunciaba la frase "para que veas que te quiero". En ese momento -dijo el acusado- se percató de que el arma que portaba Adoración tenía un proyectil en el tambor, ya que él sólo tenía cinco proyectiles en la mano.

Y cuando se disponía a avisar a su compañera de que el arma se hallaba cargada, sonó el disparo y comprobó que la mujer se había disparado en la cabeza. Esta versión de los hechos fue rectificada cuando prestó declaración en la diligencia indagatoria (folios 753 y 754 de la causa). Aquí el acusado ya manifestó que el arma se disparó en el instante en que hizo ademán de quitársela a su compañera con el fin de que no disparara. De modo que ya no estaba a cierta distancia de la víctima, tal como había manifestado en un primer momento, sino que admite que estaba junto a ella y que incluso intentó quitarle el revólver.

El cambio sustancial en su narración, que después fue reafirmado en el plenario, sobre un hecho de poca relevancia tiene una explicación muy clara: el acusado conoció

con posterioridad a sus primeras declaraciones que la prueba pericial practicada por la policía científica sobre los residuos de disparo en las manos del acusado, arrojó un resultado positivo, informando al respecto los expertos que en las dos manos del acusado había partículas de residuos de disparo por arma de fuego (folios 225 y 226 del sumario), indicio que evidenciaba la probabilidad de que el acusado tuviera en ese momento el arma en sus manos.

Su primera versión de los hechos no sólo resultó contradicha por los residuos hallados en sus manos, sino también por otros datos objetivos que figuran en el proceso. Y así, en el informe médico forense sobre la autopsia se hace constar que la trayectoria del disparo era descendente con una graduación del 15% y el orificio de entrada estaba en la región interciliar (folios 173 y ss.). Ambos datos se muestran incompatibles con un disparo realizado por la propia víctima colocando el arma sobre su frente.

También ha quedado descartada la posibilidad de que la víctima se disparara con el arma de fuego cuando estaba sentada en la cama auxiliar, de escasa altura. Y ello porque la huella de impacto del proyectil en la pared se ubica a 1,27 metros del suelo, ubicación que se contradice con la trayectoria descendente de la bala y la altura de la cama en que se hallaba sentada Adoración, según la versión del acusado. Tampoco se ajustan al resultado probatorio las afirmaciones del acusado sobre los proyectiles que tenía el arma en el tambor cuando sonó el disparo. El ahora recurrente manifestó que sólo tenía uno, pues los restantes los tenía él en la mano, cargando el arma después de que el hecho tuvo lugar y con anterioridad a abandonar el piso.

Según las declaraciones de los agentes, ello no resulta factible dada la posición que ocupaba en el interior del tambor la vaina percutida y los otros cinco proyectiles en el momento que fue detenido el acusado y le fue intervenida el arma.

Los datos reseñados y los informes periciales que obran en la causa (folios 225 y 226, 231 a 239 y 376 y 377) evidencian que no nos hallamos ante un caso de disparo realizado por la propia víctima, eventualidad que queda descartada por el lugar del orificio de entrada (entre los dos ojos) y por el ángulo o trayectoria descendente del disparo.

Por el contrario, todo acredita que fue el acusado quien disparó contra Adoración, pues así lo revelan los residuos de las partículas en las manos del acusado, la trayectoria del disparo, la reacción de marcharse del lugar nada más realizar la acción y las graves contradicciones en que incurrió en sus distintas declaraciones. Y si bien es cierto que también había residuos de disparo en las manos de

la víctima, ello ha de atribuirse a la proximidad del arma y a los ademanes defensivos de Adoración ante la inminencia del acto homicida. Debe por tanto desestimarse el recurso del acusado y confirmarse la autoría de los hechos delictivos.

B) Recurso de Nuria, Ariadna y Paulino.

SEGUNDO.- La acusación particular formaliza tres motivos de casación, el primero de ellos por infracción de precepto constitucional y los dos restantes por infracción de ley. En cuanto al primer motivo, alegan los herederos de la víctima la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, con base en lo dispuesto en el art. 852 de LECr, en relación con el art. 24.1 de la Constitución. Los acusadores particulares argumentan para sostener la impugnación que el Tribunal de instancia ha desoído reiteradamente su petición en orden a la comparecencia en el proceso de la Administración en calidad de responsable civil subsidiaria, a pesar de que ya en la fase de instrucción solicitó la práctica de diligencias que claramente iban a encaminadas a obtener la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración del Estado.

Y ya cuando se hallaba el proceso en la Audiencia Provincial, tras decretarse la apertura del juicio oral, una vez que el Tribunal solventó a instancia de parte la omisión de ofrecimiento de acciones a los hijos de la víctima, la representación de éstos solicitó que se emplazara al Estado en la condición de responsable civil. Según la acusación particular, esta petición la formuló cuando se le entregó la causa para calificación, ya que -dice la parte recurrente- fue el único momento procesal que tuvo para ello, toda vez que a los hijos no se les concedió el trámite para instrucción que prevé el art. 627 de la Ley Procesal Penal.

Pues bien, esta queja que formula la representación de los hijos de la fallecida no se ajusta a la realidad de lo acontecido, según se comprueba al leer las actuaciones procesales. En efecto, cuando se personaron en el proceso los hijos de la víctima bajo la misma representación que la madre de la fallecida, ejerciendo así los tres la acusación particular, el Tribunal sí les dio traslado de las actuaciones a los efectos del art. 627 de la Ley Procesal Penal, es decir, para el trámite de instrucción por el término de diez días (folios 107 y 108 del rollo de Sala).

A ello respondió la parte con un escrito que lleva fecha de 12 de mayo de 2008, en el que se considera instruida y solicita al mismo tiempo la apertura del juicio oral (folio 115 del rollo de Sala). Por lo cual, es absolutamente incierta la alegación de la parte recurrente de que no se dio traslado para instrucción. Sí es cierto, en cambio, que ante ese tras-

lado no solicitó el emplazamiento del Estado como responsable civil subsidiario, petición que sólo formuló cuando, después de la apertura del juicio oral, evacuó el escrito de calificación provisional (folios 138 a 147 del rollo de Sala).

A la petición ya extemporánea de la acusación particular contestó negativamente la Audiencia Provincial el 25 de julio de 2008, rechazando el emplazamiento del Estado como responsable civil subsidiario por no haberlo solicitado la parte en los distintos momentos procesales anteriores en que sí tenía derecho a formular esa pretensión, esto es, en la fase sumarial y en la fase intermedia del proceso, siempre con anterioridad al auto en el que se acordaba la apertura del juicio oral (folio 213 del rollo de Sala). Contra esta resolución interpuso recurso de súplica la acusación particular (folios 308 y 309 del rollo de Sala), recurso que fue desestimado por auto de 23 de septiembre de 2008 (folio 391).

Por consiguiente, la Sala de instancia fue respondiendo a las distintas pretensiones e impugnaciones de la acusación particular acerca del emplazamiento del Estado como responsable civil subsidiario y sus respuestas se adecuaron a la normativa procesal, de modo que si bien rechazó el intento de que el Estado compareciera como responsable civil subsidiario en el proceso, ese rechazo se ciñó a lo previsto en la ley, pues la cuestión fue planteada de forma extemporánea, cuando el proceso había ya entrado en la fase de juicio oral.

A tenor de lo que antecede, se desestima el primer motivo de impugnación.

**TERCERO.-** Como segundo motivo de casación denuncia la acusación particular, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la Ley Procesal Penal, la infracción de ley, al estimar que el Tribunal a quo ha vulnerado lo dispuesto en los arts. 121 y 120.3º del C. Penal. La tesis que sostiene la parte recurrente es que debió declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en la sentencia puesta que cuando el acusado cometió los hechos estaba cumpliendo pena de prisión en el Centro Penitenciario de Albolote por la condena de dos delitos de homicidio. Se le concedió un permiso de salida de cuatro días por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, el día 15 de septiembre de 2006, sin que el día 19 se reintegrara al Centro.

Y dos días más tarde, el día 21 de septiembre, ejecutó los hechos que se están enjuiciando, sin que por parte de la Administración Penitenciaria -señala la parte recurrente- se adoptara medida alguna para reintegrar el Centro al preso que había quebrantado la condena. La pretensión de la acusación particular es claro que no puede acogerse. Y ello por una sim-

ple razón procesal derivada de lo expuesto en el fundamento precedente. Pues si la Administración que tendría que responder civilmente no figura emplazada en el proceso, es claro que se le generaría indefensión en el caso de que esta Sala entrara a dilucidar la pretensión de responsabilidad civil que se formula contra ella. El déficit procesal que arrastra la causa debido a la omisión de la acusación particular determina que ya ni siquiera se pueda entrar a analizar el fondo de la reclamación indemnizatoria que formula la parte recurrente contra el Estado, por lo que ha de rechazarse de plano la estimación del motivo interpuesto.

En cualquier caso, sí se puede afirmar que la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado reacia a declarar la responsabilidad civil de la Administración con respecto a los delitos cometidos por los internos cuando disfrutaban de un permiso de salida. Y así, en las sentencias 966/2001, de 29 de mayo, se argumenta que en los supuestos de una conducta delictiva de un interno que se encuentra disfrutando de un permiso penitenciario concedido por un Juez de Vigilancia Penitenciaria, la responsabilidad del Estado, si es que existe, habría que derivarla hacia la Ley Orgánica del Poder Judicial y canalizarla por la vía de la responsabilidad civil en un procedimiento autónomo, siendo el camino idóneo, a primera vista, el previsto en los arts. 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contemplan los daños y perjuicios producidos por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Y en la sentencia 47/2007, de 29 de mayo, se insiste en que cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza depositada sea traicionada y se produzca un comportamiento contrario a las previsiones y a la finalidad de la concesión del permiso.

En la misma resolución se matiza que sólo cabría dilucidar esa responsabilidad de la Administración Penitenciaria dentro del proceso penal cuando se acreditaran evidentes y palmarios descuidos por parte de la Administración, al poner en marcha las previsiones reglamentarias para detectar una posibilidad de fuga y en la reacción posterior a la concesión del permiso una vez que el interno no se reintegra.

Según se desprende de la resolución reseñada, la responsabilidad civil del Estado sólo procedería por tanto declararla en el ámbito penal en los casos extraordinarios en que

concurriera una negligencia patente y palmaria por parte de los funcionarios previamente a la concesión del permiso o con posterioridad al quebrantamiento de la condena por parte del penado, por no tomarse medidas elementales para su reintegro al Centro, que es lo que sucedió en el supuesto contemplado en la referida sentencia 47/2007.

**CUARTO.-** El último motivo de casación lo articula la acusación particular a través del art. 849.1º de la LECr., al considerar que se ha infringido el art. 139.1º del C. Penal, por concurrir en la conducta homicida del acusado la circunstancia de alevosía.

Según la parte recurrente, el hecho probado de que el acusado realizara un disparo a muy corta distancia contra la frente de Adoración, quien intentó evitarlo con ambas manos, pese a lo cual penetró el proyectil por el entrecejo, integraría un supuesto de alevosía. Pues el acusado -señala el recurso- portaba un arma de fuego cargada con seis proyectiles y la víctima se hallaba desarmada y sin opción de huida.

2. El art. 22.1 del Código Penal dispone que la alevosía concurre "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

Partiendo de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; en segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008, de 18-12; 25/2009, de 22-1; 37/2009, de 22-1; 172/2009, de 24-2; y 371/2009, de 18-3)".

En lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el

resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala distingue en las sentencias que se acaban de reseñar tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha; la alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente

Dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, la jurisprudencia de la Sala distingue los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo.

Esta última modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, de 13-2; 1214/2003, de 24-9; 949/2008, de 27-11; 965/2008, de 26-12; 25/2009, de 22-1; 93/2009, de 29-1; y 282/2009, de 10-2).

3. Atendiendo a los hechos declarados probados, que han de ser estrictamente respetados en esta instancia puesto que nos hallamos ante un motivo casacional por infracción de ley, todo indica que la única alevosía sobre la que cabría especular sería la sorpresiva, que requiere un ataque repentino o súbito con el arma sin discusión previa alguna, o una alevosía sorpresiva sobrevenida, de modo que concurriendo una discusión previa sin ataque con arma alguna, ésta se utilice de forma repentina o imprevista en un momento determinado del enfrentamiento entre los dos ocupantes de la habitación en que se desarrollaron los hechos.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado se carece de todo elemento de prueba que nos acredite cuál era la situación fáctica previa al disparo con el arma.

Se ignora si la víctima conocía o no con anterioridad la existencia del arma; tampoco se sabe cómo fue exhibida en el lugar de los hechos; si

Adoración tuvo o no el arma delante un tiempo suficiente como para intentar reaccionar y abandonar el lugar; si la situación previa al disparo dejaba opciones o no a aquélla para realizar algún tipo de defensa o de prevenirse para que el acusado no acabara utilizando el revólver; y tampoco pueden excluirse otros supuestos similares que permitieran prever con anticipación la utilización del arma y adoptar alguna medida defensiva en orden a evitar que el acusado llegara a valerse de ella como medio homicida.

Así las cosas, debe concluirse que sólo cabe operar con meras conjeturas y elucubraciones sobre la forma en que exhibió el arma el acusado con anterioridad al disparo contra Adoración.

Y como esas conjeturas no excluyen algunas hipótesis que favorecen al reo al descartar los presupuestos fácticos de un comportamiento aleatorio, procede rechazar en este caso la agravante de alevosía y confirmar la condena por un delito de homicidio. Se rechaza, por tanto, el último motivo de impugnación de la acusación particular.

QUINTO.- Los fundamentos jurídicos que se han venido exponiendo nos llevan necesariamente a la desestimación de los dos recursos de casación, imponiéndose a las partes impugnantes las costas de esta instancia (art. 901 LECr).

### FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la representación de Jesús María y por la representación de Nuria, Ariadna y Paulino contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, de fecha 7 de octubre de 2008, dictada en la causa seguida por los delitos de homicidio y de tenencia ilícita de armas, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas; y a la pérdida del depósito si éste se hubiere constituido.

Comuníquese esta sentencia 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.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Gumer-sindo Jorge Barreiro.- Luis Román Puerta Luis.

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



2009/229040

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 19 junio 2009. Ponente: D. José Antonio Montero Fernández

Con transcendencia tributaria

## Solicitud de información tributaria realizada a la aseguradora sobre pólizas multiriesgo

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad aseguradora contra la SAN que confirmaba la resolución del TEAC, desestimatoria de la reclamación económico administrativa formulada contra un requerimiento de información, cursado por la unidad regional de gestión de grandes empresas, sobre titulares de pólizas multiriesgo. La Sala considera que el requerimiento solicitado no es arbitrario, en la medida en que se haya suficientemente motivado, ya que se muestra razonablemente individualizado en relación con un grupo de personas concreto, los titulares de las pólizas con las características vistas, de modo que no puede entenderse que sea una solicitud desproporcionada, ni tampoco generalizada e indeterminada, puesto que los datos solicitados son sumamente concretos y precisos, no requieren mayor explicación, ni una explicación adicional, para tener perfecto conocimiento de qué concretos datos eran los solicitados. Tampoco resulta desproporcionado, sin perjuicio de cuestiones de detalle sobre los datos solicitados cuya cumplimentación pudiera ser difícil, cuestiones que no son alegadas con la suficiente precisión y detalle por la parte recurrente, por lo que no cabe pronunciarse sobre las mismas. Formula voto particular D. José Antonio Montero Fernández.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia de 18 de noviembre de 2002 de la Audiencia Nacional, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo deducido contra la resolución del TEAC de 22 de diciembre de 2000, que desestimó la reclamación económico administrativa contra requerimiento de información cursado en 16 de marzo de 1998 por la Unidad Regional de Gestión de Grandes Empresas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 111.1 de la LGT.

SEGUNDO.- Consta que en 11 de marzo de 1998 la Inspectora Regional Jefe de la Agencia Tributaria Especial de Gestión de Grandes Empresas, de Las Palmas de Gran Canarias, requirió a la entidad Mapfre Guanarteme Compañía de Seguros y Reaseguros de Canarias, S.A., en los siguientes términos: "De conformidad con lo establecido en el art. 111.1 de la Ley 230/1964 General Tributaria, de 28 de diciembre, modificada por la Ley 25/1995, de 20 de julio (BOE 22/07/95), se le requiere para que en el plazo de diez días hábiles a partir de la recepción de la presente, facilite a

esta Unidad sita en planta 5ª de la Delegación de la A.E.A.T. de Las Palmas de G C y a la atención del subinspector de Tributos D. Rafael García Miranda, la siguiente documentación:

Titulares de póliza denominadas Multiriesgo con alguna de las siguientes características:

1) Que el importe asegurado por contenido sea superior al asegurado por continente.

2) Que se encuentre asegurado el apartado denominado "Joyas, alhajas, obras de arte y antigüedades".

3) Que se encuentre asegurado con cantidades superiores a 5.000.000 ptas. el concepto de reposición de mobiliario".

La resolución del TEAC se pronuncia en el sentido de que la transcendencia económica de la información solicitada es tan evidente que haría ociosa cualquier motivación expresa de la misma. Que reúne los requisitos de individualización previstos legalmente. Sin que sea preciso que el requerimiento se efectúe en el marco de una actuación inspectora concreta.

La sentencia de 18 de noviembre de 2002, objeto del presente recurso de casación, desestima la pretensión actora, reiterando los argumentos utilizados por el TEAC para rechazar la reclamación.

Los motivos en los que se apoya la parte recurrente para justificar el recurso de casación dirigido contra la expresada sentencia, se concretan en el art. 88.1.d) por violación de lo dispuesto en el art. 54 de la Ley 30/92, en tanto que carece de motivación alguna el requerimiento lo que impide siquiera comprobar la trascendencia económica que se exige legalmente para la corrección del requerimiento, sin que baste la mera mención al art. 111 de la LGT, además no justifica la imposición de una carga que es en definitiva la obligación que le impone el requerimiento. Por igual motivo al considerar infringido el propio art. 111 de la LGT y jurisprudencia dictada al respecto, en tanto que un requerimiento general como el cursado supone una carga fiscal indirecta inadmisibles por la derivación del material humano y costosa elaboración de la información solicitada, conculcando los principios constitucionales de igualdad y reserva de ley para el establecimiento de prestaciones personales y patrimoniales, con absoluta falta de proporcionalidad del requerimiento, debiendo considerarse que la individualización exigida legalmente se refiere también a la información objeto del requerimiento, en tanto que tal y como se ha solicitado suscita, además, razonables dudas sobre qué es lo solicitado respecto de una posible transcendencia tributaria, debiendo asumir la recurrente el trabajo propio de la Inspección de los Tributos.

El Sr. Abogado del Estado considera que la recurrente pretende establecer un deber singular de motivación, siendo evidente que la información solicitada, sin necesidad de más explicación, posee transcendencia tributaria, no sólo respecto del Impuesto sobre el Patrimonio, sino también por ser refugio habitual del llamado dinero negro. No era necesaria otra explicación ni motivación, pues basta una motivación sucinta e incluso implícita, bastando en este caso la sola invocación del art. 111 de la LGT. No existe, por demás desproporcionado, pues realizándose una investigación sobre determinados refugios del dinero negro, resulta adecuada la información solicitada en función de la finalidad perseguida. Cumpliéndose el requisito de individualización exigido.

TERCERO.- Procede tratar los motivos alegados en conjunto por la inescindible imbricación de los mismos, en atención al planteamiento que hace la parte recurrente.

Esta Sala se ha venido pronunciando sobre la cuestión objeto de la polémica. Ya en sentencia de 24 de julio de 1999, al requerimiento efectuado a la entidad Aurora Polar

S.A., sobre información correspondiente a pólizas de seguros con prima única emitidas por la entidad durante los años 1985, 1986 y 1987, con identificación de los suscriptores y beneficiarios de las mismas, así como la cuantía de las primas satisfechas, capital diferido y número de años de duración, correspondiendo las primas anuladas y rescatadas; se dijo que: “Y en cuanto al art. 43 -de la antigua LPA - porque el requerimiento que nos ocupa no se encuentra incluido entre los actos que dicho precepto enumera como necesitados de motivación expresa, bastándole con la cita de las disposiciones legales que a juicio de la Inspección de Hacienda sustentaban el requerimiento, fundamentalmente el art. 111 de la Ley General Tributaria”.

En la sentencia de 19 de febrero de 2007, se acogía la tesis de la sentencia de instancia, objeto del recurso de casación, señalando que “La mencionada sentencia reproduce el requerimiento, firmado por el Jefe del Servicio de Inspección Tributaria de la Delegación de la Consellería de Economía y Facenda de Ourense, en el que, tras la cita de los artículos 111 y 112 LGT/1963 y 37 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, se alude a que la información solicitada se relaciona “con la comprobación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados” interesando que se le faciliten los “talonarios de pagarés cambiarios remitidos a empresas en las fechas entre 1-1-94 y 31-12-96, con expresión de los datos identificativos (nombre y apellidos o razón social, domicilio y NIF de las entidades o personas físicas) y números de serie de los talonarios”. Para concluir en igual sentido en el que lo hacía la sentencia objeto del recurso de casación,

“Y por último, cuando considera proporcionado el requerimiento y acreditada la trascendencia tributaria de los datos requeridos, haciendo suyo los razonamientos del Tribunal Económico-administrativo Regional, por cuanto podían ser útiles para la adecuada gestión tributaria, al estar relacionados, directa o indirectamente, con operaciones de contenido económico relacionadas con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, hace referencia a los términos en los que se pronunció el TEAC, “entendiendo que el requerimiento se encuadra en el art. 111 de la LGT, el cual atribuye a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, la obligación de proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas, estableciendo en el apartado segundo, que debe cumplirse dicha

obligación “bien con carácter general, bien a requerimiento individualizado”; que el requerimiento impugnado constituye un acto administrativo con entidad propia, que concreta e individualiza el deber general de suministrar información de relaciones económicas con terceros establecido en el referido artículo 111; que no se trata de un acto limitativo de derechos subjetivos, sino que define una obligación de hacer, por lo que es suficiente motivación del acto la cita de las normas que fundamentan jurídicamente la misma como objeto del requerimiento”, y para acoger la tesis recogida de la sentencia se razona:

“La información se solicita en referencia a la comprobación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, tal como consta en el requerimiento, por lo que se da por existente la trascendencia tributaria de la información. Sobre el significado y alcance de este concepto jurídico indeterminado, la S.T.S. de 3/2/01 precisa que “la información puede solicitarse en cuanto sirva o tenga eficacia en la aplicación de los tributos, obviamente tomando la frase en términos generales, pues la norma no se refiere a la comprobación e investigación de una determinada relación tributaria, sino que busca habilitar para recabar información, tanto de particulares como de organismos, para cuanto conduzca a la aplicación de los tributos.

Y naturalmente, aunque no se diga expresamente, la Administración habrá de atemperar el requerimiento de información al principio de proporcionalidad (tercera acotación) que irradia sobre toda la actuación administrativa, limitando los extremos solicitados al fin expresado de la aplicación estricta de los tributos, siendo demostración nuestra sentencia de 24 de julio de 1999, al afirmar que están proscritas las injerencias arbitrarias o desproporcionadas en el derecho a la intimidad de las personas, en la exigencia del deber de información y colaboración tributaria”.

También en otro supuesto de requerimiento de información, la Sala tuvo ocasión de manifestar, sentencia de 14 de febrero de 2006, que “la motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico permitiendo a un observador saber cuáles son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La exigencia de información debe estar atemperada por lo que sea necesario para la gestión e inspección tributarias. Este deber fue precisado por el art. 113 de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, al relacionar las potestades de la Inspección y el deber de colaboración de los ciudadanos y entidades con una doble exigencia: los datos,

informes o antecedentes obtenidos por ella obtenidos en el desempeño de sus funciones,

a) Tienen carácter reservado.

b) Sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendadas, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto alguna de las cinco excepciones previstas en el mismo precepto, y que van desde la investigación o persecución de delitos hasta la colaboración con otras Administraciones tributarias, públicas o comisiones parlamentarias, en los términos que el propio precepto especifica. Por todo ello y siempre que la información solicitada se encamine a la aplicación efectiva de los tributos, ha de compartirse la afirmación de la sentencia recurrida relativa a que dicha utilidad puede ser potencial, indirecta o hipotética...”.

De dicha doctrina se colige, que el requerimiento previsto en el art. 111.1, para su validez, necesariamente debe estar motivado. Motivación que debe responder a la exigencia legal de que la información solicitada posea trascendencia tributaria, justificando la utilidad de la misma al fin específico para el que se prevé y conteniendo la fundamentación adecuada que permita al interesado conocer las razones de la decisión.

CUARTO.- En el caso concreto que nos ocupa, el contenido del requerimiento fue recogido en el fundamento Jurídico Segundo, refleja, sin necesidad de mayores explicaciones o razonamientos, y justifica la trascendencia tributaria de la información solicitada. En efecto cualquier observador, y más para los operadores del tráfico económico y mercantil, advierte, sin duda, que los datos solicitados por sus especiales características, por reflejar un importante nivel económico de las personas que tienen suscritas pólizas de las características requeridas, tienen una evidente trascendencia tributaria, incluso inciden especialmente en determinados impuestos como el de patrimonio o el de renta. El requisito de la motivación se cumple en este caso, y su contenido resulta suficiente para delimitar la trascendencia tributaria del requerimiento. Tan es así, que el haberle añadido al requerimiento de forma expresa que la trascendencia tributaria se concreta en tal o cual impuesto, resultaba un añadido hueco, y nada añadiría a la justificación que el propio requerimiento incorpora en los concretos datos que se solicita.

QUINTO.- La alegación de la recurrente de que además se le está imponiendo una excesiva carga material y económica, distrayendo gran parte de sus medios para hacer una labor que corresponde a la Inspección de los Tributos, tal y como se realiza, de forma general y sin des-

cender al caso concreto, y sin acreditar dichas afirmaciones, no puede conllevar el éxito del motivo invocado por incumplimiento del art. 111.1 por desproporción de la solicitud. Para su éxito, la premisa primera pasaba por haber acreditado en la instancia dichos hechos, lo que no hace, limitándose a su mera exposición.

El requerimiento se nos muestra razonablemente individualizado en relación con un grupo de personas concreto, los titulares de las pólizas con las características vistas, de modo que no puede entenderse que sea una solicitud desproporcionada. Ni tampoco generalizado e indeterminado, puesto que los datos solicitados son sumamente concretos y precisos, no requieren mayor explicación, ni una explicación adicional, para tener perfecto conocimiento de qué concretos datos eran los solicitados.

Por todo ello, se entiende que el requerimiento solicitado no es arbitrario, en la medida en que se haya suficientemente motivado, y que no es desproporcionado, sin perjuicio de cuestiones de detalle sobre los datos solicitados cuya cumplimentación pudiera ser difícil, cuestiones que no son alegadas con la suficiente precisión y detalle por la parte recurrente, por lo que no cabe pronunciarse sobre las mismas.

SEXTO.- Con imposición de las costas causadas, por imperativo de lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, con la limitación respecto de honorarios de la asistencia jurídica de la parte vencedora de 1.200 euros.

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

## FALLO

Primero.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Mapfre Guanarteme Compañía de Seguros y Reaseguros de Canarias, S.A. representada por Procurador y dirigida por Letrado, contra la sentencia dictada, con fecha 18 de noviembre de 2002, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el num. 390/2001, la que confirmamos.

Segundo.- Con imposición de costas con el límite señalado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frias Ponce.- Ángel Aguallo Avilés.- José Antonio Montero Fernández.



## RESEÑA

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



2009/165907

TS Sala 1ª, Sentencia 16 julio 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

### Reclamación de daños y perjuicios por dilación provocada en obras

El TS declara no admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por los recurrentes -demandados-, contra la sentencia dictada por la AP, dictada como consecuencia de los autos seguidos por reclamación de daños y perjuicios consecuencia de la dilación provocada en las obras que venía efectuando la actora por los procedimientos interdictales promovidos por los ahora recurrentes; declarando la firmeza de la misma. El Tribunal considera, entre otros motivos, que no ha existido vulneración alguna en la resolución impugnada, dado que basándose la demanda presentada por la entidad actora en una acción fundamentada en el art. 1902 CC, que regula la culpa extracontractual o aquiliana, no existe en la sentencia de apelación mención alguna referente al ejercicio de una reclamación contractual.

2009/165909

TS Sala 1ª, Sentencia 14 julio 2009.  
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

### Resolución de contrato de arrendamiento: no hay maquinación fraudulenta

El TS desestima la demanda de revisión civil que promovió la parte recurrente -demandado-, respecto a la sentencia estimatoria de instancia en relación a juicio por resolución de contrato de arrendamiento. El Tribunal considera que no puede ser acogida la pretensión del recurrente al no poder apreciar en el caso una actuación engañosa del accionante de resolución contractual que, encubriendo una situación diferente de la realmente planteada en el proceso, pueda incardinarse en el motivo cuarto del art. 510.4 LEC, no existiendo al tiempo de plantearse la demanda una actividad engañosa, falaz y contraria a la verdad

para obtener el resultado procesal pretendido basado en la causa de necesidad demostrada.



2009/128123

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

### Inaplicación de subtipo agravado en robo con violencia o intimidación

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de robo con violencia, allanamiento de morada, y detención ilegal, y falta de lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el subtipo agravado del robo con violencia o intimidación, pues si bien es obvio que una pistola es arma y que un cuchillo de grandes dimensiones es medio especialmente peligroso, la mera posibilidad con que la sentencia describe las características de los medios es incompatible con la realidad que exigiría el "factum"; si bien el empleo de tal giro sería suficiente para entender expresado el supuesto básico concerniente a la intimidación.

2009/134672

TS Sala 2ª, Sentencia 22 junio 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

### Delito de falsedad e inducción a falsedad y estafa

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de falsedad, inducción a falsedad, y estafa. Dice la Sala que la atribución a este acusado de la extensión del documento -propuesta de seguro-, aparentando que reflejaba un contrato suscrito días antes de la figurada en el mismo, aparece justificada por las razones expuestas en la sentencia y que ello es conforme a las exigencias de la presunción de inocencia. Sin que sea razonable la sistemática alternativa, ofrecida por

el recurrente, de que el documento fue extendido en la fecha con que figura.

2009/134676

TS Sala 2ª, Sentencia 12 mayo 2009.  
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

### Diferencias entre apropiación indebida y administración desleal

Se estima parcialmente por la Sala el recurso de casación promovido por el acusado en causa seguida contra el mismo por sendos delitos de apropiación indebida, administración desleal y alzamiento de bienes. El TS dicta segunda sentencia y señala que cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal, resultando en el presente caso aplicable este último delito pues el socio realizó diversos actos de administración desleal encaminados a descapitalizar a la sociedad de la que formaba parte.



2009/190324

TS Sala 4ª, Sentencia 29 junio 2009.  
Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

### Cobro de plus de peligrosidad por días efectivos de trabajo

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada frente a sentencia que reconoció el derecho de la actora a cobrar el plus de peligrosidad por días naturales y no por días efectivos de trabajo.

La Sala señala que la doctrina en la materia ha sido unificada por la reciente STS de 10 de diciembre de 2008 y en este sentido se declara que el complemento de peligrosidad es uno de los que se vinculan al trabajo realizado y, salvo que se haya dispuesto otra cosa, -lo que no ocurre en este caso- habrá de percibirse el plus cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe esa actividad que comporta el riesgo o la peligrosidad que se retribuye con el complemento, esto es, por día efectivo de trabajo y no

por día natural; por otro lado, no se trata de un plus consolidado o una condición más beneficiosa -aunque la actora hubiera venido percibiéndolo durante los primeros quince meses por días naturales- puesto que no existe pacto que así lo refleje y del convenio aplicable -limpieza de edificios y locales de Asturias- tampoco se desprende ese resultado.

2009/190327

TS Sala 4ª, Sentencia 23 julio 2009.  
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

### Retribución de la pausa del bocadillo

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Asociación Profesional de Ferroviarios Independientes -parte demandante- frente a sentencia que, sobre Conflicto Colectivo, rechazó declarar que la contraprestación por el no disfrute efectivo del tiempo de descanso conocido como bocadillo se abonase por analogía, al menos, como los descansos mínimos semanales y las fiestas con el valor de la hora ordinaria.

La Sala señala que el precepto convencional cuya infracción se denuncia establece que para los turnos de trabajo en régimen de jornada continuada el período de descanso diario considerado como tiempo de trabajo efectivo es de 25 minutos, la contraprestación por el no disfrute del bocadillo está fijada en una cuantía económica que ya se encuentra integrada en el Sueldo Específico de Puesto de Trabajo, salvo para el personal de oficinas y servicios complementarios; por tanto, dicho precepto hace innecesaria cualquier interpretación que no sea la literal, al aparecer claros todos los términos en cuanto a la retribución de la pausa para el bocadillo.

2009/190330

TS Sala 4ª, Sentencia 15 julio 2009.  
Ponente: D. Benigno Varela Aufrán

### Dieta mínima garantizada abonable por día natural y no por servicio de vuelo

El TS desestima el recurso de casación promovido por la Compañía Aérea demandada frente a sentencia que declaró el derecho de los trabajadores afectados por el Conflicto Colectivo a que les fuese abonada la dieta mínima garantizada por día natural y no por servicio de vuelo.

La Sala señala que la interpretación del art. 70,3 en relación con el 18 del convenio aplicable -I Convenio Colectivo Estatutario suscrito entre la empresa recurrente y sus tripulantes de Cabina de Pasajeros- indica que no se puede, en modo alguno, como pretende la empresa recurrente, cambiar el abono de una dieta prevista con los caracteres de diaria, mínima y garantizada para abonarla en función del servicio de vuelo realizado.