



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2821

Madrid, miércoles 21 de abril de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/3535

TS Sala 3ª, Sección 6, Sentencia 13 enero 2010. Ponente: D. Agustín Puente Prieto

Recurso de casación para la unificación de doctrina

### Expropiación de terrenos entendidos como urbanizables afectados por obras de circulación viaria

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado frente a la sentencia que fijó el justiprecio de todos los bienes y derechos expropiados en la cantidad de 375.367, 49 euros. La Sala considera que la valoración del suelo afectado por obras de circunvalación viaria debe tener en cuenta la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y, por ello, las obras de la circunvalación de Segovia y de los terrenos en ellos enclavados, se involucran en la vida y en el urbanismo de la ciudad de Segovia, encontrándose integrada en el sistema general de comunicación y la estructura orgánica de la ciudad, por lo que los terrenos expropiados, a los efectos de su valoración, han de entenderse como urbanizables.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra sentencia de 19 de diciembre de 2008, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que resuelve, estimándolo, el recurso jurisdiccional interpuesto por la representación de D. Luis Alberto contra resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Valencia de 5 de abril de 2006 sobre valoración de finca expropiada para la realización de las obras "31-V-1357. Ronda Norte de Valencia. Tramo Benimámet-Ciudad Fallera".

La sentencia objeto del recurso analiza, en el fundamento de derecho tercero, la cuestión esencial suscitada en relación con la valoración de las fincas como suelo urbanizable en los siguientes términos:

Esta Sala y Sección Segunda, en recursos sobre la misma naturaleza y obra a ejecutar por la Administración demandada, las de 26 de junio y 9 de julio de 2.008, dictadas en los recursos núm. 803/06 y 863/06, por todas, ha entendido, reiterando el criterio de otras anteriores, la de 24 de septiembre de 2.007, entre otras, que la obra pública cuya ejecución determina la expropiación viene constituida por la Ronda Norte de Valencia, en un determinado tramo de su trazado, por lo que nos hallamos ante un sistema general dotacional viario que forma parte del entramado urbano de la ciudad y está incluido en el ámbito del Sector 4 del Suelo urbanizable Programado del P.G.O.U. de Valencia (PRR-4 Benimaclet); conforme al Plan parcial del Sector, la Ronda se considera "Sistema General de Red Viaria GRV-3 Via Interdistrital". Es cierto que el concreto suelo expropiado está clasificado como no urbanizable, pero el Tribunal Supremo ha venido entendiendo (Sentencias de 25

de abril de 1.996 y de 10 de julio de 1.997, por todas), que "esta categorización no tiene más significado que el encaminado a preservar a dicho suelo del proceso urbanizador, excluyéndolo de toda forma de propiedad urbana derivada de los usos constructivos o edificatorios característicos de este tipo de propiedad", y por ello "a pesar de estar clasificado de no urbanizable el suelo de uso dotacional o para sistemas generales, vocados a servir al conjunto urbano por el planeamiento, si esta clasificación se ha hecho de manera que suponga la singularización y el aislamiento del suelo afectado, su valoración, a efectos de ejecutar las valoraciones o sistemas generales por el sistema de expropiación, debe hacerse como si de suelo urbanizable se tratase, ya que, de lo contrario, se incumpliría la obligación de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento impuesta por los arts 3.2 b) y 87.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por R.D. 1.346/76, de 9 de abril, ya que el trazado y las características de la red viaria y el desarrollo de la estructura general de ordenación urbanística del territorio (arts. 12.2.1e) y 2.2 a) del citado T. Refundido) se incluyen específicamente entre las previsiones del suelo urbano y urbanizable".

Atendido lo anterior, resulta evidente el error padecido por el Jurado en cuanto acude para la valoración de este suelo a su valor inicial o rústico, pues, en realidad y pese a la clasificación otorgada por el P.G.O.U., el destino a "dotaciones" determina su vocación urbanística y, en consecuencia, debió valorarse como suelo urbanizable por ser ésta la ubicación propia de los suelos dotacionales según las previsiones contenidas en la Ley del Suelo y su interpretación jurisprudencial a la que se ha hecho referencia.

Por ello, se estima correcto el método de valoración empleado por el perito del recurrente en los autos, que obtiene el valor según el método residual (valor en venta: 2.426'40 euros/m2 y valor de construcción: 987'48 euros/m2 que da 745'66 euros/m2) al que han de aplicarse las cargas urbanísticas y la edificabilidad (120 euros/m2 y 0'558 m2t/m2s), lo que arroja 349'12 euros/m2, valor que es el que ha de

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Ausencia de intromisión ilegítima en comunicación de denuncia por trabajador acosado **4**

Resolución de contrato de ejecución de obras de demolición por impago **5**

#### PENAL

Inaplicación de agravante de abuso de relaciones personales en delito continuado de estafa **6**

Delito de falsedad y estafa por la venta de inmuebles **9**

#### ADMINISTRATIVO

Expropiación de terrenos entendidos como urbanizables afectados por obras de circulación viaria **1**

Inadmisión de solicitud de objeción de conciencia en aplicación de la asignatura de Educación para la Ciudadanía **3**

#### SOCIAL

Denegación de la condición de fijo a personal contratado temporalmente por la Administración **13**

Cómputo de trabajadores con contrato indefinido para cumplimiento de cláusula convencional de empleo **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

aplicarse a la superficie real de la finca: 1.694'91 m<sup>2</sup>, que da, finalmente, un valor de 591.729'98 euros.

Respecto de la I.R.O. se aplica el valor del Jurado por no haber sido impugnado, si bien respecto de la superficie real.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el concreto examen de la cuestión de fondo que el presente recurso suscita, hemos de recordar, una vez más, la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a la modalidad casacional de que ahora se trata, recogida, entre otras muchas, en las Sentencias de 3 de marzo de 2.004 y 17 y 24 de mayo de 1999, con cita de las de 17 de mayo y 22 de junio de 1995, 28 de octubre y 13 de noviembre de 1996, 27 de Octubre, 5 de noviembre (dos) y 6 de noviembre de 1997, 4 de febrero de 1998, 10 de febrero de 2001, 6 de mayo de 2002 y así como en las más recientes de 20 de mayo de 2002, 11 de marzo de 2004 y 4 de mayo de 2006, con arreglo a la cual, el recurso de casación para unificación de doctrina es excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, pues cuando, con arreglo a lo establecido en el art. 93 - hoy art. 96.3, en relación con el 86.2.b) de la Ley vigente -, no es posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional por insuficiencia de cuantía, se abre la posibilidad de que dichas sentencias puedan ser recurridas, pero sólo con la finalidad primordial de unificar criterios y declarar la doctrina procedente en Derecho ante la existencia de fallos contradictorios.

Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación, siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia, sino "sólo" cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido en contradicción las resoluciones judiciales.

De ahí el protagonismo que en este cauce impugnatorio excepcional asume la contradicción de sentencias, incluso por encima de la propia

ilegalidad de la que hubiere sido objeto de impugnación, y de ahí, también, que el art. 102.a).4 de la Ley aquí aplicable - actualmente, art. 97.1 y 2 de la vigente - exija que el escrito de preparación deba contener, al lado de la fundamentación de la infracción legal que se impute a la sentencia impugnada, "relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada", es decir, precisa en el lenguaje y circunstanciada en su objeto y contenido, con clara alusión, por tanto, a las identidades subjetiva, objetiva y causal determinantes del juicio de contradicción.

Porque sólo así, esto es, sólo en el caso de que la sentencia o sentencias alegadas como incompatibles sean "realmente" contradictorias con la recurrida, podrá el Tribunal Supremo declarar la doctrina correcta y, cuando preciso sea y por exigencias de tal declaración, casar la sentencia recurrida.

No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la impugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación en general, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al Ordenamiento o de hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido.

Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales pero solo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo. La ilegalidad de la sentencia recurrida es, por tanto, condición necesaria pero no suficiente para la viabilidad de este recurso.

La contradicción, como recuerda la Sentencia de 26 de diciembre de 2000, ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho, situación que ninguna analogía presenta con la de Sentencias "distintas o diferentes", pese a la identidad de planteamientos normativos y de hecho, por el, a su vez, distinto resultado probatorio o por la también distinta naturaleza que pudiera predicarse de los supuestos de hecho contemplados.

Por otra parte, la contradicción ha de resultar de las propias sentencias

enfrentadas, tal y como aparecen re-dactadas, sin correcciones o modificaciones que pudieran derivar de una incorrecta concreción de hechos o de una desviada apreciación probatoria que las mismas pudieran contener.

Y es que, aparte de que esa función correctora o integradora es excepcional en un recurso de casación sólo se admite la integración de hechos a partir de la vigente Ley Jurisdiccional de 1998 y en los términos de su art. 88.3 -, como declaró la precitada Sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2001, sería, en todo caso, una labor imposible respecto de las sentencias aportadas como contradictorias, ya que, en relación con ellas, de lo único de que dispone la Sala de Casación es de sus "certificaciones", no de los autos ni, por tanto, de las alegaciones y pruebas que en cada uno de los procesos a que pusieron fin se produjeron o pudieron producir.

TERCERO.- La Generalidad Valenciana, recurrente en este excepcional recurso, invoca como contradictorias con la recurrida dos sentencias, ambas de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, recaídas con ocasión de la valoración de fincas referida a la misma obra pública, pero en tramos distintos de la Ronda Norte de Valencia, ya que la ahora recurrida está comprendida dentro de tramo Benimàmet-Ciudad Fallera, mientras que las que aduce el recurrente, de la propia Sala de la recurrida, se refieren al tramo Paterna Avenida Maestro Rodrigo, debiendo destacar a estos efectos que en la recurrida, además, se incide en las especiales características de la finca expropiada entendiendo que la finca, y el sistema general dotacional viario concreto enjuiciado para el que fue expropiada, forma parte del entramado urbano de la ciudad y está incluida en el ámbito del Sector 4 del Suelo Urbanizable Programado del Plan General de Ordenación de Valencia (P.R.R-4 Benimamet), considerando el Plan Parcial del Sector a la Ronda como un sistema general de red viaria GRV-3 Vía interdistrital, circunstancias éstas no tomadas en consideración por las sentencias que se invocan como contradictorias, lo que impide que la Sala ejerza la función unificadora que este excepcional recurso de casación le asigna, al no concurrir sustanciales identidades de hechos entre los tomados en consideración por la recurrida y las que se invocan como de contraste.

Como hemos recordado en sentencia de 10 de diciembre de 2008, la valoración del suelo afectado por obras de circunvalación viaria debe tomar en consideración la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso; y, por ello, y como hemos dicho en sentencia de 1 de octubre de 2008 para las obras de la circunvalación de Segovia y de los terrenos en ellos enclavados, hemos entendido, considerando el criterio del Tribunal sentenciador, que la nueva vía de circunvalación se involucra en la vida y en el urbanismo de la ciudad de Segovia, encontrándose integrada en el sistema general de comunicación y la estructura orgánica de la ciudad, mientras que, por el contrario, y a título de ejemplo, en la sentencia de 7 de octubre de 2003 y 13 de febrero de 2004 y en relación con la circunvalación de Granada, y puesto que no se había acreditado la relevancia que dicha obra tenía para el citado municipio, limitándose la obra a facilitar la comunicación interurbana, se rechazó la valoración de los terrenos expropiados como urbanizables por entender que no le era aplicable la doctrina que al efecto mantiene esta Sala sobre los sistemas generales.

En el presente caso, refiriéndose la expropiación a fincas comprendidas en tramos distintos de la Ronda Norte de Valencia, y partiendo de la valoración de los elementos de hecho efectuada por el Tribunal de instancia, no existen términos hábiles que permitan apreciar la contradicción de la misma con las sentencias que se invocan como contradictorias.

CUARTO.- Desestimado el recurso, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, procede la condena en costas de la recurrente, con el límite, en lo que se refiere a los honorarios del Letrado de la representación de D. Luis Alberto, única parte que formula auténtica oposición en el presente recurso, ya que la representación de la Administración General del Estado se adhirió, indebida y extemporáneamente, al recurso de casación, de 2.200 euros.

#### FALLO

No ha lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de la Generalidad Valenciana contra la Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2.008 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana-

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94  
ISSN 1888-5020  
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

na; con condena en costas de la recurrente, con la limitación establecida en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. El Excmo. Sr. Trillo Alonso votó en Sala y no pudo firmar.

2010/3539

TS Sala 3ª, Sección 7, Sentencia 14 enero 2010. Ponente: D. Ramón Trillo Torres

Actividad del Estado en materia educativa

## Inadmisión de solicitud de objeción de conciencia en aplicación de la asignatura de Educación para la Ciudadanía

*El TS declara que ha lugar al recurso de casación, casa y revoca la sentencia impugnada y, en su lugar, declara que es conforme a derecho la resolución relativa a la inadmisión de una solicitud de objeción de conciencia respecto a la aplicación de la asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. La Sala considera que la actividad del Estado en materia educativa es obligada y su intervención no se limita a asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado, sino también a ofrecer información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático y esa función estatal comprende tanto la enseñanza pública como la privada, de modo que, en todo caso, la compatibilidad de esta actividad con el derecho a la libertad ideológica y religiosa se encuentra en que la enseñanza del pluralismo que transmite la realidad social de concepciones diferentes ha de hacerse con neutralidad y sin adoctrinamiento, y, en consecuencia, el deber jurídico de cursar la materia Educación para la Ciudadanía es un deber válido. Formula voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Interponen recursos de casación el Letrado de la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª), con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de julio de 2008, recaída en pro-

cedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. La sentencia ahora impugnada estima el recurso contencioso-administrativo formulado por Dª Amelia y D. Moisés contra la resolución del Consejero de Educación, de 4 de marzo de 2008, que resolvió inadmitir su solicitud de objeción de conciencia respecto a la aplicación de la asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos.

Para fundamentar jurídicamente el fallo, la sentencia impugnada se remite, en cuanto a la admisibilidad del recurso, a la sentencia de esa misma Sala recaída en recurso núm. 519/07 y, en relación con el fondo de la cuestión, transcribe literalmente la fundamentación jurídica de la sentencia recaída en el recurso 787/07, de esa misma Sala y Sección, que resuelve idéntica cuestión a la suscitada en el seno del recurso núm. 277/08.

La sentencia impugnada, tras hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo, motiva su fallo estimatorio de la pretensión de la demandante literalmente del siguiente modo:

“Cuarto.- Alegan el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía que los demandantes no precisan los contenidos de la asignatura que vulneran su libertad ideológica o de conciencia. No es así, basta leer la demanda para apreciar que sí que se indican los aspectos de los que se discrepa. Pero la cuestión es precisamente la contraria. Según el TEDH, es al Estado y a cada centro docente al que le corresponde suministrar a los padres la información necesaria para que puedan ejercer su derecho a educar a sus hijos. Incluso ejerciendo el derecho de objetar a la asignatura parcialmente, como preveía la norma noruega objeto de la sentencia de 29 de junio de 2007. En nuestro caso, esa información no se ha suministrado y, además, los contenidos tienen un alto grado de indefinición, lo que no facilita el ejercicio de los derechos de los padres. Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2006, señala como finalidad de la asignatura formar a los nuevos ciudadanos en “valores comunes”. Y en los Reales Decretos 1631/06 y 1513/06, que establecen las enseñanzas mínimas, se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. Ante ésta situación, es razonable que los demandantes, por razones filosóficas o religiosas, que no tiene por qué exponer detalladamente, como también señala el TEDH y prevé el art.16.2 CE, pueden estar en desacuerdo con parte de la asignatura, y lógico que soliciten se excluya de ella a su hijo, a falta de otras previsiones normativas que

permitan salvaguardar su libertad ideológica o religiosa.

Por último, el interés público está en la garantía de los derechos, que al final es lo que justifica la existencia del Estado y sus potestades. Entre éstos derechos están la libertad ideológica y religiosa (art.16.1 CE), y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). La salvaguarda de éstos derechos mediante la objeción de conciencia, no pone el peligro el ordenamiento jurídico democrático, simplemente refleja su funcionamiento. En último caso, corresponde al Legislador crear instrumentos para hacer compatible esos derechos con que la enseñanza básica sea obligatoria y gratuita (art.27.4 CE).

Quinto.- El acto impugnado es nulo por vulnerar los derechos de los arts. 16.1 y 27.3 CE, susceptibles de amparo constitucional (art. 62.1 a) LRJ-PAC), procediendo declarar su nulidad y reconocer la situación jurídica individualizada de los demandantes en los términos solicitados (arts. 31,114.2 y 121.2 LJCA)”.

SEGUNDO.- Tal y como ha quedado expuesto en el antecedente segundo de esta resolución, el recurso de casación del Letrado de la Junta de Andalucía se basa en cinco motivos, cuatro de ellos formulados al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de los arts. 16 y 27 CE, 24 LOE, 62.1.a) LRJ-PAC y 2 del Protocolo núm. 1 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el restante, formulado al amparo del art. 88.1.c) LJCA, por infracción del art. 35 LOTC en relación con el artículo 5 de la LOPJ y 1.7 del Código Civil y el recurso de casación del Ministerio Fiscal se basa en un único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de los arts. 16 y 27 CE. Todos ellos, aun poniendo énfasis en aspectos distintos y siguiendo estilos argumentativos diferentes, coinciden en un dato central: niegan que en el ordenamiento jurídico español exista el derecho a la objeción de conciencia reconocido por la sentencia impugnada.

Primeramente, vamos a examinar el motivo formalizado al amparo del apartado c) por la representación de la Junta de Andalucía.

Se denuncia la infracción del artículo 35 de la LOTC, en relación con el artículo 5 de la LOPJ y ambos en relación con el artículo 1.7 del C.C. En este sentido considera el recurrente que la sentencia inaplica una disposición con rango legal (art. 24.3 LOE) proscrita por el ordenamiento, sin previamente plantear su inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional y sin recoger la doctrina constitucional sobre el contenido esencial de los derechos reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la CE.

El motivo no puede ser estimado pues, como reconoce el Letrado de la Junta de Andalucía, la sentencia impugnada no cuestiona la constitucionalidad de las normas de las que se derivan las actuaciones administrativas, por lo que ninguna vulneración cabe apreciar del art. 35 de la LOTC.

TERCERO.- Rechazadas las infracciones de naturaleza procesal puede advertirse sin dificultad, que el problema planteado en estos recursos de casación, al igual que en los tramitados ante esta misma Sala, bajo número 905/2008, resueltos por sentencia del Pleno de 11 de febrero de 2009, es si los demandantes tienen o no un derecho a la objeción de conciencia frente a la materia Educación para la Ciudadanía y, por consiguiente, si sus hijos pueden o no quedar eximidos de cursarla.

Por esa razón, y, habida cuenta que los motivos de casación formalizados al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional por los dos recurrentes son idénticos a los ya analizados por la sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 11 de febrero de 2009 dictada en el recurso núm. 905/2008, resulta de plena aplicación la fundamentación jurídica en ella contenida.

En esencia, la estimación de los recursos de casación en la referida sentencia se producía al concluirse que la asignatura de Educación para la Ciudadanía se ajustaba a Derecho y que el deber jurídico de cursarla había de reputarse jurídicamente válido, descartándose, a continuación, tanto la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general como de un derecho a la objeción de conciencia constreñido al ámbito educativo.

Para ello, la Sala partía del examen de los antecedentes inmediatos de la materia escolar Educación para la Ciudadanía contenidos en la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y otros documentos posteriores. Confrontando esos antecedentes con los artículos 16.1 y 17 de la Constitución se advertía que la actividad del Estado en materia educativa es obligada, que su intervención no se limita a asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado sino también alcanza a ofrecer información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático y que esa función estatal comprende tanto la enseñanza pública como la privada. En todo caso, decíamos, la compatibilidad de esta actividad con el derecho a la libertad ideológica y religiosa se encuentra en que la enseñanza del pluralismo que transmite la realidad social de concepciones diferentes ha de hacerse con neutralidad y sin adoctrinamiento. De este modo, el deber jurídico de cursar la materia Educación para la Ciudadanía es un deber válido.

Seguidamente, analizaba esta Sala si existe un derecho a la objeción de conciencia frente a la materia Educación para la Ciudadanía. Tras afirmar que el art. 16.1 CE no ofrece base para reconocer un derecho a la objeción de conciencia de alcance general examinaba una serie de precedentes en la jurisprudencia constitucional (SSTC 53/1985, 154/2002 y 177/1996 y 101/2004) que por su alcance particular impiden alterar dicha conclusión.

Finalmente, se abordaba la cuestión desde la perspectiva del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo, es decir, si el art. 27 de la CE que reconoce "el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones" permitiría oponer razones de conciencia para quedar eximido de cursar una materia como Educación para la Ciudadanía.

Examinábamos las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folguero c. Noruega de 20 de junio de 2007 y Hasan Zengin c. Turquía de 9 de octubre de 2007 que, sin embargo, presentan notables diferencias con la presente controversia pues se refieren a supuestos en los que se impone la enseñanza obligatoria de una determinada religión. En todo caso, decíamos que el art. 27.3 no ampara el derecho a la objeción de conciencia frente a la asignatura pues el precepto se refiere solo a la educación religiosa y moral no a materias ajenas a ella. Este precepto solo rige para aquellos aspectos de la citada materia que incidan sobre problemas morales pues la religión, por ser ajena a la ciudadanía ha de quedar fuera de la citada asignatura.

Concluimos pues, que no existe un específico derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo sin perjuicio de advertir que ello no autoriza a la Administración educativa, ni a los centros docentes ni a los concretos profesores a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.

Planteándose la controversia en términos idénticos a los resueltos en la sentencia de 11 de febrero de 2009, procede acordar la estimación de los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Junta de Andalucía.

CUARTO.- De acuerdo con el art. 139 LJCA, no procede hacer imposición de las costas.

#### FALLO

Haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por el Letrado de la Junta de Andalucía contra la Sentencia de la

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª), con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de julio de 2008, que anulamos, confirmando la validez de la resolución de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía. No hacemos imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo.

2º.- Vulneración del contenido de los artículos 36, 37,38 y 39 de la Ley 31/95 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

El recurso debe ser desestimado.

SEGUNDO.- La resolución recurrida no ha infringido en su aplicación los preceptos constitucionales citados, por cuanto el recurrente, a través de la exposición del primer motivo revestido de denuncia de infracción legal sustantiva, en realidad está atacando la sentencia desde los hechos, obviando la calificación que de los mismos hace la resolución y planteando una petición de principio que en nada difiere de los argumentos empleados en la demanda. El vicio casacional de "hacer supuesto de la cuestión" ha sido rechazado en innumerables ocasiones por esta Sala por exceder de lo que ha de entenderse por objeto de la casación, es decir, control de la norma aplicada por los tribunales, no tercera instancia judicial.

En segundo lugar, porque aún entrando a valorar la cuestión planteada, no se aprecia contravención alguna de la norma en la sentencia recurrida:

1º.- La actuación de los demandados es encuadrable en su condición de delegados sindicales de prevención dentro de la empresa, quienes tienen conocimiento de una situación denunciada de acoso.

2º.- En su escrito hacen mención a unos hechos efectivamente denunciados por el trabajador, actuando dentro del ámbito de su competencias.

3º.- No se produce un ataque ilegítimo al honor del demandante sino la comunicación de una situación puesta a su vez de manifiesto por un trabajador, quedando constancia y acreditación de la denuncia formulada y un concreto resultado: La reestructuración del departamento, a efectos de solventar un conflicto laboral evidentemente existente.

4º.- Se comunica a otros trabajadores, un hecho que ya era público en el departamento.

5º.- Se actúa en consecuencia dentro del marco del derecho a la información veraz del artículo 20.1.d) de la Constitución Española, al existir una denuncia de un trabajador que motiva su actuación, como representantes de una organización sindical, siendo el vehículo entre el trabajador y la Dirección de la empresa. Se da el inevitable problema de la subjetivización u objetivización del derecho al honor, no permitiéndose que el criterio subjetivo de la persona que se siente ofendida prevalezca sobre una consideración objetiva, es decir, la inevitable subjetivización debe quedar mitigada por las circunstancias objetivas de la persona, su situación de tiempo y lugar.



2010/11503

TS Sala 1ª, Sentencia 16 febrero 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Derecho al honor

## Ausencia de intromisión ilegítima en comunicación de denuncia por trabajador acosado

*El TS declara no haber lugar a recurso de casación contra sentencia que indicaba no encontrar vulnerado al derecho al honor del recurrente. Éste fue demandado por un trabajador dependiente de su departamento, al considerarse acosado en el entorno laboral, situación conocida en su ambiente de trabajo y formulando denuncia ante la dirección de la empresa y ante los Delegados de Prevención de UGT, al objeto de adoptar las medidas oportunas, procediendo la dirección de la empresa a una reestructuración del departamento, y así solventar el problema existente que resultaba público entre los trabajadores. El actor considera que se le ha ofendido y que ha habido intromisión ilegítima por el contenido de la comunicación. Considera el Tribunal, que tal intromisión no ha existido, y que el derecho al honor del recurrente no ha sido vulnerado, por no encontrarse en el escrito expresiones injuriosas u ofensivas, recogiendo una situación de presunto acoso objeto de denuncia, existiendo un interés en el ámbito en el que se produce que por otra parte era ya notorio y conocido en los trabajadores y que justifica el objeto de difusión.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formuló demanda en protección al derecho al honor e intimidad, dirigida contra de D. Ceferino, Dª Clara, Dª Milagros, resultando en sinopsis la esencia de los hechos debatidos que, el actor es trabajador de empresa mercantil al que estaba subordinado el Sr. Vidal, el cual en un momento determinado estima que se le estaba sometiendo a una situación de acoso laboral por parte de su superior -actor del presente procedimiento- presentando por ello denuncia ante la dirección de la empresa y ante los Delegados de Prevención de U.G.T., demandados en estos autos, que enviaron un documento al Comité de Salud de la empresa y a la Dirección de Recursos Humanos, dando cuenta de la denuncia presentada al objeto de adoptar las medidas oportunas al respecto, procediendo la dirección de la empresa a una reestructuración del departamento, a fin de solventar el problema existente que resultaba público entre los trabajadores.

Se trata pues, de una posible confrontación entre el derecho al honor del recurrente y el derecho a la información utilizada por los recurridos, sin que los hechos hoy enjuiciados puedan afectar al derecho fundamental a la intimidad del demandante.

La Audiencia Provincial de Madrid (sección 19ª), revoca la sentencia dictada en primera instancia y desestima la pretensión ejercitada al encontrarnos ante la difusión de una información veraz, en el ámbito de sus atribuciones en relación a unos hechos notorios y públicos.

Interpone recurso de Casación la parte demandante articulando su recurso dos motivos:

1º.- Infracción del artículo 20.1 d) de la Constitución Española, en relación con el artículo 18.1 de la Constitución por errónea interpretación, al tratarse de una información inveraz.

En el presente caso, como se ha apuntado, no ha habido intromisión ilegítima, el contenido de la comunicación por escrito no contiene expresiones por sí atentatorias del derecho al honor pues objetivamente no son por sí injuriosas u ofensivas, recogiendo una situación de presunto acoso objeto de denuncia, existiendo un interés en el ámbito en el que se produce que por otra parte era ya notorio y conocido en los trabajadores y que justifica el objeto de difusión.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de Casación, tampoco puede prosperar, son numerosas las resoluciones de esta Sala, que concluyen que no cabe la invocación en el recurso de Casación civil de normas de distinto orden jurisdiccional. Declara la sentencia de 30 de septiembre de 2009:

“La casación, en el orden jurisdiccional civil, que corresponde a esta Sala 1ª del Tribunal Supremo no permite la cita de normas administrativas como motivo de recurso, salvo que sean complementarias o que desarrollan preceptos de Derecho civil. Y así lo han expresado también las sentencias de esta Sala de 9 de junio de 2003, 13 de junio de 2007 y 29 de junio de 2009.

Por todo ello, el recurso de casación se rechaza y se confirma la sentencia recurrida, como dice el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con imposición de costas a la parte recurrente, aplicando el artículo 398 en su remisión al 394 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Natalia Martín de Vidales Llorente en nombre y representación de D. Luis Enrique contra la sentencia dictada por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 21 de noviembre de 2006.

Segundo.- Condenamos a la parte actora D. Luis Enrique al pago de las costas causadas.

Tercero.- Líbrense a la mencionada Audiencia 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. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Exc-

mo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.

2010/6380

TS Sala 1ª, Sentencia 1 febrero 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

### Resolución de contrato de ejecución de obras de demolición por impago

*El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a la propietaria de las obras demandada a pagar a la actora la cantidad pactada como contraprestación de los trabajos de demolición realizados, al considerar que el incumplimiento contractual respecto al impago de dichos trabajos era de suficiente entidad para provocar la resolución del contrato de ejecución de obra suscrita entre las partes, acordando también condenarla al abono de la cantidad que había obtenido en ejecución de la garantía bancaria prestada por la actora para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de apelación declaró resuelta y liquidó la relación jurídica que había nacido entre las partes, Sangofe, SA y Hoteles Turísticos Unidos, SA, de un contrato de ejecución de obra - consistente en el derribo de un edificio y la construcción de otro destinado a servir de hotel -. En dicho contrato la primera ocupó la posición de constructora y la segunda la de dueña de la obra.

La causa de la resolución del vínculo - pretendida por las dos partes - fue discutida en ambas instancias, con el fin de determinar el régimen de la liquidación del mismo - especialmente, en relación con la suerte de las fianzas que garantizaban el cumplimiento de las obligaciones de cada una de aquellas -.

Para Sangofe, SA la resolución procedía por no haber pagado la demandada la contraprestación pactada a su cargo por los trabajos de demolición de la construcción que existía en el terreno sobre el que debía elevarse el nuevo edificio - efectivamente realizados por ella, antes de abandonar la obra -.

Para Hoteles Turísticos Unidos, SA - también actora por reconvencción - la extinción sobrevenida de la relación contractual había sido consecuencia, no de la falta de pago que se le atribuye - y no niega -, sino de haber abandonado Sangofe, SA la obra antes de haberla iniciado con la construcción de los cimientos.

El Juzgado de Primera Instancia declaró probado que quien primero había incumplido - la prestación dineraria identificada en la demanda - fue Hoteles Turísticos Unidos, SA, si bien negó que ese incumplimiento tuviera entidad resolutoria, a diferencia de lo que sucedía con el subsiguiente abandono de la obra por la constructora demandante.

La Audiencia Provincial, por el contrario, consideró que había sido bastante para provocar la resolución del vínculo contractual el demostrado incumplimiento por la dueña de la obra de la referida obligación de pagar los trabajos de demolición. Por ello liquidó el contrato con la condena de Hoteles Turísticos Unidos, SA abonar a la otra contratante la cantidad pactada como contraprestación de los mismos, así como la que había obtenido en ejecución de la garantía bancaria prestada por la constructora para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

La sentencia de la segunda instancia ha sido recurrida por la demandada Hoteles Turísticos Unidos, SA, por razones procesales y sustantivas.

SEGUNDO. El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal lleva a Hoteles Turísticos Unidos, SA a acusar, sirviéndose de la cobertura del ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 218 de la misma Ley.

Alega que es contrario a las reglas de la lógica - a las que el apartado 2 del precepto últimamente citado manda se ajuste la motivación de las sentencias - considerar legítima a Sangofe, SA para resolver la relación contractual por el incumplimiento de una obligación de pago que - según afirma - no era exigible cuando le fue comunicada por ella su voluntad de poner fin al vínculo ni cuanto interpuso la demanda. Y lo mismo dice de atribuir entidad resolutoria a la falta de cumplimiento de tal prestación, dadas la inexigibilidad y escasa entidad de la deuda, así como la corrección del comportamiento que había tenido en los primeros momentos de funcionamiento de la frustrada relación contractual.

El artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado 2, manda que la motivación de la sentencia se ajuste a las reglas de la lógica. Pero lo que la recurrente denuncia nada tiene que ver con dicha exigencia. Plantea una cuestión de

fondo - como se verá, repetida desde distintos puntos de vista en varios de los motivos del recurso de casación -, que consiste en determinar si el incumplimiento en que incurrió la recurrente tiene entidad resolutoria o no y, consiguientemente, si el abandono de la obra por la constructora estaba o no justificado.

La falta de conexión entre el precepto que se dice infringido y la fundamentación del motivo justifica la desestimación.

Procede añadir, no obstante, que, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, al interpretar el artículo 24 de la Constitución Española - así, en la sentencia 163/2.008, de 15 de diciembre -, el respeto al derecho de las partes a obtener una resolución fundada en Derecho implica - además de que la resolución esté motivada, en el sentido de expresar los elementos o razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos en que se fundamenta la decisión -, que la motivación contenga una fundamentación en Derecho, garantía de que la resolución no es consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurre en error patente, pues, en tales casos, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia.

Pues bien, ese deber de motivar, que es al que se refiere la norma invocada por los recurrentes en el encabezamiento del motivo, ha sido cumplido en la sentencia recurrida, como se ha dicho, por cuanto contiene los razonamientos mediante los que se exterioriza el iter decisorio empleado por el Tribunal de apelación, tanto en el orden fáctico como jurídico, en relación con las cuestiones señaladas por la recurrente.

TERCERO. En el primero de los motivos del recurso de casación Hoteles Turísticos Unidos, SA denuncia la violación del artículo 1.125 del Código Civil.

Alega que la factura que Sangofe, SA le había remitido para reclamarle el pago del precio de los trabajos de derribo - cuya omisión determinó la resolución del vínculo contractual - le concedía un plazo - con la fórmula “ forma de pago: pagaré a sesenta días fecha factura “- y que el mismo no había vencido cuando la constructora le comunicó su voluntad de resolver la relación ni cuando la demanda fue interpuesta.

El motivo se desestima.

En primer término porque en él se plantea una cuestión nueva o, al menos - a la vista de la sentencia de apelación, a la que la recurrente no imputa defecto alguno de exhaustividad -, “ per saltum “. Lo que es inadmisibile - sentencias de 26 de junio, 26 de septiembre de 2.008 y 13 de julio de 2.009 -.



Y, a mayor abundamiento, porque en la sentencia recurrida se ha declarado probado - fundamento de derecho tercero - que la factura de que se trata había sido remitida a la ahora recurrente no sólo con la carta de diecinueve de mayo a que se refiere el motivo, sino también varios meses antes - de modo que, contado el tiempo desde entonces, el pagaré, de haber sido entregado, que no lo fue, habría vencido -.

Hemos de indicar que a esta misma cuestión, además de a otras, se refieren también los motivos segundo, tercero, cuarto y quinto, por lo que lo expuesto debe entenderse como argumento de desestimación de todos ellos, en la parte correspondiente.

CUARTO. Los motivos segundo y tercero del recurso de casación sirven a Hoteles Turísticos Unidos, SA para referirse a la interpretación del contrato de ejecución de obra perfeccionado con la demandante y fuente del vínculo resuelto. En ellos señala como infringidos, respectivamente, los artículos 1.281 y 1.285 del Código Civil.

En respuesta a ambos procede recordar, con la sentencia de 15 de junio de 2.009 - y las que en ella se citan, entre otras muchas -, que, aunque los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil no contienen meras reglas lógicas o de buen sentido que se ponen a disposición del intérprete para que libremente se sirva o no de ellas en la búsqueda de la llamada voluntad contractual, sino verdaderas normas jurídicas de las que necesariamente debe hacer uso, la interpretación del contrato corresponde a los Tribunales de instancia, no a esta Sala de casación, que se ha de limitar a realizar un control de legalidad, el cual debe ser superado por todo resultado hermenéutico respetuoso con los imperativos que disciplinan la labor del intérprete, aunque no sea el único admisible según ellos.

A la luz de esa doctrina damos respuesta a las cuestiones planteadas por la recurrente en estos dos motivos - excepto a la referida a la supuesta inexigibilidad de la deuda, ya tratada -.

No es contrario a la regla sancionada en el artículo 1.281 considerar pactado por las partes atribuir consecuencias resolutorias del vínculo a la falta de pago del importe correspondiente a una certificación de obra - en el caso, la de derribo de la edificación existente en el terreno -, pese a que en la cláusula pertinente del contrato las partes hubieran utilizado el término "certificaciones", por cuanto ese empleo del plural puede entenderse como una referencia a todas y cualquiera de las creadas.

Tampoco cabe considerar violentados los cánones hermenéuticos que sancionan los artículos 1.281 y 1.285 del Código Civil, por haber declara-

do el Tribunal de apelación resuelta la relación contractual, pese a que la certificación de la obra no pagada se hubiera confeccionado sin intervención de su dueña, tal como exigía la cláusula 3.2.c) del contrato.

El Tribunal de apelación interpretó esa regla negocial según su tenor literal y lo que hizo fue entender que el comportamiento de la deudora al respecto - relatado en el fundamento de derecho tercero de su sentencia -, justificaba imputarle el defecto de la elaboración del documento, lo que nada tiene que ver con los artículos 1.281 y 1.285 del Código Civil a que se refieren los motivos.

Ambos se desestiman.

QUINTO. En el motivo cuarto denuncia la recurrente la infracción del artículo 1.124 del Código Civil, como consecuencia de haber atribuido el Tribunal de apelación fuerza resolutoria al incumplimiento de una obligación que considera no vencida y, además, de escasa cuantía en relación con el precio de toda la obra.

Destacó la sentencia de 19 de mayo de 2.009 - con cita otras muchas - que, siendo cierto que no todo incumplimiento - en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial de lo ejecutado con lo debido - es suficiente para resolver una relación de obligación sinalagmática, ya que dicha eficacia resolutoria se vincula sólo al que sea esencial, también lo es que esta condición la merece, en primer término, aquel que la tenga por voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, que es a quienes corresponde crear la "lex privata" por la que quieren regular la relación jurídica que les vincula.

A lo expuesto hay que añadir que en la sentencia recurrida se atribuyó tal eficacia al referido incumplimiento, no obstante su entidad relativa, precisamente por haberlo pactado las dos partes contratantes - fundamento de derecho cuarto -.

El motivo se desestima, por lo expuesto y porque la referencia que contiene a la inexigibilidad de la deuda a la que ha quedado vinculada la resolución del contrato - en la medida en que responde a la supuesta existencia de un plazo para cumplirla, que se dice no vencido cuando la demandante decidió resolver el vínculo - no reclama una respuesta distinta de la dada a dicha cuestión al examinar el motivo primero.

SEXTO. En el motivo último de su recurso de casación denuncia Hoteles Turísticos Unidos, SA la infracción del artículo 7 del Código Civil, con el argumento de que la sentencia recurrida había legitimado un comportamiento de la constructora que era contrario a la buena fe, en su sentido de regla o estándar de conducta socialmente admisible.

El motivo se desestima, porque lo que ha hecho la Audiencia de Barcelona no es otra cosa que resolver una relación contractual que, además de consentida por las dos partes, resulta de aplicar una cláusula pactada por ellas y de liquidarla adaptando el efecto restitutorio a las características del contrato de ejecución continuada, con el respeto debido a la reciprocidad de intereses según el conjunto de la relación.

SÉPTIMO. Las costas del recurso que desestimamos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLO

Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Hoteles Turísticos Unidos, SA, contra la Sentencia dictada,

con fecha diecisiete de noviembre de dos mil cinco, por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, con imposición a la recurrente de las costas respectivas.

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.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Ramon Ferrandiz Gabriel, 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 29 septiembre 2009. Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

## Inaplicación de agravante de abuso de relaciones personales en delito continuado de estafa

*El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la condenada en la instancia como autora de un delito continuado de estafa, y dicta segunda sentencia. Entre otros pronunciamientos declara la Sala que a lo largo de toda la sentencia recurrida aparece que la suficiencia del engaño determinante del desplazamiento patrimonial estuvo integrada por la convivencia parental entre la acusada y su tío junto a la demencia senil que en él se iba desarrollando. Por lo que la apreciación de la agravante específica prevista en el art. 250,1 apdo. 7 CP 95, determinaría una vulneración del principio "non bis in idem", comprendido en el de legalidad; la relación a que la AP se refiere no puede ser considerada como un plus segregable del engaño básico.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de los de Valladolid instruyó el Procedimiento Abreviado con el número 2587/2001 contra África y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Cuarta, Rollo 23/2007, que, con fecha 10/2/2009, dictó sentencia núm. 56/2009, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Hechos Probados. Se declara expresamente probado que Dª Áfri-

ca, mayor de edad y sin que consten antecedentes penales, vivió en su propio domicilio sito en la localidad de Simancas (Valladolid), calle direccion000 núm. 000, junto con su tío D. Joaquín, a quien asistía y auxiliaba en las tareas cotidianas, desde la fecha de septiembre de 1994, como "estado grave de demencia -senil- progresiva". Dicha enfermedad mermaba considerablemente sus facultades mentales, circunstancia de la que se valió la acusada para la realización de los hechos que seguidamente se describirán.

D. Joaquín, otorgó testamento, declarado judicialmente válido (Sentencia de esta Audiencia de fecha de 15-2-99) en fecha de 8-6-94 por el que nombraba herederos por partes iguales a sus 10 sobrinos, habiendo luego otorgado otros dos testamentos en fechas de 16-1-95 y 24-1-95, nombrando en éste último como heredera única universal a su sobrina la acusada D<sup>a</sup> África, que fueron declarados nulos por falta de capacidad, en misma Sentencia de esta audiencia de fecha de 15-2-99.

D. Joaquín, era titular, junto con D. Eulalio y D<sup>a</sup> Tamara, de la cuenta bancaria núm. 001 de Caja España, cuyo saldo era propiedad del fallecido. En fecha de 5 de enero de 1995, Joaquín, acompañado y asistido de D<sup>a</sup> África realizó un reintegro en su anterior cuenta bancaria por importe de 5.251.000 ptas. (quedando un resto de saldo de importe 2.831 Ptas.), cantidad que en ese mismo día es depositada en otra cuenta bancaria, la núm. 002 de misma entidad Caja España, abierta en ese mismo día y bajo la titularidad de D. Joaquín y de D<sup>a</sup> África, quien confirmara el documento de ingreso.

En fecha de 9 de febrero de 1995, la acusada ingresó en referida cuenta núm. 002, un cheque por importe de 40 millones de ptas., procedentes de un fondo de inversión que D. Joaquín tenía en el Banco Urquijo. EN fecha de 6 de marzo de 1995, acude la acusada junto con su tío D. Joaquín, a la oficina de Caja de España, próxima a su domicilio de la localidad de Simancas, para reiterar en efectivo de referida cuenta núm. 002 la suma de 40 millones, firmando D. Joaquín el documento bancario, regresando ambos a su domicilio y disponiendo para sí la acusada de dicha cantidad.

En fecha de 4 de julio de 1995, D. Joaquín cobró en el Banco Urquijo un cheque al portador contra su propia cuenta D<sup>a</sup> África ingresa en mismo día en la cuenta núm. 003 abierta en Caja España a su nombre y al de su esposo, cantidad de la que dispuso libremente.

Luego de producirse el fallecimiento de D. Joaquín, en fecha de 20 de diciembre de 1995, la acusada D<sup>a</sup> África entregó al menos a siete de sus primos, la cantidad de 1 millón de ptas. y posteriormente, hacia el 2007, otros dos millones más a algunos de ellos.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

Fallo. Que debemos condenar y condenamos, a la acusada en las presentes actuaciones D<sup>a</sup> África, ya circuncidada, como autora responsable criminalmente de un delito continuado de estafa, ya referenciado, sin la concurrencia de circunstancia alguna de la responsabilidad criminal.

A la pena de: dos años de prisión menor, con las accesorias de Suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de indemnización de daños y perjuicios causados, la acusada abonará, la suma de 1900.000 ptas. (251.824,07euros), para ser reintegradas a la masa hereditaria a confirmar por la defunción de D. Joaquín, para su ulterior liquidación y adjudicación de entre los que resulten herederos.

Condenándose también al acusado al pago de las costas procesales causadas, con inclusión de las devengadas por la acusación particular.

Reclámese del Instructor, debidamente cumplimentada, la pieza de Responsabilidad Civil del acusado.

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por Infracción de Ley y de Precepto Constitucional, por la representación procesal de África, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso; por providencia de fecha 17/4/2009, se tuvo por comparecida y parte a la Procuradora D<sup>a</sup> Silvia Virto Bermejo, en nombre y representación del recurrido, en calidad de Acusación Particular, Eulalio.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la recurrente África, por Infracción de Ley y de Precepto Constitucional, se basó en los siguientes motivos de casación:

Motivo primero de casación.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 113 del Código penal de 1973. La Sala de instancia dedica su Fundamento Jurídico primero a rechazar la alegada prescripción planteada por esta parte, primero como artículo de previo pronunciamiento, posteriormente como cuestión previa al comienzo del Juicio Oral y, finalmente, como alegación de fondo al defender las conclusiones definitivas.

Motivo segundo de casación.- Al amparo del número 2 del art. 849 de la Ley de enjuiciamiento criminal por entender que la Sala ha incurrido en error en la apreciación de la prueba, al no considerar probado, tal como entendía esta parte y así se propuso en la calificación provisional, posteriormente elevada a definitiva, la concurrencia de dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento.

Motivo tercero de casación.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que la Sala ha incurrido en vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el art. 243 de la Constitución Española.

Motivo cuarto de casación.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del art. 5295 del Código Penal de 1973, en relación con el art. 528 del propio Código, al considerar que concurre la circunstancia de abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal solicitó su inadmisión; la parte recurrida lo impugnó; la Sala lo admitió; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 22/9/2009.

#### FALLO

PRIMERO.- El motivo primero del recurso ha sido deducido al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.) por infracción del art. 113 del Código Penal de 1973 (CP73); lo que se trata de fundamentar en que el plazo de prescripción aplicable era el de cinco, y no el de diez, años.

Los hechos ocurrieron, según el "factum", hasta julio de 1995; la denuncia fue presentada en los Juzgados el 31/5/2001; el Juzgado, el 1/6/2001, acordó la incoación de Diligencias Previas, y, el 11/6/2001, el sobreseimiento libre; la Audiencia, el 4/9/2001, revocó la resolución de sobreseimiento libre; y, el 8/11/2001, previa instrucción de los derechos contenidos en el art. 118 LECr., África prestó declaración en concepto de imputada.

El Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación contra África, como autora de un delito continuado de estafa comprendido en los arts. 248.1, 250.6 y 74 CP y solicitó se la impusieran las penas de cuatro años de prisión y multa.

La Acusación Particular, en igual trámite, reputaba a África autora de un delito continuado de hurto, de los arts. 234 y 235, números 3 y 4, CP, o alternativamente, de un delito continuado de apropiación indebida, del art. 252 en relación con el art. 250.1, 6 y 7 CP; y solicitaba para el delito continuado de hurto la pena de tres años de prisión y, alternativamente, para el delito continuado de apropiación indebida las penas de cuatro años de prisión y multa.

El Ministerio Fiscal mantuvo su pretensión en las conclusiones definitivas. La Acusación Particular las

modificó como expresa la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Respecto a la extensión de los plazos prescriptivos ha de estarse, según la jurisprudencia -sentencias de 15/5/2002 y 29/5/2006, TS- a la pena máxima legalmente posible, incluidas las previstas como exasperaciones por subtipos agravados o por continuidad delictiva.

Según el Código Penal anterior al de 1995, para el delito continuado de estafa la pena legal máxima, con arreglo a los arts. 528, 529.5 y 7, y 69 bis CP, excedería de seis años (hasta el grado medio de prisión mayor) y el plazo prescriptivo sería, con arreglo al art. 113, de diez años.

Según el Código Penal de 1995, para el delito continuado de estafa la pena legal máxima, con arreglo a los arts. 248, 249 y 250.1.6 (aún prescindiendo del 7º) y 74 CP, excedería de cinco años y el plazo prescriptivo sería, con arreglo al art. 131, de diez años.

Alude el recurso al sentido pietista de la figura del delito continuado, que debería llevar a sancionar cada conducta por separado. Mas tal consideración carece de vigencia actual; así se explica en la sentencia del 21/10/1991, TS. Y apreciar separadamente las prescripciones supondría escindir parcelas de un comportamiento sustancialmente unitario.

TERCERO.- Los motivos segundo y tercero conciernen a la no apreciación de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas.

En el segundo, deducido al amparo del art. 849.2 LECr., se denuncia error en la apreciación de la prueba al no considerarse probada la existencia de dilaciones indebidas; en el tercero, deducido al amparo del art. 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y del 852 LECr, se denuncia la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el art. 24 de la Constitución (CE).

La consideración de que en el art. 21 del Código Penal aparecen recogidas atenuantes -la 4ª y la 5ª - radicadas en factores posteriores al hecho enjuiciado permite, en la analogía fundamental que prevé la circunstancia 6ª, plasmar las consecuencias del incumplimiento del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, reconocido por el art. 24 CE, en la atenuación de la pena; véanse sentencias de 20.12.2004 y 27.12.2004, TS.; sin que sea necesario anular totalmente la resolución de instancia.

El Tribunal de Derechos Humanos viene señalando -sentencias de 25.3.1999 y 12.5.1999- que la racionalidad de la duración del procedimiento debe ser determinada a la luz de las circunstancias de cada caso, como la complejidad el asunto, la

conducta del acusado y las conductas de las Autoridades; y precisa esta Sala que los retrasos no pueden quedar justificados por defectos orgánicos en la Administración de Justicia -véanse sentencias de 9/12/2002 y 18/10/2004-.

En el recurso se citan como documentos de contraste hasta dieciséis folios de las actuaciones, para colegir que el procedimiento estuvo innecesariamente paralizado:

a.- Entre el 25 de octubre y el 17 de diciembre de 2002 (folio 770 y 780) durante cuyo periodo se tramite un incidente de abstención del Juez instructor, por una causa que, como posteriormente se mostró, no estaba justificada en absoluto y que tuvo el proceso suspendido durante casi dos meses.

b.- Entre el 18 de marzo de 2003 y el 16 de abril de 2003 (folio 841 y 843), un mes durante el que no se practicó diligencia alguna.

c.- Entre el 16 de abril y el 21 de junio de 2003, estuvo la causa paralizada durante más de dos meses sin justificación alguna (folios 846 y 847).

d.- Entre el 24 de septiembre de 2003 y el 18 de junio de 2004 (folio 883 y 889) casi un año durante cuyo tiempo le tramitó un recurso de apelación, cuyo trámite debía de haberse agotado en no más de dos meses.

e.- Entre el 22 de junio de 2004 y el 7 de enero de 2005 (folios 892 y 894). -Este, por error, se fecha en 7 de enero de 2004, pero se debe a la equivocación del Juzgado) durante este periodo, decimos, la causa estuvo parada durante casi siete meses más sin justificación alguna.

f.- Entre el 1 de agosto de 2005 y el cinco de enero de 2006 (folios 961 y 962) durante cuyo plazo, cinco meses, estuvo también suspendida la tramitación de la causa.

g.- Entre el 21 de febrero y el 6 de octubre de 2006 (folio 993 y 998) ocho meses más durante los cuales e tramitó un recurso de apelación que, como anteriormente decíamos, debía haberse resuelto en no más de dos meses.

h.- Entre el 23 de octubre de 2006 y el 17 de enero de 2007 (folios 1005 y 1025) tres meses en que no se llevó a cabo actuación alguna, aun cuando el plazo concedido a las acusaciones había sido de diez días.

Ahora bien, la Jurisprudencia exige -sentencias de 19/3/2009 y las anteriores que cita, TS- que la fuerza acreditativa de los documentos de contraste, en cuanto relevante para el fallo, no se halle desvirtuada por la de otros medios probatorios y no cabe desconocer que, si se acude a los folios de las actuaciones también consta que:

907.-La procuradora de África interesó, el 28/3/2005, la suspensión de la declaración de la acusada (que estaba señalada para el día 30) por estar en tratamiento de un trastorno ansioso-depresivo desde hacía diez días.

917.- El procurador de Herminio interesó, el 1/4/2005, la suspensión de aquella declaración (que había sido señalada de nuevo para el 10/5/2005) por tener que acudir el Letrado a un juicio social.

919.- La procuradora de África interesó, el 6/4/2005, la suspensión de aquella declaración (que había sido señalada de nuevo para el 10/5/2005) por tener que acudir el Letrado a un Consejo Regional de Abogados.

925.- El procurador de Herminio interesó el 13/4/2005 la suspensión de aquella declaración (que había sido señalada de nuevo para el 24/5/2005) por tener que acudir el Letrado a un juicio oral en la misma Audiencia.

933.- La procurador de África interesó, el 11/5/2005, la suspensión de aquella declaración (que había sido señalada de nuevo para el 24/5/2005) por tener un viaje organizado como monitora de la Asociación de Pensionistas de Simancas.

Señalado el 21/6/2005, el procurador de Herminio mostró su indignación en relación con la suspensión. Después esa parte se apartó de la acusación.

En escrito del 27/3/2007 la procuradora de África interesó la prolongación del plazo para presentar el escrito de Defensa.

Las citas que ahora llevamos a cabo, junto a las consideraciones que la Audiencia efectúa en el FJ4 de su sentencia, conduce a concluir que no incurrió en error en apreciación de la prueba el Tribunal a quo respecto a la cuestión de excesividad de demoras atribuibles con exclusividad a órganos jurisdiccionales.

No cabe apreciar que el "factum" contradiga a documentos o haya dejado de comprender lo que resulte sin desvirtuación de los señalados por la recurrente; todo ello aun reputando los escritos citados como documentos y no como mera constancia de otra clase de elementos procesales.

El motivo segundo ha de ser desestimados. Y, consiguientemente, también el tercero, por cuanto no cabe apreciar que haya sido la conducta del órgano jurisdiccional, u otros factores anexos a dicho órgano, lo determinante de la demora en el enjuiciamiento.

CUARTO.- En el motivo cuarto se denuncia, al amparo del art. 849.1 LECr., la indebida aplicación del art.

529.5 CP73 en relación con el art. 528, ya que no concurre la circunstancia de abuso de superioridad en relación con las personales de la víctima.

Aduce que se produce la infracción del principio "non bis in idem" al valorar doblemente una circunstancia que integraría el engaño que constituye en el presente caso la esencia del delito de estafa.

La Audiencia arguye que la relación de confianza entre la acusada y su tío, por ser aquella quien personal y directamente se encargaba de la asistencia y auxilio de él, "no integraría el engaño pero lo facilitaba".

Pero a lo largo de toda la sentencia recurrida aparece que la suficiencia del engaño determinante del desplazamiento patrimonial estuvo integrada por la convivencia parental entre la acusada y su tío junto a la demencia senil que en él se iba desarrollando. Por lo que la apreciación de la agravante específica prevista en el art. 250.1.7 CP95, 529.5 CP73, determinaría una vulneración del principio "non bis in idem", comprendido en el de legalidad -véanse sentencias 2/1981 TC y 28.11.2005 -; la relación a que la Audiencia se refiere no puede ser considerado como un plus segregable del engaño básico.

Este motivo ha de estimado, con las derivadas consecuencias penológicas.

QUINTO.- Estimado uno de los motivos de casación, debe, con arreglo al art. 901 LECr., declararse haber lugar parcialmente el recurso, cásarse y anularse en parte la sentencia y declararse de oficio las costas.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, parcialmente, por infracción de ley, al recurso de casación que ha interpuesto la representación de África contra la sentencia dictada, el 10 de febrero de 2009, por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, en causa por estafa; la cual sentencia se casa y anula en parte, para ser sustituida por la que a continuación se dicta. Y se declaran de oficio las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución, junto con la que a continuación se dicta, a la Audiencia Provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo para su archivo en el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Siro Francisco García Pérez.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil nueve.

El Juzgado de Instrucción número Dos de los de Valladolid incoó Procedimiento Abreviado número 2587/2001 por un delito de Estafa contra África, con DNI núm. 004, hija natural de Castroverde de Campos (Zamora), vecina de Simancas (Valladolid), nacida el 14.2.1940, hija de Herminio y María Gregoria y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid que con fecha diez de febrero de dos mil nueve dictó Sentencia condenándole como autor responsable de un delito de Estafa, a la pena de dos años de prisión menor. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido casada y anulada en parte, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia de la instancia, incluso la exposición de hechos probados.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia, salvo, por las razones expuestas en la anterior sentencia de esta Sala, en cuanto a la agravante específica (o supuesto agravado) de abuso de relaciones personales (art. 250.1.7 CP95, 529.5 CP 73), cuya concurrencia no se aprecia. Y ha de fijarse, para el delito continuado de estafa previsto en los arts. 528 y 529.7 y 69 bis CP73, ahora en los arts. 249, 250.1.6 y 74 CP 95, atendida la gravedad de la culpabilidad, según los hechos probados y las reglas contenidas en los arts. 61.4 y 69 bis CP 73, la extensión de la pena en un año de prisión menor.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a África, como penalmente responsable en concepto de autora, sin circunstancias genéricas modificativas, de un delito continuado de estafa previsto en los artículos 528, 529.7 y 69 bis del Código Penal de 1973, a la pena de un año de prisión menor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Y al pago de las costas de la instancia, incluidas las de la Acusación Particular; y de la indemnización establecida en la sentencia de la Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legisla-



tiva lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarda.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Siro Francisco García Pérez.

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

2009/299964

TS Sala 2ª, Sentencia 1 diciembre 2009. Ponente: D. Joaquín Delgado García

Vendedor que carecía de la disposición sobre los bienes

## Delito de falsedad y estafa por la venta de inmuebles

*No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados y la acusación popular contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de falsedad y estafa. Sostiene el TS que aquí no hubo doble venta, pero sí una conducta que encaja a la perfección en tal norma penal, y el acusado participó conscientemente en cuanto sabía que el vendedor no tenía la facultad de disposición que ha de tener quien vende unas fincas, y logró en cuanto comprador de tales inmuebles que fueron enajenados a favor de la mercantil en cuyo nombre actuó como administrador único; luego, con la titulación así adquirida, perjudicó en primer lugar a los verdaderos propietarios aunque su identidad no haya quedado determinada, y además a otras personas.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento. 1. La sentencia recurrida condenó a los tres acusados:

- Silvio, ingeniero jefe de una Delegación Regional del Catastro en Madrid, donde había nacido en 1932 y con antecedentes penales no computables.

- Brígida, esposa del anterior, nacida en 1962 y sin antecedentes penales.

- Samuel, nacido en 1957, que había conocido a la anterior cuando ambos, aunque no en el mismo negocio, habían coincidido en sus respectivos trabajos en asuntos de empresas inmobiliarias.

2. Los tres se pusieron de acuerdo para emitir una serie de cédulas par-

celarias que firmó el mismo Silvio en dos fechas diferentes, 15-3-1989 y 13-9-1990, en las que con falsedad aparecía Juan como titular según el catastro de siete parcelas, todas situadas en las proximidades de Madrid capital, en Chamartín de la Rosa y en Fuencarral, de una extensión entre cuatro y cincuenta y seis áreas. Dicho Juan se encontraba en una residencia en Aranjuez y falleció tiempo antes de la celebración del juicio por estos hechos.

Con exhibición de las mencionadas cédulas parcelarias, el falso titular de esas siete fincas las vendió por sendas escrituras públicas a Winkel 5 S.A., todas en dos fechas de septiembre y octubre de dicho año 1990. En estas escrituras intervino como representante de tal sociedad Samuel.

Winkel 5 S.A. se constituyó el 26-12-1989 figurando como socios fundadores Samuel que suscribió 100 acciones mientras que el resto, 450 para cada uno, se pusieron a nombre de Brígida y un cuñado de ésta, Estanislao. Esta entidad se fijó como objeto social la promoción y ejecución de negocios inmobiliarios, compra-venta de terrenos, locales, etc.

Con las siete parcelas escrituradas a nombre de Winkel 5 S.A., los tres acusados, asimismo de común acuerdo según los hechos probados de la sentencia recurrida realizaron, respecto de algunas de ellas, otras gestiones: inmatriculación en el Registro de la Propiedad; participación de Samuel en un expediente de expropiación, quien obtuvo por ello del Ayuntamiento de Madrid la importante cantidad de 315.265.907 ptas.; percepción de otras sustanciosas cantidades por alquiler de las vallas para publicidad exterior, muchas vallas, a razón de 8000 y 9800 ptas. mensuales por cada una, con la particularidad de que en las empresas con las que se concertaron estos alquileres estaba interesado Silvio; así como otras operaciones que no es necesario precisar aquí.

3. Por tales conductas la Audiencia Provincial de Madrid absolvió por delito de usurpación del actual art. 245.1 CP y condenó a los tres con las mismas penas: 4 años, 6 meses y 1 día de prisión con las correlativas accesorias de inhabilitación especial y multa de 15 meses y 1 día con cuota diaria de 6 euros (delito continuado de falsedad de funcionario en documento oficial del art. 390.1. 2 y 4º, en concurso medial con la estafa impropia, también de carácter continuado, del art. 251.1, en ambos con una circunstancia atenuante analógica por dilaciones indebidas), con los oportunos pronunciamientos respecto de costas, indemnización a favor del Ayuntamiento de Madrid con responsabilidad civil subsidiaria de Winkel 5 S.A., nulidad de las referidas cédulas parcelarias, de las mencionadas escrituras públicas de compra-venta e

inscripciones en el Registro de la Propiedad, así como también la nulidad de las actas de ocupación y pago del Ayuntamiento de Madrid.

4. Contra dicha resolución recurren ahora los tres condenados Samuel por cuatro motivos, Silvio y Brígida mediante un solo escrito por tres motivos y por dos, Propiedades Chamartín S.A., que actuó en la instancia en calidad de acusación popular.

Recurso de Propiedades Chamartín S.A., acusación popular.

SEGUNDO.- En el motivo 1º de este recurso, al amparo del art. 852 LECr. se alega infracción de precepto constitucional, en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE., por no haberse permitido a la empresa recurrente personarse como parte en el proceso en calidad de acusación particular, con cita como infringido del art. 110 LECr.

Se habla de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva porque, a su juicio, no fue procesalmente correcto haberse tenido como parte a dicha empresa inmobiliaria en calidad de acusación popular, ya que se trata de una persona jurídica que -se dice- fue perjudicada por los hechos por los que aquí en definitiva se condenó a los acusados.

Entendemos que esta cuestión, planteada en la instancia, fue debidamente rechazada por lo razonado en el fundamento de derecho 1º de la sentencia recurrida.

En efecto, hay una razón procesal que justifica lo resuelto por la Audiencia Provincial. Se acordó tener por parte a la aquí recurrente en calidad de acusación popular por medio de providencia del Juzgado de Instrucción de 31.7.2003, según nos dice el propio escrito de recurso.

Tal providencia pudo recurrirse, pues se notificó a esta parte y a las demás. Sin embargo no lo hizo Propiedades Chamartín S.A. quien se limitó a formular su calificación provisional en el concepto en que venía actuando en el procedimiento, siendo ya en el inicio del juicio oral, esto es, de modo extemporáneo, cuando se planteó el tema que ahora se reproduce en este motivo 1º: la cuestión había ya quedado resuelta mediante esa providencia no recurrida. Incluso pudo haberse solicitado en la instrucción ese cambio de posición procesal, lo que tampoco se hizo.

Este es el primer argumento expuesto en el Fundamento de derecho 1º de la resolución aquí impugnada.

Pero hay otro, en todo caso más relevante al respecto. Es lo cierto que la actuación en el juicio oral, el trámite esencial en todo proceso penal, en calidad de acusación popular o acusación particular, a los efectos

que aquí se plantean (vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva), ha de ser siempre la misma, ya que con un título u otro la actuación en el plenario de esta parte como acusación, sea popular o particular, ha de ser siempre la misma, con unas idénticas posibilidades de intervención en el proceso, salvo la inicial exigencia de fianza para la personación. Fuera de esto, quizás la única diferencia radique en que en un caso han de incluirse las costas de la acusación particular entre aquellas que debe abonar el condenado o condenados y en otro no. Algo que en definitiva nada tiene que ver con el derecho fundamental aquí invocado como violado al amparo del art. 852 LECr. Esto sólo sería un efecto procesal diferente sin incidencia alguna en esos derechos fundamentales del art. 24 CE.

Respecto del fondo de esta cuestión, la propiedad o derechos sobre la parcela, siempre podrá la parte aquí recurrente acudir a la vía procesal correspondiente para dejar resuelto quién sea el titular de la finca que Propiedades Chamartín S.A. dice que es suya.

Tal problema, ajeno a este proceso, es la razón por la cual viene alegando esta parte que fue perjudicada por los hechos objeto de este procedimiento y dice que hubo de ser tratado como acusación particular y no popular.

También podría haber sido decidida en este proceso penal como una cuestión civil más de las muchas que fueron planteadas, si hubiera sido propuesta en el trámite de instrucción o en el de calificación provisional; pero no ya en el mismo juicio oral, en cuya fase preliminar (art. 786.2 LECr.) se adjuntó la documentación que, según tal acusación popular, sirve para acreditar tal titularidad en su favor. En suma, no se discutió esto en la instancia porque no fue planteado en su tiempo el tema relativo a dicha propiedad. Si se hubiese planteado en la forma que acabamos de indicar, quizá se hubiera considerado acusación particular y se hubiera podido debatir sobre el tema, siempre que en realidad se hubiera considerado propio del contenido civil de ese proceso penal. Lo que sí es cierto es que, tal y como actuó en la instancia Propiedades Inmobiliarias S.A., en modo alguno pudo decidirse en el seno de este proceso si esta entidad era o no propietaria de esa finca.

Así las costas, en resumen, entendemos que fue correcto permitirle intervenir como acusación popular, algo que en definitiva en nuestro sistema procesal está al alcance de cualquier ciudadano conforme lo reconoce el art. 125 CE; y en este sentido ciudadanos son tanto las personas físicas como las jurídicas (STC. 241/1992 de 21 de diciembre y 34/1994 de 31 de enero, entre otras).

Por todo ello, de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal que razona ampliamente sobre este tema, ha de rechazarse este motivo 1º.

TERCERO.- En el motivo 2º de este recurso de la acusación popular, por el cauce del núm. 1 del art. 849 LECr, se dice que hubo infracción de ley, en concreto del art. 109 CP y concordantes de la legislación hipotecaria.

Considera la parte recurrente que la Audiencia Provincial tenía que haber declarado la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento de Madrid y ello porque la sentencia de instancia declaró nulo el expediente de expropiación, el acta de ocupación y pago y el título en virtud del cual se practicó la referida inscripción.

Contestamos en los términos siguientes:

A) El art. 109 es el primero del capítulo que nuestro Código penal vigente dedica al tema de la responsabilidad civil diciendo que la ejecución de un hecho delictivo obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados. Esta norma fue cumplida en la sentencia recurrida en sus diferentes pronunciamientos que se concretan en el fallo sobre indemnización al Ayuntamiento de Madrid y otras declaraciones de nulidad de las cédulas parcelarias falseadas, escrituras públicas, inscripciones en el Registro de la Propiedad y actas de ocupación y pago del citado Ayuntamiento con relación a una determinada expropiación, conforme se razona en el párrafo primero del fundamento de derecho 15º (págs. 80 y 81).

Pero en el párrafo segundo de tal fundamento de derecho (pág. 81) se rechaza declarar la nulidad de tal inscripción registral respecto de la finca núm. 017, con el argumento, a nuestro juicio correcto, de que en este procedimiento penal no se discute "la titularidad de la referida finca ni la pertinencia del expediente de expropiación, lo cual podrá discutirse en el procedimiento correspondiente".

Esto último es lo que se impugna en este motivo segundo.

B) Comienzan las alegaciones de este motivo 2º con la reproducción del párrafo penúltimo del fundamento de derecho 11º de la sentencia recurrida (págs. 65 a 68) en el cual -para poner de manifiesto que la referida finca no era de la propiedad del vendedor Juan (el ya fallecido) y que por tanto existieron, también con relación a este inmueble, los delitos de falsedad del art. 390 y estafa impropia del art. 251.1-, se razona sobre si la parcela núm. 006 o núm. 018 del polígono núm. 007 de Fuencarral es una finca distinta o diferente al menos, de la que es propiedad

de Propiedades Chamartín S.A. Advertimos que aquí la sentencia recurrida habla de la parcela núm. 006 o núm. 018, mientras que el hecho probado segundo (letra d) y en el tercero (punto 4) se refieren a la parcela núm. 006. No se trataba de resolver sobre la propiedad de tal S.A. respecto de la parcela referida, ni menos aún sobre algún extremo de un expediente de expropiación, sino sólo de precisar que concurría también al respecto un elemento de los delitos de falsedad y estafa referidos, en particular que quien vendió la parcela a Winker 5 (Juan) no era titular de la misma. Es esa falta de titularidad la que determinaba la existencia de tales infracciones penales. El art. 251.1 requiere para la estafa que define la atribución falsa de la

■

*"...son dos las únicas que tienen interés en cuanto al tema aquí planteado: si en realidad hubo o no este delito continuado de estafa impropia recogido en este núm. 1 del art. 251 del CP (...) el delito definido en este art. 251.1 es el llamado de doble venta, es decir, el cometido por quien, habiendo ya enajenado un objeto, vuelve a enajenarlo o lo grava o arrienda a otro antes de haberse consumado la anterior transmisión."*

■

facultad de disposición: esto es lo que interesaba para el proceso penal, no quién fuera el propietario.

C) Ciertamente es que la sentencia recurrida declaró, como pronunciamientos civiles, muchas y diferentes nulidades, pero no lo hizo con relación a la referida inscripción existente en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento de Madrid, y ello ha de ponerse en relación con lo que hemos dicho en el fundamento de derecho anterior de esta misma resolución al examinar el motivo 1º.

La Audiencia Provincial, aunque no lo dijera expresamente en la sentencia recurrida, no consideró que hubiera quedado probado que la referida parcela núm. 006 del polígono

núm. 007 de Fuencarral fuera de la propiedad de Producciones Chamartín SA y por ello no se consideró autorizada para acordar la nulidad de esa inscripción registral a favor del Ayuntamiento.

D) En conclusión, como bien dice el Ministerio Fiscal, el tribunal de instancia "se ha guardado de establecer en la presente causa cualquier decisión que implicara la atribución de la propiedad de las fincas en cuestión a alguna persona física o jurídica". Por eso, en el citado párrafo segundo del fundamento de derecho 15º rechazó decretar la nulidad de la referida inscripción en el Registro de la Propiedad y se acordó dejar la resolución de esta cuestión para el correspondiente procedimiento en otro orden jurisdiccional.

Desestimamos también ese motivo 2º del recurso de la acusación popular.

Recurso de Samuel

CUARTO.- Vamos a examinar unidos los tres primeros motivos de este recurso. Todos ellos acogidos al art. 849.1 de la LECr., en los que se denuncia infracción de ley por aplicación indebida del art. 390.1.2 y 4 del CP.

Ya sabemos que cuando se utiliza para recurrir en casación penal este cauce del núm. 1 del art. 849 de la LECr, es necesario respetar los hechos probados de la sentencia recurrida (art. 884.3 de la LECr) al formular las alegaciones correspondientes, sin que se puedan plantear cuestiones de prueba.

Contestamos a las cuestiones aquí propuestas:

A) Con cita de la doctrina reiterada de esta sala, que requiere alteración sustancial de la verdad para que pueda existir la falsedad documental sancionada en el Código penal, se dice que tal alteración no existió.

En tales hechos probados se afirma, como expusimos en síntesis en el fundamento de derecho 1º de esta resolución, que Silvio, en calidad de ingeniero jefe de una Delegación Regional del Catastro en Madrid, de acuerdo con su esposa Brígida y con Samuel, todos acusados, firmó y emitió siete cédulas parcelarias en las que se hacía constar mendazmente a Juan como titular, según el catastro, de siete fincas que allí se determinan, varias parcelas en Chamartín de la Rosa y Fuencarral de una extensión comprendida entre las 4 y las 56 áreas.

Es evidente que esa alteración, relativa a la identidad del titular de cada una de las fincas no puede considerarse inocua, inane o intrascendente, junto con la extensión y situación constituye la mención más importante que puede existir en esta clase de documentos.

B) Según la legislación sobre la materia, estas llamadas cédulas parcelarias tienen una función exclusivamente informativa y solo a efectos fiscales, por lo que en modo alguno pueden servir para acreditar la propiedad o cualquier otro derecho sobre la finca respectiva. Aquí nadie ha puesto esto en duda.

Pero con cada una de tales siete cédulas acudió Juan a otorgar las correspondientes escrituras públicas de compraventa en las que manifestó haberlas adquirido por documento privado y figurar él como titular en el catastro desde más de cincuenta años atrás, siendo la compradora en toda ellas Winkel 5 S.A., representada por dicho Samuel en calidad de administrador único, según la escritura de poder exhibida.

Y, en concreto con una de tales escrituras tal administrador intervino en un expediente de expropiación consiguiendo del Ayuntamiento de Madrid la importante cantidad de 315.265.907 de ptas. También cobró por el alquiler de 25 vallas para publicidad y obtuvo más de 8 millones de ptas. por una opción de compra, aunque esta cantidad luego se devolviera. Y todo mediante tales escrituras en las que apareció como vendedor quien en realidad no lo era. Tal acreditación mendaz en las cédulas parcelarias sirvió para obtener unos ingresos importantes para Winkel S.A. en cuyo nombre actuó Samuel. No cabe hablar de inocuidad en tal dato falso.

C) Es cierto que la sentencia recurrida no pudo determinar quiénes eran los propietarios de cada una de dichas fincas, pero lo que sí quedó acreditado es que Juan, el vendedor en tales siete escrituras públicas, nada tuvo que ver nunca en realidad con ninguna de ellas. Y desde luego al menos hubo un perjudicado, el Ayuntamiento de Madrid en casi dos millones de euros. También hubo otros como detallaremos después.

D) Dice también el recurrente que la alteración de la verdad no se habría producido en el ámbito de las "cédulas parcelarias", sino en el ámbito de sus soportes o referentes documentales, en las llamadas "hojas de características" y "fichas técnicas", pues, afirma el escrito de recurso (p.14), el condenado Silvio "se limitó a firmar las cédulas catastrales que recogían la información que resultaba de los soportes". Pero esto no es lo que dicen los hechos probados, en los que podemos leer que dicho Silvio "firmó y emitió una serie de cédulas parcelarias (...) en las que se hacía constar mendazmente a Juan como titular del catastro de las siguientes fincas", relacionando a continuación las siete referidas. Nada se dice aquí de que en esas cédulas parcelarias se recogieran solo los datos que constaban en esos soportes. Es más, el adjetivo mendazmente nos dice que era falsa la identidad de quien se hizo constar en tales siete

documentos como titular según la oficina catastral. Al tema se refieren los tres primeros párrafos del fundamento de derecho 3º de la sentencia recurrida.

E) En el motivo 3º se alega que, si bien en el art. 61 del Real Decreto de 3 de abril de 1925 estos documentos se llamaban "cédulas catastrales", ahora, por el art. 83 del Reglamento de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, se ha cambiado tal denominación por la de "certificados catastrales", razón por la cual y habida cuenta del carácter exclusivamente informativo de estos documentos, debió aplicarse al caso el art. 398 del CP vigente que sanciona a "la autoridad o funcionario que librare certificación falsa" con pena de suspensión de seis meses a dos años.

Pero en el caso presente las mencionadas cédulas parcelarias sirvieron, a través de las siete escrituras públicas de compraventa referidas, para originar un título en favor de Winkel 5 S.A. que produjo los efectos a los que reiteradamente nos hemos referido.

Es claro, como dice el Ministerio Fiscal, que si se certifica en falso se está poniendo en circulación un documento que, si es expedido por un funcionario público, constituye también un documento oficial falso.

No puede considerarse un mero certificado aquel documento expedido por una autoridad o funcionario en el que se refleja el contenido de un registro, libro o archivo que está a su cargo. Recordamos que en el Código Penal anterior la falsedad de certificados se refería al facultativo que afirmara por escrito una enfermedad o lesión con el fin de eximir o a una persona de algún servicio público (art. 311) o al funcionario que librare certificación falsa de méritos, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312). Si lo averado por el funcionario hace referencia a la documentación que él custodia y de la que está autorizado a dar fe de su contenido el hecho revisa una mayor antijuricidad que en aquellos otros casos en que se certifica algo externo al contenido de lo que consta en su oficina pública.

Véase la sentencia de esta sala 2001/2000, de 27 de diciembre, citada ampliamente en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida.

Por otro lado nos remitimos a lo dicho en el fundamento de derecho 3º de la sentencia recurrida (páginas 15 a 20), donde se resuelve correctamente esta cuestión.

Fue bien aplicado al caso el art. 390.1.2 y 4.

Rechazamos estos tres primeros motivos de este recurso de Samuel.

QUINTO.- En el motivo cuarto de este recurso, también por la vía del núm. 1 del art. 849 de la LECr., se alega de nuevo infracción de ley ahora por aplicación indebida del art. 251.1 del CP. Dice esta norma que será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

"1º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero."

De las alegaciones efectuadas en el desarrollo de este motivo son dos las únicas que tienen interés en cuanto al tema aquí planteado: si en realidad hubo o no este delito continuado de estafa impropia recogido en este núm. 1 del art. 251 del CP:

A) En primer lugar dice y repite el escrito de recurso que el delito definido en este art. 251.1 es el llamado de doble venta, es decir, el cometido por quien, habiendo ya enajenado un objeto, vuelve a enajenarlo o lo grava o arrienda a otro antes de haberse consumado la anterior transmisión.

Pero esto no es así. En este art. 251 la doble venta no encaja en el núm. 1, sino en el 2º.

Aquí no hubo doble venta, pero sí una conducta que encaja a la perfección en tal norma penal: participó conscientemente Samuel, en cuanto sabía que el vendedor no tenía la facultad de disposición que ha de tener quien vende unas fincas (7 parcelas), y logró en cuanto comprador de tales inmuebles que fueron enajenados a favor de la Sociedad Anónima Winkel 5 en cuyo nombre actuó como administrador único. Luego con la titulación así adquirida perjudicó en primer lugar a los verdaderos propietarios aunque su identidad no haya quedado determinada, y además a otras personas como exponemos a continuación. Hubo una participación necesaria por parte de Samuel (art. 28 b) CP) en relación con la conducta del vendedor en cuanto autor principal.

B) También aquí se alega que faltó un elemento expresamente exigido en el propio texto del citado art. 251.1, perjuicio para quien contratare con el sujeto activo del delito (en este caso enajenación o arrendamiento) o contra un tercero.

Son siete los casos de aplicación de esta norma penal, unidos en un solo delito continuado; y con tres perjudicados, no en la persona del adquirente, que fue cooperador necesario como acabamos de decir, pero sí en tres terceros:

a) Primero, en el caso de la expropiación por parte del Ayuntamiento de Madrid de la parcela núm. 006 del Polígono núm. 007 de Fuenc-

rral, en cuyo expediente se personó Winkel 5 S.A. representada por Samuel, quien se opuso al justiprecio que fue fijado por la Junta Provincial de Expropiación y luego recurrió mediante un proceso contencioso-administrativo, percibiendo tal sociedad anónima de dicho Ayuntamiento la cifra referida de 315.265.907 ptas. Tal fue el perjuicio sufrido por el Ayuntamiento, a cuya indemnización se condena en la sentencia recurrida. Recordamos aquí que tal resolución acordó la nulidad de las actas de ocupación y pago suscritas por el citado Ayuntamiento con Winkel SA en tal expediente de expropiación.

"...no hubo doble venta,  
pero sí una conducta  
que encaja a la  
perfección en tal norma  
penal: participó  
conscientemente (...), en  
cuanto sabía que el  
vendedor no tenía la  
facultad de disposición  
que ha de tener quien  
vende unas fincas (7  
parcelas), y logró en  
cuanto comprador de  
tales inmuebles que  
fueron enajenados a  
favor de la Sociedad  
Anónima (...) en cuyo  
nombre actuó como  
administrador único.  
Luego con la titulación  
así adquirida perjudicó  
en primer lugar a los  
verdaderos  
propietarios..."

b) Segundo, en relación con las parcelas núm. 000 y núm. 003 del Polígono núm. 001 y núm. 002 de Chamartín de la Rosa, respecto de las cuales firmó Samuel en nombre de Winkel 5 SA dos contratos, uno de permuta-aportación y otro de opción de compra con Riojana de Fincas SA., empresa esta última que por tal opción pagó 8.380.000 de ptas. Con lo cual quedó consumado este delito de estafa con el consiguiente perjuicio patrimonial para la mencionada entidad.

La devolución posterior de ese dinero solo produjo efectos en cuanto

a la extinción de la responsabilidad civil derivada del delito.

c) Tercero, con relación al alquiler de vallas en estas dos últimas parcelas, las citadas núm. 000 y núm. 003, con pagos mensuales de 8000 ptas. por ocho vallas, 9.800 por otras cuatro y la misma cantidad por otras trece. El perjuicio aquí se produjo contra quien fuera el verdadero propietario de estas parcelas, aunque fuera desconocido, cifrándose su valor en las mencionadas cantidades que él habría tenido derecho a percibir.

Entendemos que fue correctamente aplicado al caso el art. 251.1 del CP.

Rechazamos este motivo 4º.

Recurso de Silvio y Brígida.

SEXTO.- 1. En el motivo 1º, de los tres que conforman este recurso, con base procesal en los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ, se alega infracción de precepto constitucional con referencia al derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Se impugna aquí la prueba de indicios utilizada para condenar a uno y otro de estos dos recurrentes.

De todos es conocido cómo la prueba de indicios, indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas, que de todas estas formas se llama, tiene validez como prueba de cargo en el proceso penal y, por tanto, ha de considerarse apta para contrarrestar la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Así lo proclama el Tribunal Constitucional en sus dos primeras sentencias en la materia, las 174 y 175 de 1985, ambas de 17 de diciembre, y desde entonces tanto dicho tribunal como esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo venimos proclamando con reiteración, al tiempo que exigimos la concurrencia de unos elementos que son necesarios para la correcta aplicación de esta clase de prueba (véanse las sentencias de esta sala de 3.5.99, la 557/2006 de 22 de mayo y 320/2008 de 6 de junio, entre otras); elementos que, simplificando la materia, podemos reducir a dos:

Primer elemento: Han de existir unos hechos básicos completamente acreditados, que, como regla general, han de ser plurales, concomitantes e interrelacionados, porque es precisamente esa pluralidad apuntando hacia el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) la que confiere a este medio probatorio su eficacia, ya que ordinariamente de esa pluralidad depende la capacidad de convicción de esta clase de prueba.

Todos y cada uno de estos hechos básicos, para que puedan servir como indicios, han de estar debidamente acreditados. Así lo exige expresamente el art. 386.1 de la nueva

Ley de Enjuiciamiento Civil, heredero de los ya derogados arts. 1249 y 1253 de nuestro Código Civil, artículo que regula las que llama "presunciones judiciales", que son el equivalente en el proceso civil de lo que en el penal conocemos como prueba de indicios.

Segundo elemento: Entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", como dice el citado 386.1 de la LEC.

Es decir, ha de haber una conexión tal entre aquellos hechos y este otro que, acaecidos los primeros, cabe afirmar que se ha producido también el último, porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión. Al respecto se habla de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos con pretensiones de proporcionar unas bases concretas al raciocinio propio de este segundo elemento de la prueba de indicios. Todo puede valer en cada caso para establecer este raciocinio.

Lo importante aquí es poner de relieve que no se trata de normas propiamente jurídicas, sino sencillamente de las meras reglas del pensar, para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir únicamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba.

Para ello ordinariamente, como antes se ha dicho, se necesita una pluralidad de hechos básicos y que todos ellos, apreciados en su globalidad, no estudiados uno a uno, nos conduzcan al hecho consecuencia, por ser concomitantes entre sí y por hallarse relacionados unos con otros en esa perspectiva final que es la acreditación de un dato que de otro modo no habría quedado probado.

A estos efectos, como hizo ya la sentencia de esta Sala de 25.10.99, a veces hay que distinguir entre indicios fuertes e indicios débiles, y entre ellos podrían establecerse tantas categorías intermedias como diferente significación pudiera concederse a cada uno de los hechos básicos utilizados en cada caso, pues se trata de una distinción meramente cuantitativa, pero que puede tener su importancia, según las circunstancias del supuesto concreto, en orden a determinar el alcance de la eficacia probatoria.

Conviene añadir aquí que es deber de todo órgano judicial que utiliza este medio de prueba expresar en el texto de la resolución correspondiente el razonamiento necesario en relación con la existencia y prueba de esos hechos básicos y con la mencionada conexión con el hecho consecuencia, así como estudiar las expli-

caciones que tendría que haber ofrecido el acusado al respecto para admitirlas como creíbles o rechazarlas. Tal expresión viene ahora exigida en el párrafo II del mencionado art. 386.1 LECivil.

2. Vamos a referirnos aquí a este tema, con relación a la condena de Silvio

Viene condenado este señor en base a nueve hechos básicos que se explican de manera pormenorizada en la primera parte del fundamento de derecho 7º de la sentencia recurrida (págs. 43 a 45), con la particularidad de que, después, en los párrafos siguientes, abundando en lo que se ha dicho a propósito de la mencionada explicación, se nos informa de las pruebas existentes para acreditar los mencionados hechos básicos, con referencia a la prueba documental, constituida por las hojas de características y fichas técnicas de las correspondientes fincas, las cédulas parcelarias emitidas y firmadas por Silvio, escrituras públicas de compraventa en relación con tales siete inmuebles y de constitución de Wincal 5 SA, expediente de expropiación, etc., y a la testifical consistente fundamentalmente en las declaraciones de los funcionarios de la oficina catastral de la que era ingeniero jefe el referido Silvio, particularmente, las manifestaciones de Pablo Jesús, quien explicó detalladamente el funcionamiento de dicha oficina en la que llevaba muchos años trabajando y el informe por él emitido sobre estos hechos que aparece unido a los folios 162 y siguientes de la documentación que se adjuntó a la denuncia inicial de la Fiscalía Especial para la delincuencia económica relacionada con la corrupción (se encuentra en una caja de cartón negra unida en pieza separada a las diligencias previas).

En definitiva, quedó bien explicada la autoría de Silvio respecto de las firmas de las siete cédulas parcelarias en la oficina catastral de la que era jefe, así como la falsedad de estas cédulas consistente en que aparecieran todas expedidas a favor del luego fallecido Juan, siendo precisamente las siete parcelas correspondientes a tales cédulas las que fueron vendidas por dicho Juan, todas en sendas escrituras públicas realizadas en dos fechas determinadas, pese a tratarse de fincas diferentes y distantes, aunque pertenecientes a sólo a dos municipios o distritos madrileños, Fuencarral y Chamartín de la Rosa; ventas realizadas siempre a favor de Winkel 5 SA, actuando en representación de tal sociedad Samuel, en calidad de administrador único de esa entidad de la que suscribió solo cien acciones, habiéndose repartido las restantes novecientas entre la esposa del recurrente Brígida y su cuñado Estanislao, hasta cubrir un capital total desembolsado de diez millones de pesetas, según consta en su escritura de constitución; siendo esta sociedad anónima aquella de la

que se sirvió dicho Samuel para a la postre beneficiarse con respecto al Ayuntamiento de Madrid en el expediente de expropiación, también con relación al alquiler de las mencionadas vallas publicitarias y asimismo respecto de la cantidad abonada por Riojana de Fincas SA, por una opción de compra, aunque los 8.300.000 pesetas de ésta última opción finalmente fueran devueltos.

Todo esto constituye, sin duda, prueba indiciaria que justifica la condena del aquí recurrente Silvio.

Por los demás, nos remitimos a lo razonado en el mencionado fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida.

3. Ahora pasamos a tratar del mismo tema en cuanto a la otra persona que aparece como recurrente junto al mencionado Silvio, su esposa Brígida, y respecto de la cual también se denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

Aparece también condenada mediante prueba de indicios, explicada en el fundamento de derecho 12º de la sentencia de instancia (págs. 67 a 69), que utiliza para justificar tal pronunciamiento cinco hechos básicos, cuya realidad no discute el escrito de recurso, aunque lógicamente difiere de las conclusiones a que llega la Audiencia Provincial.

Nos remitimos a lo que se dice en tal fundamento de derecho 12º en cuanto a la exposición de los referidos cinco hechos básicos.

En realidad, con lo que acabamos de exponer en el anterior apartado 2, queda de manifiesto la razonabilidad de la condena de Brígida, sin más que añadir aquí otros datos que aparecen entre los mencionados cinco hechos básicos:

- Brígida tenía experiencia en la negociación inmobiliaria, pues como comercial se había dedicado a la venta de fincas propiedad de su marido (hecho básico segundo);

- Ella tenía amistad con Samuel desde antes de que este, junto con ella y el cuñado de ella constituyeran Winkel 5 SA, comienzo de toda la trama objeto de este procedimiento (hecho básico tercero).

- Sobre todo que, en cuanto titular de casi la mitad de las acciones de Winkel 5 SA, ella resultó beneficiada con esos 315 millones pagados por el Ayuntamiento de Madrid y con las rentas mensuales cobradas por el alquiler de las vallas publicitarias.

Desestimamos este motivo 1º.

OCTAVO.- En el motivo tercero del recurso de Silvio y Brígida, por el mismo cauce del art. 849.1 de la LECr, se vuelve a alegar infracción

de ley, aquí por indebida aplicación del art. 251.1 del CP.

Dicen los recurrentes que los hechos probados no describen la conducta de estos dos acusados como constitutiva de un delito de estafa, por lo que ni pueden ser condenados por este delito ni pueden tampoco ser considerados responsables civiles de los hechos objeto de este procedimiento.

No es cierto lo que se alega en este escrito de recurso, pues cuando la sentencia recurrida nos narra lo ocurrido nos está describiendo una actuación delictiva en varias fases, respecto de las cuales obraron los tres de común acuerdo; dejando aparte la participación de Juan a quien esta resolución no puede afectar al haber fallecido:

- Una primera fase que tiene por objeto crear una sociedad Winkel 5 S.A. con la que se opera después en la forma que diremos, de la que es accionista casi de la mitad del capital social Brígida, con una participación del diez por ciento de Samuel, siendo titular de la casi otra mitad un cuñado de Brígida.

- Una segunda actuación por parte de Silvio en calidad de ingeniero jefe de la Delegación Regional núm. 10 de la Oficina del Catastro de Madrid confeccionando siete cédulas parcelarias, con relación a otras tantas fincas que se determinan conforme a la enumeración en dicha oficina pública, en las que se hacía aparecer como titular catastral al mencionado Juan.

- Otro tercer episodio consistente en el otorgamiento de sendas escrituras públicas de compraventa en las que actuó dicho Juan como vendedor de todas ellas, sirviéndose de esas cédulas para aparentar su titularidad dominical, lo que fue suficiente, con lo que se dijera en cada una de las correspondientes comparecencias ante los respectivos notarios, para su enajenación a favor de Winkel 5 S.A. que incluso llegó a inmatricular al menos una de ellas en el Registro de la Propiedad aunque luego se cancelara.

- Y por último, actuando Winkel 5 S.A. por medio de Samuel, su administrador único, se lucró tal empresa en un expediente la expropiación con 315.265.907 Ptas. que pagó el Ayuntamiento de Madrid, con las rentas mensuales de unas vallas publicitarias, en total veinticinco a razón de 8.000 ó 9.800 Ptas. al mes por cada valla, y con 8.380.000 ptas. que cobró dicha empresa a Riojana de Fincas S.A. por una opción de compra, aunque esta última cantidad posteriormente se devolviera.

Como dice y explica la sentencia recurrida todo fue un negocio planificado por los tres acusados en beneficio de Winkel que cobró unas cantidades importantes, como

consecuencia de haberse atribuido falsamente tal entidad la propiedad de unos inmuebles, valiéndose de las mencionadas cédulas parcelarias.

En conclusión fueron bien condenados en la sentencia recurrida los tres acusados por un delito continuado de falsedad en documento oficial (art. 290.1, 2 y 4) en relación de medio a fin con otro de estafa también continuado (art. 251.1) y con aplicación de los arts 74.1 y 77, todos del CP.

Rechazamos este motivo tercero del recurso de Silvio y Brígida.

NOVENO.- Al ser la presente resolución desestimatoria de los tres recursos de casación, por lo dispuesto en el art. 901 de la LECr hay que condenar a los recurrentes al pago por cada uno de ellos de las costas devengadas en sus respectivos recursos y a la pérdida del depósito constituido para su interposición por la acusación particular.

#### FALLO

No ha lugar a ninguno de los tres recursos de casación formulados por Samuel, por Silvio y Brígida y por Propiedades Chamartín S.A., esta úl-

tima en calidad de acusación popular, contra la sentencia que a los tres primeros condenó por falsedad y estafa, dictada por la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, imponiendo a cada parte recurrente el pago de las costas de su respectivo recurso y a Propiedades Chamartín S.A., además, la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Francisco Monderde Ferrer.- Manuel Marchena Gómez.- Joaquín Delgado García.

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

el carácter indefinido de su contrato. Esta demanda fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid de 11 de junio de 2007, pero esa decisión se revocó por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de enero de 2008 que desestimó la demanda.

En la demanda que inicia las presentes actuaciones la trabajadora solicita que se declare su condición de empleada laboral fija en virtud de lo previsto en acuerdo sobre condiciones económicas y de empleo del personal laboral al servicio del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos de 26 de julio de 2005 en relación con el Acuerdo de la Comisión Permanente de Consolidación de 16 de febrero de 2006 (folios 40 y 41, 133-134 de las actuaciones). La sentencia de instancia desestimó la demanda; pronunciamiento que ha confirmado la sentencia recurrida, razonando que:

1º) el acuerdo de 26 de julio de 2006 prevé el reconocimiento de la condición de fijo a quienes tuvieran declarada por sentencia la condición de indefinido no fijo y su relación con el Ayuntamiento fuera posterior a 7 de octubre de 1997 y anterior a 2 de diciembre de 1998 y a quienes tuvieran reconocida por sentencia la condición de indefinido con anterioridad a 7 de octubre de 1996, y la actora no se encuentra en ninguna de estas situaciones;

2º) si bien el acuerdo de la Comisión Permanente de Consolidación de 16 de febrero de 2006 prevé la atribución de condición de fijos "al personal laboral temporal que viniera prestando sus servicios con anterioridad a 7 de octubre de 1996" -sin necesidad de reconocimiento del carácter indefinido de la relación por sentencia-, tal previsión supone una extralimitación sobre lo establecido en el Acuerdo de 26 de julio de 2005, que tiene valor de convenio colectivo.

Contra este pronunciamiento recurre la actora, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social de Madrid de 13 de octubre de 2008, que declaró fija a una trabajadora también procedente del Instituto Municipal de Deportes, a la que se le había reconocido por sentencia -luego revocada en suplicación- la condición de indefinida.

La sentencia de contraste confirma el fallo estimatorio de instancia, aplicando el Acuerdo de la Comisión Permanente de Consolidación de Empleo Temporal de 16 de febrero de 2006. La parte recurrida objeta que no hay contradicción, porque la sentencia de contraste no ha resuelto sobre la aplicación del Acuerdo de 16 de febrero de 2006, sino sobre el acuerdo de 17 de marzo de 2006, que establece la posposición del proceso de consolidación para el perso-

nal procedente de los organismos autónomos. La objeción no puede aceptarse, porque ambas cuestiones están relacionadas y para excluir la aplicación del acuerdo de 17 de marzo de 2006, denominado de consolidación monográfica del Instituto Municipal de Deportes, la sentencia de contraste establece precisamente que a la actora de aquel proceso le es aplicable el acuerdo de 10 de febrero de 2006, lo que niega la sentencia recurrida a una trabajadora que se encuentra en la misma situación.

SEGUNDO.- La contradicción debe estimarse, por lo que hay que entrar a examinar la infracción que se denuncia del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 3.1.b) del mismo texto legal, alegando que el Acuerdo sobre condiciones económicas y de empleo del personal laboral al servicio del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos de 26 de julio de 2005 resulta aplicable a la actora, porque en julio de 2005 era ya empleada del Ayuntamiento, como consecuencia de la subrogación que se produce con respecto al personal procedente del Instituto Municipal de Deportes en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aparte de que el mencionado acuerdo era también aplicable a los organismos autónomos de la entidad demandada.

Se añade, siguiendo el razonamiento de la sentencia de contraste, que es claro que el Acuerdo de 16 de febrero de 2006 amplió las condiciones previstas en el Acuerdo de 26 de julio de 2005 para la atribución de condición de fijo a quienes venían prestando servicios antes de 7 de octubre de 1996, elaborándose la correspondiente lista de trabajadores afectados en la que, sin embargo, no se incluyó a la actora, lo que supone un acto de reconocimiento por parte del Ayuntamiento a efectos del artículo 1282 del Código Civil.

Se concluye que la interpretación de la sentencia recurrida supone una violación de los principios de igualdad y no discriminación, dado el distinto tratamiento de la actora frente a los trabajadores que fueron incluidos en la lista.

No hay vulneración por parte de la sentencia recurrida del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, porque la resolución recurrida no se funda en que no haya existido una sucesión empresarial como consecuencia de la supresión del Instituto Municipal de Deportes y la eventual asunción de sus funciones por el Ayuntamiento.

Tampoco cuestiona la sentencia recurrida el alcance de la subrogación, en el sentido de si la misma alcanza a todas las condiciones de empleo vigentes en el Ayuntamiento o se limita -hasta la aprobación del nuevo convenio- a la asunción por el nuevo empleador del régimen vigen-



2009/315132

TS Sala 4ª, Sentencia 14 diciembre 2009. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

No existe proceso de selección

## Denegación de la condición de fijo a personal contratado temporalmente por la Administración

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora demandante frente a sentencia que rechazó declarar a la actora empleada laboral fija.*

*La Sala señala, entre otras cosas, que lo que pretende la actora es acceder al empleo público estable al margen de cualquier procedimiento de selección y sin otro mérito que la permanencia en una situación -irregular o no- de contratación temporal y esta pretensión no puede ser acogida, aunque el organismo demandado haya podido aplicar ese criterio en otros casos, si lo ha hecho y ello perjudica a la actora, la solución será la impugnación de esas decisiones con la exigencia de las responsabilidades que procedan, no su generalización a otros supuestos en contra de la CE y las leyes.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora ha venido prestando servicios para el Instituto Municipal de Deportes, dependiente del Ayuntamiento de Madrid, desde

el 2 de enero de 1996, mediante contrato de interinidad por vacante; en enero de 2005, suprimido el Instituto, pasó al Ayuntamiento de Madrid. En agosto de 2006 presentó demanda, solicitando que se le reconociera



te en la entidad anterior. Por último, la decisión judicial que se combate no se basa, aunque ésta pudiera ser la posición de la empresa, en que los acuerdos de 26 de julio de 2005 y 16 de febrero de 2006 no sean aplicables al personal procedente del Instituto Municipal de Deportes.

En cuanto a la referencia al apartado b) del número 1 del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, no hay en el escrito de interposición fundamentación de la misma, por lo que la Sala no puede dar respuesta a esta denuncia, salvo la de indicar que el acuerdo de 16 de febrero de 2006 no es un convenio colectivo, ni podría tener este carácter a los efectos del artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

El fallo desestimatorio recurrido se funda en que el acuerdo de 16 de febrero de 2006 excede de la autorización concedida en la regulación del acuerdo de 25 de julio de 2005, que tiene carácter de convenio y frente a esta posición sobre el carácter ultra vires del acuerdo de 16 de febrero 2006 el recurso no opone ningún argumento, salvo los que pueden recomponerse a partir de las referencias a los principios de igualdad y no discriminación y al artículo 1284 del Código Civil.

TERCERO.- La vulneración del artículo 14 de la Constitución se vincula a que el Ayuntamiento ha reconocido como fijos a un total de 176 trabajadores, que son los incluidos en la lista que menciona el hecho probado quinto en relación con el Acuerdo de 6 de julio de 2006 (folios 42-48) y se alega que la diferencia de trato se produce "entre varios de estos trabajadores, que no tienen sentencia alguna", con lo que la desigualdad "no se basa en criterio objetivo y/o razonable alguno, porque no puede ser válida una diferencia de trato basada únicamente en su origen".

Este razonamiento no puede aceptarse. En primer lugar, hay que descartar la existencia de una discriminación porque el móvil determinante de la diferencia de trato no está incluido entre los que enumera el segundo inciso del artículo 14 de la Constitución, ni podría asimilarse a ellos.

De lo que se trataría sería de una vulneración del principio de igualdad que se imputa a la actuación de la Comisión Negociadora del convenio colectivo del Ayuntamiento, al confeccionar la lista de personal laboral al que se concede la condición de trabajadores fijos.

Pero, aparte de que no se ha introducido como hecho probado el dato de que en esta lista se encuentren trabajadores que no tengan reconocida la condición de indefinidos por sentencia, lo cierto es que incluso aceptando esa hipótesis, la tesis del recurso no puede aceptarse, porque, como

ha declarado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 21/1992 y 181/2006, no hay un derecho a la igualdad en la ilegalidad, ni menos aún en la inconstitucionalidad y lo que dice la sentencia recurrida es que la transformación en fijos de quienes no tienen sentencia reconociendo su condición de indefinidos es contraria a las previsiones del convenio colectivo.

CUARTO.- Pero, en realidad, el problema es más grave porque el acceso al empleo público está sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, como se desprende de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y estos principios son aplicables tanto en el marco del acceso a los puestos de funcionarios, como en el que corresponde al empleo laboral estable, como muestra la regulación contenida en la actualidad en el artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobada por Ley 7/2007, a tenor del cual "todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico", sin que la remisión que el artículo 83 realiza a los convenios colectivos lleve a conclusión contraria, pues lo que se autoriza a éstos es a concretar los procedimientos de selección que garanticen la aplicación de esos principios en el ámbito del empleo público laboral, pero no a establecer formas de reclutamiento de personal que contraríen las exigencias constitucionales de igualdad, capacidad y mérito, pues tanto el número 1 del artículo 55 como su número 2, sobre los principios de los procesos de selección, son aplicables a todo el empleo público, como por lo demás puede verse en la regulación de la selección del personal laboral en los artículos 28 a 33 del Real Decreto 364/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado.

El mismo criterio regía con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pues, de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, «las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad».

A estos principios se remite también el artículo 91.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, a tenor del cual la selección de todo el personal de las Corporaciones Locales "sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública

y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

Precisamente la doctrina de la Sala sobre el alcance de las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas -tal como se expuso en las sentencias del Pleno de 20 y 21 de enero de 1998 y más recientemente en la sentencia, también del Pleno, de 11 de abril de 2006 - lo que establece es que estas irregularidades no pueden determinar la adquisición de la condición de fijeza, porque ello supondría la vulneración de las normas con relevancia constitucional que garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público.

Dijimos entonces que la Administración pública no puede atribuir a los trabajadores afectados por estas irregularidades "la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato".

El reconocimiento de la condición de indefinido no fijo responde a estas exigencias, porque preserva la cobertura del puesto de trabajo de acuerdo con los principios constitucionales.

Pues bien, es evidente que si se otorga la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado periodo de tiempo o por tener reconocida, a partir de octubre de 1996, la condición de trabajador indefinido se están vulnerando las normas y los principios de referencia, pues las puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función del mérito y la capacidad.

En resumen, lo que pretende la actora es acceder al empleo público estable al margen de cualquier procedimiento de selección y sin otro mérito que la permanencia en una situación -irregular o no- de contratación temporal y esta pretensión no puede ser acogida, aunque el organismo demandado haya podido aplicar ese criterio en otros casos.

Si lo ha hecho y ello perjudica a la actora o a otros interesados, la solución será la impugnación de esas decisiones con la exigencia de las responsabilidades que procedan, no su generalización a otros supuestos en contra de la Constitución y las leyes.

Por ello, la sentencia recurrida tampoco ha podido infringir los artí-

culos 1282 y 1284 del Código Civil, porque, aparte de que la denuncia no se fundamenta, cualquiera que sea el alcance de los acuerdos prevalecen sobre ellos las normas imperativas a que se ha hecho referencia.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas por tener reconocido la recurrente el beneficio de justicia gratuita.

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 la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Violeta, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de marzo de 2.009, en el recurso de suplicación núm. 5479/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 24 de julio de 2.008 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Madrid, en los autos núm. 111/08, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, sobre derechos. Sin imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2009/327332

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 9 diciembre 2009. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

### Cómputo de trabajadores con contrato indefinido para cumplimiento de cláusula convencional de empleo

*Interpone recurso de casación el sindicato demandante contra sentencia dictada en proceso por conflicto colectivo. Pretende el recurrente que, en la interpretación de la cláusula de empleo prevista en el Convenio Colectivo del sector Contact Center, se computen*

dentro del 30 % del personal de operaciones bajo la modalidad de contrato indefinido, no sólo a los trabajadores de la propia plantilla de la empresa, sino también a los puestos a su disposición por empresas de trabajo temporal.

Desestima el TS el recurso ya que la mencionada cláusula habla expresamente de plantilla, entendida como la "relación ordenada por categorías de las dependencias y sus empleados" de una determinada unidad de trabajo y no, como pretende el recurrente, un conjunto heterogéneo de empleados de empresas diversas. Por tanto, los términos de la cláusula son claros e indubitados y a ellos hay que estar para la decisión de la litis.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación común u ordinaria versa sobre la interpretación de una cláusula de empleo incluida en el convenio colectivo de trabajo del sector Contact Center (BOE 20-2-2008). El art. 14 de este convenio, que es el que contiene la cláusula controvertida, define el "personal de operaciones" como aquél "que realiza su trabajo en las campañas o servicios que se concierten por las empresas de Contact Center para un tercero", ordenando a continuación:

a) Que "un 30% de la plantilla del personal de operaciones vinculará su relación laboral bajo la modalidad de contrato indefinido".

b) Que "para alcanzar este porcentaje" computan "aquellos trabajadores que, dentro de la plantilla del personal de operaciones tengan ya contrato indefinido".

c) Que la "determinación del porcentaje se llevará a efecto sobre la plantilla media del personal de operaciones del año anterior" atendiendo a "los días de cotización de los trabajadores en la empresa". El principal punto litigioso del recurso es qué haya de entenderse por "plantilla del personal de operaciones" en la aplicación de la referida cláusula de empleo.

La empresa demandada considera que dicha disposición convencional tiene en cuenta a los trabajadores de su propia plantilla, mientras que en la demanda y en el recurso se sostiene que el porcentaje mínimo de trabajadores vinculados por contrato indefinido se ha de calcular sobre un colectivo más amplio, que es el que resultaría de sumar dos grupos de empleados: el personal de operaciones perteneciente a la empresa y el personal de operaciones puesto a disposición de la demandada por empresas de trabajo temporal.

La sentencia de instancia recurrida ha desestimado la demanda. Entien-

de de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que los términos de la cláusula convencional en litigio son claros e indubitados, por lo que, en cumplimiento del art. 1281 del Código Civil, hay que estar en la decisión de la litis al "sentido literal" de la cláusula sometida a interpretación.

Tal canon de interpretación conduce en el caso -sigue el razonamiento de la sentencia recurrida- a utilizar como base de cálculo del porcentaje mínimo de trabajadores vinculados por contrato indefinido a la plantilla de los trabajadores de la empresa, que son los únicos por los que la empresa demandada cotiza; los trabajadores en misión -concluye el argumento- "no eran trabajadores suyos (de la empresa demandada) sino de la empresa de trabajo temporal", la cual, "de acuerdo con la ley es la que da de alta, cotiza y retribuye" a los mismos.

SEGUNDO.- El recurso del sindicato demandante CIG (CC.OO., que se adhirió a la demanda, ha dejado transcurrir el plazo legal del recurso sin interponerlo) esgrime dos motivos de impugnación, ambos de censura jurídica. El primero trata del punto litigioso sustantivo ya descrito, mientras que el segundo denuncia una infracción procesal que habría cometido la sentencia recurrida, a juicio de la entidad recurrente. Tal infracción sería la incongruencia omisiva de no haber dado respuesta en la sentencia a la segunda de las peticiones de la demanda.

En ella se solicita, literalmente, que "en la conversión de contratos en indefinidos en el primer trimestre de cada año natural de vigencia del convenio, el número de contratos a vincular su relación laboral como contrato indefinido no puede ser menorado con la contratación efectuada por la empresa al margen de lo regulado en el artículo 14 del convenio".

Por razones de método conviene invertir el orden de respuesta a los motivos; nos ocuparemos, por tanto, a continuación del reseñado tema de incongruencia. No es fácil averiguar el significado de la petición segunda del suplico de la demanda, que está formulada por remisión y en términos crípticos, al menos para un lector no directamente implicado en el origen del pleito.

Los escritos de la demanda, del acta del juicio y del escrito de formalización del recurso tampoco permiten hacerse una idea cabal del contenido de la petición; lo que en ésta se expresa como "contratación efectuada por la empresa al margen de lo regulado en el artículo 14 del convenio", se formula en la demanda y en el recurso como "contratos realizados por propia iniciativa de la empresa, pero al margen de lo regulado en el artículo 14 del convenio".

Como observa el escrito de impugnación de la empresa demanda-

da, este tema del modo de cómputo de la "conversión de contratos en indefinidos" no fue abordado en la instancia, ya que los propios demandantes no le dedicaron "el más mínimo argumento ni prueba", por lo que su decisión en la sentencia recurrida hubiera sido un ejercicio de "adivinanza" y su tratamiento ahora constituiría una novedad en el debate procesal. En cualquier caso, la segunda petición de la demanda, en el significado que se trasluce de su formulación, constituiría una reproducción con otras palabras de lo solicitado en el punto litigioso principal.

Llevar a cabo la conversión de contratos temporales en indefinidos sin deducir los contratos realizados al margen del art. 14 del convenio colectivo no parece que pueda entenderse, a propósito del cumplimiento de la cláusula convencional controvertida, más que como una concreción de la petición principal de contar en la base de cálculo del 30% mínimo de contratos indefinidos en la plantilla de la empresa a todos los contratados para prestar servicios a terceros, sea personal de operaciones sea personal en misión de empresas de trabajo temporal.

En conclusión, la incongruencia propuesta en el recurso debe ser desestimada tanto porque la cuestión a la que se refiere no fue adecuada y suficientemente planteada en la instancia, como porque el tema litigioso aducido en este motivo es sustancialmente idéntico y debe correr la misma suerte que el contenido en el otro motivo del recurso, en el que, una vez despejado el camino, nos disponemos a entrar a continuación.

TERCERO.- La inclusión en la base de cálculo de la cuota del 30% de contratos indefinidos de los trabajadores en misión puestos a disposición por ETT, tema principal del escrito de formalización del recurso al que dedica su motivo primero, tampoco puede merecer favorable acogida. En el mismo sentido informa el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen. Cuando el art. 14 del convenio define al "personal de operaciones" se refiere expresamente al contratado "por las empresas de Contact Center".

Cuando el propio precepto describe la base de cálculo del porcentaje mínimo de contratos indefinidos menciona "la plantilla del personal de operaciones", debiendo entenderse por plantilla, según el Diccionario de la Real Academia Española, la "relación ordenada por categorías de las dependencias y empleados" de una determinada unidad de trabajo, y no un conjunto heterogéneo de empleados de empresas diversas.

En fin, cuando las partes del convenio colectivo eligieron como criterio de cómputo los "días de cotización de los trabajadores en la empresa" estaban designando en buena lógica una magnitud fácilmente

accesible tanto a la dirección de la empresa como a los representantes de los trabajadores, cualidad que es predicable de la cotización del personal de operaciones al servicio de la empresa demandada, pero no de la cotización de los trabajadores en misión de ETT, cuyos datos y justificantes han de constar en la documentación de estas últimas pero no en la de la empresa usuaria.

En suma, como dice la sentencia recurrida, es claro y no ofrece dudas que las partes negociadoras acordaron una formulación de la cláusula convencional controvertida que interpretada literalmente condujo a la desestimación de la demanda y debe conducir ahora a la desestimación del recurso.

La claridad de la fórmula del art. 14 del convenio colectivo no se desvirtúa porque en su último pasaje se emplee la preposición "en" en lugar de la preposición "de". En el marco del presente litigio resulta artificioso y forzado entender, frente a todos los argumentos de interpretación gramatical del párrafo anterior, que esta difusa diferente connotación de las mencionadas preposiciones en el texto controvertido pueda significar la extensión de la base de cálculo de la cuota de trabajadores indefinidos de la empresa demandada a los trabajadores en misión de una empresa distinta (ETT).

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Confederación Intersindical Galega, CIG y de la Sección Sindical CIG en Bosch, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 16 de diciembre de 2008, en actuaciones seguidas por dichos recurrentes contra la empresa Bosch Security Systems SAU, Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores, sobre Conflicto Colectivo. Devuélvanse las actuaciones la Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martín Valverde.- Aurelio Desdentado Bonete.- José Luis Gilolmo López.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Milagros Calvo Ibarlucea.

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

## RESEÑA

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



2009/271308

TS Sala 1ª, Sentencia 23 noviembre 2009.  
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández.

### Inexistente apreciación de intereses usurarios en contrato de apertura de cuenta especial de crédito

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de la AP que confirmó la de primera instancia, también desestimatoria de la demanda de nulidad del contrato bancario -calificado de cuenta corriente en la demanda, y de apertura de cuenta especial de crédito en la sentencia recurrida- por considerar usurarios los intereses pactados.

La Sala considera que, si bien la tasa de interés era superior a la normal del dinero, no permite apreciar su tacha de usurario al carecer de gran entidad, no habiendo tampoco motivo para considerar el abuso o la existencia de un clarísimo e injusto desequilibrio económico entre las partes, siendo incluso las condiciones pactadas en el contrato impugnado más beneficiosas para el deudor demandante y recurrente que las que tenía con anterioridad. Tampoco se parecía aprovechamiento de una situación angustiosa del deudor en la firma del contrato, que se hizo para, refinanciando la deuda, intentar superar las dificultades económicas de dicha parte.

2009/271309

TS Sala 1ª, Sentencia 12 noviembre 2009.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Carácter limitativo de derechos en la cláusula de la póliza que lleva a su nulidad

Desestima el TS el recurso de casación de la aseguradora codemandada contra la sentencia de la AP, que había confirmado la de primera instancia, estimatoria parcial de la demanda de reclamación de cantidad como indemnización por el fallecimiento del hijo y hermano de los demandantes en un accidente laboral.

La Sala resuelve que han concurrido los requisitos de omisión, daño, nexo causal y culpa para apreciar la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana de acuerdo a las circunstancias apreciadas. Señala el carácter limitativo de la cláusula en virtud de la cual la aseguradora ha pretendido determinar la cuantía a satisfacer y su no aplicación al no constar expresa aceptación por el asegurado. La interpretación realizada es contraria a la buena fe que debe presidir estas relaciones y contraria al sentido de las cláusulas, en especial de una cláusula que define la garantía cubierta en los amplios términos, y que se concreta después en las condiciones generales, cuyo objeto no es la delimitación del riesgo sino la determinación de los criterios indemnizatorios por daños personales, claramente restrictiva de la cobertura que debió ser expresamente aceptada por el asegurado.



2009/276032

TS Sala 2ª, Sentencia 16 noviembre 2009.  
Ponente: D. Joaquín Delgado García

### Delito de posesión y distribución de material pornográfico

Se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delito de posesión y distribución de material pornográfico. El TS conviene con el recurrente en que la transmisión a otros usuarios ese número de veces constituye la actividad de distribución -una de las especificadas en el art. 189,b) CP 95 - para cuya confección se habían usado a personas de edad inferior a los 13 años. Pero no es lo mismo utilizar niños que utilizar imágenes de niños, razón por la cual esta singular agravación solo debe apreciarse cuando haya existido un contacto directo entre el acusado y el menor de esa edad, lo que ordinariamente ocurrirá en las actividades de producción de esa pornografía, sin que pueda ser bastante al respecto la mera distribución o difusión de fotografías o vídeos relativos a menores de trece años.

Formula voto particular el Magistrado D. Julián Sánchez Melgar.

2009/276031

TS Sala 2ª, Sentencia 30 octubre 2009.  
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

### Aplicación de atenuante analógica de dilaciones indebidas en delito de estafa

Estima el TS, parcialmente, el recurso de casación interpuesto por los condenados en la instancia como autores de un delito de estafa, y, en segunda sentencia, entiendo aplicable la atenuante de dilaciones indebidas. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que la realidad a la que nos enfrentamos merece un alto reproche en el plano ético y también jurídico, pero necesariamente deberán entrar en juego las previsiones legales que favorecen a los culpables, al existir dilaciones indebidas muy cualificadas, producto del mal funcionamiento del sistema judicial, lo que nos obliga a la aplicación del art. 66,2 CP 95 y bajar la pena básica en un grado.



2009/327318

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 10 diciembre 2009. Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

### Nulidad del plan rector de uso y gestión de paisaje protegido por defectos de elaboración

La Sala ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón frente a sentencia que declaró nulo y sin efecto el Decreto 65/1998 sobre aprobación del Plan Rector de Uso y Gestión de Paisaje Protegido de los Pinares de Rodeño, en cuanto la sentencia basó su decisión en la nulidad del anterior Decreto 91/1995, que fue declarado legal por esta Sala. Entrando a conocer del recurso planteado ante el TSJ, la Sala declara la nulidad del decreto impugnado al incurrir en defectos procedimentales en la elaboración de la norma, consistentes en la falta de memoria económica y del trámite de información pública.

2010/3521

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 18 enero 2010.  
Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí

### No concesión a centro educativo de concierto solicitado de dos unidades de bachillerato

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia que anuló la resolución administrativa en cuanto que no concedió al centro educativo ahora recurrido el concierto solicitado de dos unidades de bachillerato. La Sala considera que, descendiendo al caso concreto, al analizar las causas por las que la Administración deniega el concierto, la sentencia recurrida expresamente se refiere a "la no existencia de causas que impidieran la renovación", y, en cuanto a la carencia de dotación presupuestaria, no se demuestra la misma, de forma que la explicación dada por la Administración se limita a una expresión estereotipada, y ello refuerza la necesidad de una más sólida fundamentación de medidas tan trascendentes, que afecta no sólo a los centros sino a muchísimos alumnos.



2009/300326

TS Sala 4ª, Sentencia 21 septiembre 2009.  
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

### Derecho a rescate de fondo de pensiones denegado a despedido improcedentemente

El TS estima los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el banco y la aseguradora codemandados frente a sentencia que les condenó al abono de la cantidad reclamada en concepto de rescate de fondo de pensiones.

La Sala señala, siguiendo doctrina unificada, que carecen del derecho a percibir el complemento de pensión de jubilación quienes al cumplir la edad para lucrar la contingencia ya no se encuentran en activo, y ello aunque hubieran sido despedidos de manera improcedente en periodo inmediatamente anterior; así pues, en la fecha en que se produjo el cese del actor el fondo interno constituido para garantizar los derechos y mejoras previstas en el Convenio de la Banca no eran en absoluto un fondo de pensiones ni existían derechos consolidados, sino una mera expectativa de derecho a obtener una mejora para el caso de que la contingencia se produjese estando viva la relación de trabajo, cosa que no se produjo en el presente caso por lo que el actor no tiene derecho a la cantidad reclamada.