



# 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 2872

Madrid, martes 21 de septiembre de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/92321

TS Sala 3ª, Sección 8, Sentencia 18 mayo 2010. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Valoración de las condiciones personales

### Nombramientos no reglados de cargos judiciales

*El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto frente al RD 21/2009, por el que se nombró al presidente de la Audiencia Provincial, al ser esta actuación administrativa conforme a derecho. La Sala expone la doctrina sobre la motivación que ha de realizar el CGPJ en los nombramientos de cargos judiciales que, por no estar absolutamente reglados, le obligan a adoptar su decisión, destacando la distinción que se hace en función de una apreciación y valoración de las condiciones de las personas que aspiren a ellos entre el nombramiento a un cargo judicial que tenga únicamente contenido jurisdiccional y los que además también lleven inherentes funciones de gobierno y dirección. En el caso discutido, el de presidente de una Audiencia Provincial, se exigen tres premisas a tener en cuenta para cumplimentar la motivación exigida al CGPJ, la primera no exige el máximo de solvencia y excelencia que se viene demandando para el Tribunal Supremo; la segunda se refiere a la máxima libertad de apreciación y opción del Consejo, y la tercera considera que lo decisivo será que estén bien visibles las razones que han llevado al Consejo a tomar su decisión a favor de la concreta persona que haya resultado nombrada, y estas premisas que acaban de sentarse no permiten acoger en el caso enjuiciado esa falta de motivación que es denunciada para justificar la pretensión anulatoria que se ejercita en la demanda.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Magistrado Iltmo. Sr. D. Roberto impugna en el actual proceso contencioso-administrativo el Acuerdo del Pleno de Consejo General del Poder Judicial, adoptado en su reunión de 23 de diciembre de 2008, que decidió el nombramiento del Iltmo Sr. D. Adriano como Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 (luego formalizado en el Real Decreto 21/2009, de 13 de enero). Su demanda pretende que se anule ese Acuerdo del Pleno, así como el posterior Real Decreto 21/2009, "ordenándose que se efectúe un nuevo nombramiento motivado conforme a derecho". Para apoyar esa pretensión se invoca

principalmente la doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala tanto sobre la motivación de los nombramientos de cargos judiciales de naturaleza discrecional como sobre la exigible en los procedimientos selectivos de personal docente.

Y, con esa base, lo que principalmente se sostiene, expuesto aquí en esencia, es que el nombramiento aquí combatido no fue debidamente motivado por estas razones:

(1) No es posible hallar la motivación legalmente exigible en el Acuerdo del Pleno, porque sólo incluye meros juicios de valor y no precisa la fuente concreta de información utilizada ni qué aspectos del

expediente personal han merecido una valoración preferente.

(2) El acta del Pleno es igualmente insuficiente, porque tampoco concreta los méritos o características singulares que podrían justificar la superior valoración del nombrado.

(3) El Informe de la Comisión de Calificación tampoco puede considerarse válido a tales efectos, porque no describe los materiales empleados como fuentes de información, no pondera las concretas actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales reveladoras de la aptitud necesaria para la específica plaza anunciada.

(4) Fue omitida una valoración sobre el mérito constituido por el conocimiento del derecho y el idioma propio de la Comunidad Autónoma.

SEGUNDO.- Con carácter previo al estudio de esa impugnación, resulta conveniente hacer una referencia a cuáles fueron los términos de la convocatoria y cuales los contenidos del Informe de la Comisión de Calificación, del Acta que reflejó la deliberación sobre el nombramiento y del Acuerdo del Pleno que lo decidió. De la convocatoria, realizada en virtud de Acuerdo de 3 de septiembre de la Comisión Permanente del Consejo y publicada en el Boletín Oficial del Estado de día 17 inmediato posterior, debe señalarse que ya subrayó los elementos de información y valoración que principalmente se tendrían en cuenta en el nombramiento en esta parte de su texto:

"Los interesados podrán aportar junto a su solicitud una relación detallada de méritos acreditativos de sus conocimientos jurídicos e idoneidad para ocupar la plaza anunciada, así como fotocopia de un número significativo de sentencias y otras resoluciones judiciales que hayan elaborado, a fin de acreditar el mérito y la capacidad específicamente referido al ejercicio de la función jurisdiccional durante su trayectoria profesional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74.2.1 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial. Asimismo, a la solicitud los interesados podrán acompañar una exposición del proyecto de trabajo que estimen adecuado a las característi-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Improcedencia de disminución del precio de compraventa en atención al aprovechamiento urbanístico del inmueble 7

Interrupción del plazo de prescripción de acción de responsabilidad extracontractual 9

#### PENAL

Apropiación indebida por gestión desleal de quien se encarga de negocios ajenos sin un mandato formalmente establecido 10

Inaplicación del subtipo agravado de estafa por el valor de la defraudación 11

#### ADMINISTRATIVO

Nombramientos no reglados de cargos judiciales 1

Falta de relación de la OF con la publicación de anuncios en el BOP 5

#### SOCIAL

Existencia de descubiertos de cotización de escasa importancia y sin ánimo de incumplimiento 14

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

cas de la plaza solicitada, tanto desde el punto de vista jurisdiccional como de programación, organización y gestión de los recursos implícitos en dicha plaza". El 11 de diciembre de 2008 la Comisión de Calificación acordó: "Elevar al Pleno para provisión de la plaza de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000, vacante por expiración del mandato del anteriormente nombrado, después de amplio debate sobre los méritos de los solicitantes, propuesta de nombramiento de la que es ponente D. Félix V. Azón Vilas, a favor de los tres Magistrados -únicos solicitantes- que seguidamente se expresan, acordada por orden alfabético y unanimidad, junto con el informe que se adjunta como anexo a este acuerdo: Adriano Roberto Remigio".

Y lo que se adjuntaba a ese acuerdo decía así: "Informe de la comisión de calificación de 11 de diciembre 2008 sobre la propuesta de nombramiento para provisión de la plaza de presidente de la audiencia provincial de DIRECCION000. Descripción de la plaza a cubrir: La Audiencia Provincial consta de tres Secciones y en la misma sirven diez Magistrados. Las características de la misma hacen que entre las funciones gubernativas y jurisdiccionales sean estas últimas las que previsiblemente suponen mayor carga de trabajo, aún cuando es evidente la importancia de las funciones gubernativas. Cabe destacar que los tres componentes de la terna están ya prestando servicios en la propia Audiencia Provincial.

Los tres han aportado un número significativo de sus Resoluciones recientes. Valoración de méritos de D. Adriano. - Ingresó en la Carrera Judicial el 6.08.1979 y actualmente ocupa el puesto núm.002 del Escalafón y ha sido Presidente de la Audiencia Provincial desde el 10.11.2003. Tiene acreditado el conocimiento del Derecho Civil Valenciano y es conferenciante habitual sobre materias jurídicas. Sus Resoluciones demuestran un buen conocimiento jurídico tanto en civil como en penal, con un buen análisis de las pruebas, de su valoración y de la construcción del silogismo jurídico. La Sala de Gobierno del TSJ de Valencia ha indicado que es "persona idónea para la Presidencia de la Audiencia Provincial de DIRECCION000, al menos desde el prisma jurídico". Ha presentado documento explicando el trabajo que ha realizado durante su Presidencia pasada y también una propuesta de trabajo

para los próximos años que contiene un proyecto sistemático, ordenado y coherente, en el que se abordan una buena cantidad de los problemas de dicho órgano así como las hipotéticas soluciones. Valoración de méritos de D. Roberto.

Ingresó en la Carrera Judicial el 27.06.1986 y actualmente ostenta el núm.001 del Escalafón. Es actualmente Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia. Tiene acreditado el mérito del conocimiento del Derecho Civil Valenciano y el conocimiento del idioma propio de esa Comunidad. Es conferenciante habitual y también acredita experiencia docente en las distintas ramas del Derecho. Sus resoluciones demuestran claridad y buen conocimiento jurídico, tanto en civil como en penal. Es un buen conocedor de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que aplica de manera habitual en sus resoluciones, que destacan por la claridad expositiva. La Sala de Gobierno del TSJ de Valencia ha indicado que es "persona idónea para la Presidencia de la Audiencia Provincial de DIRECCION000, al menos desde el prisma jurídico".

Ha presentado un documento que contiene un proyecto de trabajo a realizar durante un mandato como Presidente de la Audiencia Provincial que contiene propuestas innovadoras, sensatas y coherentes, articulando un conjunto razonable todas ellas. Valoración de méritos de D. Remigio.- Ingresó en la Carrera Judicial el 08.02.1990 con el núm.000 del Escalafón y actualmente es Magistrado de la Audiencia Provincial de DIRECCION000. Acredita el mérito del Conocimiento del derecho civil Valenciano así como el de la lengua propia de la Comunidad. Ha impartido un buen número de conferencias y participado en numerosas actividades formativas. Sus Resoluciones demuestran claridad y buen conocimiento jurídico, tanto en civil como en penal.

Es un buen conocedor de la doctrina del Tribunal Constitucional que aplica de manera habitual en sus resoluciones, que destacan por la claridad expositiva. La Sala de Gobierno del TSJ de Valencia ha indicado que es "persona idónea para la Presidencia de la Audiencia Provincial de DIRECCION000, al menos desde el prisma jurídico". Ha presentado un proyecto de trabajo para el cargo de Presidente de la Audiencia Provincial que en su conjunto es razonable y coherente en sus propuestas".

La deliberación del Pleno plasma en el Libro de Actas de la Secretaría General del Consejo es ésta:

"1-79º.- Propuesta de la Comisión de Calificación para provisión de la vacante de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000. Toma la palabra D. Horacio para defender la candidatura de D. Adriano, actual Presidente de la Audiencia provincial, justificando su renovación en el cargo con base en los méritos que acredita su curriculum (sic), del que en este acto realiza una extensa exposición, destacando asimismo las principales cuestiones que plasma el candidato en el programa de trabajo presentado ante la Comisión de Calificación, que no sólo da continuidad a lo ya realizado a lo largo del mandato anterior, sino que aporta también interesantes medidas y proyectos a impulsar. Considera por ello que debe acordarse la continuidad, que ha sido además una práctica que se viene siguiendo con toda normalidad ante candidatos que han acreditado una buena gestión. En este caso concreto, el análisis de todas las circunstancias y méritos documentados conduce a la conclusión de que este candidato es el más idóneo de todos los concurrentes.

Dª Zulima interviene a continuación para defender la candidatura de D. Roberto, Magistrado que ingresó en la Carrera Judicial en el año 1986, siempre ha ocupado destinos en la provincia de DIRECCION000, lo que le proporciona un conocimiento exhaustivo de la problemática de sus órganos judiciales incuestionable. Lleva varios años presidiendo una Sección de la Audiencia provincial, y son conocidas por su calidad sus ponencias, publicaciones y estudios, donde destaca en el Derecho de Seguros. En su proyecto de trabajo también aporta iniciativas muy interesantes, resaltando determinadas áreas que necesitan un mayor desarrollo. Acredita el conocimiento de la lengua valenciana, cuenta con un arraigo permanente y, si a ello se añaden las propuestas que pretende llevar adelante potenciando comisiones, relaciones institucionales y la coordinación con el Decanato de los juzgados de Castellón, alcanzaremos una conclusión de idoneidad que le acredita especialmente para este cargo. Sometida la propuesta a votación secreta se obtuvo el resultado siguiente: Miembros presentes.

21 Votos a favor de D. Adriano.

11 Votos a favor de D. Roberto.

9 Votos en blanco..

1 Por lo que el Pleno, asumiendo los argumentos defendidos por el Vocal D. Horacio, tiene por nombrado a D. Adriano para el cargo de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000, por período de cinco años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 337 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ". El texto del Acuerdo del Pleno de 23 de diciembre de 2008 es el que continúa:

"Setenta y nueve.- Examinada y debatida la propuesta de la Comisión de Calificación relativa a la Presidencia de la Audiencia Provincial de DIRECCION000, el Pleno acuerda nombrar para tal cargo a D. Adriano, en provisión de vacante producida por expiración del plazo para el que había sido nombrado este mismo Magistrado para el mismo cargo con anterioridad, y por período de cinco años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 337 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este nombramiento se fundamenta en los méritos y capacidad del candidato nombrado, acreditados a lo largo de su trayectoria profesional, debidamente constatados en su expediente personal y en la documentación conocida por el Pleno, y especialmente durante el mandato concluido en el mismo cargo para el que ahora se la (sic) renueva".

TERCERO.- La cuestión suscitada en el actual proceso, una vez más, es la referida a la motivación que ha de realizar el Consejo General del Poder Judicial en los nombramientos de cargos jurisdiccionales que, por no estar absolutamente reglados, le obligan a adoptar su decisión en función de una apreciación y valoración de las condiciones de las personas que aspiren a ellos. Sobre dicha cuestión esta Sala ha sentado una doctrina que, iniciada en sus líneas maestras por la sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2006 (Recurso 117/2005), ha sido continuada en estos otros pronunciamientos posteriores que se mencionan a continuación. Por lo que hace a los nombramientos de contenido puramente jurisdiccional, ha sido desarrollada y completada en las posteriores sentencias, también del Pleno, de 27 de noviembre de 2007 (Recurso de 2004/2006) y 23 de noviembre de 2009 (Recurso 372/2008), que versaron sobre nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo; y ha sido reiterada, así mismo, en dos sentencias de la Sección Séptima de 12 de junio de 2008 (Recursos

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).

184/2005 y 188/2005), referidas a la plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia. Y en lo que concierne a cargos que no sólo tienen contenido jurisdiccional, sino que también llevan inherentes funciones de gobierno y dirección, la doctrina ha venido a ser completada y matizada en la sentencia de la Sección Octava de 5 de febrero de 2010 (Recurso 72/2005). Es obligado, pues, subrayar las ideas básicas que definen la doctrina contenida en dicha jurisprudencia, que son estas tres:

(1) La libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en cuanto órgano constitucional con un claro espacio de actuación reconocido.

(2) La existencia de unos límites que necesariamente condicionan esa libertad, especialmente el límite que representan esos principios de mérito y capacidad.

(3) La significación que ha de reconocerse al requisito de motivación.

También conviene recordar, como se hará seguidamente, cuál es el núcleo de esas ideas básicas.

CUARTO.- Sobre la libertad del Consejo y sus límites en orden a los nombramientos judiciales de carácter discrecional, y sobre las consecuencias de esos límites, las declaraciones principales de esta Sala se pueden resumir en lo que continúa. Se ha dicho que esa libertad es amplísima y claramente descarta que pueda esta Sala sustituir a dicho órgano constitucional en los elementos básicos del núcleo material de la decisión que sólo al Consejo corresponde adoptar.

Pero también se ha afirmado que esa libertad no es absoluta, que tiene unos límites que representan un mínimo inexcusable y están constituidos por unas exigencias que resultan imprescindibles para demostrar que el ejercicio de esa potestad respetó estos mandatos constitucionales que seguidamente se expresan.

Que el acto de nombramiento no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE). Que respetó, en relación a todos los aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE). Y que el criterio material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad para “el ascenso y promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la Carrera Judicial”, expresamente proclamados por el artículo 326.1 de la LOPJ; y, sobre todo, presentes en el artículo 122.1 de la propia Constitución cuando, como subraya la tan repetida Sentencia de 29 de mayo de

2006 del Pleno de esta Sala, establece el sistema de carrera para jueces y magistrados “ (...) entendido como un “*cursum honorum*” en el que se desarrolla una progresión profesional (...) que está igualmente vinculada a los principios de mérito y capacidad, que resultan proyectables sin reservas sobre los cargos judiciales”. En cuanto a las consecuencias que se derivan de esos límites mínimos, se ha dicho que se traducen en estas dos exigencias, respectivamente de carácter sustantivo y formal, que a continuación se señalan.

La exigencia sustantiva consiste en la obligación que tiene el Consejo General del Poder Judicial, a la vista de las singulares plazas convocadas y los concretos aspirantes que participan en la convocatoria, de identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento; y tiene la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables.

La exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo: la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuales podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; la de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad; y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento.

QUINTO.- La motivación es la exteriorización del cumplimiento de esos límites que acaban de ser expuestos, y sobre el alcance que tiene este requisito y la relación que guarda con el trámite previo de informe de la Comisión de Calificación, la antes citada sentencia de 29 de mayo de 2006 se pronuncia así:

“Hemos de tener presente, en este sentido, que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 137, establece que “los Acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados”, principio general del que no se hace ninguna exclusión explícita, y que hace innecesario acudir al mandato tantas veces invocado del artículo 54-f) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992, que ordena la motivación de las decisiones discrecionales. Se hace, por eso, preciso, también en casos como el que ahora nos ocupa, que aflore expresamente en el nombramiento algún tipo de motivación que haga jurídicamente nítido que el acto no se ha extralimitado. Llegados a este punto, hemos de dar por superados anteriores pronunciamien-

tos jurisprudenciales como los contenidos, v.gr., en las SSTs de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999, donde sobre la base de la afirmación de una potestad de libre designación para nombramientos de cargos judiciales como el que ahora examinamos, se apuntaba la innecesaria e inexigibilidad de motivación; pues ya advertimos en la reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 3 de marzo de 2005, que es este un tema “complejo y problemático”, “sobre el cual la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no haya arribado a una conclusión firme y consolidada”.

Ahora bien, siendo el Pleno del Consejo, como hemos dicho, un órgano colegiado, con derecho al voto secreto por parte de sus miembros y sin sumisión al principio de non liquet, cuyas deliberaciones se documentan en un acta, en la que se “reseñarán sucintamente los debates” (artículo 46 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo), de modo que en realidad pueden ser diversas las razones que hayan podido impulsar a cada Vocal a votar en el sentido mayoritario, la argumentación básica que podrá considerarse suficiente para entender cumplido el requisito formal será aquella que razonable y suficientemente resulte del acta, y que, como tal, puede hacerse valer como motivo central de la decisión; pero no podrá apreciarse la existencia de una motivación suficiente, por faltarle su presupuesto esencial, si del acta no resulta, aunque sea de forma sucinta, el cumplimiento efectivo y adecuado del trámite previo de informe de la Comisión de Calificación al Pleno tal y como antes lo hemos perfilado, pues es ese informe el que justamente suministra parte sustancial de los datos que permiten a cada uno de los Vocales orientar su voto”.

SEXTO.- Esos límites que antes fueron apuntados y la motivación destinada a acreditar su cumplimiento merecen una explicación complementaria, tanto en cuanto a su significación general como en lo que, consecuentemente, debe ser el objeto del control jurisdiccional que corresponde realizar a este Tribunal Supremo sobre los actos de nombramiento que son competencia del Consejo General del Poder Judicial; y es de reiterar lo que a este respecto declaró esta Sala en la sentencia de 27 de noviembre de 2007 (Recurso 407/2006).

Lo primero que debe subrayarse, con un especial énfasis, es que el Consejo es un órgano constitucional con una función de gobierno del poder judicial (artículo 122.2 CE) que tiene una amplitud que va más allá de gestionar el estatuto profesional de Jueces y Magistrados. Esto significa que su potestad de nombramiento no puede quedar limitada a una simple operación de recuento y valoración de méritos de quienes aspiren

a determinados cargos judiciales. Podrá también ponderar otras circunstancias, dirigidas a dar satisfacción al perfil, la configuración o las necesidades de los órganos jurisdiccionales que, en el ejercicio legítimo de esa función constitucional de gobierno, juzgue el Consejo que merecen ser atendidos en cada circunstancia temporal de que se trate.

Y significa igualmente que tiene libertad para decidir la clase de méritos que deberán ser ponderados en cada momento, en función de las necesidades que aprecie en los órganos jurisdiccionales, así como la proporción que en cuanto a su dimensión o entidad haya de darse a los que así hayan sido acotados.

Lo segundo que debe destacarse, derivado de lo anterior, es la idea de que, a través del control jurisdiccional de esos límites de que aquí se está tratando, no se pueden establecer rígidas directrices que reduzcan esa libertad que ha de respetarse al Consejo sobre las concretas clases de méritos y capacidades que podrá elegir como criterio para decidir los nombramientos; ni, desde otra perspectiva, tampoco se le puede privar del margen de apreciación que es inherente al juicio de discrecionalidad que significa la definitiva selección y estimación cualitativa de las circunstancias individuales de los aspirantes que deban encarnar esas clases de méritos y capacidades que previamente hayan sido elegidos y definidos como prioritarios.

Todo ello debe ser resaltado porque, aunque ciertamente no se trata de nombramientos de confianza, como rechazó con rotundidad la Sentencia del Pleno de esta Sala de 29 de mayo de 2006, tampoco se trata de un concurso de méritos en el que estén taxativamente predeterminados los que podrán ser considerados o el valor que haya de atribuírseles. Consecuentemente, esos límites por lo que están representados es por los principios constitucionales que, según se ha venido exponiendo, constituyen el esquema de valores que necesariamente habrá de estar presente en el extenso recorrido de la libertad que tiene reconocida el Consejo General del Poder Judicial.

Y la traducción práctica del control jurisdiccional sobre su observancia nunca podrá ser que este Tribunal Supremo indique al Consejo los méritos que podrán o no ser valorados (conviene insistir en ello), sino tan sólo imponerle la carga, cumpliendo con la doble exigencia sustantiva y formal que antes se señaló, de dejar claramente explicadas y objetivadas las concretas circunstancias de mérito y capacidad con las que justifica su decisión de nombrar a una determinada persona con preferencia sobre los demás aspirantes a la misma plaza.

SÉPTIMO.- Como ya antes se adelantó, la reciente sentencia de

esta Sección Octava de 5 de febrero de 2010 (Recurso 72/2005) ha completado y matizado la doctrina que se viene exponiendo cuando el nombramiento del Consejo que haya sido sometido al control jurisdiccional esté referido a un cargo judicial que no tenga únicamente contenido jurisdiccional y también lleve inherentes funciones de gobierno y dirección. Esta sentencia que acaba de mencionarse, referida al nombramiento de Presidente de una Audiencia Provincial, ha subrayado muy especialmente que la nueva jurisprudencia de que se viene hablando ha trazado una clara diferenciación entre los nombramientos para cargos directivos dentro del sistema judicial y los que implican el acceso al Tribunal Supremo y, en esta línea, ha declarado lo siguiente:

“(…) la motivación, que cuando se trata de cubrir plazas en el Tribunal Supremo debe referirse sustancial y preponderantemente a méritos vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional o a aquellas otras que sean materialmente asimilables a ella (Sentencia de 27 de noviembre de 2007), de modo que a través de ellas quede acreditada la solvencia y la excelencia en el ejercicio de aquella función, sin embargo, en el supuesto de cargos de dirección, los datos objetivos a tener en cuenta como determinantes de la elección forman parte de una gama mucho más amplia de criterios por los que razonable y fundadamente puede optar el Consejo, al no implicar normalmente estos puestos un incremento cualitativo de la potestad jurisdiccional, en cuanto que el voto del Presidente es en este ámbito igual al de los restantes miembros del órgano jurisdiccional que va a presidir, por lo que siendo evidente que es absolutamente necesaria una base de experiencia y calidad jurisdiccional que lo habiliten para dirigir con “autoritas” el Tribunal que preside, pueden aparecer también con trascendencia en la motivación del acuerdo aptitudes personales que -como hemos indicado con anterioridad- rebasan los puros conocimientos técnico-jurídicos, para atender a la finalidad de dirección, coordinación y gestión de los medios materiales y humanos puestos a su disposición”.

**OCTAVO.-** El nombramiento controvertido en el actual proceso jurisdiccional no es estrictamente jurisdiccional ni de Magistrado del Tribunal Supremo, es de Presidente de una Audiencia Provincial. Lo cual significa que se trata de un destino ciertamente con funciones jurisdiccionales, pero que no ocupa la máxima posición en el organigrama judicial; y que, además, tiene un claro carácter directivo por llevar inherentes importantes funciones de gobierno y organización. Esta especial circunstancia obliga a establecer, partiendo de las ideas que están presentes en la doctrina jurisprudencial que se ha venido mencionando, cuáles han de ser las directas premisas

desde las que ha de ser enjuiciada en este concreto caso litigioso la suficiencia o no de la motivación que resulta exigible y es cuestionada por el actual recurrente. Y como tales deben señalarse éstas tres que se expresan a continuación.

La primera de esas premisas es que, por lo que concierne a la capacidad profesional de los candidatos, no es exigible el máximo de solvencia y excelencia que se viene demandando para el Tribunal Supremo y, por esta razón, el análisis de los méritos y circunstancias referidos a esta faceta de los candidatos tampoco exige los mismos patrones de rigor y exigencia que en el Alto Tribunal.

Mas sin que lo acabado de afirmar deba interpretarse en el sentido de que, tratándose de cargos directivos, puede orillarse la capacidad demostrada en el estricto ejercicio de la jurisdicción (sólo puede ostentar cargos de gobierno quien antes haya demostrado ser un buen Juez, aunque no todos los que lo son tienen siempre las mejores aptitudes para las tareas directivas).

La segunda es que, en esta clase de cargos, la libertad de apreciación y opción del Consejo opera en su nivel máximo.

Esto quiere decir que es a dicho órgano constitucional al que corresponde definir en cada momento las líneas maestras de la concreta política judicial que ha de exteriorizar la función de gobierno del poder judicial que él tiene expresamente atribuida, por imperativo de lo establecido en el artículo 122.3 de la Constitución. Como significa también, paralelamente, el amplísimo margen de apreciación que debe serle reconocido en lo tocante a decidir cuál de los proyectos de gobierno aportados por los candidatos encarna mejor la opción de política judicial del Consejo y, también, cuál de esos candidatos, una vez demostrado que ha superado un razonable umbral de profesionalidad, es el que le parece más idóneo para ejecutar dicha política en el concreto territorio para el que sea nombrado.

Y la tercera es que, por lo que en concreto hace al canon de motivación que resulta exigible en casos como el del concreto cargo directivo que aquí es objeto de polémica, lo decisivo será que estén bien visibles las razones que han llevado al Consejo a tomar su decisión a favor de la concreta persona que haya resultado nombrada.

Razones cuya constatación habrá de hacerse teniendo en cuenta los elementos de ponderación que la propia convocatoria haya establecido; la aportación que a estos efectos hayan hecho los candidatos; el informe que haya sido emitido por la Comisión de Calificación; y las manifestaciones que sobre todos esos elementos hayan sido exteriorizadas

en la deliberación del Pleno o plasmadas en su Acuerdo final.

Esa premisas que acaban de expresarse tienen un colofón final, que no es sino el de que acotan también lo que puede ser objeto de control jurisdiccional y lo que no puede serlo en los actos sobre nombramiento para estos cargos directivos o de gobierno judicial.

Pues bien, es revisable jurisdiccionalmente si el Consejo ejerció o no en el acto de nombramiento un puro voluntarismo inmotivado que no permita dar por debida cumplida la interdicción de arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 CE; y no es susceptible de control jurisdiccional, por formar parte del ámbito de funciones que constitucionalmente tiene reservado, la opción que haya efectuado a favor de un concreto proyecto organizativo o de gobierno de entre los varios que hayan sido presentados.

**NOVENO.-** Esas premisas que acaban de sentarse no permiten acoger en el caso enjuiciado esa falta de motivación que es denunciada para justificar la pretensión anulatoria que se ejercita en la demanda. Y así debe ser porque, por lo que se va a explicar seguidamente, la reseña y transcripción que antes se hizo en el fundamento segundo de los actos y fases principales del proceso selectivo permiten constatar cuales fueron las razones que llevaron al Consejo a decidir el nombramiento aquí cuestionado.

Hubo un análisis de la capacidad profesional demostrada por los candidatos en las tareas estrictamente jurisdiccionales, a partir de las resoluciones que aportaron de conformidad con lo establecido en la convocatoria. Un análisis en el que, primero, el Informe de la Comisión de Calificación expresó las razones por las que entendió que todos los candidatos superaban ese razonable umbral de profesionalidad que resulta suficiente para ocupar el cargo directivo cuya provisión aquí se impugna y, después, el Pleno de Consejo asumió expresamente esa valoración.

Hubo también, en ese Informe de la Comisión de Calificación, una expresa referencia al Proyecto de trabajo presentado por los candidatos, y consta que el Pleno deliberó sobre tales Proyectos y en su votación final se decantó por dar su apoyo mayoritario al presentado por el Magistrado que resultó nombrado.

Esos Proyectos, obrantes en las actuaciones, son documentos de una considerable extensión y, en ellos, los candidatos, a través de una exposición detallada, incluyen su visión personal sobre los principales problemas de los órganos jurisdiccionales del territorio de la Audiencia de Castellón y su criterio sobre cuales deben ser las medidas organizativas o directivas para afrontarlos.

Por lo cual, es claro que la mayoría del Pleno del Consejo, plasmada

en el acuerdo aquí directamente impugnado, optó por la solución de gobierno contenida en el Proyecto del candidato finalmente nombrado por considerarla más conforme con sus directrices de política judicial.

Y de esto último se deriva lo siguiente:

(a) Un ejercicio por el Consejo de esa amplia discrecionalidad que le corresponde en su función constitucional de gobierno del Poder Judicial, por el que decidió, en relación con un concreto Proyecto de actuación, que en su criterio era más idóneo para dar respuesta a los problemas directivos que deben ser atendidos desde la Presidencia de la Audiencia Provincial de DIRECCION000.

(b) La inexistencia de elementos que permitan calificar esa opción como gratuita o arbitraria.

(c) La improcedencia de que esta Sala, desde la mera perspectiva de la perfectibilidad de ese Proyecto, sustituya al Consejo en la función que constitucionalmente le corresponde de definir las líneas maestras de la política judicial. Por último, debe insistirse en que lo anterior es bastante para considerar cumplido el canon de motivación que jurídicamente era exigible, y sin que el superior conocimiento del idioma de la Comunidad Valenciana que el recurrente justificó, por sí solo, permita otorgarle una preferencia, para el controvertido nombramiento, que deba anteponerse a las razones que determinaron la decisión del Consejo.

**DÉCIMO.-** Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, desestimar el recurso contencioso-administrativo, y no se aprecian razones para un especial pronunciamiento sobre la imposición de las costas procesales.

## FALLO

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ilmo. Sr. D. Roberto frente al Real Decreto 21/2009, de 13 de enero (por el que se nombró al Ilmo. Sr. D. Adriano Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000), al ser esta actuación administrativa conforme a Derecho en lo que ha sido discutido en el actual proceso jurisdiccional.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Díaz Delgado.- Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.- Ramón Trillo Torres.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

2010/84273

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 7 mayo 2010.  
Ponente: D. Emilio Frias Ponce

Corrección de errores

## Falta de relación de la OF con la publicación de anuncios en el BOP

*El TS, que ha lugar en parte al recurso de casación, casa y anula la sentencia impugnada en cuanto declaró contrario a derecho el punto 11,4 del acuerdo sobre corrección de errores de la ordenanza fiscal reguladora de la tasa por publicación de anuncios y edictos en el boletín oficial de la provincia, dado que, como mantiene la diputación provincial recurrente, ha de partirse de la validez de la rectificación de errores, porque, en contra de lo que sostiene la sentencia, no suponía una modificación sustancial del contenido o del sentido de la ordenanza, pues la remisión al art. 58,4 Ley 30/1992 que contenía el art. 16,c) de la ordenanza no guardaba relación alguna con el hecho imponible, que era la publicación de anuncios en el BOP, y de ahí la rectificación acordada, al amparo del art. 105 de la Ley citada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida razona la estimación del recurso con base en los siguientes fundamentos jurídicos:

“Primero.- Que constituye el objeto del presente recurso, la impugnación que, por el Abogado del Estado, se hace del Acuerdo de 25-2-03, de la Diputación Provincial de Valencia, en el que, a través de su punto 11.4, se modifica la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa de Publicación de anuncios y edictos en el BOP aprobada por Acuerdo de 24-9-02, y publicada en el BOP de 23-11-02, por considerar que tal Acuerdo no puede calificarse, como hace la Diputación, como una nueva corrección de errores, pues entiende la actora que, altera de forma sustancial la regulación de la Ordenación citada, mientras que, por la Diputación se mantiene que tal modificación tiene un carácter de mera rectificación de errores, y que, el contenido de aquella Ordenanza de 24-9-02, resulta inmodificable, entre otras cosas, por haber devenido en consentida y firme.

Segundo.- Que en ese punto 11.4 del Acuerdo impugnado se dice que se han observado dos errores en la cita de referencias legales, que consisten, en cuanto aquí respecta, en la referencia que se hace en el párrafo

d) del apartado c) del art. 16 de la ordenanza, donde dice “artículo 59.4 de la L. 30/92”, debe rectificarse y debe decir “art. 59.5”, modificación que la demandada estima justificada, atendido que, la L. 24/01, añadió un nuevo párrafo a tal art. 59, un nuevo 3º, de modo que, el 3º antiguo pasó a cuarto, el 4º pasó a ser 5º y el 5º pasó a ser 6º, y sobre la problemática planteada, la Sala considera que tal modificación no puede calificarse como una mera corrección de errores, por cuanto su contenido viene a alterar de una forma sustancial la regulación que dicha Ordenanza realiza en relación a las Tasas por publicación de anuncios y edictos en el BOP, en cuanto, ese art. 16.c).d) de la Ordenanza, viene a establecer excepciones a la exención general prevenida en el art. 13, y según ese apartado 4, del art. 59 de la L. 30/92, no se exige publicación de la notificación cuando el interesado la rechace, en cambio su apartado 5, tal excepción a la exención, llevaría a ser aplicado a aquellos supuestos relativos a la publicación de edictos para notificar a los interesados cuyo domicilio sea desconocido, o intentada, no se hubiese podido practicar, modificación sustancial ésta, que deviene en ilegal por contravenir el art. 11.2 de la L. 5/02, reguladora de los BOP, en el que se declara que estarán exentos de tal tasa, los anuncios oficiales, cuando su publicación resulte obligatoria, y ese art. 59.5 de la L. 30/92, indica que, cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos la notificación se hará “por medio de anuncios...” en el BOP”, es decir, el precepto, al regular la notificación edictal lo hace calificando a esa publicación como obligatoria, con lo que esa rectificación, el referirse ahora al apartado 5 del art. 59 de la L. 30/92, en cuanto excepción a la exención en el pago de Tasas, se contrapone a lo prevenido en el art. 11.2.6), de la L. 5/02, que se declara, exentos de pago de Tasa, los anuncios oficiales, cuando su publicación resulte obligatoria, y en tal sentido estimar el recurso.”

SEGUNDO.- La representación procesal de la Diputación Provincial de Valencia articula su recurso con base en tres motivos, en los que, con invocación del art. 88.1d) de la Ley Jurisdiccional, alega:

a) Infracción del art. 105 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

b) No aplicación del artículo 11.3.f) de la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales.

c) Infracción del artículo 11.3g) de la Ley 5/2002, de 4 de abril, en relación con el art. 59.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

En relación con la infracción del art. 105 de la Ley 30/92 mantiene que, pese a la vigencia de la Ley 24/2001, que modifica el art. 59 de la Ley 30/92, e incurriendo en un

error material evidente, la Ordenanza mantenía en el art. 16.C).d) la remisión al número 4 de la misma, con la clara intención de subsumir dentro de los supuestos no exentos aquellos anuncios relativos en los procedimientos sancionadores con imposición de multas y sanciones económicas, cuando se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación no se hubiese podido practicar, por lo que advertido este error, al hallarse la previsión normativa en el apartado 5 y no en el 4 del citado art. 59, que no guardaba ninguna relación con el art. 16 de la Ordenanza, se acordó la corrección en sesión plenaria de 25 de febrero de 2003, publicándose en BOP de 14 de marzo de 2002, sin que, en contra de lo que señala la sentencia, se excediera la corrección de error material de la facultad establecida en el art. 105 de la Ley 30/92, ya que dicho error se justifica claramente en el expediente por la modificación normativa, y no supone un cambio en la ordenanza, pues la sujeción a la tasa de los anuncios controvertidos era voluntad de la Diputación en el momento de aprobar la Ordenanza, con remisión, aunque errónea, al apartado 4 del art. 59 de la Ley 30/92 por parte de su artículo 16.C).d).

Por otra parte, entiende que la sujeción a la tasa de los anuncios y edictos correspondientes a procedimientos sancionadores, como hace el artículo 16.C) de la Ordenanza, goza de amparo legal en el art. 11.3f) de la Ley 5/2002, en contra del criterio de la sentencia impugnada, en cuanto señala, no obstante exceptuar de la exención a los anuncios que puedan soportar, directa o indirectamente, un beneficio económico al remitente o solicitante, que “no se considerará, a estos efectos, que reporta un beneficio económico o que tenga contenido económico las citaciones para ser notificadas por comparecencia en los procedimientos de recaudación de los tributos o exacciones parafiscales, en los casos en que intentada la notificación al interesado o representante por parte de la Administración Tributaria o entidades o corporaciones de Derecho Público a los que corresponde su recaudación, ésta no haya sido posible”, por lo que debía considerarse que si tenía contenido económico el supuesto de la controversia.

En fin, en el tercer y último motivo se alega la infracción del artículo 11.3.g) de la Ley 5/2004, de 4 de abril, en relación con el art. 59.5 de la Ley 30/92, en cuanto la sentencia declara que la sujeción de los anuncios y edictos correspondientes a procedimientos sancionadores con imposición de multas, para notificación a los interesados de las denuncias y de las resoluciones sancionadoras en los supuestos contemplados en el art. 59.5 de la Ley 30/92 es contraria a Derecho, toda vez que en su último párrafo dispone “que las

Administraciones Públicas podrán establecer otras formas complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores”, quedando esta previsión dentro del supuesto de sujeción establecido el art. 11.3.g) de la Ley 5/2002, en cuya virtud están exceptuados de la exención aquellos anuncios que puedan o deban publicarse además en un diario, según disposición legal.

TERCERO.- Ciertamente, como mantiene la Diputación Provincial de Valencia, ha de partirse de la validez de la rectificación de errores, porque, en contra de lo que sostiene la sentencia, no suponía una modificación sustancial del contenido o del sentido de la Ordenanza.

La remisión al apartado 4 del art. 58 de la Ley 30/92 que contenía el art. 16.C).d) de la Ordenanza no guardaba relación alguna con el hecho imponible, que era la publicación de anuncios en el BOP, y de ahí la rectificación acordada, al amparo del art. 105 de la Ley 30/92, que ha de considerarse conforme a Derecho, al no implicar modificación del régimen normativo, dada la intención de la Corporación Provincial de subsumir desde el inicio, dentro de los supuestos no exentos, aquellos anuncios realizados en los procedimientos sancionadores con imposición de multas y sanciones económicas que imponía la ley, esto es, cuando se ignorase el lugar de la notificación o bien cuando intentada la notificación no se hubiere practicado supuestos que venían contemplados en el apartado 5 del art. 59 de la Ley Procedimental.

Procede, pues, la estimación del primer motivo.

CUARTO.- En cambio, los restantes motivos alegados, que aluden a la validez del contenido del art. 16.C).d) de la Ordenanza, a que la corrección de errores se refería, han de ser desestimados.

Como recuerda la sentencia de 5 de febrero de 2009, rec. de cas. 6213/2005, en relación con la misma Ordenanza de la Diputación de Valencia para el ejercicio 2004: “El tema de la sujeción o no al pago de la tasa de los anuncios de notificaciones edictales acordadas en procedimientos administrativos sancionadores ha sido objeto de diversas sentencias de esta Sala, en la que se mantiene la doctrina de que la inserción de edictos en el Boletín Oficial de la Provincia como consecuencia de tales tipo de procedimientos se efectúa para satisfacer un interés público general, que se concreta en que la Administración logre hacer efectivas las sanciones impuestas para así lograr la normalidad de la actividad que se trata de preservar, por lo que no se puede mantener que existan sujetos pasivos especialmente intere-



sados o beneficiados por el servicio de publicación.

La doctrina jurisprudencial fue resumida en la Sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2005, que declaró no haber lugar al recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la Diputación Provincial de Segovia contra la de la Sala de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, de 25 de marzo de 2003. En la referida Sentencia se solicitaba la declaración de la siguiente doctrina legal: "Los anuncios oficiales (en el Boletín Oficial de la Provincia), cualquiera que sea el solicitante de la inserción, cuando la misma resulte obligatoria, de acuerdo con una norma legal o reglamentaria, y que tenga por objeto notificar actos dictados dentro de un procedimiento sancionador, que tenga contenido económico, están sujetos y no exentos de la Tasa provincial que financia el BOP, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2002".

La respuesta de esta Sala fue desestimatoria de la pretensión formulada con base en la siguiente argumentación:

"Segundo.- Se impugna, en este recurso extraordinario de casación en interés de la Ley, conforme consta en los antecedentes, la sentencia de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, de fecha 25 de marzo de 1999, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por la Diputación Provincial de Segovia contra la sentencia de 18 de diciembre de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Segovia Contencioso-Administrativo, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Subdelegación del Gobierno de Segovia, siendo, en instancia, el "thema decidendi" la determinación de si están o no sujetos al pago de la tasa por la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia los anuncios referidos a notificaciones edictales acordadas en procedimientos sancionadores de naturaleza gubernativa.

La tesis contraria a la referida sujeción que mantiene la sentencia recurrida puede entenderse que, por la reiteración de la inserción en el Boletín de anuncios de la clase que se examina, tiene suficiente trascendencia para ser considerada, a los efectos del recurso de casación en interés de Ley, perjudicial al interés que representa la Administración recurrente.

Por el contrario, no puede entenderse que sea errónea, sino que se ajusta al criterio expresado reiteradamente por esta Sala en sentencias de 14 y 29 de septiembre de 2000, 10 de marzo de 2001 (recaída en el recurso de casación en interés de Ley 2116/2000), 23 de diciembre de 2002 y de 26 de noviembre de 2003,

sin que tal criterio deba ser alterado como consecuencia de la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias.

Tercero.- En la Sentencia de 19 de abril de 1996 (recurso de casación en interés de Ley 2158/93), a propósito de la inserción en el B.O.P. de los Convenios colectivos de ámbito provincial, aparte la naturaleza de normas que dichos Convenios ostentan, se sienta (F.J. 6º) que "no basta para que surja el hecho imponible de las tasas, como tributo local, con la prestación de un servicio público o la realización de una actividad técnica o de otra índole, de la competencia del Ente local, sino que la prestación o actividad administrativa "se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto", de tal modo que cuando el beneficio no es individualizado por referencia a persona o personas concretas, sino que participa en él, de forma indiscriminada, la colectividad, no cabrá hablar de hecho imponible generador de tasas".

En la Sentencia de 15 de febrero de 1999 (recurso de casación en interés de la Ley 7745/98), a propósito del nuevo régimen de publicación de edictos en los periódicos oficiales para anuncio de la interposición del recurso Contencioso-Administrativo a que hace méritos el art. 47 de la vigente Ley Jurisdiccional, que ya no es obligatoria como en el régimen de la Ley de 1956-art. 60-, después de constatar que "cuando la inserción del anuncio haya de practicarse a petición del interesado, solo este será el sujeto pasivo y a él únicamente corresponderá... satisfacer la tasa", se añade (F.J. 3º) que "distinto es el caso en que la inserción del anuncio sea legalmente preceptiva -art. 47.2 antes citado de la Ley Jurisdiccional hoy vigente- o haya sido acordada por el Juzgado o Sala por estimarlo conveniente, esto es, por ser necesaria para los intereses de la justicia", porque, "en este supuesto, la condición de sujeto pasivo en concepto de contribuyente o de sustituto del contribuyente, o incluso la de responsable tributario, tiene que estar expresamente determinada por la Ley y, además, en las tasas, supeditada a que el servicio público o actividad administrativa en régimen de Derecho público "se refiera, afecte o beneficie de modo particular" a quienes la Ley considere tales sujetos pasivos", condición que no podía tener (F.J. 4º) "ni la Administración General del Estado ni la de Justicia", que no "solicitaron inserción de anuncio alguno en los aludidos periódicos -se refería la sentencia al oficial de la Comunidad Autónoma que se refiriera, afectara o beneficiara a ellas "de modo particular", ya que "la inserción se debió, exclusivamente, al cumplimiento de un mandato legal o a los intereses generales de la justicia" y, entonces, "mal pudieron ser consideradas... sujetos pasivos o responsables de una tasa que, por ministerio de la Ley, exigía,

exige y exigirá, mientras no se definan de otra forma su hecho impositivo y demás elementos esenciales, no solamente la petición de inserción o publicación de anuncios, sino la referencia, afección o beneficio particulares que esas mismas inserciones o publicaciones pudiera reportarles".

En la Sentencia de 14 de septiembre de 2000 (recurso de casación en interés de Ley 7021/1999), a propósito, precisamente, de las publicaciones de anuncios cuando los interesados en un procedimiento administrativo sean desconocidos o estén incurso en alguno de los supuestos previstos en el art. 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a los fines prevenidos en el art. 60.1 de la propia norma, se declara (F.J. 2º) que "en todos aquellos casos donde existan unos interesados a quienes beneficie personalmente, o en sus bienes, la inserción del anuncio en el Boletín Oficial, existirá el hecho imponible de la tasa y, practicada la inserción, se producirá el devengo a cargo del "interesado" respectivo", pero "no siempre la inserción de tales anuncios beneficia al "interesado" en el expediente, ya que existen supuestos donde la inserción tiene lugar en beneficio de personas inominadas o desconocidas, en beneficio del propio procedimiento o, simplemente, en beneficio de la mera eficacia y legalidad del obrar administrativo.

Cuando así sea, ciertamente, no existirá hecho imponible de la tasa porque la prestación del servicio no afecta o beneficia de modo particular a ningún concreto sujeto pasivo, sino al interés general, y los Boletines Oficiales (sin perjuicio de la loable aspiración a su autofinanciación) cumplen unas funciones públicas frente a las que no repugna la gratuidad del servicio en estos casos. De ahí que cuando los "interesados" -en el sentido expuesto- no aparezcan en el procedimiento, las publicaciones en los Beneficios Oficiales no "constituyen actividades administrativas que afectan o benefician de un modo particular a las Administraciones públicas que hayan dictado los actos administrativos en cuestión y que pueden constituir el hecho imponible de una tasa provincial", sino que tales publicaciones responden al interés general que demanda la eficacia del procedimiento administrativo y la necesidad de que quede satisfecho el interés público tutelado, lo que ninguna relación guarda con cualquier beneficio particular de la Administración Pública que haya dictado el acto, ni puede constituir a esta en sujeto pasivo de la tasa".

En la sentencia de 29 de septiembre de 2000, se reitera que para que surja el hecho imponible de las tasas, como tributo local, no es suficiente la prestación de un servicio público o la realización de una actividad, téc-

nica o de otra índole, de la competencia del Ente local, sino que es necesario que tal prestación o actividad administrativa se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, de tal modo que cuando el beneficio no es individualizado por referencia a persona o personas concretas sino que participa en él, de forma indiscriminada, la colectividad, no cabrá hablar de hecho imponible generador de tasas.

De acuerdo con la STS de 23 de diciembre de 2002, en todos aquellos casos donde existan unos "interesados" a quienes beneficie, personalmente o en sus bienes, la inserción del anuncio en el Boletín Oficial, existirá el hecho imponible de la tasa y, practicada la inserción, se producirá el devengo a cargo del "interesado" respectivo. Ahora bien, no siempre la inserción de tales anuncios beneficia al "interesado" en el expediente, ya que existen supuestos donde la inserción tiene lugar en beneficio de personas inominadas o desconocidas, en beneficio del propio procedimiento o, simplemente, en beneficio de la mera eficacia y legalidad del obrar administrativo. Cuando así sea, ciertamente, no existirá hecho imponible de la tasa porque la prestación del servicio no afecta o beneficia de modo particular a ningún concreto sujeto pasivo, sino al interés general, y los Boletines Oficiales (sin perjuicio de la loable aspiración a su autofinanciación) cumplen unas funciones públicas frente a las que no repugna la gratuidad del servicio en estos casos.

De ahí que cuando los "interesados" -en el sentido expuesto- no aparezcan en el procedimiento, las publicaciones en los Boletines Oficiales no "constituyen actividades administrativas que afectan o benefician de un modo particular a las Administraciones públicas que hayan dictado los actos administrativos en cuestión y que pueden constituir el hecho imponible de una tasa provincial", sino que tales publicaciones responden al interés general que demanda la eficacia del procedimiento administrativo y la necesidad de que quede satisfecho el interés público tutelado, lo que ninguna relación guarda con cualquier beneficio particular de la Administración Pública que haya dictado el acto, ni puede constituir a esta en sujeto pasivo de la tasa".

Es claro que en el caso de autos, la inserción de anuncios y edictos en procedimientos administrativos sancionadores forma parte de una actividad pública que atiende fundamentalmente al interés general incluido dentro del mismo, el respeto a las garantías jurídicas de los ciudadanos, ínsito muchas veces en la publicación de dichos anuncios y edictos, pues la Administración Pública, como dispone la Constitución "sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho".

Por último en la STS de 26 de noviembre de 2003, que contemplaba la tasa por publicación de edictos de la Jefatura de Tráfico de Segovia para hacer efectivo el cobro de sanciones pecuniarias impuestas a conductores sancionados, se expresa en los siguientes términos:

“La realidad es que desde tiempo inmemorial las Diputaciones Provinciales son las que han desempeñado el servicio de publicación del Boletín Oficial de la Provincia, corriendo a cargo de las mismas el coste de su impresión y edición, sin que sea preciso buscar una norma jurídica que específicamente disponga que esa competencia les corresponde, porque en las diversas Leyes que han regulado el régimen de las Diputaciones provinciales encuentran acomodo las normas generales reguladoras de sus competencias, que año tras año se les ha reconocido a modo de un plebiscito cotidiano. A mayor abundamiento, si cohonestamos y conjugamos el concepto de “interesado” de los artículos 31 y siguientes de la Ley 30/1992 con el de “Tasa” del artículo 6 de la Ley 8/1989 (modificada por la Ley 25/1998) y con el de “sujeto pasivo” de tal tributo del artículo 16 de dicha última Ley, llegamos a la siguiente conclusión: en todos aquellos casos donde existan unos “interesados” a quienes beneficie, personalmente o en sus bienes, la inserción del anuncio en el Boletín Oficial, existirá el hecho imponible de la tasa y, practicada la inserción, se producirá el devengo a cargo del “interesado” respectivo.

Ahora bien, no siempre la inserción de tales anuncios beneficia al “interesado” en el expediente, ya que existen supuestos donde la inserción tiene lugar en beneficio de personas innominadas o desconocidas, en beneficio del propio procedimiento o, simplemente, en beneficio de la mera eficacia y legalidad del obrar administrativo. Cuando así sea, ciertamente, no existirá hecho imponible de la tasa porque la prestación del servicio no afecta o beneficia de modo particular a ningún concreto sujeto pasivo, sino al interés general, y los Boletines Oficiales (sin perjuicio de la loable aspiración a su autofinanciación) cumplen unas funciones públicas frente a las que no repugna la gratuidad del servicio en estos casos”.

Es evidente, pues, que la inserción de los edictos en el Boletín Oficial de la Provincia en procedimientos administrativos sancionadores se efectúa en cumplimiento del “interés público general”, como es el de que la Administración consiga el cobro de las sanciones impuestas en pro, en definitiva, de lograr, así, mediante dicha coacción legal, la coetánea normalidad de la actividad que se trata de preservar y no hay, en realidad, por tanto, sujetos pasivos particularmente interesados o beneficiados por el servicio de publicación prestado.

CUARTO.- En el supuesto de autos, se está ante un caso de publicación en el B.O.P. de anuncios legalmente obligatorios dentro de un procedimiento sancionador, que tenga contenido económico. Y resulta claro que los anuncios en cuestión, aparte su obligatoriedad, no benefician de modo particular a la referida Administración que tramita dicha clase de procedimiento que, en este aspecto, se limita a cumplir las finalidades y garantías a que atiende la previsión legal de la inserción.

En consecuencia, y por las razones expuestas se está en el caso de no dar lugar al recurso, con la preceptiva imposición de costas que deriva del mandato contenido en el art. 139.2 de la vigente Ley Jurisdiccional al no apreciar la Sala circunstancia alguna que pudiera justificar su no imposición”.

Es claro que el planteamiento del recurso de casación en interés de la ley se produjo estando ya vigente la Ley 5/2002 y que como se expone en la Sentencia transcrita, la doctrina de esta Sala no se ha visto alterada por la publicación de la referida Ley.

En efecto, no puede existir discusión acerca de estar exentos de la tasa “Los anuncios oficiales, cualquiera que sea el solicitante de la inserción, cuando la misma resulte obligatoria, de acuerdo con una norma legal o reglamentaria...” (artículo 11.2.b) de la Ley 5/2002).

Por otra parte, es cierto que en la letra f) del apartado 3 del mismo artículo se exceptúan de la exención a “Los anuncios que puedan reportar, directa o indirectamente, un beneficio económico al remitente o solicitante, o tuvieran contenido económico.”

Sin embargo, no es menos cierto que la notificación de los edictos en procedimientos sancionadores a través del Boletín Oficial de la Provincia “se efectúa en cumplimiento del “interés público general”, como es el de que la Administración consiga el cobro de las sanciones impuestas en pro, en definitiva, de lograr, así, mediante dicha coacción legal, la coetánea normalidad de la actividad que se trata de preservar y no hay, en realidad, por tanto, sujetos pasivos particularmente interesados o beneficiados por el servicio de publicación prestado”. (Fundamento de Derecho Tercero, in fine, de la Sentencia de 7 de febrero de 2005, antes transcrita, en doctrina que ha sido confirmada en las recientes Sentencias de 11 de diciembre de 2008, resolutorias de los recursos de casación para la unificación de doctrina 249/2004 y 297/2004).

La finalidad inmediata de los procedimientos sancionadores, lograda a través de decisiones administrativas que reprimen o disuaden de una conducta que previamente ha sido valorada negativamente por la ley, exclu-

ye que pueda predicarse respecto de ellos, naturaleza o contenido económico a los efectos de la ley 5/2002, siendo la multa tan sólo una de las modalidades de sanción, junto a la privación o suspensión de derechos.

Por ello, procede entender que la publicación de anuncios de inserción obligatoria como consecuencia de procedimientos sancionadores están exentos de la tasa por aplicación del artículo 11.2.b) de la ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias, sin ser de aplicación la excepción prevista en el apartado 3. f) del mismo artículo.

Por todo lo expuesto, procede entender que la publicación de anuncios de inserción obligatoria como consecuencia de procedimientos sancionadores, están exentos de tasa por aplicación del artículo 11.2.b) de la Ley 5/2002, de 4 de abril.

Por último, ha de señalarse que el artículo 11.3. g) de la Ley 5/2002 establece también como excepción a la exención la de “Los anuncios que puedan o deban publicarse además en un diario, según disposición legal o reglamentaria.”

La parte recurrente invoca dicho precepto en relación con el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que en su último párrafo establece que “Las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementaria a través de los restantes medios de difusión que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores”.

En el precepto legal que acabamos de transcribir no se impone otra forma de publicación y menos en un diario y por otra parte solo contiene la mera previsión de que las Administraciones, a través de la correspondiente norma, dispongan formas

de notificación complementaria, razón por la que no puede aceptarse la tesis de la parte recurrente que supondría la desaparición del régimen general de exención”.

QUINTO.- Al haberse estimado un motivo, no procede hacer imposición de costas.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

#### FALLO

Que, aceptando el primer motivo, debemos estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Excm. Diputación de Valencia contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 22 de julio de 2004, que se anula en cuanto declara contrario a Derecho el punto 11.4 del Acuerdo de 25 de febrero de 2003 sobre corrección de errores de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por publicación de anuncios y edictos en el Boletín Oficial de la Provincia, aprobada para el ejercicio 2003, desestimándose, en cambio, los restantes motivos de casación, con la consiguiente confirmación de la referida Ordenanza, sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frias Ponce.- Ángel Aguallo Aviles.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Emilio Frias Ponce, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.



2010/102562

TS Sala 1ª, Sentencia 1 junio 2010. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

## Improcedencia de disminución del precio de compraventa en atención al aprovechamiento urbanístico del inmueble

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda de la entidad compradora de las fincas, por no entender procedente la disminución del precio establecido en el contrato de compraventa conforme al aprovechamiento

*urbanístico pedido por ser rebajado el porcentaje de edificabilidad inicial, y estimó la reconversión de los vendedores demandados declarando el derecho de éstos a percibir las indemnizaciones que deba abonar la junta de compensación de la unidad de actuación urbanística correspondiente como consecuencia del derribo de las edificaciones que se levantaban sobre las fincas adquiridas por la compradora, condenando a ésta al pago de los intereses hasta el momento en que le fue hecho efectivo el pago del precio estipulado.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La actora Construcciones Prioridad Burgos S.L. formuló demanda de juicio ordinario contra D. Pablo Jesús y D<sup>a</sup> Aida interesando que se dictara sentencia para declarar que el contrato de compraventa suscrito por las partes en fecha 13 de diciembre de 2002 tuvo como objeto principal la transmisión del aprovechamiento urbanístico concedido a los demandados en la Unidad de Actuación 53-02, conforme a los criterios establecidos en el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, consistente en 1,4615 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> y que, en consecuencia, el precio establecido en el contrato lo fue conforme al módulo de dicho aprovechamiento, cifrado en 1014 • por metro cuadrado; que por ello el precio a satisfacer por la actora debe minorarse en 511.288 •, quedando modificada la estipulación segunda del contrato en el precio de 1.111.945 •, alegando que tras la celebración del contrato, que tuvo en cuenta dicho aprovechamiento urbanístico, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos denegó la aprobación inicial del proyecto de la unidad de actuación, rebajando la edificabilidad a un porcentaje de 0,46 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, habiéndose privado de este modo de un importante porcentaje de aprovechamiento urbanístico, que se tuvo en cuenta para fijar el precio total abonado en el contrato.

Los demandados se opusieron a la demanda negando que el contrato litigioso tuviera por objeto del aprovechamiento urbanístico, sosteniendo que por el contrario dicho objeto venía constituido por las dos fincas propiedad de los demandados más los correspondientes aprovechamientos sin determinar el porcentaje. Igualmente formularon reconversión en base a las propias estipulaciones del contrato, elevado a escritura pública con fecha 12 de diciembre de 2003, interesando que se declarase su derecho a percibir las indemnizaciones que debía abonar la Junta de Compensación de la Unidad de Actuación como consecuencia del derribo de las fincas litigiosas; que se condenase a la demandante reconvenida al pago de 511.288 euros y los intereses devengados desde el día 12 de diciembre de 2003 y se declarase

la obligación del actor a abonar la suma de 30.000 • a la agencia inmobiliaria como consecuencia de su intervención en la venta de las fincas, con imposición de costas.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda formulada por la mercantil y estimó íntegramente la reconversión, señalando que la demandante reconvenida había admitido las dos pretensiones principales ejercitadas en el escrito de demanda reconventional, en cuanto al pago de las indemnizaciones derivadas de la actuación urbanística que se llevaba a cabo sobre la finca vendida y al pago de la cantidad pendiente. La parte actora recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Segunda) dictó nueva sentencia de fecha 7 de noviembre de 2005 por la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por Construcciones Prioridad Burgos SL, y estimando la adhesión de los demandados confirmó la sentencia recurrida salvo en lo relativo al pronunciamiento de intereses, concediéndolos hasta el momento en que fue hecho efectivo el pago.

**SEGUNDO.-** Los argumentos utilizados por la Audiencia, en lo que se refiere a la pretensión de modificación del precio, se refieren a que el contenido del contrato celebrado en fecha 13 de diciembre 2002 hace referencia a que su objeto fueron las fincas que describe y su cuota de participación en la Junta de Compensación de la Unidad de Actuación 53.02 y que en la estipulación segunda del contrato, que está referida al precio, establece cantidades concretas distribuidas en distintos plazos sin referencia alguna al valor de aprovechamiento urbanístico que corresponde a las fincas en el citado plan de actuación, sin que se haya acreditado que la intención de los contratantes fuera fijar el precio con referencia a un valor de aprovechamiento urbanístico determinado.

Por lo que se refiere a la demanda reconventional, y en relación al derecho de los reconvinientes a percibir las indemnizaciones que deba abonar la Junta de Compensación de la Unidad de Actuación 53.02 por derribo de las edificaciones que se levantaban sobre las fincas adquiridas por la actora, y frente a las alegaciones de la mercantil de que tal previsión no fue pactada y además dicha pretensión contradice la estipulación sexta del contrato, consideró la Audiencia que una cosa es la posible exigencia por la Junta de Compensación a los propietarios de cantidades en función de su participación en la junta y otra el pago por la propia Junta de Compensación a los propietarios de las indemnizaciones generadas por el derribo de sus edificaciones, así como que tales indemnizaciones por derribo fueron contempladas en el plan de actuación y en la escritura pública del contrato de compraventa de 12 de diciembre de 2003, reservándose la parte ven-

dedora las acciones legales respecto de las indemnizaciones derivadas del derribo de las edificaciones. En relación con la declaración de la obligación de la constructora de abonar a la agencia inmobiliaria la suma de 30.000 • derivada de su intervención en la venta de la finca litigiosa, la Audiencia señala que tal obligación de pago no se estableció en el contrato privado pero se consideró acreditado dicho extremo por la prueba documental y testifical practicada.

**TERCERO.-** Los dos motivos del recurso han de ser desestimados en cuanto referidos -el primero- a la desestimación de la demanda y -el segundo- a la estimación de la reconversión, vienen a denunciar en ambos casos la vulneración de las mismas normas: los artículos 1254 a 1256 del Código Civil en relación con los artículos 1281 a 1289 del mismo código.

Constituye doctrina muy reiterada de esta Sala la que sostiene que la calificación e interpretación de los contratos es una cuestión que, por regla general, queda agotada mediante su discusión en la instancia y únicamente cabe reproducirla en casación cuando se trata del establecimiento por el tribunal "a quo" de una calificación o de una interpretación tan desafortunada que rompe incluso la armonía del ordenamiento jurídico y resulta ilógica, irracional y, en definitiva, inasumible. Fuera de tales casos, son los tribunales de instancia los llamados a efectuar soberanamente tales funciones (sentencias de 4 mayo, 19 febrero y 8 octubre 2007, 12 junio 2009 y 8 febrero 2010, entre las más recientes).

Pues bien, en el caso, y en lo que al primero de los motivos se refiere, dice la parte recurrente que vendedor y comprador fijaron y determinaron el precio en virtud de su aprovechamiento urbanístico prefijado en 1,4615 m<sup>2</sup>/ m<sup>2</sup>, verdadero objeto de compraventa, cuando no es ésta, sino la contraria, la conclusión interpretativa obtenida por la Audiencia Provincial, que en el fundamento cuarto "in fine" de la sentencia recurrida señala que «de la actividad probatoria desplegada no se ha acreditado que la intención de los contratantes fuera la de fijar el precio con referencia a un valor de aprovechamiento urbanístico determinado, por más que lógicamente las expectativas fueran de obtener el máximo porcentaje de aprovechamiento urbanístico posible, y en tal dirección se realizasen algunas actuaciones»; a lo cual añade que «al momento de la firma del compromiso de venta no se conocía el valor de aprovechamiento urbanístico de las parcelas, siendo éste únicamente hipotético por lo que si la intención de las partes hubiese sido la de hacer depender el precio del aprovechamiento urbanístico resultante (extremo que no dependía de ninguna de las partes), la pretensión de obtener uno determinado debió

reflejarse en el contrato de forma indeterminada con referencia a aquel valor».

Por otra parte ha de recordarse la doctrina sentada por esta Sala en sentencia de 30 junio 2009 en un supuesto en que igualmente se discutía sobre la procedencia del precio pactado en relación con la edificabilidad del inmueble transmitido. Allí se dijo: «La parte recurrente pretende, con esta alegación, resolver a su favor la pretensión a base de la aplicación por medio de la analogía de lo previsto para las diferencias de cantidad y calidad en la entrega de los inmuebles en los artículos 1469 y 1470 del Código civil a la cuestión de diferencias en la edificabilidad. Lo cual no es posible. La analogía pretende resolver el caso de la laguna de la Ley y no puede considerarse tal cosa, cuando en un contrato se produce una discordancia, un error o una falta de previsión. El tema de la edificabilidad es importante económica y socialmente y está sumamente regulado en la normativa administrativa, pero no lo está en la civil. Siendo la base de la analogía la identidad de razón (semejanza que es destacada por las sentencias de 21 de noviembre de 2000, 5 de febrero de 2004, 28 de junio de 2004) -ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet- que comprende los dos presupuestos de falta de norma e igualdad esencial, no se da en el caso presente. La normativa no regula los excesos o defectos de edificabilidad, al igual que no regula tantas otras cuestiones de divergencia que se pueden dar en la compraventa, tanto de inmuebles como de cosas muebles. El que no contemple una determinada cuestión no permite que se pueda aplicar por analogía otra distinta ».

Igual solución desestimatoria merece el segundo de los motivos del recurso, pues basta observar lo resuelto desde la primera instancia, sin que ni en apelación ni en el presente recurso se discuta sobre la congruencia de tal pronunciamiento, para comprobar que, en lo referido a la reconversión, la parte actora admitió las dos pretensiones principales ejercitadas en el escrito de demanda reconventional (fundamento de derecho quinto de la sentencia dictada por el Juzgado), y en cuanto a las comisiones por la gestión de la inmobiliaria cuya obligación de pago se declaró que correspondía a la parte actora-reconvenida, se trata en cualquier caso de una cuestión de prueba sobre lo pactado y sabido es que las cuestiones probatorias en absoluto pueden tener acceso al recurso de casación y, muy excepcionalmente, pueden ser planteadas en el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que el motivo ha de decaer necesariamente.

**CUARTO.-** Siendo improcedentes los motivos, procede la desestimación del recurso de casación con imposición a la parte recurrente de las



costas causadas (artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

#### FALLO

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Construcciones Prioridad Burgos S.L., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de fecha 7 de noviembre de 2005 en Rollo de Apelación núm. 444/05, dimanante de autos de juicio ordinario número 940/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de dicha ciudad a instancia de la hoy recurrente contra D. Pablo Jesús y Dª Aida, la que confirmamos con imposición a dicha recurrente de las costas causadas por su recurso.

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.- Firmado y Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, 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.

2010/102572

TS Sala 1ª, Sentencia 25 mayo 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Al haberse presentado otra demanda con el mismo objeto

### Interrupción del plazo de prescripción de acción de responsabilidad extracontractual

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por el actor - con motivo de la demanda para obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la interposición de una querrela-, anulando la sentencia impugnada y ordenando que se repongan las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la AP, no pudiendo apreciar la prescripción de la acción, dicte nueva sentencia. Declara la Sala que no cabe apreciar la prescripción de la acción ya que*

*el plazo se interrumpió con la presentación de una demanda anterior que tenía el mismo objeto que la actual, y que el hecho de que aquel proceso finalizara con desistimiento no impide dicha interrupción, dado que la mencionada demanda ya se había comunicado a la parte demandada y por tanto ésta tuvo conocimiento de la voluntad del actor de hacer valer su derecho.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La demanda se interpuso por el hoy recurrente para obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la interposición de una querrela.

2. El actor se vio implicado, como querrelado, en un proceso sobre esta y falsedad de documentos públicos, mercantiles y privados, instado por la sociedad de la que había sido administrador.

3. El proceso penal concluyó con sentencia absolutoria. La Audiencia se pronunció expresamente sobre el carácter no temerario de la querrela para no imponer las costas.

4. La indicada demanda se dirige contra uno de los socios de la entidad querellante, socio mayoritario al que se le atribuye estar tras la formulación de la querrela. La acción se basa en el abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo y en el artículo 1902 CC y se invoca la doctrina de levantamiento del velo.

5. En la contestación a la demanda, el demandado, hoy parte recurrida, alegó prescripción y se opuso, en cuanto al fondo, a la pretensión deducida. Se alegó que la prescripción no se había interrumpido aunque el actor promovió con anterioridad al presente litigio otro de objeto idéntico, en el que se formuló declinatoria, que fue estimada, pues el actor se personó ante el Juzgado competente fuera de plazo y se le tuvo por desistido de la demanda.

6. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Entiende el juez que hay prescripción porque el desistimiento no fue forzoso, sino atribuible al actor.

7. La sentencia de segunda instancia confirmó el criterio de la dictada en primera instancia. A mayor abundamiento, examina someramente el fondo y declara que no se ha acreditado la intervención del demandado en la interposición de la querrela, ni el carácter temerario de la misma.

5. Contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por el demandante que ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC.

SEGUNDO. - Enunciación de la cuestión planteada en el recurso.

En los apartados I, II y V del escrito de interposición del recurso se plantea una misma cuestión, por lo que se procederá a su examen conjunto.

El recurrente plantea, en síntesis, que no puede apreciarse la existencia de prescripción, porque la demanda interpuesta con anterioridad a la de este proceso interrumpió el plazo de prescripción. Añade que el desistimiento acordado por el Juzgado territorialmente competente, por los errores en el escrito de personación tras la estimación de la declinatoria, no deja sin efecto la interrupción.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- La interrupción del plazo de prescripción extintiva.

El artículo 1973 CC, aplicable en materia de prescripción de acciones personales, otorga el efecto de interrumpir el plazo de prescripción a la interposición de una reclamación judicial, como acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del propio derecho (SSTS de 11 febrero 1966, 11 marzo 2004 y 30 de septiembre de 2009, RC 2209/2004).

En interpretación de esta norma, la jurisprudencia de este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interrupción de la prescripción en casos en los que, después de presentada la demanda, se desiste del procedimiento entablado.

Como indica la STS 30 de septiembre de 2009, RC 2209 / 2004, la doctrina civilista ha estado dividida desde la publicación del CC acerca del efecto interruptor de una demanda que después se retira. La tesis de la negación de tal efecto fue la tradicional, porque se consideraba que abandonar el pleito o dejarlo caducar podía significar dos cosas: o que se reconocía que no se tenía derecho, o que se había producido una negligencia en la reclamación.

La doctrina más moderna considera, sin embargo, que se ha producido la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción. Esta Sala ha venido manteniendo una tesis mixta entre las dos descritas, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conocía la reclamación, se habría producido el efecto de la interrupción.

El fundamento de este criterio está en que, para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende

hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS 13 de octubre de 1994, RC núm. 2177/1991, 27 de septiembre de 2005, RC núm. 433/1999, 12 de noviembre de 2007, RC núm. 2059/2000).

Operan a favor de esta doctrina jurisprudencial la procedencia de interpretar la prescripción con criterios restrictivos (SSTS de 20 de octubre de 1988, 30 de septiembre de 1993, 16 de enero de 2003, 2 de noviembre de 2005, RC núm. 605/1999) y el hecho de que, en materia de prescripción de acciones, el CC no contiene una norma semejante al artículo 1946.2.º CC, referido a la prescripción del dominio y demás derechos reales, o al artículo 944 CCom (aplicado en la STS de 22 de noviembre de 1995, invocada en el proceso), que, de forma explícita haga perder la eficacia interruptora a la interposición de una demanda de la que después se desiste.

B) En el recurso que se examina, la demanda interpuesta por quien hoy es recurrente, de la que después se le tuvo por desistido, llegó a conocimiento del demandado, por lo que el acto conservativo de la acción tuvo plena eficacia con arreglo a la doctrina jurisprudencia expuesta.

Es irrelevante a los efectos que se examinan que el desistimiento fuera tácito y debido a la desatención de la parte del trámite de comparecencia, dentro del término del emplazamiento, ante el tribunal competente tras la tramitación de la declinatoria. El acuerdo del Juzgado de Primera Instancia teniendo por desistido del proceso al actor no produce los efectos de una renuncia al derecho, la cual exige una manifestación del actor en tal sentido (artículo 20 LEC y STS de 18 de marzo de 2008, RC núm. 221/1994).

CUARTO.- Estimación del recurso y devolución de las actuaciones a la Audiencia.

La inexistencia de prescripción comporta la estimación del recurso y la casación de la sentencia recurrida.

No es procedente que esta Sala se pronuncie sobre las alegaciones efectuadas por el recurrente en los apartados III, IV y VI del escrito de interposición. Procede devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener por prescrita la acción ejercitada, se pronuncie sobre las demás cuestiones planteadas en el recurso de apelación y examine el fondo del asunto, pues si bien la Audiencia ha efectuado unas consideraciones sobre el fondo, lo han sido a mayor abundamiento,

por lo que no constituyen razón decisoria. Como dice la STS de 29 de abril de 2009, RC núm. 325/2006, esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos de casación fundados en el artículo 477.2.1.º y 2.º LEC, y se estima en este caso necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia.

QUINTO. - Costas del recurso de casación.

Conforme al artículo 398.2 LEC no procede imponer a ninguno de los litigantes las costas de este recurso.

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

#### FALLO

1. Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Horacio contra la sentencia de 7 de febrero de 2005 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, en el rollo de apelación número 7532/2004., cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Se desestima el recurso interpuesto por la representación de D. Horacio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Sevilla con fecha 10/05/04 en el juicio ordinario núm. 1521/03, y se confirma íntegramente la misma por sus propios fundamentos con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. Se reponen las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial, no pudiendo apreciar prescripción de la acción, dicte nueva sentencia.

4. No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Roman García Varela. Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Encarnación Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.



2010/102586

TS Sala 2ª, Sentencia 21 mayo 2010. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

## Apropiación indebida por gestión desleal de quien se encarga de negocios ajenos sin un mandato formalmente establecido

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de apropiación indebida. Afirma el TS que se está ante una gestión desleal que presenta similitudes con el delito de administración desleal aunque éste exige una actuación en el seno de una entidad societaria y que se realice por un administrador de hecho o de derecho que causa un perjuicio a los intereses sociales. En el presente supuesto, se está ante una persona que se encarga de la gestión de negocios e intereses ajenos sin un mandato formalmente establecido, pero que origina obligaciones semejantes a las de cualquier administrador que nunca ha adquirido la titularidad del dinero, ni siquiera a título de préstamo, ya que su obligación estaba clara, destinar una determinada cantidad a la amortización de deuda que los acusados tenían con una entidad bancaria.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Siguiendo el orden sistemático marcado por el recurrente, comenzaremos por el motivo primero que introduce un tema de quebrantamiento de forma por estimar que se han empleado términos o expresiones jurídicas que predeterminan el fallo.

1.- Según el recurrente, si se suprime el término que estima contaminado, la narración fáctica queda desprovista de factor alguno que indique la existencia de los requisitos exigidos para conformar la modalidad del tipo de la apropiación indebida. Considera que la expresión "causando con ello un perjuicio a los prestatarios", encierra una palabra específica del tipo penal aplicado. Si examinamos el desarrollo del motivo, se puede observar que confunde los términos que han permitido construir la doctrina jurisprudencial sobre la predeterminación del fallo introduciendo como vicios procesales no sólo las expresiones valorativas que realiza la sentencia. Sostiene que lo que se describe en el relato fáctico son ilícitos civiles y no delictivos.

2.- La nulidad de la sentencia se produce solamente en el caso de que los juzgadores eliminen cualquier referencia descriptiva a conductas delictivas y la sustituyan por un verbo o expresión típica. Por ejemplo, en el caso presente, se daría esta deficiencia si la sentencia dijese que el acusado se benefició u obtuvo un lucro

hacer algo por sí y en nombre de otro.

2.- El documento que se esgrime es claro en cuanto a sus contenidos y, examinado por la Sala sentenciadora, establece sus conclusiones, que en nada están contradichas por su contenido. La esencia del hecho se ajusta y encaja perfectamente con el contenido de la escritura y demuestra cual era el objetivo de la operación, el papel que asumía el recurrente y el incumplimiento o desviación de cantidades, tal como se describen sin mezcla de error alguno.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

TERCERO.- El motivo tercero entra en el fondo de la cuestión por estimar, indebidamente aplicado el artículo 252 del Código Penal, que tipifica el delito de apropiación indebida. Lo analizaremos junto con el motivo cuarto que denuncia la vulneración de la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia para llegar a la mencionada conclusión.

1.- Comenzando por el motivo cuarto, que en realidad, se solapa con el tercero, ya que dedica todos sus esfuerzos a disentir de la valoración que realiza la sentencia, en relación con la calificación de sus obligaciones jurídicas asumidas a partir de la firma de escritura del préstamo. Insiste en que se trata de relaciones de carácter civil que, por el principio de intervención mínima, que consagra el Derecho penal, carecen de carácter delictivo. Mantiene que para la aplicación del tipo penal es necesario ostentar la condición de administrador que se concreta en una relación especial que no se deduce o desprende de la relación de hechos probados. En términos castizos sostiene que se trata de un simple "mandato". Discrepa de la valoración probatoria que la sentencia realiza en los fundamentos de derecho. Entremezcla la tutela judicial efectiva con la inexistencia de prueba para atribuirle la condición de administrador. Se puede disentir de los razonamientos e incluso apurar, de forma contradictoria, la existencia de prueba. Los hechos probados son la consecuencia de este proceso y el propio recurrente los admite en su redacción material pero, como decimos, todo se centra en si existe base para considerarle de hecho como administrador.

2.- El motivo tercero es la clave del recurso al mantener que el hecho probado no facilita datos para considerarle administrador. Sinteticemos el relato para proceder a su examen desde el punto de vista estrictamente jurídico. El acusado firmó escritura de préstamo y constitución de hipoteca a favor de los cónyuges denunciados. Las condiciones de la operación son claras. El acusado debía entregar a los denunciados la cantidad de 91.000 euros, estando autorizado a la retención de 40.174 euros para depositar en una entidad banca-

y causó un perjuicio. Nada de esto sucede en el caso presente, en el que la sentencia describe de manera expresiva con riqueza de conceptos y expresiones, la forma en que el acusado actuó. Es decir, como firmó la escritura de préstamo, su cuantía, la finalidad del mismo y el incumplimiento de lo convenido. En ningún momento se emplea conceptos jurídicos sino expresiones perfectamente comprensibles que para nada enturbian la limpieza y adecuación del relato fáctico.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

SEGUNDO.- El motivo segundo, siguiendo un orden correcto, mantiene que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba.

1.- Sostiene que existe un documento literosuficiente en autos, como el que establece el título justificativo de las relaciones jurídico-personales como los califica la parte recurrente. Se refiere concretamente a la escritura de préstamo y constitución de hipoteca. No existe duda sobre el carácter documental de este instrumento. Según el recurrente, del documento se extrae la existencia de tres relaciones jurídicas. Por un lado, un préstamo con las obligaciones que genera, la constitución de una hipoteca y la retención efectuada por el recurrente. Advierte que, en ningún pasaje, se nombra administrador al recurrente. Admite que, lo que se le encomienda, es un mandato para

ria con el objeto de cancelar un préstamo personal de los denunciados y que ya había dado lugar a una ejecución judicial en un Juzgado de Primera Instancia.

3.- El acusado no hizo efectivo el pago al que se comprometió causando un evidente perjuicio a los denunciados al no haberse cancelado el préstamo lo que ha motivado la ejecución judicial con los correspondientes intereses y gastos. La sentencia recuerda acertadamente las diversas modalidades de actuación que permiten configurar la existencia de un delito de apropiación indebida. La más clásica es la que comete el poseedor a título de préstamo, comisión o administración o por cualquier otro que le genere una relación posesoria temporal y la obligación de restituirla o devolverla a sus legítimos titulares con los que había adquirido el compromiso. En todos estos casos se trata de cosas muebles, pero ello no excluye la existencia del delito en el caso de la persona que gestiona un patrimonio dinerario ajeno en virtud de convenio con sus titulares y con obligaciones específicas de gestión o administración o mandato que lejos de atenderlas, las incumple conscientemente con el ánimo de procurarse un lucro propio y perjuicio ajeno.

4.- En este supuesto nos encontramos ante una gestión desleal que presenta similitudes con el delito de administración desleal aunque éste exige una actuación en el seno de una entidad societaria y que se realice por un administrador de hecho o de derecho que causa un perjuicio a los intereses sociales. Si nos atenemos a los términos del relato fáctico nos encontramos ante una persona que se encarga de la gestión de negocios e intereses ajenos sin un mandato formalmente establecido pero que origina obligaciones semejantes a las de cualquier administrador que nunca ha adquirido la titularidad del dinero ni siquiera a título de préstamo ya que su obligación estaba clara, destinar una determinada cantidad a la amortización de deuda que los acusados tenían con una entidad bancaria.

5.- El acusado entregó en metálico parte del préstamo obtenido por los denunciados, pero su obligación específica contraída era la de entregar otra cantidad (41.174 de euros) a una entidad bancaria para evitar una ejecución judicial y sus consecuencias perjudiciales. El acusado ha actuado con absoluta infidelidad y, aunque no se ha demostrado que el dinero haya pasado materialmente a su patrimonio de forma contable documentalmente, no impide calificar su conducta como apropiación indebida por gestión desleal y consiguiente beneficio propio, ya que no es contrario a las reglas de la lógica que dicha cantidad que no llegó al destino pactado, la hizo propia el acusado.

Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados

## FALLO

**FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de Eladio, contra la sentencia dictada el día 28 de septiembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29ª en la causa seguida contra el mismo por delito de apropiación indebida en su modalidad agravada. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar José Ramon Soriano Soriano José Manuel Maza Martín Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre José Antonio Martín Pallín

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

2010/31682

TS Sala 2ª, Sentencia 26 marzo 2010. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Al estar en el límite la cuantía de lo estafado

## Inaplicación del subtipo agravado de estafa por el valor de la defraudación

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo y otro por delito de estafa. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la agravante apreciada por el valor de la defraudación, al estar en el límite exacto de los treinta y seis mil euros, y aunque la cifra defraudada alcanzara la cifra exacta, tampoco podría apreciarse el subtipo agravado, que debe aplicarse cuando la defraudación supere dicha cantidad, interpretación que viene sosteniendo de forma reiterada la doctrina jurisprudencial, y que se ajusta a las propias previsiones del texto punitivo que tipifica como delito la estafa cuya cuantía excede de cuatrocientos euros.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los acusados, Pablo y César, nacionales de Sierra Leona, fueron condenados por la Audiencia

Provincial de Madrid como autores responsables de un delito de estafa de los arts. 248, 249 y 250.1.6 C.P. a la pena de dos años y tres meses de prisión y accesorias legales a cada uno de ellos.

Sólo el segundo de los citados recurre en casación la sentencia condenatoria formulando un primer motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 L.E.Cr.

Dice el recurrente que la sentencia se equivoca al declarar probada la entrega por el denunciante de 36.000 euros a los acusados y que este error lo acreditan los documentos aportados por este último antes de celebrarse el juicio oral.

El recurrente incurre en un grave error de concepto. El éxito de un motivo articulado por la vía del art. 849.2 L.E.Cr. únicamente será posible cuando, entre otros requisitos, los documentos designados demuestren por su sola literalidad y sin acudir a otros elementos de prueba complementarios que el hecho que el "factum" declara que se produjo, no tuvo lugar realmente, o cuando el Tribunal omite en el relato histórico un dato fáctico con relevancia causal en el fallo de la sentencia que verdaderamente tuvo lugar.

Lo que en el caso presente sostiene el motivo es que los documentos señalados no acreditan la entrega del dinero (alegación propia de una censura por vulneración del derecho a la presunción de inocencia) pero de ningún modo demuestran de la manera inequívoca, irrefutable y definitiva que la doctrina de esta Sala exige (ni de ninguna otra) que la entrega del dinero no tuvo lugar.

SEGUNDO.- En el mismo motivo y en contra de la ortodoxia procesal que requiere una censura casacional independiente por cada reproche impugnativo, se refiere a la ya manida denuncia del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la doble instancia en el proceso penal.

La cuestión ha sido abordada y resuelta tantas veces por este Tribunal Supremo y por el propio Tribunal Constitucional, que bastará para rechazar la queja invocar algunas de las resoluciones que cita el Ministerio Fiscal, como la STS núm. 773/2007, de 10 de octubre, donde se expresaba sobre si la actual regulación de la casación penal cumple las exigencias derivadas del art. 14.5 PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un Tribunal Superior, suscitada fundamentalmente a partir del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000. La sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002 (recordada en la S. Tribunal Constitucional 123/2005 y en la S. Tribunal Constitucional 136/2006) ubica esa cues-

tion en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías.

Pero también ha advertido el Tribunal Constitucional que el art. 14.5 del PIDCP, aunque consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción no establece propiamente una doble instancia es decir que el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, incluido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 C.E., a la vista del tenor literal del art. 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, y de 25 de julio de 2002, caso Papon c. Francia), se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Y aún, se añade, por otro lado, que la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal Superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el art. 14.5 PIDCP, lo que permite que dentro del ordenamiento, y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal Superior.

La doctrina del Tribunal Constitucional se cierra con la afirmación de que la casación penal "cumple en nuestro ordenamiento, el papel de Tribunal superior que revisa las sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", y que también le corresponde "la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido", de modo que su regulación ha de interpretarse en función de aquel derecho fundamental y "en el sentido más favorable para su eficacia" (S. Tribunal Constitucional 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2). "En definitiva (concluye la S. Tribunal Constitucional 70/2002), conforme a nuestra doctrina, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarada en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional" (FJ 7).

Por otra parte la previsión de la legislación orgánica de la estructura habilitada para dirimir los procesos de apelación que pueda llegar a introducir la norma procesal, no implica que tal recurso haya de darse por ya instaurado. De ahí que las refor-

mas aludidas en el recurso (LO 19/2003 de 23 de diciembre) no supongan variación del contexto normativo, en relación con la expuesta doctrina, que implique caducidad de ésta.

Añade, con acierto, la sentencia reseñada que “En el presente caso los recurrentes alegaron como motivo de casación la infracción de la garantía constitucional de presunción de inocencia. En virtud de tal alegación hemos examinado en los dos motivos anteriores la licitud de la prueba como la suficiencia de la misma para justificar que se llegase a tener por enervada la invocada garantía dada la razonabilidad de las inferencias realizadas por el Tribunal de la instancia.

Tal control equivale a la revisión íntegra entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba” (Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002, FJ 7).

La doctrina sentada, ha sido reiterada en multitud de resoluciones de la Sala Segunda (por todas, sentencias del Tribunal Supremo número 16/2007, de 16 de enero, 796/2009, de 15 de julio y 918/2007, de 16 de noviembre).

En esta última, además, se hace mención al cambio de posición del Comité de Naciones Unidas, sobre la doble instancia, afirmándose que: “Con posterioridad a Comunicación núm. 717/1996, de julio del 2000, el mencionado Comité consideró que la cuestión de la suficiencia del recurso de casación a los fines del art. 14.5 del Pacto dependía de la amplitud que la casación hubiera tenido en el caso concreto.

Dicho Comité ha cambiado sustancialmente su doctrina y acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el Tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, así como la racionalidad del Tribunal de instancia en cuanto a la valoración de la prueba y la legalidad de la obtención y la valoración de la prueba, así como de la concreta individualización de la pena impuesta a los efectos del artículo 14, párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; específicamente refiriéndose al recurso de casación español aparece este cambio de criterio en los dictámenes siguientes: 1356/2005, de 10 de mayo de 2005; 1389/2005, de 16 de agosto de 2005; 1399/2005, de 16 de agosto de 2005; 1059/2002, de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003, de 18 de abril de 2006; 1094/2002, de 24 de abril de 2006; 1102/2002, de 26 de abril de 2006; 1293/2004, de 9 de agosto de 2006; 1387/2005, de 11 de agosto de 2006; 1441/2005, de 14

de agosto de 2006; 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006; 1325/2004, de 13 de noviembre de 2005 (en lo relativo a la revisión por el Tribunal Supremo de la condena impuesta por la Audiencia de instancia; en lo referente a la condena impuesta por el Tribunal Supremo respecto a delitos absueltos en la instancia, el Comité considera que existió violación del Pacto por no poder someter la condena a revisión por un Tribunal superior); y 1305/2004, de 15 de noviembre de 2006. En este sentido es de hacer notar que el tenor literal del art. 14.5 del Pacto deja en manos de los estados que lo suscriben la regulación de los recursos y que en la medida en la que el razonamiento sobre la valoración de la prueba del Tribunal de instancia, la legalidad de las pruebas es objeto de la casación por infracción de ley, al menos desde 1988, y que la medida de la pena es también un objeto admisible del recurso, por lo que no cabe sostener que el recurso de casación no cumple con las exigencias de la revisión “del fallo condenatorio” y “de la pena” que requiere el citado art. 14.5 del Pacto”.

Por último, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 13 de septiembre de 2000, declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados Miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo, en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instarse un recurso de apelación previo al de casación.

El motivo debe ser íntegramente desestimado.

TERCERO.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr., se alega incorrecta aplicación de los arts. 248 y 250.1.6 C.P.

Respecto del primer precepto, que tipifica el delito de estafa, se expone la inexistencia del engaño bastante para que el denunciante efectuase el traslado patrimonial.

La resolución del motivo requiere transcribir la declaración de Hechos Probados, que dice así: “Que los acusados actuando de común acuerdo en la acción y con idéntico ánimo de obtener un inmediato beneficio patrimonial, cometieron los siguientes hechos: Primeramente, en los primeros días del mes de marzo, se pusieron en contacto telefónico con Augusto, propietario de varias empresas de construcción, el cual tenía varios anuncios de venta de pisos y chalets en internet, a través de la inmobiliaria RB inmobiliaria, haciéndose pasar por hombre de negocios simulando interesarse por la compra de una vivienda, para ganarse la confianza del mismo. Así el día 7 de

marzo de 2008, se citaron en la parada de taxis de la localidad de San Martín de la Vega, a los efectos de concretar el precio y la forma de pago de la vivienda. Seguidamente, el día 8 de marzo de 2008, se citaron en la localidad de Aranjuez, dado que habían simulado mostrar interés también por la compra de otro piso en la referida localidad, y acudieron al local portando un maletín donde le dijeron que llevaba la totalidad del dinero.

Por ello se dirigieron al domicilio de Augusto, sito en la calle 000 Número núm. 003, núm. 004, de la localidad de Aranjuez, con el fin de formalizar la operación de compraventa de los inmuebles, y allí se relataron que habían sacado gran cantidad de dinero camuflado de su país Sierra Leona, y debido a la situación de conflicto bélico, abandonaron rápidamente el mismo y tuvieron que ennegrecerlo con productos químicos para sacarlo del país, y que necesitaban dinero español para conseguir un producto químico para sacarlo del país, y que necesitaban dinero español para producir un producto químico muy caro con el objeto de lavar el dinero tintado, al objeto de invertir en la compra de los inmuebles del señor Augusto. Como consecuencia de dicha situación, el señor Augusto les entregó en ese momento la cantidad de 6000 euros a cambio de maletín con los papeles tintados, donde le dijeron que se trataba de dinero tintado.

Finalmente, el día 10 de marzo de 2008, se citaron de nuevo en la calle núm. 005 de Madrid, el señor Augusto les hizo entrega del dinero en la cantidad de 30.000 euros, bajo la excusa urdida días antes, desapareciendo sin dar más noticias en los días posteriores. Posteriormente con el ánimo de obtener un inmediato beneficio patrimonial, el día 17 de marzo de 2008, se pusieron en contacto telefónico de nuevo con Augusto, a través de otra empresa de construcción, iniciando la misma estrategia, pero esta vez teniendo los contactos con Leonardo, amigo del Sr. Augusto, concertando las citas el día 26 de marzo en la localidad de Arganda del Rey, el día 28 de marzo en Toledo, y el día 31 de marzo de 2008, en la Plaza Conde Casal de Madrid, con el mismo objetivo, siendo detenidos en ese momento, sin llegar a conseguir en esta ocasión su ilícito propósito inicial. El total de la cantidad estafada a Augusto, asciende a 36.000 euros, quien reclama por los mismos”.

CUARTO.- La sentencia impugnada trata de la cuestión del engaño señalando que estamos en presencia de un engaño ya clásico y que se conoce como el engaño de los “billetes tintados”. Se tiende una celada a la víctima ofreciéndole la posibilidad de un lucrativo negocio caso de que preste dinero para quitar la tinta a una importante cantidad de dinero, tinta aplicada a los billetes para posi-

bilitar la salida del dinero de un país africano. En el presente proceso, dice la Sala a quo, se produjeron todos y cada uno de los actos precisos para conseguir la entrega de dinero mediante engaño, por lo que concurren los elementos típicos del delito de estafa a que se ha hecho mención. Y destaca la actuación de los acusados conforme a un plan preconcebido simulando una apariencia de verdad suficiente y bastante para producir el error de la víctima como conocimiento viciado de la realidad.

Por su parte, el Fiscal rechaza la censura casacional argumentando que una cosa es que la maniobra engañosa sea absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo y finalmente el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia e indiligencia de éste (es el caso del cobro de cheques en los que se ha hecho figurar una firma fingida que no guarda similitud alguna con la auténtica); y otra reducir las dimensiones de la tipicidad de estafa excluyendo de la misma aquellos modos engañosos que para muchos -no para todos- son desenmascarables.

Según la doctrina jurisprudencial de esta Sala, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante del injusto perjuicio y lesión del patrimonio ajeno. Se considera como engaño “bastante” a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

A este respecto, es reiterado el criterio según el cual, la determinación de la suficiencia del engaño, amén de que no puede definirse de modo genérico, sino que necesita ser examinada en cada caso concreto, necesita partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Esa regla general podemos enunciarla del siguiente modo: el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no se bastante cuando se ha consu-

mado la estafa. Como excepción a esa regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquel de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones.

Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea (Sentencia T.S. 11 de julio 2000).

En el delito de estafa, en que el desplazamiento patrimonial desde el sujeto pasivo al activo se realiza materialmente por el primero, inducido por el error en que ha caído como consecuencia del engaño utilizado por el segundo, la barrera defensiva de la propiedad ajena que éste ha de quebrar es de naturaleza psíquica, estando constituida por la inicial desconfianza que inspira el extraño que pretende se ponga a su disposición el dinero o la cosa económicamente valiosa que a otro pertenece.

El tráfico mercantil descansa, sin duda, sobre una actitud básica de confianza en la honradez y seriedad negocial ajenas, con lo que aquella barrera tiende, a veces, a debilitarse, favoreciendo la aparición de conductas defraudatorias que una cierta desconfianza - legítima y, en ocasiones, exigible - hubiese podido evitar. Es a esta dosis de desconfianza presente en el tráfico jurídico a lo que se refiere el art. 248 CP cuando, al definir el delito de estafa, califica como "bastante" el engaño mediante el que se induce a error.

Si el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es igual, si "se ha dejado engañar" por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

El concepto de engaño bastante ha sido interpretado por la jurisprudencia como el que tiene "adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial" -SS. de 24-11-89 y 29-3-90-; el que es suficiente y proporcional en relación con los fines propuestos, debiendo valorarse tal idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones persona-

les del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto -SS. de 19-4-91, 3-7-95, 23-2-96 y 24-3-99; o el que es "suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño" -S. de 23-4-97; siendo perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, para la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, a otra predominantemente subjetivista que viene a poner el acento - así, en la S. de 29-10-98 - en la posibilidad e incluso en la obligación, en que se encuentra el sujeto pasivo, de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo.

Recientes resoluciones de esta Sala han profundizado en la materia. Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa. La STS 928/2005, 11 de julio recuerda que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño.

Como afirma un autor clásico de la doctrina penal española "Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia", y en el mismo sentido la STS de 21 de septiembre de 1988 afirma que el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos.

En el caso actual, la idoneidad y suficiencia de la maniobra engañosa queda constatada por una convincente y sugestiva puesta en escena de los acusados que acudieron a una cita con un maletín en el que portaban billetes tintados que, según explicaron a su víctima, tuvieron que sacar camuflados de esta forma de Sierra Leona, debido a la situación de conflicto bélico en dicho país, precisando de un producto químico muy caro para el lavado del dinero al objeto de invertir en la compra de varios inmuebles propiedad del Sr.

Augusto, maletín que dejaron en prenda al perjudicado cuando éste les hizo entrega del dinero necesario para comprar dichos productos químicos, comprobando el perjudicado "in situ" el estado de los billetes ennegrecidos.

Con esta impecable "representación" y la demostrada habilidad de los acusados, debe deducirse que la maniobra engañosa era apta para mover la voluntad de la víctima, como ha sucedido en otras ocasiones con el timo conocido como el de los "billetes tintados", y en modo alguno puede calificarse de engaño burdo.

Esta censura se desestima.

QUINTO.- En relación con la aplicación del art. 250.1.6 C.P. censurada por el recurrente, el motivo sostiene que es necesaria la conjunta concurrencia de los tres criterios contemplados en el precepto: el valor de la defraudación, la entidad del perjuicio y la situación económica en la que queda la víctima o su familiar.

Este reproche no puede ser estimado. Es constante la doctrina jurisprudencial según la cual aun reconociendo la redacción de los números 3 y 4 del art. 235 (hurto) separados por la conjunción disyuntiva o, y los párrafos 3 y 4, estima que el núm. 6 del art. 250 debe ser interpretado igual que los tipos agravados en el hurto y, por lo tanto, considerar independientes el valor de la defraudación, la entidad del perjuicio y la situación económica en que deje a la víctima o a su familia, de tal manera que concurrirá la agravación de especial gravedad en la estafa y en la apropiación indebida, cuando se produzca cualquiera de esos resultados, no siendo necesaria la acumulación a pesar de estar unidos en el texto legal por la conjunción copulativa y. (En el mismo sentido, SSTS 2381/2001, de 14 de diciembre; 696/2002, de 17 de abril).

En cambio sí debe ser estimado el motivo que reclama la inaplicación del subtipo agravado "por la cuantía de lo estafado al estar en el límite exacto de los 30.000 euros que tiene declarado la más reciente jurisprudencia".

Con acierto y abundancia de razones, el Ministerio Fiscal apoya la censura casacional del recurrente que debe ser estimada por esta Sala toda vez que, en efecto, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de fecha 26 de abril de 1991, en torno a la agravante específica del art. 529.7 del C. Penal de 1973, determinó que la agravante simple se aplicaría a cantidades superiores a 2000.000 ptas. y la muy calificada a partir de 6.000.000 ptas., acuerdo que se adoptó cuando la moneda de curso legal era la peseta.

Con la entrada en vigor del C. Penal de 1995, que terminó con la distinción entre agravante simple y cua-

lificada y tras un período de ciertas fluctuaciones, en este momento se puede decir que se está consolidando el criterio de operar con la cifra de 6.000.000 ptas. -36.060,73 euros- como a partir de la cual se aplicaría la agravante de especial gravedad a que se refiere el art. 250.1.6.

Valga de ejemplo por todas, la STS 33/2004 de 27 de enero, en la que claramente establece a este respecto: "Repetimos nos hallamos ante una sola agravación específica definida por revestir el hecho "especial gravedad" y para conocer si en el caso existe "tal especial gravedad", el Legislador nos impone tres criterios (en realidad son dos como acabamos de decir).

Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de "especial gravedad". Una referencia para determinar esta cantidad podía ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy calificada la paralela agravación establecida en el núm. 7 del art. 529 del C.P. 1973 a partir de una reunión plenaria de esta Sala de 26 de abril de 1991, que estableció al de dos millones para apreciarla como simple (sentencia de 16 de septiembre de 1991, 25 de marzo de 1992 y 23 de diciembre de 1992).

Abona el criterio el propio tiempo transcurrido desde el Pleno no Jurisdiccional antes comentado -1991-, y por evidentes razones en relación a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, ocurrido en los últimos quince años lo que debe tener su efecto en el principio de proporcionalidad de la pena (STS 356/2005 de 21 de marzo). Son exponentes de este criterio las SSTS 8 de febrero de 2002, 5 de diciembre de 2002, 12 de febrero de 2003, y las muy recientes de 1169/2006 de 30 de noviembre, 634/2006 de 14 de junio y 681/2005 de 1 de junio que precisa que "cualquier cantidad superior a 6.000.000 ptas. obliga a la aplicación de la agravante de especial gravedad".

Trasladando esta doctrina al caso enjuiciado se comprueba que la cifra defraudada asciende a 36.000 euros, cantidad que se sitúa en el umbral de 6 millones de ptas., a partir del cual se aplica el subtipo agravado, que traducido a euros asciende a 36.060,73.

En cualquier caso, aunque la cifra defraudada alcanzara la cifra exacta de 36.060,73 euros, tampoco podría apreciarse el subtipo agravado que debe aplicarse cuando la defraudación supere dicha cantidad, interpretación que viene sosteniendo de forma reiterada la doctrina jurisprudencial, y que se ajusta a las propias previsiones del texto punitivo que tipifica como delito la estafa cuya cuantía exceda de 400 euros.



En consecuencia se estima el motivo que debe beneficiar al no recurrente, debiendo condenarse a los acusados como autores de un delito básico de estafa del art. 248 del C. Penal, cassándose y anulándose la sentencia de instancia y dictándose una nueva por esta Sala en la que se modifique la calificación de los hechos en el sentido mencionado, imponiendo a los acusados la pena de dos años, dos meses y diez días de prisión que consideramos proporcional a la gravedad del hecho por la cantidad defraudada que se encuentra en el justo límite de la "extrema gravedad" que sanciona el hecho con pena de 3 a 6 años de prisión.

SEXTO.- El último motivo alega infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia que proclama el art. 24.2 C.E.

La motivación fáctica de la sentencia, es decir, el apartado de ésta donde se exponen las pruebas practicadas y la valoración de las mismas como fundamento de la convicción del Tribunal para declarar los Hechos que se describen como probados en el "factum", pone de manifiesto lo infundado del motivo.

Así, destaca la sentencia en primer término, que la policía estableció un dispositivo porque se había denunciado la estafa aquí enjuiciada y se había comunicado que los autores habían contactado con un teléfono de otra empresa del denunciante con la misma finalidad y se les pretendía hacer una celada interviniendo un empleado del denunciante. El dispositivo dio resultado positivo porque los dos acusados llegaron al lugar por separado, adoptaron medidas de seguridad, contactaron telefónicamente con su interlocutor y finalmente se entrevistaron con el empleado en cuestión, Leonardo (que se hacía pasar por Epifanio), siendo detenidos en el curso de tal entrevista. Los acusados han negado íntegramente todos estos hechos, pero han comparecido a juicio los agentes policiales que participaron en el dispositivo y han relatado a juicio con todo detalle los gestos, comportamiento y actuación de los acusados. Su testimonio merece todo crédito y no consta circunstancia alguna que permita poner en cuestión la objetividad y profesionalidad de los agentes, quienes no conocían a los acusados, no tenían interés alguno en el conflicto y se limitaron a verificar los datos ofrecidos por el denunciante sobre un nuevo encuentro y un nuevo intento de engaño.

La existencia del engaño urdido por los denunciante y del perjuicio patrimonial causado al denunciante viene acreditado por las firmas, coherentes y persistentes manifestaciones de la víctima, que con todo lujo de detalles ha indicado en qué circunstancias se produjo el contacto, cómo se urdió el engaño y cuándo y dónde se efectuaron las entregas de dinero. Aportó al Juzgado como pieza de convicción los billetes y papeles tintados utilizados en el fraude,

que han sido examinados directamente por el Tribunal.

Las manifestaciones de la víctima han sido corroboradas y completadas con un reconocimiento en rueda, en el que el denunciante ha reconocido sin género de dudas a los dos acusados como las personas que le engañaron y que recibieron el dinero. En relación con la rueda debe significarse que el reconocimiento se produjo de forma absoluta en el caso del Sr. Pablo (folio 81) y lo fue también en el caso D. César, ya que si bien es cierto que el denunciante manifestó inicialmente algunas dudas, requirió para que el sospechoso se levantara y, una vez en esa posición, le reconoció con toda seguridad (folio 82). Tales reconocimientos fueron ratificados y sometidos a contradicción en el plenario y también en éste el denunciante reconoció sin género de duda alguno a los acusados como las personas que protagonizaron el engaño denunciado.

Por último, la dinámica delictiva ha sido acreditada mediante la declaración testifical de Leonardo, persona que se hizo pasar como un tal Epifanio y con la que contactaron los autores para intentar un nuevo engaño. Este testigo quedó en verse con los autores en una cafetería y fue en ese encuentro donde éstos fueron detenidos.

El motivo debe ser desestimado.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, con estimación parcial de su segundo motivo, interpuesto por la representación del acusado César; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 27 de marzo de 2009, en causa seguida contra el mismo y otro por delito de estafa. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid, con el núm. 3260 de 2008, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, por delito de estafa contra los acusados Pablo, nacido el día 18 de

octubre de 1977, hijo de Laffie y de Adama, natural de Freetown (Sierra Leona), con domicilio en calle dirección 000 núm. 006, piso núm. 004 Parla (Madrid), con NIE núm. 007, en prisión por esta causa desde el día 31 de febrero de 2008, no constando antecedentes penales, cuya situación económica no consta, y contra César, nacido el día 16 de abril de 1973, hijo de Samuel y de Rose Mary, natural de Benin City (Nigeria), en prisión provisional por esta causa desde el día 31 de marzo de 2008, con NIE núm. 000, no constando antecedentes penales, cuya situación económica no consta, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 27 de marzo de 2009, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

#### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala y, en lo que no se opongán a éstos, los de la sentencia recurrida.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Pablo y César, cuyas circunstancias personales ya constan, como autores responsables de un delito de estafa, previsto y penado en los arts. 248 y 249 del C. Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de dos años, dos meses y diez días de prisión a cada uno de ellos, con declaración de oficio de las costas procesales.

Manteniéndose el resto de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida no afectados por la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

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



2010/84394

TS Sala 4ª, Sentencia 23 abril 2010. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez.

No excluye la responsabilidad de la mutua en abono de prestaciones por accidente

## Existencia de descubiertos de cotización de escasa importancia y sin ánimo de incumplimiento

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la mutua demandante contra sentencia que rechazó la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de incapacidad por falta de alta y cotización.*

*Explica la Sala, que ha de calificarse de episodio ocasional el descubierta de un mes y seis días en el que incurrió la empresa demandada en relación con la trabajadora accidentada, lo que en modo alguno revela una ausencia de voluntad de cumplir, ni la existencia de un ánimo rupturista que exige la jurisprudencia para que pueda materializarse la responsabilidad directa de la empresa.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso

de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar el alcance que ha de tener en la responsabilidad empresarial la ausencia de

cotización durante toda la vida laboral, pero de duración muy limitada —un mes y seis días— de una trabajadora que sufrió un accidente de trabajo, percibió prestaciones por incapacidad temporal y fue declarada en situación de incapacidad permanente parcial.

La Sra. Candelaria comenzó a prestar servicios para la empresa “Casa Linga, S.L.” como ayudante de camarera el día 5 de octubre de 2.005, sufriendo un accidente de trabajo el 11 de noviembre siguiente, a consecuencia del que fue declarada en situación de incapacidad permanente parcial, con derecho al cobro de la correspondiente cantidad, de la que se hizo responsable por resolución del INSS de 22 de marzo de 2.007 a Mutual Midat Cyclops, con la que la empresa tenía suscrito el correspondiente documento asociativo. No obstante, la referida empresa tenía dos cuentas de cotización deudoras por descubiertos en la cotización, por importe de 92.790, 80 euros, desde marzo de 2.005 a febrero de 2.007, y de 101,99 euros correspondientes a junio de 2.005, apareciendo que nunca se llegó a cotizar por la referida trabajadora.

Interpuso demanda la Mutua para que se declarase que la situación de la trabajadora debía ser calificada como de lesiones permanentes no invalidantes y que, en todo caso, la responsabilidad en el pago de las prestaciones debería recaer directamente sobre la empresa, a la vista de los referidos descubiertos. El Juzgado de lo Social número 6 de los de Alicante, en sentencia de 22 de enero de 2.008 desestimó la demanda.

Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la sentencia de 10 de marzo de 2.009 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia, apreciando, en lo que a la responsabilidad empresarial respecta, que teniendo únicamente en cuenta los descubiertos habidos antes de la fecha del accidente que sufrió la trabajadora, los mismos tenían una débil entidad, insuficiente para desplazar la responsabilidad de la Mutua, puesto que esos incumplimientos —de poco más de un mes de duración en el caso de la trabajadora accidentada— no habían tenido trascendencia en la relación jurídica de protección y eran de muy escasa importancia.

SEGUNDO.- Recurre ahora la Mutua contra la referida sentencia en casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 29 de abril de 2.005. En ella se resolvió, como va a verse enseguida, en supuesto que guarda, en relación con el de la sentencia recurrida, la identidad sustan-

cial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Se trataba en este caso de un trabajador que prestaba servicios para la empresa desde el 2 de abril de 2.003 y que el 13 de junio siguiente sufrió un accidente de trabajo que determinó su fallecimiento. Declarada la responsabilidad de la Mutua, interpuso ésta demanda y obtuvo la sentencia de instancia en la que se declaró la responsabilidad directa de la empresa en el pago de las prestaciones anticipadas por la Mutua, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS. Esta entidad recurrió en suplicación, y la Sala de Sevilla en la sentencia de contraste mantuvo el pronunciamiento de instancia al desestimar el recurso, teniendo en cuenta para ello que en este caso los descubiertos empresariales se habían extendido a la totalidad de la relación laboral de productor, aunque ésta solo hubiese tenido una duración de poco más de dos meses. Lo relevante entonces para la sentencia de contraste y el factor que agravaba y hacía especialmente significativos los incumplimientos empresariales se vinculaba al hecho de que la empresa nunca había cotizado por el trabajador, lo que hacía visible en este caso la expresión de la voluntad incumplidora en materia de Seguridad Social de la empresa.

En ambos casos entonces los descubiertos de las empresas afectadas se extendieron a la totalidad de la vida laboral de los trabajadores accidentados, de corta y muy parecida duración (poco más de un mes en la sentencia recurrida y poco más de dos meses en la de contraste) a pesar de lo cual la solución que se ofreció por cada una de ellas en relación con la responsabilidad de la empresa en el abono directo de las prestaciones derivadas de tales accidentes, fue totalmente contrapuesta, como se ha podido ver. En consecuencia, procede que esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre a conocer del Fondo del asunto unificando la doctrina, señalando entonces la que resulte ajustada a derecho.

TERCERO.- En el recurso interpuesto por la Mutua se denuncia como infringido el artículo 126.2 de la LGSS, en relación con el artículo 94.2 de la Ley de la Seguridad Social de 1.966.

Son muchas las sentencias de esta Sala que han tenido ocasión de analizar supuestos de responsabilidad empresarial por descubiertos en el abono de las prestaciones de Seguridad Social, como recuerda nuestra STS de 15 de enero de 2.008, dictada en el rcud. 3964/2006, en la que se recogen las líneas generales marcadas por la sentencia del Pleno de esta Sala de 16 de mayo de 2007 (rcud. 4263/05) y se resumen decisiones

anteriores, con arreglo a la que cabe sostener lo siguiente:

1) La responsabilidad por descubiertos en el pago de primas de accidentes de trabajo, contingencia cuya protección no requiere período mínimo de cotización o carencia, tiene un régimen jurídico distinto del de la responsabilidad por descubiertos respecto a las contingencias comunes, situación ésta en la que la exigencia de ese período de carencia permite una aplicación más matizada del principio de proporcionalidad.

2) La determinación de la responsabilidad empresarial de prestaciones por descubiertos en el pago de las primas de accidentes de trabajo depende de la duración de los descubiertos y gravedad de los mismos, de forma que cuando su extensión y alcance ponen de relieve “la existencia de una voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar”, debe imputarse tal responsabilidad a la empresa, mientras que sucede lo contrario si se trata de incumplimientos transitorios u ocasionales, que no obedecen a un propósito continuado de incumplir dicho deber legal.

3) Los incumplimientos a tener en cuenta para valorar la existencia de dicha responsabilidad empresarial, determinados por la jurisprudencia en defecto de la “fijación de los supuestos de imputación y de su alcance” anunciada en la Ley General de la Seguridad Social, son únicamente los producidos antes del acaecimiento del accidente laboral y no los posteriores”. En este sentido, esta Sala (STS de 20-1-2003, rcud. 4490/01) ha distinguido “entre incumplimiento doloso o incumplimiento negligente o fortuito, siendo en tal sentido como en diversas sentencias ha considerado que la empresa era responsable (STS 1-2-2000, rcud. 694/99) en que el descubierto era sólo de siete meses pero eran los únicos siete meses de relación laboral del trabajador con la empresa; STS 21-2-2000 (rcud. 71/99) en que la falta de cotización alcanzaba a un año y diez meses; STS 18-9-2000 (rcud. 3745/99) en un supuesto en el que el período de descubierto fue superior a dos años; STS 15-12-2000 (rcud. 4348/99) contemplando casi cuatro años de descubierto; STS 5-2-2001 (rcud. 2122/00) con cerca de tres años de descubierto; STS 12-2-2001 (rcud. 131/2000) con un descubierto de dos años y tres meses; STS 5-3-2001 (rcud. 4606/99) en el que la empresa sólo había abonado un mes dentro del período de los doce meses anteriores que eran los únicos trabajados desde que había sido dado de alta en la empresa; STS 20-3-2001 (rcud. 594/00) con más de doce años en descubierto; STS 21-3-2001 (rcud. 2187/2000) con más de dos años de descubierto; STS 5-4-2001 (rcud. 1838/2000) con más de cinco años de descubierto; STS 28-6-2001 (rcud. 3412/00) contemplando treinta y cuatro meses de falta de cotización; o STS 17-9-2001 (rcud.

1824/2000) con descubiertos de más de dos años inmediatamente anteriores al accidente.

CUARTO.- Lo relevante entonces en esa conocida línea jurisprudencial reseñada a efectos de una posible responsabilidad empresarial en las prestaciones a abonar como consecuencia de contingencias profesionales, no es únicamente la duración del incumplimiento sino su importancia proporcional en relación con el período de aseguramiento y su inmediatez temporal con el accidente, partiendo siempre de que “... los únicos descubiertos a tener en cuenta son los anteriores al accidente dado que la responsabilidad empresarial sólo puede estimarse derivada de la actuación empresarial previa a la producción del accidente y no de cualquier actuación posterior, cual puede apreciarse recogida en las sentencias de esta Sala de 22-2-2001 (rcud. 3033/2000) y 24-3-2001 (rcud. 794/2000).”

La expresión de la doctrina anterior pone de manifiesto en el presente caso que la sentencia recurrida es la que contiene la buena doctrina, teniendo en cuenta que los descubiertos en el caso de la trabajadora afectada no tuvieron temporalmente una duración importante, algo más de un mes como ya se ha dicho. De forma que aunque esos incumplimientos se proyectaron sobre la totalidad del período al que se extendió la actividad laboral, lo cierto es que su escasa extensión en el tiempo no desvelan en absoluto esa voluntad rupturista, ese apartamiento de la obligación de cotizar, un propósito voluntario de incumplimiento.

Por otra parte, tal y como acertadamente se razona en la sentencia recurrida, los descubiertos que pueden tener incidencia en la determinación de la responsabilidad directa de la empresa no solo han de ceñirse a los habidos antes del hecho causante, sino que también habrán de referirse a la concreta relación de aseguramiento y de cotización del trabajador afectado.

Es cierto que en la sentencia antes citada de 1 de febrero de 2.000, rcud. 694/99, invocada por la sentencia recurrida como factor de decisión aunque para llegar a solución distinta, se declaró la responsabilidad empresarial en un caso en el que los incumplimientos, los descubiertos alcanzaron la totalidad de la vida laboral del trabajador, pero no fue ese el único factor de decisión adoptado, sino que esos descubiertos alcanzaron allí una duración de siete meses, tiempo mucho más dilatado que en el caso presente y que justificaban la declaración de responsabilidad empresarial.

QUINTO.- De conformidad entonces con lo razonado cabe concluir que en este caso ha de calificarse de episodio ocasional el descubierto de un mes y seis días en el que incurrió la empresa en relación con la trabajadora accidentada, lo que en modo alguno revela, como se ha dicho, una ausencia de voluntad de cumplir, la existencia de



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2872

Madrid, 21 de septiembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

un ánimo rupturista que exige la jurisprudencia para que pueda materializarse la responsabilidad directa de la empresa, de conformidad con lo previsto en el artículo 126 LGSS, en relación con el artículo 94 y 95 de la Ley de la Seguridad Social de 1.966.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Mutual Midat Cyclops frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 2.009, que confirmamos en todos sus

extremos, lo que exige la imposición de las costas a la recurrente y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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 planteado por Mutual Midat Cyclops frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Va-

lenciana en fecha 10 de marzo de 2.009 (recurso 2092/2008), que confirmó la decisión del Juzgado número 6 de los de Alicante de fecha 22 de enero de 2.008, en autos 586/2007 promovidos por demanda de la referida Mutua frente a D<sup>a</sup> Candelaria, la empresa "Casa Linga, S.L.", el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, con imposición de las costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspon-

diente, 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. Jesus Gullon Rodriguez 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.



2010/102309

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 4 junio 2010.  
Ponente: D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías

### Inexistente vulneración del derecho a la intimidad ante la relevancia social y pública de los afectados

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, confirma íntegramente la de primera instancia que desestimó la demanda al considerar que los artículos de la revista publicados por la demandada no vulneraban la intimidad ni de la madre del actor ni de éste, vista la relevancia social y pública de los mismos y atendiendo a los parámetros legales y constituciones de los derechos al honor y a la información y libertad de expresión en conflicto con prevalencia de estos últimos sobre el derecho al honor del actor, salvo la condena relativa a las costas procesales que deben ser impuestas a la parte que ha visto desestimadas sus pretensiones, esto es, al actor.

2010/113272

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 15 junio 2010.  
Ponente: D. Román García Varela

### Validez de acuerdo comunitario sobre cuotas de participación en obras o gastos extraordinarios

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia

impugnada que declaró válido el acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios demandada por el que se estableció la forma o cuota de participación en las obras o gastos extraordinarios que había de afrontar la comunidad, cuya nulidad pretenden los propietarios demandantes, considerando que dicho acuerdo no modificó en punto alguno los estatutos de la comunidad, y ello porque en éstos se establecían dos tipos de coeficientes perfectamente compatibles, uno relativo a los gastos de conservación, reparación y mantenimiento de los elementos comunes, que se atendían en función del coeficiente de propiedad, y otro relativo a los gastos de servicios comunes, que no respondían a dicho coeficiente.



2010/71273

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 28 abril 2010.  
Ponente: D. Joaquín Delgado García

### Invalidez del contenido de las intervenciones telefónicas como prueba de cargo

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge los formulados por los otros imputados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, absuelve a los recurrentes del expresado delito, pues la prueba de la conversa-

ción telefónica transcrita no puede servir como elemento de cargo contra la acusada, y eliminada tal prueba, que es la utilizada para considerar acreditado que esa procesada conocía que el coche en el que viajaba llevaba la cocaína que se intervino, este último extremo se queda sin acreditar. Por las mismas razones, tampoco se ha acreditado que el acusado fuera el destinatario de la cocaína que se aprehendió en el coche que ocupaba dicho matrimonio, cuando un dispositivo policial les detuvo en el peaje de la autopista.



2010/92268

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección 2<sup>a</sup>, Sentencia 29 marzo 2010. Ponente: D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

### Prescripción de la potestad administrativa para la liquidación del IRPF

El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que anula en cuanto se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del TEAC, en la que se declaró que no había lugar a la reclamación promovida frente a cinco liquidaciones practicadas en concepto de IRPF de los ejercicios 1990 a 1994, declarando prescrita la potestad administrati-

va para liquidar el IRPF de 1991. La Sala desestima los trece motivos alegados por infracción procesal, excepto el relativo a la prescripción de la potestad administrativa para determinar la deuda tributaria de los ejercicios 1990 y 1991, y entrando a examinar los catorce motivos de fondo alegados contra diferentes conceptos de la liquidación, consistentes en la interpretación de los contratos suscritos, en lo relativo a un supuesto fraude de ley, y a la liquidación de los intereses de demora.



2010/113426

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 10 mayo 2010.  
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

### Incremento provisional para el personal de tierra y técnicos de cabina de pasajeros

Desestima el TS el rec. de casación formulado por la compañía aérea demandada contra sentencia que declaró el incremento salarial para el personal en conflicto de forma provisional, y hasta que se alcance un nuevo convenio, en cuantía del 2%. Señala la Sala que de la literalidad del precepto convencional discutido en el caso enjuiciado no es posible extraer la conclusión de que, cuando habla de IPC provisional, se esté refiriendo al IPC real, pues no es ésta la literalidad, no son homogéneos los términos y no se pueden ignorar los actos propios de la empresa llevados a cabo en los tres primeros meses del año y las expresiones literales que se utilizaron por la recurrente para aplicar ese incremento en los salarios, al referirse a que tal incremento se producía en cumplimiento de sus obligaciones y en aplicación del contenido del precepto que se discute.