



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 2847

Madrid, martes 22 de junio de 2010



TS SOCIAL

2010/31754

TS Sala 4ª, Sentencia 15 marzo 2010. Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

Durante licencia sin sueldo y excedencia voluntaria

Reintegro empresarial de prestación por jubilación parcial por no sustitución de relevista

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el codemandado INSS contra sentencia que rechazó la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación de jubilación parcial por él abonada.

Según la Sala, el reintegro por el empresario de la mencionada prestación, por incumplimiento de su obligación de contratar al relevista, no tiene naturaleza punitiva, como entendió la resolución recurrida, sino que es un acto de gestión en materia de SS, y el plazo de 15 días otorgado por el ordenamiento para el cumplimiento de dicha obligación es un término inexorable que obliga al empresario a actuar con la mayor diligencia en orden a la contratación del trabajador relevista. En consecuencia, como en el caso de autos no sustituyó a la relevista durante los períodos de licencia sin sueldo y excedencia voluntaria que había solicitado, procede su declaración de responsabilidad, sin que, ante el incumplimiento, se pueda argumentar, como hizo la sentencia recurrida, que se trata de una obligación de medios, no de resultados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presupuesto fáctico objeto de enjuiciamiento -conforme al relato de hechos declarados probados- es el que sigue:

a) Con efectos de 01/05/04 le fue reconocida Jubilación parcial a un trabajador de la empresa recurrida.

b) Para sustituirle, la empresa celebró con una trabajadora contrato de relevo el mismo día (01/05/04).

c) La relevista solicitó y obtuvo licencia sin sueldo por motivos personales desde el 1 de mayo al 8 de agosto de 2006.

d) El 25/09/06 solicitó y obtuvo excedencia voluntaria, de la que en

la fecha a considerar disfrutaba y hasta el 24/09/2008.

e) En ambos periodos el empresario no contrató a ningún trabajador en sustitución de la relevista.

f) El INSS dictó una primera resolución reclamando a la empresa el abono de la prestación desde el 1 de mayo al 28 de septiembre de 2006, así como una segunda resolución reclamando las cuantías correspondientes al tiempo de excedencia, en concreto desde el 29 de septiembre de 2006 hasta el 31 de mayo de 2007.

2.- Impugnadas ambas resoluciones por la empresa, la sentencia de instancia ha entendido que la licencia sin sueldo no puede equipararse

a cese, al contrario de lo que sucede con la excedencia voluntaria, por lo que la empresa sólo tenía obligación de contratar a un nuevo relevista durante el segundo periodo referido, por lo que estima parcialmente la demanda, anulando la primera de las resoluciones del INSS.

3.- Impugnada la sentencia de instancia por la empresa demandante, la sentencia recurrida -revocando la de instancia- anula la segunda resolución del INSS que declaró a la empresa responsable del pago de la prestación de jubilación parcial abonada a un trabajador durante los periodos de tiempo correspondientes a la excedencia voluntaria de la trabajadora relevista, al no sustituirla por otro trabajador en el plazo de los quince días siguientes al inicio de la excedencia.

La Sala de suplicación fundamenta su decisión en que no resulta de aplicación una norma de naturaleza sancionadora como es la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, sosteniendo que carece de respaldo legal y vulnera los derechos de legalidad sancionadora (art. 25.1 de la C.E.), al no limitarse a desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidas en la ley, sino que por el contrario, regula la materia sin sometimiento a directriz legal previa en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras.

4.- El INSS recurre en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción de la DA Segunda -apartado 4- del RD 1131/2002 (31/octubre), en relación con los arts. 12.6 ET, 166 LGSS y 25.1 CE. Y señala como sentencia de contraste la STJ País Vasco 15/11/05 (rec. 1684/05).

5.- Dicha sentencia de contraste, desestima la demanda de la empresa, en la que se solicita se deje sin efecto la reclamación de la Entidad Gestora de la cantidad abonada a un trabajador en concepto de jubilación parcial, por no haber cumplido en el plazo la obligación de contratar un relevista, respecto a un periodo durante el cual aquel no prestó trabajo por haberse producido una "baja no voluntaria"/cese por inasistencia al trabajo. El recurso se basa en la Dis-

SUMARIO

TS

CIVIL

Reducción de indemnización al concurrir culpa de la víctima **3**

PENAL

Delito de estafa continuada a través de contrato con club vacacional **5**

ADMINISTRATIVO

Nulidad de registro de marca por ocasionar perjuicio a los comerciantes de la zona **14**

SOCIAL

Reintegro empresarial de prestación por jubilación parcial por no sustitución de relevista **1**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

posición Adicional segunda del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que previene que en el caso de cese del trabajador relevista, el empresario debe sustituirlo en plazo no superior a quince días laborales, y que si no cumple esa obligación, deberá abonar a la Seguridad Social el importe de la prestación de jubilación parcial devengada desde aquel momento hasta que el pensionista acceda a la jubilación ordinaria o anticipada.

La Sala de suplicación aplica la norma reglamentaria, precisando que la misma no faculta al INSS para ejercitar potestad sancionadora alguna, lo que conllevaría su nulidad por vulnerarse en tal caso los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones administrativas, recogidos expresamente en el artículo 25.1 de la C.E., sino para realizar un acto de gestión en materia de Seguridad Social, en ejercicio de los derechos que le corresponden, como consecuencia del incumplimiento por el empresario de las condiciones establecidas en el artículo 12.6 del ET para que sus consiguientes beneficios para ambas partes de la relación y quebranto económico para la Entidad Gestora de la prestación.

6.- Se cumple adecuadamente la exigencia que impone el art. 217 LPL -como requisito de viabilidad para el RCU- -de que exista contradicción entre la resolución que se impugna y otra decisión judicial, lo que ha de verificarse por el contraste entre la parte dispositiva de sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 13/10/09 -rcud 1219/08-; 13/10/09 -rcud 3568/08-; 13/10/09 -rcud 4174/08-; 15/10/09 -rcud 2553/08-; y 09/11/09 -rcud 3747/08-).

Y se cumple la exigencia, porque a diferencia de la sentencia recurrida- la decisión de contraste considera que el precepto de cuya interpretación tratamos -DA Segunda RD 1131/2002 - no comporta el ejercicio de facultad sancionadora alguna, sino un acto de gestión en materia de Seguridad, y el plazo de quince días es un término inexorable que obliga al empresario a actuar con la mayor diligencia en orden a la contratación del trabajador relevista; y condena al reintegro de la pensión en supuesto de básica identidad con el de autos. Y sin que a ello obste que en la sentencia recurrida se plantea el debate en relación con un pe-

riodo de excedencia voluntaria, y esta no es la situación abordada en la sentencia de contraste, que analiza un supuesto de "baja no voluntaria"/cese por inasistencia al trabajo, pues esta diferencia no puede estimarse relevante, primero porque en la sentencia recurrida no se sostiene que la excedencia no constituya cese, centrándose la decisión en la ilegalidad-inconstitucionalidad de la norma reglamentaria aplicada por la Administración de la Seguridad Social; y en segundo lugar, porque como señala esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de julio de 2009 (rec. 3147/08), analizando un supuesto de excedencia, ha llegado a la conclusión de que el mismo es equivalente al cese, además de poner de manifiesto el evidente carácter sancionador y de medida antifraude de la norma reglamentaria, pero sin plantear ninguna cuestión de adecuación de la norma a la Constitución o a la legalidad ordinaria.

SEGUNDO.- Como señala esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de febrero de 2010 (rec. 2334/2009), dictada en supuesto sustancialmente idéntico, lo que impone por un principio básico de seguridad jurídica, que igual solución haya de darse al supuesto ahora enjuiciado:

" (...) 1.- No compartimos el criterio de la decisión recurrida, cuando afirma que la previsión contenida en el apartado 4 de la DA Segunda del RD 1131/02 ostenta naturaleza sancionadora, de forma que al carecer de cobertura con rango de Ley incurre en vicio de ultra vires, a la par que infringe los principios de legalidad y tipicidad, y desconoce las garantías de los arts. 24 y 25.1 CE.

2.- Ciertamente hemos de reconocer que esa naturaleza fue la que esta Sala le atribuyó en dos ocasiones (sentencias de 23/06/08 -rcud 2335/07- y 16/09/08 -rcud 3719/07-) al examinar supuestos de simultánea extinción del contrato de trabajo de relevista y jubilado parcial en el marco de un ERE (en las otras dos ocasiones en que se planteó el mismo tema, ninguna afirmación se hizo sobre su naturaleza: SSTS 29/05/08 -rcud 1900/07- y 23/06/08 -rcud 2930/07-).

Pero no lo es menos que ese parecer fue parcialmente corregido -aunque sin negar expresamente su calidad antifraude- cuando afirmamos que la DA 2ª RD 1131/2002 "consti-

tuye asimismo un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste" (SSTS 08/07/09 -rcud 3147/08-; y 09/07/09 -rcud 3032/08-). Y en la presente ocasión vamos más lejos, afirmando ya con toda rotundidad que la norma de que tratamos no tiene finalidad punitiva.

(...) A esa conclusión nos lleva el primer canon interpretativo -de entre los previstos en el art. 3 CC -, que es el "sentido propio de sus palabras" (recientemente, SSTS 04/05/06 -rec. 2782/04-; 13/03/07 -rcu 39/06-; 31/10/07 -rcud 4181/06-; 27/05/08 -rcud 4775/06-; y 11/02/09 -rcud 450/08 -), pues la norma de que tratamos afirma que "en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada".

Y la expresión "deberá abonar" sitúa la consecuencia en términos puramente obligacionales, que no represivos, de manera que no establece -las palabras empleadas lo evidencian- ninguna suerte de sanción que pueda o deba imponer el INSS, sino un efecto -legalmente delimitado- para el supuesto de que la empresa desconozca los compromisos que contrae al suscribir un contrato -el de relevo- que obviamente le beneficia a ella tanto como al trabajador que se jubila o al que releva a éste; consecuencia aquélla que más bien se aproxima a un reintegro de prestaciones por parte de quien ha sido esencial sujeto determinante de que hubiese tenido lugar el reconocimiento y abono de la pensión, pero que no ha atendido a la contrapartida a que se obligaba, lo que aleja el supuesto del ejercicio del ius puniendi; porque, en puridad, no se trata de la respuesta punitiva a una contravención legal, sino más bien al incumplimiento de una obligación contraída ex arts. 166.4 LGSS y 12.6 ET, y que era requisito sine qua non para que el trabajador pudiera acceder a la jubilación parcial, de forma que el abono de la prestación a la Entidad Gestora se articula como la mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión cuando no se hubiese

cumplido por parte de la empresa el presupuesto -contratar un relevista en los términos legalmente previstos- de lo que se presenta como un negocio a tres bandas (INSS, beneficiario de la prestación y empresario); pero nunca como un "castigo" al incumplidor.

(...) En esta línea ha de tenerse en cuenta que no pueden considerarse sanciones administrativas cualesquiera formas de reacción frente a conductas ilícitas; en efecto, ante las mismas, el ordenamiento jurídico puede establecer meramente un mecanismo de restauración del orden normal de las cosas (reintegro de la prestación) alterado por acción u omisión (en este caso demora en la contratación del relevista), porque en sentido técnico, la sanción solamente existe cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con finalidad represiva de la infracción y preventiva de disuasoria de conductas similares.

Así la ha entendido la jurisprudencia constitucional al sostener que la "finalidad represiva, retributiva o de castigo" es específica de las sanciones (Sentencias 239/1988, de 14/diciembre, FJ 2; 164/1995, de 13/noviembre, FJ 4; y 132/2001, de 8/junio, FJ 3), afirmando concretamente la más reciente 276/2000 (16/noviembre; FJ 3) que "ni el "nomen iuris" empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los arts. 24.2 y 25.1 CE resultan aplicables (SSTC 164/1995, F. 4; y 239/1988, FJ 3).

Y que -por más que resulte significativa-, tampoco basta por sí sola a estos efectos la circunstancia de que la medida de que se trata... se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de la relación jurídica existente entre el ciudadano y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos (STC 239/1988, FJ 2; ATC 323/1996, FJ 3)...

Y es que... el carácter sancionador de un acto de las características del que enjuicamos depende, además, de la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse (SSTC 239/1988, FJ 3; 164/1995, FJ 4; ATC 323/1996, FJ 2)"".

TERCERO.- 1.- Así, como concluye la referida sentencia, la inmediata derivación de este planteamiento -inexistencia de sanción- es que la DA Segunda RD 1331/02 no ha incurrido en exceso reglamentario alguno respecto de las leyes que desarrolla (los preceptos antes referidos), ni en vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, ni en el desconocimiento de las garantías que impone el Tribunal Constitucional a la actividad administrativa sancionadora ya desde la STC 18/1981 (8 /junio).

2.- Sentado lo anterior, en el supuesto presente (en que la cuestión objeto de recurso queda centrada y limitada a la interpretación de la referida Disposición Adicional segunda, punto 4 del Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre, y en concreto en determinar si contiene una sanción, o si su previsión no puede ser calificada de tal y es sólo un acto de gestión de prestaciones de jubilación parcial); hemos de acoger la infracción que se denuncia de la tan repetida Disposición Adicional, puesto que para sustituir al trabajador parcialmente jubilado en 01/05/2004, la empresa recurrida contrató a una trabajadora mediante contrato de relevo. Dicha trabajadora (relevista) solicitó y obtuvo licencia sin sueldo por motivos personales desde el 1 de mayo al 8 de agosto de 2006, y el 25/09/06 solicitó y obtuvo excedencia voluntaria, de la que en la fecha a considerar disfrutaba y hasta el 24/09/2008; en ambos periodos el empresario no contrató a ningún trabajador en sustitución de la relevista. Ello motiva que esté justificada la declaración de responsabilidad llevada a cabo por el INSS.

3.- Entiende esta Sala del Tribunal Supremo, que frente a este objetivo incumplimiento no cabe argumentar -como la sentencia recurrida hace- que se trata de una obligación de medios que no de resultado y que la empresa ha de verse exonerada de toda responsabilidad por el hecho de haber gestionado la contratación de los trabajadores sustitutos a través de la Oficina de Empleo.

Así lo consideramos, porque el compromiso que el empresario adquiere en la jubilación parcial de uno de sus empleados es que al mismo tiempo haya de concertar el contrato de relevo, y los términos categóricos con los que la ley se manifiesta ("siempre que con carácter simultáneo se celebre", en la dición del art. 166.2 LGSS; "la empresa deberá concertar simultáneamente", al decir del art. 12.6 ET; "si... se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo... los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de quince días naturales", conforme a la DA Segunda RD 1331/02), evidencian una imperatividad que apunta a una obligación

de resultado, siquiera su incumplimiento pueda en algún supuesto justificarse por la empresa, pero siempre bajo el presupuesto de haberse acreditado una diligencia adecuada a la premiosidad del mandato.

Diligencia que no apreciamos -sin más- en el hecho de haberse procurado la contratación por la vía oficial de gestión del empleo, cuando la misma lleva a demoras que ostensiblemente superan el plazo -quince días- legalmente previsto (STS. 09/02/2010 -rec. 2334/2009).

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 20 de abril de 2009 (recurso de Suplicación núm. 3809/08), que a su vez revocaba en parte la sentencia -estimativa en parte de la demanda- que en 14/abril/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid (autos 168/2008), y resolviendo el debate en Suplicación desestimamos el de tal clase formulado por la representación de Laboratorios Alcalá Farma S.A., rechazando la demanda formulada por ésta, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, y Tesorería General de la Seguridad Social, confirmando las resoluciones dictadas por el INSS en fechas 04/09/2007 y 06/11/2007. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Souto Prieto.- Juan Francisco García Sánchez.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Rosa María Viroles Piñol.

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



2010/52515

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

Moderación indemnizatoria de un 75%

Reducción de indemnización al concurrir culpa de la víctima

El TS desestima sendos recursos de casación interpuestos por la víctima del accidente y la madre de la misma, con motivo del accidente de circulación sufrido por el conductor del ciclomotor, al parar el conductor del camión demandado en el arcén sin señalar lo dispuesto reglamentariamente sobre la maniobra.

Confirma la Sala la sentencia recurrida, que a su vez confirmó la estimación parcial de la demanda condenando a los demandados, reduciendo el importe de la indemnización, por concurrencia de culpa con la víctima, en un 75%. Señala la Sala en relación a la moderación de la indemnización por negligencia del conductor que la limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima obedece a una ausencia total o parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, y, en consecuencia, afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla, sin que se aprecie en el caso de autos que sea manifiestamente desproporcionada esta moderación de responsabilidad cifrada en un 75%. Añade que no puede aplicarse la doctrina que determina el lucro cesante como una de las circunstancias excepcionales que puedan determinar la aplicación en la Tabla IV del factor de corrección, en la medida que no se ha probado por la víctima esas ganancias dejadas de obtener.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El 11 de diciembre de 1998 el conductor de un camión había detenido su vehículo en el arcén de una autovía, ocupando parte de la calzada, para comprobar una avería producida por recalentamiento de los neumáticos traseros. Tras poner en funcionamiento los cuatro intermitentes, se bajó del vehículo y no colocó los triángulos de advertencia de peligro obligatorios a pesar de haber tenido tiempo suficiente para ello.

2. El conductor del ciclomotor circulaba por el arcén de la autovía en un tramo recto, con buena visibilidad, con la cabeza mirando hacia abajo, de forma totalmente descuidada y sin atender a las circunstancias de la circulación, por lo que no se apercibió de la presencia del camión en el arcén y colisionó con él.

3. Como consecuencia del accidente, el conductor del ciclomotor padeció secuelas permanentes consistentes en un síndrome psiquiátrico de conducta infantil, labilidad emocional, incongruencia afectiva e irri-

tabilidad, y graves alteraciones cognitivas y del pensamiento.

4. El conductor y su madre ejercitaron acción de responsabilidad civil contra el conductor del camión y su aseguradora.

5. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados al abono de una indemnización por lesiones temporales y permanentes conforme al Anexo LRCSVM, aplicando a las indemnizaciones básicas un factor de corrección del 10% por perjuicios económicos. Aplicó, asimismo, a la indemnización básica por lesiones permanentes sendos factores de corrección por gran invalidez, adecuación de vivienda, daños morales complementarios y perjuicios morales de familiares. Redujo el importe final de todas las indemnizaciones en un 75% por culpa concurrente de la víctima y acordó que se abonaran los intereses del artículo 20 LCS.

6. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia.

7. Se fundó, en síntesis, en que:

a) Es correcta la atribución por el Juzgado del 25% de la responsabili-

dad al conductor del camión y del 75% de la responsabilidad a la víctima valorando la eficacia de las respectivas conductas en la producción del resultado.

b) La limitación de responsabilidad por culpa concurrente de la víctima debe aplicarse también a la indemnización concedida a la madre por el factor de corrección de perjuicios morales de familiares.

c) De acuerdo con la prueba practicada es correcta la cuantía concedida por gran invalidez y por los factores de corrección.

d) Es correcta la aplicación de un factor de corrección del 10 % por perjuicios económicos teniendo en cuenta la cuantía de los ingresos acreditados por el actor.

8. Contra esta sentencia interpusieron sendos recursos de casación la madre del conductor de ciclomotor y éste, los cuales fueron admitidos al amparo del art. 477.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

I. Recurso de casación interpuesto por la madre del conductor del ciclomotor

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero.

El motivo primero y único se introduce con la siguiente fórmula: "Al amparo del art. 477.1 LEC por violación de la doctrina sobre la concurrencia de culpas en la madre del declarado gran inválido. El concepto de perjudicado a la luz de las directivas comunitarias y nuestra jurisprudencia, interpretación errónea del art. 5.1 y 6 LRCSVM 1995."

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que, de acuerdo con la normativa interna y la comunitaria, el seguro de circulación de vehículos de motor de suscripción obligatoria cubre a todos los perjudicados, excepto al conductor, y la culpa exclusiva de éste no reduce la indemnización que corresponde a los terceros perjudicados que sufren un daño directo como consecuencia del siniestro. Añade que, en conclusión, no puede limitarse la indemnización correspondiente a la recurrente por perjuicios morales de familiares.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Alcance de la moderación de la indemnización por negligencia del perjudicado.

La existencia de una conducta negligente por parte del perjudicado da lugar a una moderación de la responsabilidad del conductor según en el artículo 1.2 LRCSVM. Esta limitación se justifica en que, fundándose la responsabilidad del conductor por daños a las personas en el riesgo objetivo creado por la circulación (artículo 1.1 LRCSVM), el legislador considera que la negligencia del per-

judicado constituye una circunstancia susceptible de ser apreciada objetivamente, la cual, según su grado de relevancia, determina que no sea imputable al conductor en todo o en parte el resultado dañoso producido (STS 12 de diciembre de 2008, RC núm. 2479/2002).

De esto se sigue que la moderación de la responsabilidad del conductor se integra en la apreciación del nexo de causalidad en su aspecto jurídico determinando su alcance. Esta es la razón por la que la negligencia del perjudicado no solamente aparece considerada en las tablas II, IV y V del Anexo LRCSVM como factor de corrección de las indemnizaciones básicas (en relación con el Anexo Primero, apartado 7, LRCSVM), sino también, como elemento determinante del alcance de la responsabilidad del conductor por daños a las personas, en el artículo 1 LRCSVM y en el Anexo Primero, apartado 2, en el que se contienen criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización.

En suma, la limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima obedece a una ausencia total o parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, y, en consecuencia, afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla.

El hecho de que los daños a los familiares sean objeto de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria (STS 3 de noviembre de 2008, RC núm. 1907/2003) no es obstáculo a esta conclusión, puesto que el seguro de responsabilidad civil no puede extenderse más que a la cobertura de los daños imputables causalmente a la conducta del responsable.

Habiéndolo apreciado así la sentencia recurrida, no se advierte que concurra la infracción en que se funda el motivo.

II. Recurso de casación interpuesto por el conductor del ciclomotor

CUARTO.- Desestimación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

"Al amparo del art. 477.1 LEC por violación de la doctrina jurisprudencial sobre la inoponibilidad de la concurrencia de culpas al gran inválido. El concepto de perjudicado a la luz de las directivas comunitarias y nuestra jurisprudencia, interpretación errónea del art. 5.1 y 6 LRCSVM 1995."

Dicho motivo se funda, en síntesis, en los mismos argumentos en que se funda el recurso de casación interpuesto por la otra parte. En consecuencia, debe ser desestimado.

QUINTO.- Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: "Al amparo del art. 477.1 LEC por interpretación errónea de la concurrencia de culpas aplicada del 75% a D. Raúl y del 25% solo a D. Diego. Interpretación errónea del art. 1 párrafo 4 LRCSVM 1995."

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia no tiene en cuenta determinados aspectos fácticos relacionados con la prueba practicada que revelan la grave negligencia del conductor del camión y determinan la improcedencia de imputar al conductor del ciclomotor en un 75% del resultado dañoso producido.

El motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- Apreciación de la concurrencia de culpas por el tribunal de instancia.

Las razones en las que se funda la desestimación el anterior motivo de casación son los siguientes:

a) Esta Sala tiene declarado reiteradamente que la apreciación del grado de participación de los distintos agentes en la producción del resultado dañoso a los efectos de determinar las cuotas de responsabilidad por concurrencia de culpas es una materia que en principio corresponde al tribunal de instancia y sólo puede ser revisada en casación en supuestos de grave desproporción o defectuosa apreciación del nexo causal (STS 20 de mayo de 2008 RC núm. 1394/2001, en la cual se recoge un resumen de la jurisprudencia sobre la materia).

b) Esta Sala tiene declarado reiteradamente que en el recurso de casación no pueden combatirse los hechos fijados por el tribunal de instancia en su función de valoración de la prueba, si no es mediante el recurso extraordinario por infracción procesal poniendo de manifiesto la infracción de alguna regla legal o la concurrencia de arbitrariedad o de una manifiesta falta de racionabilidad en la valoración que se ha llevado a cabo (SSTS 20 de mayo de 2008, RC núm. 1394/2001, 6 de noviembre de 2008, RC núm. 332/2004).

c) De esto se sigue que no puede ser estimada la alegación de la parte recurrente. Por una parte, se funda en una revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida mediante una detallada exposición de la prueba practicada y del resultado que a su juicio ha producido.

Por otra parte, partiendo de los hechos que declara probados la sentencia recurrida, no se advierte que sea manifiestamente desproporcionada la moderación de la responsabilidad

del conductor del camión en un 75%. En efecto, existió un incumplimiento de los reglamentos por parte del camión que se detuvo en el arcén y no colocó los triángulos de advertencia del peligro, pero también una grave negligencia por parte del conductor del ciclomotor, la cual aparece descrita en la sentencia de primera instancia, que se acepta en apelación, como la circulación en un tramo recto, con buena visibilidad, con la cabeza mirando hacia abajo, de forma totalmente descuidada y sin atender a las circunstancias de la circulación.

SÉPTIMO.- Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula: "Al amparo del art. 477.1 LEC por violación sobre la valoración de la gran invalidez. Interpretación errónea del concepto e indemnización que le corresponde al gran inválido según el apartado correspondiente de la tabla IV LRCSVM."

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que, atendidas las circunstancias, la indemnización debió ser fijada importe superior del margen que permite la tabla IV del Anexo LRCSVM.

El motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- Fijación del importe de la indemnización por el tribunal de instancia.

Esta Sala tiene declarado reiteradamente que la fijación del importe de la indemnización no es revisable en casación salvo cuando se infringen las bases establecidas legalmente o se incurre en una notoria desproporción (SSTS 222/2005, de 28 de marzo, RC núm. 4185/98, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 9 de diciembre de 2008, RC núm. 1577/2002, 30 de julio de 2008, RC núm. 616/2002, entre otras muchas).

En el caso examinado la Sala de apelación, apreciando las circunstancias concurrentes obtenidas mediante el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, fija la indemnización por gran invalidez que estima pertinente dentro de los márgenes que permite el factor de corrección establecido en la tabla IV del Anexo LRCSVM. De esto se sigue que, no habiéndose demostrado que exista una notoria desproporción en la fijación de la indemnización ni que se hayan infringido los márgenes cuantitativos establecidos por la LRCSVM, no puede apreciarse la infracción que se dice cometida.

NOVENO.- Enunciación del motivo cuarto.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

"Al amparo del art. 477.1 LEC por violación del factor de corrección aplicable sobre las indemnizaciones

previstas en la tabla III y V de la LRCSVM en relación con el primero apartado séptimo del anexo del mismo texto legal.”

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la el factor de corrección aplicable no debe ser el del 10% que aplica la sentencia recurrida, sino del 75% o, subsidiariamente del 50%, por cuanto las lesiones y déficits que padece el lesionado le incapacitan para la realización de una vida provechosa y plena, en el plano material y emocional-afectivo, máxime al tratarse de un gran inválido.

Añade la importancia del daño que ha ocasionado a la normal y necesaria relación padre-hijo, pues si no tiene conciencia de que es padre de un niño de 4 años, difícilmente puede cumplir con el rol de padre y que el sistema de valoración establecido en el Anexo LRCSVM no es cerrado.

DÉCIMO.- Improcedencia de apreciar circunstancias excepcionales como factor de corrección.

Como se declara en la sentencia del Pleno de esta Sala de esta misma fecha, cabe considerar la existencia de un lucro cesante probado como una de las circunstancias excepcionales que puedan determinar la aplicación en la tabla IV del factor de corrección cifrado en la concurrencia de los elementos correctores del Anexo, Primero, 7, LRCSVM. Sin embargo, para ello es necesario que se pruebe la existencia de lucro cesante en un grado muy superior al que es objeto de cobertura por el factor de corrección por perjuicios económicos y que, apreciadas las circunstancias del caso, se determine por el tribunal que el expresado perjuicio comporta una circunstancia excepcional susceptible de ser considerada como tal en aplicación del Sistema de valoración.

En el caso examinado la parte recurrente no ha probado, según se infiere de relato de la sentencia recurrida, las remuneraciones que venía obteniendo de su profesión de carpintero, por lo cual no puede aplicarse la expresada doctrina, a diferencia de lo que ocurre en las sentencias que cita como fundamento de su pretensión.

Tampoco pueden apreciarse como circunstancias determinantes de la aplicación de un elemento corrector al amparo de la tabla IV la juventud de la víctima y la paternidad de un hijo de escasa edad, al menos si no concurren circunstancias excepcionales que el legislador no pudo prever, pues la edad de la víctima se tiene en cuenta para la valoración de la indemnización básica en la tabla III y los perjuicios morales que pueden sufrir los hijos o parientes por la incapacidad permanente de sus allegados sólo son contemplados por el legislador en un supuesto específico (factor de corrección de

perjuicios morales de familiares), a diferencia de lo que ocurre en el caso de fallecimiento (tabla I), y esta exclusión debe interpretarse como producto de una opción legislativa.

UNDÉCIMO.- Desestimación de los recursos.

La desestimación de los recursos de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC. No se estima procedente imponer las costas a los recurrentes, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC, por suscitar graves dudas de Derecho la cuestión suscitada.

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

FALLO

1. Se desestiman los recursos de casación interpuestos, por una parte, por la representación procesal de D^a M^a Jesús y, por otra parte, por la representación procesal de D. Raúl contra la sentencia de 16 de febrero de 2004 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó en el rollo de apelación núm. 3791/2003, cuyo fallo dice:

“Fallamos.

“Que desestimando los recursos deducidos por la representación procesal de D. Raúl y D^a M^a Jesús, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Sevilla, recaída en las actuaciones de que este Rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución sin hacer expresa imposición de las costas de esta segunda instancia”.

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. No ha lugar a la imposición de las costas de los recursos de casación interpuestos.

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.- Román García Varela.- Xavier O’Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.

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.



2010/14221

TS Sala 2^a, Sentencia 17 febrero 2010. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Supuesto agravado por razón de la cuantía

Delito de estafa continuada a través de contrato con club vacacional

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito de estafa continuada. Afirma el TS que los dos acusados llegaron a unos acuerdos con sus clientes ajenos a la realidad de las prestaciones que ofrecía la mercantil, en concreto en relación con la prestación de la gestión de los alquileres que no disfrutaban los clientes o con la devolución de las cantidades invertidas en el caso de disconformidad. Hubo, pues, un engaño concurrente y suficiente, que motivó el perjuicio patrimonial de las víctimas, que efectuaron unos pagos sin que fuera a existir contraprestación alguna y haciendo creer a los compradores que al contratar lo habían hecho reservándose el derecho de que si no estaban conformes quedaría sin efecto el contrato, lo que no sucedió en realidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE D. Bienvenido:

PRIMERO.- El primer motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECr., por existir error en la apreciación de la prueba practicada, que invalida el relato de hechos contenido en la sentencia.

1. Invoca el recurrente como documentos demostrativos:

- La escritura pública de renuncia al cargo de administrador (f^o 412 a 413).

- La elevación a público para la protección de los derechos de 416 compradores de paquetes de vacaciones (f^o 511 a 516).

- Relación de los 416 clientes servidos y satisfechos sin contraprestación, reconocidos y admitidos por Diamond VSI.

- Sentencia 171/02 del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Málaga.

- Auto de la Sección Tercera de la Audiencia de Málaga decretando sobreseimiento de la empresa Diamond VSI y su representante legal Sr. Pedro Miguel, por no existir contra ello ningún tipo de reclamación.

2. Hay que recordar que el éxito del motivo expresado, queda supeditado, según esta Sala (Cfr. STS 762/2004, de 14 de junio; 67/2005, de 26 de enero; y 1423/2005, de 25 de noviembre), a la concurrencia de ciertos requisitos:

1^o.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2^o.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se precisa por tal “...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...”; quedando fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del plenario (Cfr. SSTs 220/2000, de 17 de febrero; 1553/2000, de 10 de octubre, y las en ella citadas).

3^o.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4^o.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la

prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración -razonada- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECr. Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes y que el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna (Cfr. SSTS 158/2000 y 1860/2002, de 11 de noviembre).

5º.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6º.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, (Cfr. SSTS 496/99, 765/04 de 11 de junio).

3. En aplicación de la doctrina al caso de autos verificamos que los documentos alegados no acreditan error fáctico alguno - por otra parte, no precisado- puesto que el tiempo de ejercicio como administrador es recogido expresamente en el "factum"; el fallo absolutorio se produjo en otro procedimiento, referente a hechos y acusado distinto; y la actuación del ahora recurrente y de los compradores de paquetes vacacionales aludidos no desvirtúa ni contradice lo declarado probado, siendo compatible con ello.

En definitiva, no pudiéndose considerar desvirtuada por errónea la afirmación fáctica de la sentencia de instancia, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- Como segundo motivo se formula infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr., por haber existido infracción del derecho de defensa.

1. Se considera que se ha dejado de llamar al proceso a la sociedad Costapartament Resort, S.L." cuando es parte integrante del contrato de servicio, siendo precisa su presencia cuando hay exigencia de responsabilidad penal para la persona jurídica, habida cuenta de que el art. 31.2º CP dispone que si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, ser responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre y en cuya cuenta actúa.

2. La alegación nos determina a extendernos efectuando alguna reflexión, del siguiente tenor:

1º) Dado que el ejercicio de acciones civiles se encuentra sometido al principio dispositivo o de rogación (Cfr. STS de 20-12-2005, núm. 1523/2005), la incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse o decidir sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que en su calidad de verdaderos "domini litis" conforman el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial.

Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos por los sujetos del mismo (partes) por lo pedido (*petitum*) y por los hechos o la realidad histórica que sirve como razón o causa de pedir (*causa petendi*) todo lo cual no comporta que el juez deba quedar vinculado rigidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo (Cfr. STS de 19-5-2005, núm. 646/2005).

2º) Desde la perspectiva constitucional, hay que recordar que el TC ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiere relevancia constitucional y puede ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*) "suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes" (STC 20/82) de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de los cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 86/86, 29/87, 156/88, 365/93, 172/94, 91/95, 191/95 y 60/96).

3º) Si bien es cierto que el art. 31.2 CP establece una "responsabilidad solidaria" de la persona jurídica para el pago de la multa, este texto - que fue incorporado al CP por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, lo que plantearía el problema de su aplicabilidad a hechos sucedidos en 1998 y

1999-, conforme señala la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, "en tanto el art. 31 solo juega para los delitos especiales propios, esta extensión de la responsabilidad pecuniaria no será aplicable a todos los delitos cometidos a través de personas jurídicas, sino sólo cuando haya sido necesario aplicar la cláusula del apartado primero para resolver los problemas de tipicidad derivados de este tipo de delitos. Por tanto solo operará en relación con los delitos especiales".

Lo que no es óbice cuando, efectivamente, sea procedente la aplicación de tal previsión -como recuerda la mentada Circular de la FGE-, para que, desde el punto de vista procesal, la asimilación de la persona jurídica responsable ex art. 31.2 CP al imputado, implique la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión; deba de reconocérsele el derecho al proceso debido; deba garantizarse la participación de la persona jurídica en el proceso; haya de incluirse a la misma en el acta de acusación del Fiscal y en el auto de apertura de juicio oral; y haya de admitirse su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan.

Y quepa, igualmente, exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia.

4º) Ello no obstante, en un caso como el de autos en el que no nos encontramos ante ningún delito especial propio, que hubiere hecho necesaria la aplicación del art. 31.1 CP, tampoco serán aplicables las previsiones del art. 31.2 CP, decayendo toda la argumentación del recurrente.

5º) El Tribunal de instancia no ha efectuado ningún pronunciamiento ni de contenido penal ni de responsabilidad civil, directa ni subsidiaria, contra la entidad Costapartament de modo coherente a la falta de ejercicio contra ella de las correspondientes acciones por las partes acusadoras pública y particulares.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El tercer motivo se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr., por aplicación indebida de los art. 74, 248.1 y 249 CP.

1. El recurrente, a pesar del enunciado del motivo atinente al error iuris, sostiene -como si de un cajón de sastre se tratara, contrariando las prescripciones de concisión y claridad del art. 874 LECr.- que la sen-

tencia no se apoya en verdaderos actos de prueba; que hubo afectados que no comparecieron en el Juicio, no ratificando sus pretensiones; que se vulneró el principio "non bis in idem", estimándose la continuidad del delito de estafa y además la estafa agravada; que existe una indeterminación temporal en la sentencia y en la acusación respecto de la intervención del recurrente; que el delito seguiría existiendo, prescindiéndose del Sr. Bienvenido, lo que determina que no es ni autor, ni coautor, ni cooperador necesario; que impugnó la lectura de las declaraciones sumariales propuestas por las acusaciones pública y particulares, incorporadas al juicio oral por la vía de "por reproducidas", de aquellos afectados que no acudieron al juicio, de modo que no pueden ser tenidas en cuenta en cuanto a su reconocimiento como partícipe en los hechos; que no existió incumplimiento de servicio de vacaciones cuando el referido cumplimiento no se ha exigido por parte de ninguno de los afectados.

Igualmente, alega que siempre actuó, durante un tiempo determinado, ajeno a todo crimen, y cuando advierte una anomalía acude al notario con el proveedor Diamond SVI, le obliga a reconocer los derechos vacacionales de todos los afectados, y, posteriormente dimite.

Y, finalmente, que, habiendo reconocido dudas en la valoración de la prueba el Tribunal de instancia, el principio pro reo, según la jurisprudencia forma parte del derecho a la presunción de inocencia, y es atendible en casación.

2. Debemos recordar que el precepto invocado sólo es apto para servir de cauce a objeciones relativas a defectos de subsunción. Es decir, la eventual incorrecta aplicación de un precepto a los hechos fijados como probados en la sentencia.

En el presente caso es evidente la falta de pertinencia del motivo, debido a que en él se prescinde del contenido de los hechos, para volver sobre cuestiones de prueba totalmente ajenas a la previsión legal en que se busca apoyo para este aspecto de la impugnación, que, por ello, sólo puede ser desestimada.

Ha resultado acreditado por la documentación obrante en la causa que el recurrente desempeñó el cargo de administrador único de Costapartament Resorts, S.L., desde el 21 de octubre de 1998 hasta 9 de abril de 1999, siendo acusado en relación con las ventas de los paquetes vacacionales número 9 a 12, en virtud de la prueba documental practicada.

Han declarado los testigos perjudicados por las relacionadas ventas D. Plácido (Hecho 9, contrato F. 575), D. Paloma (Hecho 10, contrato F. 132) D. Luis María (hecho 11, contrato F. 206) y el hecho 12 Alonso y Ariadna.

Habiendo quedado acreditado por la declaración de Pedro Miguel, representante legal de Diamond V.S.I., que los dos acusados llegaron a unos acuerdos con sus clientes ajenos a la realidad de las prestaciones que ofrecía Diamond, en concreto en relación con la prestación de la gestión de los alquileres que no disfrutaban los clientes o con la devolución de las cantidades invertidas en el caso de disconformidad; así mismo quedó acreditado que los acusados se separaban del contrato tipo estipulado entre Constapartment y Diamond y que consta al folio 515 de las actuaciones.

Igualmente a través de la prueba testifical quedó patente que la compra del paquete vacacional se realizaba en el marco de reuniones conjuntas en las que se ha ofrecido unas condiciones que excedían del contrato con Diamond.

En definitiva hubo, pues, un engaño concurrente y suficiente, que motivó el perjuicio patrimonial de las víctimas que efectuaron unos pagos sin que fuera a existir contraprestación alguna y haciendo creer a los compradores, que al contratar lo habían hecho reservándose el derecho de que si no estaban conformes quedaría sin efecto el contrato, lo que no sucedió en realidad.

En cuanto a los testigos no comparecidos en la Vista del juicio oral, ninguna objeción cabe oponer a la actuación del tribunal de instancia, ya que el acta de tal acto (fº 1 vtº de la sesión de 10-7-08) evidencia que el Ministerio Fiscal solicitó la lectura de las declaraciones de los testigos no comparecidos, y así lo acordó el Tribunal respecto de los testigos que no pudieron ser localizados, con lo que se procedió de acuerdo con el art. 730 de la LECr.

3. En cuanto a la alegación - ésta sí sobre error de derecho - sobre que se vulneró el principio "non bis in idem", estimándose la continuidad del delito de estafa y además la estafa agravada por razón de la cuantía, la propia Sala de instancia razona que la segunda cuestión es la atinente a la continuidad delictiva aplicada al delito de estafa objeto de acusación.

Al respecto, debe señalarse que resulta plenamente justificada a efectos de calificación jurídica dicha solución prevenida en el artículo 74 del Código Penal, toda vez que los distintos hechos constitutivos de infracciones penales susceptibles de ser tipificadas como delito de estafa, fueron llevados a cabo en ejecución de un plan preconcebido en orden a la finalidad de lucrarse a costa de los distintos afectados por los mismos, mediante el empleo en todos ellos de engaño bastante derivado de la actuación relatada en el párrafo tercero del epígrafe de hechos probados que antecede.

La tercera cuestión es la relativa a la aplicación a los hechos enjuiciados del supuesto prevenido en el número 6 del artículo 250-1 del Código Penal.

Al respecto, debe señalarse que la jurisprudencia ha venido estableciendo con carácter orientativo unas cifras delimitadoras de la especial gravedad de la defraudación, que han venido acomodándose a las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, habiendo establecido desde la reunión plenaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1991, como referencia para la determinación de la cantidad reputada como de especial gravedad, la cifra de treinta y seis mil (36.000) euros, no siendo en estos casos preciso atender a la situación económica de la víctima tras el delito.

En el supuesto que nos ocupa, en el concreto caso de Cosme la cuantía total de la pluralidad de defraudaciones reseñadas en el precedente epígrafe de hechos probados ascendió a un importe total superior a la cuantía aludida, lo que objetivamente evidencia la importancia de la cantidad defraudada, lo que no nos hace dudar de que nos encontramos ante un hecho de especial gravedad, de ahí que este Tribunal de instancia considere la procedencia de aplicar al supuesto enjuiciado, en el caso del mencionado Cosme, el expresado tipo agravado recogido en el número 6 del artículo 250-1 del Código Penal.

Y, en su fundamento jurídico cuarto el Tribunal a quo en cuanto al ahora recurrente Bienvenido expone que: "El delito de estafa de los artículos 248 y 249 del Código Penal, según texto el último de ellos dado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que de conformidad con lo prevenido en el artículo 2 del mismo cuerpo legal, en relación con el artículo 9-3 de la Constitución, se aplica por ser más favorable al reo, en este caso a Bienvenido, viene sancionado con pena de privación de libertad de seis meses a tres años, por lo que teniendo en cuenta las circunstancias personales del antes mencionado, en relación esto con su carencia de antecedentes penales, y atendiendo a la gravedad de los hechos, en relación esto con la dinámica comisiva de los mismos y el perjuicio total causado y no reparado por el antes citado a quienes contrataron con Costapartment Resorts, S.L., durante el período de tiempo comprendido entre los días 21 de octubre de 1998 y 9 de abril de 1999, en que ejerció funciones de administrador único de dicha entidad, todo ello a su vez en relación con la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal aludida en el precedente fundamento de derecho tercero, quienes ahora resolvemos consideramos a tenor de lo prevenido en la regla 1ª del artículo 66-1 del Código Penal, la procedencia de determinar las penas establecidas en el reseñado artículo 249, en relación

con los artículos 248 y 74, del mismo cuerpo legal, en la extensión de un año de prisión, y ello habida cuenta además la pacífica y reiterada doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en sentencias de fechas 9 de mayo y 19 de junio de 2000, 23 de julio de 2001 y 16 de enero de 2003, en el sentido de que la regla penológica establecida con carácter general para el delito continuado en el número 1 del artículo 74 del Código Penal no es aplicable cuando se trata de infracciones contra el patrimonio, porque en estos casos el Tribunal debe atenderse, en la determinación de la pena correspondiente al delito continuado, solo a la cuantía del perjuicio total causado, no debiendo ser considerado el número 2 de dicho artículo 74 como una continuación del primero, sino que en dicho precepto se concede al Tribunal, en el caso delito continuado contra el patrimonio, un ámbito de mayor discrecionalidad para determinar la pena, solamente limitado, en un sentido severamente agravatorio, por la concurrencia de las circunstancias previstas en el último inciso del mismo número 2 del citado artículo 74 del Código Penal".

Además de ello debe advertirse, en primer lugar, que en el Pleno de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo celebrado el 30 de octubre de 2007 se adoptó el acuerdo siguiente:

"El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Y así, la STS 563/2008 hace aplicación de este criterio al indicar que cuando las distintas cuantías apropiadas fuesen individualmente insuficientes para la calificación del art. 250.1-6º, pero sí globalmente consideradas, el reciente Pleno de esta Sala Segunda de fecha 30 de octubre 2007, tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado, acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1-6º dado que los delitos, aún inferiores a 36.000 euros, en conjunto superan esa cifra, si bien no se aplica el art. 74.1º sino el párrafo 2º, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1º y no la del art. 249 del Código Penal".

Y, en segundo lugar, hay que observar que, si bien la estafa se considera agravada, por razón de la cuantía de lo defraudado, con relación al coacusado Cosme, no sucede lo mismo con el ahora recurrente al que simplemente se le ha aplicado, como hemos visto la figura básica de la es-

tafa del art. 248, con la pena señalada en el art. 249, en relación con el art. 74.2 CP.

4. Por lo que se refiere al principio pro reo hay que recordar que esta Sala ha venido sosteniendo (Cfr. STS de 23-2-2005, núm. 231/2005 y de 23-4-2008, núm. 201/2008) que se trata simplemente de un principio jurisprudencial directamente relacionado con la valoración de las pruebas, que únicamente puede ser introducido en el trámite casacional cuando el Tribunal sentenciador haya expresado sus dudas sobre lo realmente acaecido, dentro del ámbito del hecho enjuiciado y sobre extremos jurídicamente relevantes del mismo, y, ello no obstante, haya pronunciado una sentencia de condena; supuesto no contemplado en el presente caso, en el que el Tribunal de instancia no ha expresado duda alguna sobre ninguno de los extremos fácticos que configuran el hecho de autos.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto motivo se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr., por inaplicación indebida del art. 14 CP.

1. De modo subsidiario, propone el recurrente que se estime la inexistencia de delito porque actuó con error invencible, al entender que la situación profesional, que ejercía en la mercantil Costapartment Resort, S.L., era adecuada y suficiente sin que existiera ningún tipo de signo interno o externo de ilegalidad o inmoralidad, ni de connivencia, en el período en que actuó, del 21- 10-98 al 9-4-99, con las personas que contrataban, firmaban y comercializaban el producto vacacional.

2. Como ha declarado esta Sala (Cfr. STS 258/2006, de 8 de marzo; STS de 17-10-2009, núm. 1035/2009), el dolo, en su elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que se denomina ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error de tipo, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia, o propio error de derecho.

Esta distinción entre una y otra causa, excluyente del dolo, se dice en STS de 13-10-1989 -analizando el art. 6 bis a) del anterior Código, antecedente del art. 14 del actual- "fue estudiada cuidadosamente por la doctrina científica y por la jurisprudencia".

dencia, la cual resaltó la falta de regulación legal de estas dos figuras, tratando de distinguir con criterios seguros el error de hecho, del error de derecho, y dentro de éste, entre error de norma penal y error de normas extrapenales. Era sumamente difícil la distinción entre error de tipo y error de prohibición, de proge- nia germánica, como lo demuestran las SS de 26-2 y 24-10-1981, entre otras.

Por su parte, el legislador introdujo en 25-6-1983 en el Código, el art. 6 bis a), donde conviven ambas clases de error, aunque sin denominar- los, ni con la terminología hoy en día obsoleta, ni con la moderna, señalando las sentencias posteriores a la reforma, que la terminología adecuada debe ser la subyacente en el precepto, esto es, la que distingue entre error de tipo y error de prohibición, sosteniendo que aquél se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (tal vinculación con la tipicidad y culpabilidad se reconoce en SSTS de 12-12-1991, 23-3-1992, 28-3-1994 y de 22-4-1994).

Así, pues, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea sobre los elementos esenciales del tipo (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); (STS de 7-7-1995); y en el núm. 3, el error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre el error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) y un error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto).

La jurisprudencia, después de destacar la dificultad en determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, insiste en que debería probarse (SSTS de 13-6-1990, 22-1-1991, 25-5-1992, 7-7-1997, 20-2-1998, 22-3-2001), tanto en su existencia como en su carácter invencible (SSTS de 28-3 y 30-6-1994), considerando que es más proclive a sufrir error una persona de escasa cultura o experiencia, que otra que no posea esas condiciones.

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, de 5 de febrero; y de 22-5-2009, núm. 587/2009), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconoci-

miento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso -recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre -, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud.

No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuridicidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 6 bis, a) tal y como se desprende de las sentencias de 29 noviembre, 16 marzo 1994, 12 diciembre y 18 noviembre 1991, entre otras muchas. Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» (SSTS de 11 marzo 1996 y 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorancia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS de 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987).

3. En nuestro caso, no puede ser aceptada la tesis del recurrente, puesto que conocía que lo ofertado por Costapartment”, como agente de ventas, no podía ser cumplido por Diamond, en cuanto que aquél intervino en la protocolización del contrato privado de comercialización del “Programa Vacacional V.S.I.”. Y así, el Tribunal de instancia declara probado que “...por contrato celebrado en fecha 12 de marzo de 1.999 entre Diamond V.S.I., representada por Pedro Miguel, y Costapartment Resorts S.L., representada por Cosme, mayor de edad y sin antecedentes penales, protocolizado ante el Notario de Benalmádena D. Pedro Díaz Serrano en escritura pública de fecha 26 del mismo mes y año, mediante comparecencia a tal fin del primeramente citado, en la representación que le venía conferida, y Bienvenido, mayor de edad y sin antecedentes penales, como administrador único de Costapartment Resorts S.L., le fue atribuido a la última entidad citada la condición de agente de venta de los programas vacacionales de la entidad primeramente referida, en las condiciones dictadas por ésta, salvo lo atinente a los incentivos, que Costapartment Resorts S.L. aplicaría según su criterio, siendo el precio del programa

450•76 euros (75.000 pesetas), de las cuales 180•30 euros (30.000 pesetas) se pagarían anticipadamente a Diamond V.S.I. y las restantes 270•46 euros (45.000 pesetas) a los catorce días de la reserva del paquete vacacional, pudiendo Costapartment Resorts S.L. aplicar sobre el precio de costo de los programas el incentivo que comercialmente tuviera por conveniente, debiendo enviar a Diamond V.S.I. toda la documentación, incluida la copia original del programa vacacional, una vez vendido dicho programa en el plazo de siete días, tras lo que Diamond V.S.I. contactaría con los clientes para emitirles la restante documentación del adhesión al programa, una vez fuere abonado por éste la totalidad del precio acordado.

Igualmente resulta probado y, por tanto, así se declara, que para conseguir el mayor número de contratos de venta de los programas vacacionales de Diamond V.S.I., los mencionados Cosme y Bienvenido, éste último durante el período de tiempo en que ejerció de modo efectivo como administrador único de Costapartment Resorts S.L., consintieron y se mostraron conformes con la utilización de técnicas comerciales agresivas por parte de los empleados en dicha entidad, subordinados a las directrices que a tal fin les fueron dadas, tales como reuniones conjuntas con los distintos posibles contratantes en urbanizaciones de lujo, con sustanciosas ofertas y descuentos si firmaban en el momento de la reunión y suscribían la correspondiente letra de cambio aseguradora del pago, indicación verbal a dichos contratantes, en ocasiones plasmada por escrito, de condiciones y circunstancias que no se correspondían con lo que realmente contrataban, entre ellas la de garantizarles la devolución del dinero invertido en el caso de disconformidad con el paquete vacacional contratado, cuando en realidad lo único que se hacía era entregar dicho paquete vacacional a una empresa dedicada a la reventa que, dados los altos precios fijados en el contrato, no consiguió en ningún caso efectuar operación alguna de reventa del paquete vacacional en cuestión, habiendo además llegado en ocasiones a garantizarse por escrito que en el supuesto de no utilización de los servicios contratados, quedaba garantizaba por Costapartment Resorts S.L. la gestión del alquiler de varias semanas anuales, lo que a la postre resultó totalmente incierto “.

Y la misma Sala a quo, en su fundamento de derecho segundo (fº 39) explica que ha llegado a la plena convicción moral de que Cosme y Bienvenido, éste último durante el período de tiempo en que ejerció de modo efectivo como administrador único de Costapartment Resorts, S.L., para conseguir el mayor número de contratos de venta de programas vacacionales de Diamond V.S.I., consintieron y se mostraron

conformes con la utilización de técnicas comerciales agresivas señaladas en el párrafo tercero del epígrafe de hechos probados que antecede por parte de los empleados de dicha entidad, subordinados a las directrices que a tal fin les fueron dadas, en las que incluso se realizaban indicaciones verbales a dichos contratantes, en ocasiones plasmadas por escrito, de condiciones y circunstancias que no se correspondían con lo que realmente contrataban, así como garantías de devolución del dinero invertido en el caso de disconformidad con el paquete vacacional contratado y garantías de gestión del alquiler de varias semanas del paquete vacacional, todas ellas inciertas, hasta el punto de llegarles a provocar error, puesto que no eran plenos conocedores de lo que realmente firmaban, con la consiguiente realización por su parte y en perjuicio propio de los actos de disposición derivados de los contratos reseñados en el precedente epígrafe de hechos probados.

No existió, pues, error de prohibición, siendo obligada la desestimación del motivo.

QUINTO.- El quinto motivo se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ y 120.3º CE, por considerar infringido dicho precepto en cuanto a la tutela judicial efectiva, en lo referente a la motivación de las sentencias.

1. Se sostiene que la sentencia no explica los motivos por los que entiende que existe prueba de cargo contra el Sr. Bienvenido. Que la dilación indebida, superando el baremo de los 10 años, debió producir, conforme al art. 66.2 CP, la reducción de la pena en dos grados. Y que debió haberse aplicado la atenuante establecida en el art. 21.5º CP de reparación del daño ocasionado a la víctima o disminución de sus efectos, en cuanto que hizo reconocer a la entidad obligada a prestar los servicios vacacionales “Diamond SVT”, los derechos íntegros de todos los afectados, sin necesidad de contraprestación económica, y todo ello de manera inmediata a su renuncia al cargo de administrador y alejamiento de la mercantil “Costapartment Resort, S.L.”. Finalmente que no hay prueba en contra suya que demuestre su participación el delito.

2. El Tribunal de instancia, en su fundamento de derecho segundo, expone con detenimiento las pruebas de cargo que se practicaron, especificando el contenido de las declaraciones de todos y cada uno de los intervinientes como acusados o como testigos, explicando finalmente como, como consecuencia de ello, había llegado a la convicción moral de que ambos acusados consintieron y se mostraron conformes con la utilización de técnicas comerciales agresivas señaladas en el párrafo tercero de los hechos probados, con indicación de condiciones y circunstancias a los compradores que no se correspondían con lo que realmente

contrataban, con garantías de devolución y de gestión del alquiler, todas ellas inciertas, capaces de llevarles al error, y al perjuicio propio de los actos de disposición derivados de los contratos reseñados.

3. En cuanto a las dilaciones indebidas, ciertamente el Pleno de esta Sala de 21-5-99, acordó reconocer eficacia en la sentencia penal condenatoria a la violación de tal derecho, a través de la atenuante analógica prevista en el art. 21.6ª CP, con la posibilidad de reconocerle efectos simples o muy cualificados. Y la jurisprudencia derivada así lo ha venido considerando, cuando el transcurso desmesurado del tiempo hace menos reprochable la conducta del inculcado.

Pues bien, basta la lectura del fundamento cuarto de su sentencia (fº 42 a 44), para comprobar que el Tribunal de instancia expuso las razones que le movían, tanto a la estimación de la concurrencia de la circunstancia, a partir de los datos fácticos que reseñaba, verificando la dilación producida, desde el momento en que se acordó la práctica de una información suplementaria, hasta que se llevó a cabo el enjuiciamiento de los acusados, como a la determinación del alcance de la consiguiente reducción de la penalidad, desechando una especial cualificación e intensidad.

4. En lo que atañe a la reparación del daño, circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, comprendida en el art. 21.5ª CP, y consistente en "haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral", debe destacarse ante todo que no consta en los antecedentes de la sentencia que la defensa de este acusado, ahora recurrente, hubiere solicitado otra cosa que su absolución habiendo dejado de plantear en la instancia tal atenuante. Siendo así, ningún reproche cabe efectuar al Tribunal a quo.

De cualquier modo cabe recordar que ha señalado esta Sala en sentencias como la STS de 17-10-2005, núm. 1171/2005, que "el fundamento de la atenuación se ha encontrado generalmente en la satisfacción de las necesidades de tutela de la víctima del delito. Si claramente es precisa una reacción del Estado ante los ataques dirigidos contra los bienes jurídicos que se consideran más necesitados de protección, no menos conveniente resulta atender a la víctima de tales ataques, estableciendo las vías adecuadas para la restitución de las cosas al estado anterior al delito o, de no ser posible, para la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios causados, de modo que los efectos que ha tenido para la víctima la perturbación del orden jurídico desaparezcan o disminuyan en

la medida de lo realmente posible. Así hemos dicho en la STS núm. 1517/2003, de 18 noviembre, que esta circunstancia, por su fundamento político criminal se configura como una atenuante ex post facto, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito".

Y las sentencias STS nº1517/2003, de 18 noviembre, así como la núm. 285/2003, de 28 de febrero, núm. 1643/2003, de 2 de diciembre y la STS núm. 285/2003, de 28 de febrero, entre otras, señalan que "lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Por lo tanto, son principalmente razones de política criminal orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5ª no lo exija".

Y -como destaca la sentencia antes citada de 17-10-2005, núm. 1171/2005 - "despojada la conducta de sus elementos subjetivos, lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable".

Pues bien, la circunstancia no puede ser considerada aplicable al caso, no obstante las alegaciones efectuadas, pues no existe base fáctica para la apreciación de la atenuante, ya que el reconocimiento por la entidad Diamond de los derechos a disfrutar de vacaciones de cuatrocientos dieciséis clientes es un hecho producido al margen de la reclamación de los perjudicados en el presente procedimiento.

En suma, habiendo satisfecho la sentencia de instancia el cánón de exigencia constitucional, en el cumplimiento de la obligación de motivar, previsto en el art. 120.3 CE, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El sexto motivo se articula al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 24 CE por considerar infringido el derecho a la presunción de inocencia.

1. Protesta el recurrente de que se haya presentado en la Justicia a un administrador de una sociedad que nunca ha intervenido en el crimen, de modo que no hay prueba que justifique los hechos declarados probados. Y que existen pruebas testificales y documentales desatendidas que excluyen que el Sr. Bienvenido engañara.

2. La jurisprudencia ha venido repitiendo que el motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS de 12-2-92); o como ha declarado el TC (STC 44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS de 21-6-98, 9-4-03), conforme al art. 741 de la LECr., no correspondiendo al Tribunal de casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia (STC 126/86, de 22 de octubre).

Como señala la STS núm. 987/2003, de siete de julio, "la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- a) una prueba de cargo suficiente,
- b) constitucionalmente obtenida,
- c) legalmente practicada
- y d) racionalmente valorada.

Pero ello no supone suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con intermediación, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada y directa del Tribunal sentenciador".

3. Correspondientemente, el motivo ha de decaer, ya que la convicción del Tribunal a quo se sustenta en pruebas de cargo legítimamente obtenidas que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia invocado.

La Sala de instancia en sus fundamentos jurídicos primero y segundo explica qué pruebas concurren para desvirtuar la versión del acusado. Así destaca que ha resultado acreditado por la documentación obrante en la causa que el recurrente desempeñó el cargo de administrador único de Costapartment Resorts, S.L., desde el 21 de octubre de 1998 hasta 9 de abril de 1999, siendo acusado en relación con los ventas de los paquetes vacacionales número 9 a 12, en virtud de la prueba documental practicada.

Han declarado los testigos perjudicados por las relacionadas ventas D. Plácido (Hecho 9, contrato F. 575), D. Paloma (Hecho 10, contrato F. 132) D. Luis María (Hecho 11, contrato F. 206) y D. Alonso y Ariadna (Hecho 12).

Habiendo quedado acreditado por la declaración de Pedro Miguel, representante legal de Diamond V.S.I., que los dos acusados llegaron a unos acuerdos con sus clientes ajenos a la realidad de las prestaciones que ofrecía Diamond, en concreto en relación con la prestación de la gestión de los alquileres que no disfrutaban los clientes o con la devolución de las cantidades invertidas en el caso de disconformidad; así mismo quedo acreditado que los acusados se separaban del contrato tipo estipulado entre Constapartment y Diamond y que consta al fº 515 de las actuaciones.

Igualmente, a través de la prueba testifical quedó patente que la compra del paquete vacacional se realizaba en el marco de reuniones conjuntas en las que se ha ofrecido unas condiciones que excedía del contrato con Diamond.

En definitiva hubo, pues, un engaño concurrente y suficiente, que motivó el perjuicio patrimonial de las víctimas que efectuaron unos pagos sin que fuera a existir contraprestación alguna y haciendo creer a los compradores, que al contratar lo habían hecho reservándose el derecho de que si no estaban conformes quedaría sin efecto el contrato, lo que no sucedió en realidad.

La razonabilidad de las inferencias y conclusiones de la Sala de instancia, a partir de las pruebas practicadas lleva a rechazar la infracción del derecho constitucional invocado.

El motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE D. Cosme:

SÉPTIMO.- El primer motivo se formula por adhesión a todos los

motivos formulados por el recurrente anterior.

Habiéndose rechazado todos los motivos de referencia, el presente ha de ser desestimado por las razones, con relación a ellos, expuestas más arriba.

OCTAVO.- El segundo motivo, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 24 CE y 767 LECr., se formula por considerarse infringidos dichos preceptos en cuanto a un proceso con todas las garantías, y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, habiéndose cercenado el derecho de defensa.

1. El recurrente aduce que se practicó su declaración en calidad de imputado sin la presencia de letrado, con lo que procede la declaración de nulidad de todas las actuaciones.

2. Como ha señalado esta Sala en sentencias como la STS de 17-10-2005, núm. 1219/2005 "Es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 89/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95, 703/2002).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (SSTC 90/88, 181/94 y 316/94)".

Y -como sigue apuntando la sentencia de esta Sala antes citada- "por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal cons-

tatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

De ahí que, en pura correspondencia con la prescripción constitucional garantista de un proceso justo, se plasman exigencias en evitación de abusos o de actividades interesadas en la confirmación artificial de situaciones de indefensión que, al alcanzar cotas de imposible corrección, hagan precisa una técnica quirúrgica anulatoria nunca deseable, aunque si perseguida, por quienes, sometidos a un proceso incriminatorio con reales posibilidades de condena, consiguen así dilatar al máximo la conclusión del mismo".

3. En nuestro caso, si bien es cierto que la primera declaración del acusado ante el Juez de Instrucción, se realiza, en 7-9-2000, a su solicitud, sin presencia de Letrado (º 395 a 399), en todas las declaraciones posteriores sí se encuentra asistido. Así se comprueba que en la declaración de 7-6-2001 (º 1356, 1357) se encuentra asistido por el Letrado D. Rafael de Castro Reyes, llegando a aportar en tal acto copia de la anterior declaración; y que en la de 3-10-2001 (º 1510 a 1511) fue asistido por Letrado de oficio, tal como había solicitado en su anterior manifestación.

La indefensión real y efectiva, requerida para el éxito del motivo alegado no puede estimarse producida, y el mismo ha de ser desestimado.

NOVENO.- Como tercer motivo se alega infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida de los arts. 250.1.6 y 248.1 y 249 CP.

1. Niega el recurrente que existiera engaño bastante susceptible de producir error en los afectados, toda vez que la actividad de Costapartment era solamente de intermediación entre el cliente al que vendía el producto y el propietario de este que era Diamond. Quedando enterados los clientes en virtud de la cláusula sexta del contrato suscrito, consensuado y aceptado previamente por Diamond, "que la falta de disponibilidad de alojamiento, en modo alguno podía imputar responsabilidad a Costapartment"; de modo que éste último es el responsable de la disponibilidad de los alojamientos.

2. El "factum" de la sentencia, cuyo respeto se impone en el cauce casacional seguido, declaró probado

que: "para conseguir el mayor número de contratos de venta de los programas vacacionales de Diamond V.S.I., los mencionados Cosme y Bienvenido, éste último durante el período de tiempo en que ejerció de modo efectivo como administrador único de Costapartment Resorts S.L., consintieron y se mostraron conformes con la utilización de técnicas comerciales agresivas por parte de los empleados en dicha entidad, subordinados a las directrices que a tal fin les fueron dadas, tales como reuniones conjuntas con los distintos posibles contratantes en urbanizaciones de lujo, con sustanciosas ofertas y descuentos si firmaban en el momento de la reunión y suscribían la correspondiente letra de cambio aseguradora del pago, indicación verbal a dichos contratantes, en ocasiones plasmada por escrito, de condiciones y circunstancias que no se correspondían con lo que realmente contrataban, entre ellas la de garantizarles la devolución del dinero invertido en el caso de disconformidad con el paquete vacacional contratado, cuando en realidad lo único que se hacía era entregar dicho paquete vacacional a una empresa dedicada a la reventa que, dados los altos precios fijados en el contrato, no consiguió en ningún caso efectuar operación alguna de reventa del paquete vacacional en cuestión, habiendo además llegado en ocasiones a garantizarse por escrito que en el supuesto de no utilización de los servicios contratados, quedaba garantizaba por Costapartment Resorts S.L. la gestión del alquiler de varias semanas anuales, lo que a la postre resultó totalmente incierto.

También resulta probado y consecuentemente así se declara, que merced al empleo de las técnicas aludidas, se llegaba a provocar error en los adquirentes del paquete vacacional contratado, quienes sin ser plenos conocedores de lo que realmente firmaban, llegaron a realizar actos de disposición en perjuicio propio, lo que tuvo lugar con ocasión de los siguientes contratos:

1) En fecha 13 de junio de 1.998, Costapartment Resorts S.L., representada por Cosme, de un lado, y Ceferino y Eufrasia, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual.

Una vez firmado el contrato los mencionados Señores Ceferino y Eufrasia, tras el disfrute de una semana de vacaciones, no pudieron seguir disfrutando del paquete vacacional en las condiciones pactadas con Costapartment Resorts S.L., con lo que los antes citados no pudieron disfru-

tar de los servicios del club de vacaciones referido, habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 2.223.74 euros (370.000 pesetas).

2) En fecha 8 de julio de 1.998, Costapartment Resorts S.L., representada por Cosme, de un lado, y Fernando y Luisa, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual. Una vez firmado el contrato los mencionados Señores Fernando y Luisa no recibieron oferta alguna de apartamentos en las condiciones ofrecidas, habiendo hecho caso omiso a lo pactado Costapartment Resorts S.L., con lo que los antes citados no pudieron disfrutar de los servicios del club de vacaciones, habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 3.576.02 euros (595.000 pesetas).

3) En fecha 16 de agosto de 1.998, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Julián y Sandra, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizada en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión de reventa de la afiliación al club de vacaciones, siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones, y quedando asimismo garantizada en otro anexo del contrato la gestión del alquiler de sus semanas de su afiliación al club de vacaciones por la cantidad de 150.25 euros (25.000 pesetas) cada una, si así se le comunicaba por escrito o por fax, y habiendo finalmente quedado garantizado en otro anexo del contrato, que disfrutarían de un período de carencia y se les haría una transferencia de 462.78 euros (77.000 pesetas) para cubrir las seis primeras cuotas, y al término se gestionaría la reventa siempre y cuando se solicitara por escrito o por fax y una vez se hubiera disfrutado de al menos una vez del sistema de vacaciones.

Una vez firmado el contrato los referidos Señores Julián y Sandra no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo ade-

más hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultados de lo contratado 5.889*92 euros (980.000 pesetas).

4) En fecha 16 de agosto de 1.998, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Raúl y Agustina, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizada en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión de reventa de la afiliación al club de vacaciones, siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Raúl y Agustina no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultados de lo contratado 5.889*92 euros (980.000 pesetas).

5) En fecha 20 de agosto de 1.998, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y José Francisco y Encarna, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho Club de Vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizada en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión de reventa de la afiliación al club de vacaciones, siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los mencionados Señores José Francisco y Encarna no recibieron oferta alguna de apartamentos, habiendo hecho caso omiso a lo pactado Costapartment Resorts S.L., con lo que los antes citados no pudieron disfrutar de los servicios del club de vacaciones, habiendo abonado los mismos a resultados de lo contratado 5.889*92 euros (980.000 pesetas).

6) En fecha 28 de agosto de 1.988, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un

lado, y Alexander y Loreto, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al Club de Vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho Club de Vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizada en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión del alquiler de las semanas de afiliación al club de vacaciones hasta un máximo de ocho semanas por la cantidad de 150*25 euros (25.000 pesetas) cada una, más I.P.C., siempre que se le comunicara por escrito o por fax, haciéndose asimismo constar el descuento de 1.202*02 euros (200.000 pesetas) del precio de afiliación en concepto del alquiler de ocho semanas de 1.998.

Una vez firmado el contrato los referidos Señores Alexander y Loreto no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, y habiendo abonado los mismos a resultados de lo contratado 4.393*40 euros (731.000 pesetas).

7) En fecha 28 de agosto de 1.988, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Maximino y Bernarda, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizada en el contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión del alquiler de las semanas de afiliación al club de vacaciones por la cantidad de 150*25 euros (25.000 pesetas) cada una, siempre que se le comunicara por escrito o por fax durante el tiempo de duración del contrato, haciéndose asimismo constar que recibirían la cantidad de 751*27 euros (125.000 pesetas) por el alquiler de cinco semanas del año 1.998 a la firma del crédito, quedando asimismo garantizada la gestión de reventa de sus semanas en plazo máximo de seis meses, habiendo recibido un depósito de 3.606*07 euros (600.000 pesetas), quedando por pagar 3.005*06 euros (500.000 pesetas). Una vez firmado el contrato los referidos Señores Maximino y Bernarda no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del Club de Vacaciones en las condiciones pactadas, y habiendo abonado los mismos a resultados de lo contratado, que ascendía a un total de 8.895*13 euros

(1.495.000 pesetas), la cantidad de 5.379*06 euros (895.000 pesetas).

8) En fecha 7 de octubre de 1.988, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Eladio y Victoria, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de va-

■

"...debe señalarse que resulta plenamente justificada a efectos de calificación jurídica dicha solución prevenida en el artículo 74 del Código Penal, toda vez que los distintos hechos constitutivos de infracciones penales susceptibles de ser tipificadas como delito de estafa, fueron llevados a cabo en ejecución de un plan preconcebido en orden a la finalidad de lucrarse a costa de los distintos afectados por los mismos, mediante el empleo en todos ellos de engaño bastante derivado de la actuación relatada en el párrafo tercero del epígrafe de hechos probados que antecede."

■

caciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizada en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión de reventa de la afiliación al club de vacaciones, siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones, y quedando asimismo garantizada en un anexo al

contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión del alquiler de las semanas de afiliación al club de vacaciones por la cantidad de 150*25 euros (25.000 pesetas) cada una, siempre que se le comunicara por escrito o por fax, así como la recepción de la cantidad de 300*51 euros (50.000 pesetas) por el alquiler de dos semanas de 1.998 a la firma del crédito.

Una vez firmado el contrato los referidos Señores Eladio y Victoria no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en los anexos del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultados de lo contratado 5.439*16 euros (905.000 pesetas).

9) En fecha 15 de noviembre de 1.998, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Plácido y Julieta, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual

Una vez firmado el contrato los mencionados Señores Plácido y Julieta no recibieron oferta alguna de apartamentos, habiendo hecho caso omiso a lo pactado Costapartment Resorts S.L., con lo que los antes citados no pudieron disfrutar de los servicios del club de vacaciones, habiendo abonado los mismos a resultados de lo contratado 6.466*89 euros (1.076.000 pesetas).

10) En fecha 30 de enero de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Teodolfo y Paloma, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizada en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión de reventa de la afiliación al club de vacaciones, siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Teodolfo y Paloma no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club

de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 8.654.57 euros (1.440.000 pesetas).

11) En fecha 13 de marzo de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Luis María y Mari Luz, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores Luis María y Mari Luz pagarían 61.30 euros (10.200 pesetas) mensuales septiembre de 1.999 y al término se les gestionaría la reventa siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones, y quedando asimismo garantizada en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión de reventa de la afiliación al club de vacaciones, en un plazo de treinta días, siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Luis María y Mari Luz no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiéndose originado a los mismos a resultas de lo contratado unos gastos ascendentes 9.315.69 euros (1.550.000 pesetas).

12) En fecha 3 de abril de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Alonso y Ariadna, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores Alonso y Ariadna pagarían 43.27 euros (7.200 pesetas) mensuales hasta diciembre de 1.999 y al

término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Alonso y Ariadna no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 9.315.69 euros (1.550.000 pesetas).

13) En fecha 17 de abril de 1.999 Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Hugo y Carla, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizada en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión de reventa de la afiliación al club de vacaciones, siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones, haciéndose asimismo constar en dicho anexo del contrato que a la firma del crédito recibirían una bonificación de 1.202.02 euros (200.000 pesetas) en concepto de bolsa de viaje. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Hugo y Carla no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en los anexos del contrato, y habiéndose originado a los mismos a resultas de lo contratado unos gastos ascendentes a 8.113.66 euros (1.350.000 pesetas).

14) En fecha 24 de abril de 1.999, Araceli y Santos contrataron el paquete de vacaciones que les fue ofrecido por personal al servicio de Costapartment Resorts S.L. habiendo abonado 9.315.69 euros (1.550.000 pesetas), con el compromiso de devolución de la pagado por parte de dicha entidad si los mismos le manifestaban su voluntad de resolver el contrato, habiendo logrado el reintegro los antes citados por parte de Costapartment Resorts S.L. de 9.015.18 euros (1.500.000 pesetas), no habiéndose reintegrado las restantes 300.51 euros (50.000 pesetas) que fueron abonados en exclusiva por el citado Santos.

15) En fecha 8 de mayo de 1.999, Costapartment Resorts S.L., repre-

sentada por Carlos Ramón, de un lado, y Carlos José y Lina, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores Carlos José y Lina pagarían 43.27 euros (7.200 pesetas) mensuales hasta septiembre de 1.999 y al término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Carlos José y Lina no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 7.428.51 euros (1.236.000 pesetas).

16) En fecha 9 de mayo de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Carmelo y Salvadora, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizada en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. la gestión de reventa de la afiliación al club de vacaciones, en un plazo de treinta días, siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Carmelo y Salvadora no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 9.015.18 euros (1.500.000 pesetas).

17) En fecha 15 de mayo de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Cayetano y Adela, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones

Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores Cayetano y Adela pagarían 31.25 euros (5.200 pesetas) mensuales hasta diciembre de 1.999 y al término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Cayetano y Adela no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 8.894.98 euros (1.480.000 pesetas).

18) En fecha 23 de mayo de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Felix y Elvira, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia a favor de los citados Señores Felix y Elvira hasta diciembre de 1.999 y al término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Felix y Elvira no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 8.895.13 euros (1.495.000 pesetas).

19) En fecha 23 de mayo de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Matías y Marcelina, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les

atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores Matías y Marcelina pagarían 31•25 euros (5.200 pesetas) mensuales hasta noviembre de 1.999 y al término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Matías y Marcelina no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 8.991•14 euros (1.496.000 pesetas).

20) En fecha 29 de mayo de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Rubén y Valentina, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores Rubén y Valentina pagarían 43•27 euros (7.200 pesetas) mensuales hasta octubre de 1.999 y al término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Rubén y Valentina no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 8.474•27 euros (1.410.000 pesetas).

21) En fecha 5 de junio de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Juan Luis y Miriam, de otro, suscribieron contrato de afiliación de

los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores Juan Luis y Miriam pagarían 31•25 euros (5.200 pesetas) mensuales hasta diciembre de 1.999 y al término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones.

Una vez firmado el contrato los referidos Señores Juan Luis y Miriam no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 8.684•62 euros (1.445.000 pesetas) y habiéndoseles causado además unos perjuicios adicionales por importe de 876•65 euros (145.862 pesetas), pues habiéndoseles asignado un apartamento en Cambrils (Tarragona), dado el mal estado en que se encontraba no pudieron habitarlo, por lo que hubieron de alquilar otro apartamento en Tarragona que les supuso un gasto por el importe últimamente señalado.

22) En fecha 13 de junio de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Hilario y Edurne, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores Hilario y Edurne pagarían 43•27 euros (7.200 pesetas) mensuales hasta diciembre de 1.999 y al término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Hilario y Edurne no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las

condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 7.813•16 euros (1.300.000 pesetas).

23) En fecha 20 de junio de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y Balbino y Guillerma, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les

■

“... la jurisprudencia ha venido estableciendo con carácter orientativo unas cifras delimitadoras de la especial gravedad de la defraudación, que han venido acomodándose a las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, habiendo establecido desde la reunión plenaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1991, como referencia para la determinación de la cantidad reputada como de especial gravedad, la cifra de treinta y seis mil (36.000) euros, no siendo en estos casos preciso atender a la situación económica de la víctima tras el delito.”

■

atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores Balbino y Guillerma pagarían 41•35 euros (6.880 pesetas) mensuales hasta diciembre de 1.999 y al

término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores Balbino y Guillerma no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 8.985•13 euros (1.495.000 pesetas).

24) En fecha 3 de julio de 1.999, Costapartment Resorts S.L., representada por Carlos Ramón, de un lado, y José y Rafaela, de otro, suscribieron contrato de afiliación de los dos últimos al club de vacaciones Diamond V.S.I., por el que se les atribuía el derecho a disfrutar durante cincuenta años de todos los servicios ofrecidos por dicho club de vacaciones, en el que se establecían unas condiciones para la efectividad de lo pactado en orden al disfrute de las vacaciones, los precios de alojamiento y cuota anual, quedando igualmente garantizado en un anexo al contrato por Costapartment Resorts S.L. el disfrute de un período de carencia en que los citados Señores José y Rafaela pagarían 60•10 euros (10.000 pesetas) mensuales hasta diciembre de 1.999 y al término se les gestionaría la reventa en un plazo de treinta días siempre que se le comunicara por escrito o por fax, una vez se hubiere disfrutado al menos una vez el sistema de vacaciones. Una vez firmado el contrato los referidos Señores José y Rafaela no pudieron disfrutar por inobservancia de su compromiso por parte de Costapartment Resorts S.L. de los servicios del club de vacaciones en las condiciones pactadas, habiendo además hecho caso omiso la entidad citada a la garantía por su parte asumida en el anexo del contrato, y habiendo abonado los mismos a resultas de lo contratado 8.534•37 euros (1.420.000 pesetas)”.

De manera que sobre la concurrencia del engaño y demás elementos propios del delito de estafa, la misma sentencia en su fundamento de derecho segundo razona que, al respecto, cabe señalar que resulta clara la actuación de los encartados, mediante una trama bien urdida orientada a posibilitar la realización de actos necesarios para ello, la llevanza al ánimo de los contratantes del paquete vacacional Diamond V.S.I., de la veracidad de cuanto se les manifestaba con ocasión de la contratación, y ello a fin de motivar su ánimo a la realización de los contratos aludidos, no siendo de recibo sus alegaciones exculpatorias en el sentido de que el autor de las directrices de la contratación fue en exclusiva el fallecido Carlos Ramón. Ciertamente, tanto Cosme, titular primero junto a su

hija y posteriormente con el Señor Carlos Ramón de las participaciones de Costapartment Resorts, S.L., de la que en fecha 6 de mayo de 1999 fue designado además administrador solidario, como Bienvenido, administrador único de dicha entidad durante el período de tiempo señalado en el párrafo primero del epígrafe de hechos probados que antecede, dada su posición en la empresa aludida, eran perfectos conocedores y consentidores de las técnicas comerciales empleadas y el engaño posteriormente conducente al incumplimiento de lo pactado, como así se puso de manifiesto con ocasión de los contratos indicados en dicho precedente epígrafe de hechos probados; habiendo incluso el primero de ellos llegado a contactar con alguno de los contratantes, como así resulta de las manifestaciones de los mismos a presencia de éste Tribunal, y el segundo a tomar concretas decisiones relativas a la resolución de lo contratado, llegando incluso a disponer que la misma se efectuara sin coste alguno para los contratantes, lo que no le libera de responsabilidad por el hecho de que bajo su administración única se efectuaran con las técnicas aludidas los contratos expresados en los números 9, 10, 11 y 12 del precedente epígrafe de hechos probados, cuyos contratantes se han visto perjudicados en las cantidades señaladas en los mismos.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

DÉCIMO.- Como cuarto motivo se aduce infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la LECr., por existir error en la apreciación de la prueba.

1. Invoca el recurrente, para demostrar su nula intervención en la gestión y administración de la entidad, las declaraciones en el acto del juicio oral, tanto de los imputados como de los testigos, y el documento de constitución de la sociedad de 27 de abril de 1998 y el de otorgamiento de plenos poderes por su parte, tan solo tres meses después, a D. Carlos Ramón, quien la gestionó unilateralmente.

2. Remitiéndonos a cuantos fundamentos doctrinales y jurisprudenciales expusimos en relación con el primer motivo del recurrente anterior, ahora añadiremos solamente la inhabilidad de las declaraciones, como pruebas personales documentadas, a los efectos casacionales y la inocuidad del documento invocado, frente a otras pruebas como la testifical practicada, en concreto el testimonio de D. Maximino (Hecho 7º) quien manifestó que el recurrente le incitó a comprar y se comprometió a devolver la cantidad pagada si no les interesaba. Y en el mismo sentido se manifestaron los testigos D. Alexander (Hecho 6º), Dª Loreto (Hecho 6º), D. Julián (Hecho 3º), D. Ceferino (Hecho 1º) y D. José (Hecho 24º). Igualmente, hay que resaltar que el

testigo D. Pedro Miguel (representante de Diamond) manifestó que el acuerdo con Constapartment Resort se llevó a cabo tras las conversaciones con el Sr. Carlos Ramón y con el recurrente, dato corroborado con la documental obrante en la causa, y en concreto el contrato privado entre ambas entidades en el que interviene el recurrente.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

UNDÉCIMO.- Conforme a lo expuesto, ha lugar a la desestimación de los recursos por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de D. Bienvenido y D. Cosme, haciéndoles imposición de las costas de su respectivo recurso.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR a la DESESTIMACIÓN de los recursos por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de D. Bien-

venido y la de D. Cosme, contra la sentencia dictada el 16-6-08, por la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Sala 1003/2004, en causa seguida por delito de estafa continuada, haciéndoles imposición de las costas de su respectivo recurso.

Póngase esta resolución en conocimiento de la Sección Tercera de dicha Audiencia, a la que se remitirán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Moner Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Siro Francisco Garcia Perez

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



TS Sala 3ª, Sección: 3, Sentencia 25 marzo 2010. Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Signos que inducen a error

Nulidad de registro de marca por ocasionar perjuicio a los comerciantes de la zona

Acuerda el TS estimar el recurso de casación planteado por la recurrente contra sentencia de instancia que concedió la marca a la recurrida, y estimando que no procede la concesión de la misma. Entiende el Tribunal, que la Sala de instancia ha realizado una interpretación inadecuada de la prohibición absoluta de registro, que indica que no podrán registrarse como marcas, los signos que puedan inducir al público a error, por ejemplo, sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o del servicio. En este sentido, dice el Tribunal que, procede evitar la apropiación por un particular del nombre de la Isla de Eivissa para comercializar productos relacionados con el ocio y el turismo, en cuanto que constituye, según jurisprudencia del TS, un claro aprovechamiento indebido del conocimiento y fama de la Isla en beneficio de un particular, con el correspondiente perjuicio para los comerciantes de la zona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

Constituye el objeto de este recurso de casación que enjuiciamos la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Su-

perior de Justicia de las Islas Baleares de 16 de septiembre de 2008, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número 912/2005, interpuesto por la Abogada de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears, contra la resolución de la Directora General de la Oficina Española de Patentes y Marcas del Mi-

nisterio de Industria, Turismo y Comercio de 27 de octubre de 2005, que acordó conceder el registro de la marca nacional número 2.592.221 "Eivissa" (denominativa), para amparar productos en la clase 9 del Nomenclátor Internacional de Marcas, al estimar el recurso de alzada formulado contra la precedente resolución de 4 de marzo de 2005.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en la apreciación de que no concurren los presupuestos de aplicación de las prohibiciones absolutas de registro contempladas en el artículo 5.1, letras c) y g) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, según se expone, en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

"(...) El artículo 5.1.c. de la Ley 17/01 contiene relación enunciativa de prohibiciones absolutas de registrar signos, en cuanto aquí interesa, que puedan servir en el comercio para designar la procedencia geográfica. Esa prohibición, como todas las del artículo 5.1.c. de la Ley 17/01, atiende a que el signo o denominación no indique el origen empresarial del producto sino que informe -sin que aquí sea el caso- de sus características, en general comunes a otros productos del mismo género.

El artículo 5.1.g. de la Ley 17/01 contiene también relación enunciativa de prohibiciones absolutas de registrar signos, en cuanto ahora importa, que puedan inducir al público a error sobre la procedencia geográfica del producto.

El signo o la denominación solicitada como marca puede inducir a error al público, por ejemplo, cuando suministra información inexacta de su origen, pero no siempre, esto es, no cuando no se trata de productos de consumo masivo y diario, es decir, cuando el consumidor medio, como en este caso debe entenderse que ocurre, no pertenece al gran público de los consumidores sino que, por tratarse de supuesto de producto especializado, en concreto, de todos los relacionados en el primer fundamento de la sentencia, en definitiva, el consumidor es especialista y distingue con facilidad aquello que la Administración recurrente teme, es decir, que acaso tales productos procedieran de la industria musical y locales de ocio nocturno de Eivissa."

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por la Abogada de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears se articula en la exposición de un único motivo, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora

de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por infracción de los apartados c) y g) del artículo 5.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

En el desarrollo argumental de este motivo de casación se aduce que la Sala de instancia incurre en error al no tomar en consideración que la marca solicitada "Eivissa" carece de carácter distintivo, puesto que la denominación se compone exclusivamente de una indicación que designa el origen o procedencia de los productos que pretende amparar en clase 9, y no tiene en cuenta que se puede inducir al público en general a error sobre la procedencia geográfica real de los productos amparados, relacionados con la industria audiovisual, que incluye todo tipo de soportes de aparatos de audio, vídeo e imágenes, al creer, erróneamente, que se trata de productos pertenecientes a la Comunidad Autónoma o al propio Ayuntamiento de Eivissa.

Se alega, en relación con la infracción del artículo 5.1 c) y g) de la Ley de Marcas, que la sentencia vulnera la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que sostiene en consolidada doctrina que las denominaciones puramente geográficas deben excluirse del registro, que determina, en este supuesto, que procede evitar la apropiación por un particular del nombre de la Isla de Eivissa para comercializar productos relacionados con el ocio y el turismo, en cuanto que constituye "un claro aprovechamiento indebido del conocimiento y fama de la Isla en beneficio de un particular, con el correspondiente perjuicio para los comerciantes de la zona".

CUARTO.- Sobre la prosperabilidad del motivo de casación fundado en la alegación de infracción del artículo 5.1 g) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en relación con el carácter distintivo de la marca solicitada.

El motivo de casación debe ser acogido, puesto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación inadecuada de la prohibición absoluta de registro contemplada en el artículo 5.1 g) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que establece que no podrán registrarse como marcas los signos "que puedan inducir al público a error, por ejemplo, sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o del servicio", en relación con lo dispuesto en la letra i) de la referida disposición, que prohíbe aquellos signos que reproduzcan los signos distintivos de España, sus Comunidades Autónomas, sus municipios, provincias y otras entidades locales, a menos de que medie la debida autorización, y el ar-

tículo 4 de la Ley de Marcas, que configura el presupuesto del carácter distintivo de la marca para acceder al registro, en cuanto que apreciamos que la marca solicitada número 2.592.221 "Eivissa" (denominativa), para amparar productos de la clase 9 (soportes de registros magnéticos, aparatos para el registro, transmisión, reproducción de sonido o imágenes, soportes de sonido e imágenes, en particular cintas de audio, casetes, discos compactos, discos acústicos, cintas de vídeo, disquetes, cd-rom, soportes de registros dvd (digital vídeo disc)), que resulta fácilmente comprensible por los consumidores españoles pues alude a una zona geográfica de las Islas Baleares reconocida por su atractivo turístico, relacionado con el paisaje, el ocio y la música, carece de carácter distintivo, en cuanto se compone exclusivamente de un vocablo que identifica a la Isla de Ibiza, que no sirve para que el consumidor relevante medio -no necesariamente especializado-, que adquiere los productos reivindicados, pueda distinguir el origen empresarial, e induce a error sobre la procedencia real de los productos designados, en la medida en que puede indicar o sugerir que se trata de productos audiovisuales producidos en esa Isla o acreditados por su distinción oficial por la Comunidad Autónoma insular.

En efecto, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no comparte el criterio jurídico de la Sala de instancia, que confirma la decisión de la Directora General de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que estima que procede la concesión de la marca solicitada número 2.592.221 "Eivissa" (denominativa), respecto de los específicos productos reivindicados en la clase 9, al estimar que no concurre la prohibición de registro establecida en el artículo 5.1 g) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, con base en el argumento de que los productos están dirigidos no al "gran público", sino a un público especializado que sabrá distinguir con facilidad lo que la Administración de la Comunidad Autónoma teme, de que constituye una falsa indicación, puesto que consideramos que la determinación del público relevante en la adquisición de productos de cintas de audio, casetes, discos compactos, es un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que, no obstante, puede percibir que la marca indica erróneamente el origen de los productos designados, induciéndoles a una elección adversa, al creer que los productos están relacionados con la producción musical que distingue a esa Isla o presentan características particulares asociadas a esa zona geográfica.

En este sentido, debe significarse que, conforme una consolidada jurisprudencia de esta Sala jurisdiccional, que expusimos en la sentencia de 18 de mayo de 2009 (RC 33612007), la

prohibición de registro prevista en el artículo 11.1 f) de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, que resulta plenamente aplicable a la prohibición contemplada en el artículo 5.1 g) de la vigente Ley de Marcas, tiene por objeto impedir "el registro de signos distintivos que incluyan indicaciones geográficas que no sean idóneas para distinguir un concreto tipo de productos o servicios por inducir a error a los consumidores medios destinatarios de los productos reivindicados sobre el verdadero origen geográfico de dichos productos o servicios, con la finalidad de asegurar unas condiciones de leal competencia entre los fabricantes y distribuidores de productos que lleven ese tipo de indicaciones y de garantizar el derecho de los consumidores a la correcta elección de los productos que pretenden adquirir".

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 11 de octubre de 2005 (RC 6128/2002), dijimos:

"Por su parte, el artículo 11.1 f) de la Ley de Marcas también establece como prohibición absoluta los signos que "puedan inducir al público a error particularmente sobre la procedencia geográfica de los productos o servicios". La "ratio legis" del precepto, es la defensa de los consumidores y usuarios, no como la anterior que está dirigida a la defensa de los empresarios. Con ella se impide que aquellos experimenten confusión sobre cuál es el lugar de fábrica o de producción del artículo o servicio que contratan. Este error se originará no sólo cuando se induzca a pensar que un producto que tiene un origen determinado lo es de otro lugar, sino también cuando tal inducción lo sea respecto de qué parte de un lugar más o menos amplio, que además es diferenciable en su ámbito de las demás partes, procede el producto. Es esto lo que ocurre en el caso presente. Resulta evidente el riesgo de confusión que se creará en el consumidor ante un producto procedente del "Parque Natural de Aralar", que tanto puede corresponder al que lo es de Guipúzcoa, como al que lo es de Navarra, ya que el consumidor medio no se parará a meditar sobre si esta última lo tiene o no declarado como tal Parque, al reducir en su mente ambos a uno solo por la circunstancia de que se designa por el topónimo de una sierra."

La sentencia de la Sala de instancia recurrida vulnera la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 25 de abril de 2002 (RC 1673/1996), que consideró, en aplicación del precedente Estatuto de Propiedad Industrial, que no podían acceder al registro como marcas aquellos signos que incluyen términos geográficos singulares, que carecen de valor identificativo de los productos designados y pueden inducir a confusión al públi-

co haciéndoles creer que tienen un respaldo o reconocimiento oficial.

En consecuencia con lo razonado, al estimarse el motivo de casación formulado, declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la Abogada de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 16 de septiembre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 912/2005, que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atendiendo a la fundamentación jurídica expuesta, al ser de aplicación en este supuesto la prohibición de registro contemplada en el artículo 5.1 g) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en relación con lo dispuesto en los artículos 4 y 5.1 i) del citado Cuerpo legal, procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogada de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears contra la resolución de la Directora General de la Oficina Española de Patentes y Marcas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 27 de octubre de 2005, que anulamos, con el efecto de acordar la denegación del registro de la marca nacional número 2.592.221 "Eivissa" (denominativa), solicitada por la empresa Full Equipe Producciones, S.L., que no compareció en la instancia, a pesar de haber sido emplazada en forma, para amparar productos en la clase 9 del Nomenclátor Internacional de Marcas.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el presente recurso de casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

FALLO

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogada de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 16 de septiembre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo 912/2005, que casamos.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogada de la Comunidad



EL DERECHO

Año XVII. Número 2847

Madrid, 22 de junio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

Autónoma de Les Illes Balears contra la resolución de la Directora General de la Oficina Española de Patentes y Marcas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 27 de octubre de 2005, que anulamos, acordando la denegación del registro de la marca nacional número 2.592.221 "Eivissa" (denominativa),

para amparar productos en la clase 9 del Nomenclátor Internacional de Marcas.

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yague Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Ban-

dres Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perello Domenech. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.

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.



2010/26450

TS Sala 1ª, Sentencia 3 marzo 2010.
Ponente: D. Román García Varela

Acreditación del reparto de beneficios entre socios por la promotora de las naves industriales

El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación en relación a la demanda en la que se interesó la condena a la demandada al pago de cantidad concerniente a los beneficios derivados de la promoción, construcción y venta de las naves. Confirma la Sala la sentencia impugnada que consideró que no se ha acreditado que la entidad promotora demandada tuviera más beneficios de los que repartió entre sus socios, habiendo ya percibido el actor los beneficios que reclama de la promoción de las naves industriales construidas por dicha demandada, sin que ésta haya incumplido su obligación de repartir beneficios.

2010/21690

TS Sala 1ª, Sentencia 18 marzo 2010.
Ponente: D. Román García Varela

Validez de acuerdo comunitario al considerar incluidos los puntos tratados en el orden del día

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP que, con estimación del rec. de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios demandada, rechazó la demanda de la entidad actora, propietaria de varios locales, por la que pretendía la nulidad de diversos acuerdos adoptados en sendas

juntas relativos a la aprobación de los presupuestos para la realización de una serie de obras, y condenó a la actora a abonar las derramas derivadas de las mismas. El TS comparte el criterio de la AP de considerar que no existió una desviación entre el orden del día de ambas juntas y lo finalmente acordado en ellas, como sostiene la actora para fundamentar la nulidad que pide, ya que en el orden del día constaba que se iba a debatir la aprobación del presupuesto conforme al proyecto encargado al arquitecto, lo que llevaba implícito que se iba a discutir sobre la aprobación o no de la realización de las obras.



2010/11516

TS Sala 2ª, Sentencia 22 enero 2010.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Delitos de lesiones, allanamiento de morada, realización arbitraria del propio derecho y amenazas

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados y la acusación particular contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de lesiones, allanamiento de morada, realización arbitraria del propio derecho y amenazas. El TS verifica que la Audiencia ha motivado suficientemente las razones por las que concede mayor credibilidad a las declaraciones sumariales de la esposa del recurrente, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores y de las explicaciones dadas al respecto en el plenario. En ninguna de las declaraciones efectuadas por aquella consta indicación alguna de ella, de su letrado en fase de instrucción o de los letrados intervinientes en el plenario sobre las

presiones que se aducen en el recurso, ni interrogatorio alguno sobre este punto a los agentes intervinientes.

2010/9937

TS Sala 2ª, Sentencia 10 febrero 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Delito de robo con violencia e intimidación: concepto de violencia

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de robo con violencia. Señala el TS que nos encontramos con una privación de libertad, aunque fuera mínima, necesaria para el apoderamiento de los objetos, que integra la violencia o intimidación configuradora del robo, tipo delictivo que absorbe aquella privación de libertad ambulatoria de la víctima, encerrada en los servicios durante el episodio central del hecho. En definitiva, el cierre de la puerta mediante fuerza en el pomo tuvo por finalidad el impedir salir a la persona encargada del local, construyendo de esta forma su libertad y voluntad, y posibilitando la sustracción de los efectos.



2010/16409

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 8 febrero 2010.
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

Método de valoración seguido de los préstamos entre entidades vinculadas

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del

Estado y por la entidad mercantil contra la sentencia dictada por la AN, por la que se confirmó la resolución del TEAC en cuanto a la liquidación del impuesto sobre sociedades y anuló dicha resolución en cuanto a la sanción impuesta, al considerarla prescrita. La Sala desestima el primer motivo al considerar que no basta para quedar sometida al régimen de transparencia, que la sociedad sea de cartera, sino que también es preciso que el capital esté muy concentrado, cuestión ésta sobre la que no existe ninguna alegación en la demanda, asimismo desestima el segundo motivo, en el que se impugnaba el método de valoración seguido para valorar los préstamos entre entidades vinculadas, que es el interés legal del dinero. Igual suerte desestimatoria corren los demás motivos sobre la denegación de deducción de la dotación para la previsión por insolvencias de créditos a largo plazo



2010/14360

TS Sala 4ª, Sentencia 8 febrero 2010.
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Abono de intereses moratorios sobre cantidad descontada por falta de preaviso

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el alto directivo accionante, y rechaza el de la empresa farmacéutica demandada, contra sentencia que no acogió la excepción de caducidad, condenando al pago de la cantidad descontada al actor en la liquidación por falta de preaviso, sin intereses moratorios.

Considera la Sala la procedencia de la reclamación del actor en cuanto al principal, la cuantificación del importe de la deuda principal por la propia empresa al practicar la liquidación y la actuación procesal del empresario de no hacer oposición alguna sobre la propia existencia de la deuda, limitándose a oponer la prescripción, todas ellas circunstancias que hacen irrazonable la oposición empresarial al pago de los intereses moratorios de aquella cantidad.