



# 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 2796

Madrid, lunes 22 de febrero de 2010



2009/251510

TS Sala 2ª, Sentencia 16 octubre 2009. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

## Al haber sido tomada en cuenta para calificar la estafa Inaplicación de agravante de aprovechamiento de credibilidad empresarial

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito continuado de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la agravante específica de aprovechamiento de la credibilidad empresarial, ya que ésta ha servido para incardinar los hechos como típicos de estafa, por lo que no puede ser objeto, de nuevo, de valoración en el referido subtipo agravado sin conculcar el principio de la prohibición de la doble valoración de las circunstancias fácticas de la norma aplicada como injusto típico, que es una variante del principio de taxatividad, y resultante de las reglas penológicas que se disciplinan en el art. 67 CP 95.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Álvaro y D. Luis Carlos:

PRIMERO.- Como primero de los motivos, se articula quebrantamiento de forma, al amparo de los arts. 850 y 851 LECr., por haberse prescindido de las formalidades legales del art. 666 LECr., y vulnerado los derechos de los arts. 24 y 25 CE.

1. Los recurrentes en realidad no están planteando un motivo por quebrantamiento de forma, sino por vulneración de la cosa juzgada que podría tener su encaje en el principio constitucional de legalidad, como garantía implícita del principio "non bis in idem", del art. 25 CE, o del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Sea como fuere, lo que se alega es que existen dos sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, de 4 de febrero y 9 de septiembre de 2004, en las que se absolvía a dos de los acusados (Álvaro y Severiano) por hechos deriva-

dos de la actividad mercantil de Jamones La Umbría, S.L. En ellas se daba por explicada la insolvencia sobrevenida por el robo de una partida de jamones, y, por tanto, se consideraba que los impagos a las entidades Hermana, S.A. y Fricuensa, S.A. no obedecían a un propósito serio defraudatorio, sino a una eventualidad no previsible. Lo proclamado en esas sentencias vincularía también en lo que respecta a su argumentación fáctica y jurídica. Los hechos de antes y de ahora son los mismos, con independencia de la identidad concreta de los querellantes o de los perjudicados en cada caso.

2. No se puede reconocer la razón a los recurrentes. En materia de cosa juzgada, no se puede olvidar la identidad de los hechos, tanto objetiva como subjetivamente. Desde este último punto de vista es evidente que, de entrada, hay que excluir de los efectos de la cosa juzgada a uno de los dos recurrentes, a Luis Carlos, en cuanto que no fue enjuiciado anteriormente. Desde el punto de vista

objetivo preciso es determinar el alcance del hecho enjuiciado, es decir precisar si estamos o no ante los mismos hechos. La sentencia de instancia en su fundamento jurídico sexto (fº 28 y 29) explicó que las sentencias anteriores "no obstruyen el nuevo enjuiciamiento de aquellos acusados, junto con otros, a raíz de las querellas y denuncias de personas físicas y jurídicas que no intervinieron en aquellos procedimientos como denunciadores o acusadores particulares. En el primer caso, se juzgó a Álvaro y a Severiano, junto con otra persona, siendo acusadora particular la mercantil Hermaga, S.A. En el segundo, se juzgó a Álvaro y a Severiano, siendo acusadora particular la mercantil Fricuensa, S.A. Aquí se juzgan otros hechos y algunas de esas personas, junto con otras muchas, sin que el dato de que los hechos ilegales declarados probados en esta resolución se llevasen a cabo en el desarrollo de la misma trama que originó el seguimiento de los otros procedimientos empezca a que otras delaciones, mediante denuncias o querellas, originen un nuevo procedimiento, incluso con resultado distinto a los anteriores, pues, en definitiva, de distintos hechos concretos se trata. No se está, por tanto, como también entendió en su día el MF, en presencia de la situación descrita como 2ª por el art. 666 de la LECr., de ahí la absoluta idoneidad de este Juicio, no afectado por el legal impedimento de causa juzgada". Y, al respecto, sólo cabe añadir que la falta de identidad no radica tanto en la diferencia de sujetos, cuanto que en las dos primeras resoluciones que se esgrimen solo se contemplaban contratos individuales y no la totalidad de la actuación de los ahora recurrentes. Su actividad comercial en el gremio de la alimentación a través de la entidad mercantil "Jamones La Umbría, S.L." era el marco contextual de las acciones que se enjuiciaban, pero no el objeto del enjuiciamiento. El objeto procesal era exclusivamente su consideración como delictivos o no de hechos concretos ceñidos a relaciones singulares con determinados proveedores -diferentes en cada una de las causas-.

De este modo -como apunta el Ministerio Fiscal- el problema que se plantea no es tanto de analizar la identidad de los sujetos, como de va-

## SUMARIO

### TS PENAL

*Al haber sido tomada en cuenta para calificar la estafa Inaplicación de agravante de aprovechamiento de credibilidad empresarial* 1

### ADMINISTRATIVO

*Según el pleno del TS 3ª Competencia del Consejo de Ministros para conocer sobre la responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas del TC* 9

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

lorar en qué medida la cosa juzgada jugará frente a la institución del delito continuado, que por definición, supone una pluralidad de hechos (de modo que no habrá identidad fáctica si alguno de ellos escapa a la consideración del Tribunal), aunque a efectos penales estemos ante la consideración de delito único.

El Tribunal Constitucional fija los presupuestos de la prohibición de bis in idem en la concurrencia de identidad de hecho, de fundamento y de sujeto. Los textos internacionales

(vid. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 14.7- o Convenio Europeo de Derechos Humanos -art. 4 del Protocolo 7-) coinciden en referir el derecho a no ser doblemente juzgado o condenado a los supuestos de unidad de infracción que viene a ser equivalente a hecho punible o, por utilizar las mismas palabras del Tribunal de Estrasburgo, a hecho penal único.

Por tanto, infracción no es expresión que se equipare con delito, pero tampoco con hecho; no, al menos, desde la sola consideración de éste como un suceso humano identificable conforme a unas coordenadas espacio-temporales. Para el Tribunal de Estrasburgo, en sintonía con la mejor doctrina, lo que permite identificar una infracción son los hechos mirados desde una perspectiva normativa o, lo que viene a ser lo mismo: la relevancia que a los hechos enjuiciados o sancionados conceden las normas penales. Ilustrativa, en este sentido, es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2001 (caso Franz Fischer c. Austria).

En ella, el Tribunal de Estrasburgo, amén de dejar claro que infracción y delito no son términos identificables, pone de relieve la necesidad de atender a los elementos esenciales, al concreto fundamento, de las normas aplicadas, con vistas a apreciar si existe o no identidad de infracción. Estas son sus palabras: "El Tribunal observa que el texto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 no se refiere al "mismo delito", sino más bien a ser juzgado y condenado "nuevamente" por un delito por el que el demandante ya había sido previamente declarado inocente o culpable.

Así, si bien es cierto que el mero hecho de que un acto único constituya más de un delito no es contrario a dicho artículo, el Tribunal no debe limitarse a resolver si un demandante, en base a un acto (sic), había sido juzgado o condenado por delitos nominalmente diferentes (...) Existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un delito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un delito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros.

Un ejemplo obvio sería un acto que constituyera dos delitos, uno que contuviera precisamente los mismos elementos que el otro más uno adi-

cional. Puede haber otros casos en que los delitos únicamente se solapan ligeramente. Así, cuando diferentes delitos basados en un acto son perseguidos consecutivamente, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos delitos tienen o no los mismos elementos esenciales". Por su parte en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también cabe descubrir algunas aportaciones interesantes a efectos de clarificar que son los mismos hechos que impiden el bis sancionador.

La sentencia de 9 de marzo de 2006 (asunto Van Esbroek) considera que la condena por la importación de determinados productos estupefacientes, excluye una nueva condena por la exportación de esos mismos productos.

En opinión del Tribunal de Luxemburgo la expresión "mismos hechos" se refiere a la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido (pueden verse igualmente as sentencias -de idéntica fecha: 28 de septiembre de 2006 -recaídas en el asunto C-467/04, Gasparini y otros; y en el asunto C-150/05, Van Straaten). Además en la jurisprudencia de esta Sala segunda puede citarse la STS núm. 1612/2002, de 1 de abril, que precisa que

"Se trata de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, o en términos de la tradición jurídica anglosajona, de la prohibición del "double jeopardy", expresión a la que ya se ha referido alguna sentencia de esta Sala, como la núm. 1145/1997, de 26 de septiembre de 1997.

Este prohibición del "double jeopardy" se encuentra expresamente acogida por la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, aunque no es original del Common Law, sino del Derecho Romano pues su primera proclamación se encuentra en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano (Libro IX, Título II, núm. 9) que establece que "El que por un crimen público fue ya objeto de una acusación no puede ser acusado del mismo crimen". Esta vertiente del principio "ne bis in ídem" se funda

en la protección de exigencias particulares de libertad y seguridad (tanto jurídica como material) del individuo, más que en las exigencias generales de seguridad jurídica inherentes al sistema de enjuiciamiento propias de la "cosa juzgada", que exigen una y sólo una resolución definitiva.

Centrándonos en el delito continuado la doctrina tanto clásica como más moderna diferencia entre los casos en que la primera sentencia ha sido absolutoria de aquellos otros en que la sentencia ha sido condenatoria. Y es opinión pacífica que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento recaído sobre unos hechos no impide el enjuiciamiento de otros hechos diferentes desde el punto de vista naturalístico, pero que pudieran estar ligados por lazos de continuidad con aquellos que fueron objeto de la sentencia absolutoria.

De este modo se llega a considerar evidente que en caso de absolución no se entra para nada en la consideración de si se es o no delito continuado, por lo que la sentencia absolutoria sólo acoge a los hechos que han sido conocidos y juzgados.

Más cuestionable es la solución en el caso de una sentencia condenatoria que contempla varios de los hechos agrupados en la continuidad delictiva pero no otros que podrían haberse integrado allí pero que por los motivos que sean, dan lugar a un procedimiento posterior.

En este punto la doctrina está más dividida y aunque predomina la opinión de quienes entienden que la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria se extenderá a todos los hechos que han sido objeto de acusación y también a aquellos que podían haberlo sido y que no lo fueron pero entran en ese contexto temporal, no faltan fundadas tesis que se pronuncian en sentido contrario. Ahora bien la solución de este caso no puede transplantarse a un supuesto como el presente en que nos encontramos ante previas sentencias absolutorias.

No está en riesgo el "non bis in ídem" sustantivo (prohibición de doble sanción). Es más, en nuestra jurisprudencia tanto el Tribunal Constitucional (sentencia 221/1997, de 4 de diciembre), como esa Sala Segunda (vid. sentencias 1074/2004, de 18 de octubre o la más reciente 253/2009, de 4 de marzo) han ido mucho más allá y han negado eficacia de cosa juzgada a la sentencia

condenatoria por delito continuado respecto de hechos individuales que, pudiendo haberse integrado en tal continuidad, no fueron objeto de acusación, de forma que la condena posterior por esos otros hechos sería legítima. Esa perspectiva abriría incluso la posibilidad de dar por buena la sentencia condenatoria recaída en la presente causa, aunque la sentencia previa referida a unos hechos puntuales de los muchos que podrían integrarse en el delito continuado, hubiesen sido ya objeto de sanción. Aunque hay que insistir en que esa solución es mucho más cuestionable.

Pero sirva la muestra de esa extrema postura jurisprudencial para concluir que si en esos casos no puede hablarse de cosa juzgada o de merma del "non bis in ídem" (aunque con ciertos matices que habrán de proyectarse en la individualización penológica), mucho menos cuando la primera sentencia que analizaba solo alguno de los hechos integrantes de la posible continuidad delictiva es absolutoria.

Por su parte, la STS de 18-10-2004, núm. 1074/2004, también niega que la condena por unos hechos impida enjuiciar otros hechos diferentes, pero que podrían integrar con aquéllos un único delito continuado, aunque teniéndose en cuenta tal circunstancia en la individualización penológica para no menoscabar el principio de proporcionalidad.

3. En consecuencia, la tesis del recurrente no puede ser acogida. Es evidente que los hechos que dieron lugar a la previas sentencias absolutorias no pueden ya ser enjuiciados, ni pueden merecer el reproche penal, aunque hubieren dejado a salvo las acciones civiles.

Pero cualesquiera otros hechos similares o que, incluso, hubieren podido ser enjuiciados conjuntamente por tratarse de un delito continuado, pero que quedaron en aquél momento excluidos, sí que pueden enjuiciarse, como se ha hecho en esta sentencia, sin menoscabo del "non bis in ídem". Por ello el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se articula por quebrantamiento de forma, al amparo de los arts. 850 y 851 LECr., por haberse prescindido de las formalidades legales del art. 16 y 17.5 LECr., y vulnerado los derechos de los arts. 24 CE. en orden al juez predeterminado por la ley.

1. A través, también, de un forzado iter casacional, se plantea una cuestión vinculada a la del motivo anterior, aunque desde otra perspectiva, sin invocar ninguno de los motivos concretos previstos en los arts. de referencia.

Lo que se sostiene es que dada la semejanza de los hechos de que conocieron las sentencias anteriores y los ahora conocidos, debiera haberse procedido a un enjuiciamiento conjunto, y se afirma que esta cuestión no fue resuelta por la Sala a quo. Tal quebrantamiento rituario se considera insubsanable, de manera que sólo cabe que se dicte sentencia absoluta, reconociendo la vulneración del derecho fundamental al juez prede-terminado por la ley.

2. Que los hechos semejantes deben ser enjuiciados conjuntamente, no merece duda; que pudieran serlo, probablemente también, atendido que el art. 17.5º LECr. considera conexos "los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubieren sido hasta entonces sentenciados"; y que el art. 300 LECr. dispone que "los delitos conexos, se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso". Sin embargo, las consecuencias prácticas que los recurrentes anudan a ello son totalmente improcedentes. Y ello, porque -como destaca el Ministerio Fiscal:-

a) La inaplicación de los arts. 17 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no supone nulidad. Se trata de una irregularidad que cuando llega en un momento insubsanable en que no es posible la acumulación no determina otras consecuencias que las derivadas de la necesaria acumulación de penas en su caso en fase de ejecución (art. 988 de la Ley Procesal Penal). El art. 16 de la mentada Ley nada aporta a este examen.

b) No hay vulneración del Juez ordinario por esa tramitación separada. Todos los tribunales de Murcia son competentes para enjuiciar esos hechos sucedidos en tal territorio. La decisión de la Sección concreta de la Audiencia que ha de asumir el enjuiciamiento es un problema de normas de reparto que han sido respetadas. No puede equipararse la atribución de competencia a los diversos órganos judiciales, a la que afecta la pre-determinación por ley del juez por aplicación del art. 24.2 de la Constitución con el reparto o distribución de trabajo entre las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal dotadas "ex lege" de la misma competencia material, que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo (Auto del Tribunal Constitucional 13/1989).

Pero es que, además, en el presente caso coincide la Sección: por tanto no se sabe en qué puede consistir la

afectación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley si lo que se quiere es que estos hechos hubiesen sido juzgados precisamente por el órgano que los ha enjuiciado.

c) Es más, si en el momento de enjuiciarse estos hechos existían ya sentencias absolutorias por los hechos anteriores, en rigor no puede hablarse de necesidad de acumulación, ni de delitos conexos, ni de delito continuado: oficialmente los hechos anteriores carecen de toda relevancia penal por existir un pronunciamiento judicial firme excluyendo su trascendencia penal. Los hechos enjuiciados posteriormente no pueden acumularse a otros ya enjuiciados que no son delictivos.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El motivo correlativo se plantea por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850 y 851 LECr., por falta de claridad, contradicción y predeterminación del fallo en los hechos probados.

1. Se aduce que carece el relato fáctico de una declaración expresa y terminante de hechos probados, muy especialmente respecto de Luis Carlos, pues no se precisa su participación directa, y sí que "siempre actuó como administrador de hecho de dicha mercantil el citado Álvaro"; de todo lo cual no se deduce ilícito penal alguno, pues tan sólo se refleja los avatares comerciales de una empresa cárnica, que tras una actividad comercial normal se vio abocada a la insolvencia por el robo de su principal almacén de jamones.

2. En cuanto a la claridad, como ya recordábamos en las SSTS 795/2007, de 3 de octubre; y 850/2007, de 18 de octubre, con cita de la STS 578/2003, de 14 de abril, el vicio procesal que se denuncia debe apreciarse, según notoria jurisprudencia de este Tribunal, cuando el Juez o Tribunal haya utilizado, para describir los hechos que se declaren probados, términos, frases o expresiones ininteligibles, ambiguas u oscuras, de tal modo que resulte imposible conocer exactamente lo ocurrido, objeto de enjuiciamiento, y, por ende, no sea posible llevar a cabo la calificación jurídica de los hechos sometidos a la decisión del órgano jurisdiccional (v. SSTS 1806/1992, de 17 de julio; 251/1998, de 24 de febrero; 27/1999, de 23 de enero, entre otras); constituyendo, también, un requisito necesario para la estimación del motivo que la parte recurrente concrete, específicamente, la frase o frases que se estimen faltas de claridad (v. STS 1378/1993, de 9 de junio).

Se suelen considerar incluidas también en este vicio procesal las omisiones que se adviertan en el relato de hechos probados, sin las que no sea posible su adecuada calificación jurídica; pero como, en princi-

pio, el juzgador únicamente puede declarar probados aquellos extremos fácticos que estime debidamente acreditados por las pruebas practicadas, de ordinario, las omisiones más que como faltas de claridad deberán ser denunciadas y valoradas desde el punto de vista de las infracciones legales, en cuanto obstáculo para la calificación jurídica controvertida.

En el presente caso, no concurre, de modo patente, ninguno de los anteriores supuestos, por cuanto el relato fáctico es perfectamente comprensible. No existe la falta de claridad que parece denunciarse. Que a juicio del recurrente no esté descrita con suficiente claridad la tipicidad de la estafa o la participación de alguno de los autores le permitirá discutir a través el art. 849.1º la corrección de la subsunción jurídica, pero no denunciar una falta de claridad que no es tal.

■

*"...para la concurrencia de esta agravación específica, aplicable a los delitos de estafa (y también a los de apropiación indebida), a fin de no lesionar el principio "non bis in idem", es preciso que haya un algo más que añadir a la infracción penal de que se trate, un plus a sumar a la ilicitud propia del tipo base."*

■

3. Hemos dicho también (Cfr. STS de 8-7-2009, núm. 790/2009; SSTS 546/2007, de 12 de junio y 795/2007, de 3 de octubre), que la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación en el juicio histórico y el juicio jurídico.

Mediante el primero, la sentencia ha de limitarse a precisar si esos hechos que fueron objeto de acusación se dieron o no en el pasado; a través del segundo, el Tribunal ha de precisar si tales hechos superan o no el juicio de tipicidad. Y ese orden metodológico actúa como presupuesto de validez del proceso de apreciación valorativa que incumbe al órga-

no decisorio. Dicho en palabras de la sentencia de esa misma Sala núm. 45/2001 de 24 de enero, si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisorio se hace tautológico o circular, y fácilmente arbitrario. Sin embargo, la detenida lectura de las expresiones empleadas pone de manifiesto que ninguna de aquéllas produce la confusión denunciada entre el juicio histórico y el juicio jurídico.

Se trata de expresiones comunes que, en modo alguno, precipitan en lo fáctico aquello que debería estar reservado para el razonamiento jurídico. Por otra parte, no es admisible como predeterminación lo que consideran los recurrentes una omisión, que, además, se refiere a unos pronunciamientos anteriores que la sentencia de instancia en ningún momento niega.

4. En lo que se refiere a la contradicción, a falta de mayores precisiones por parte de los recurrentes, es difícil suponer a que se están refiriendo.

En cualquier caso ha de precisarse que en el caso no se da una contradicción interna que habría de existir en el propio seno de los hechos probados, que es el objeto propio del mencionado inciso 2º del motivo; algo totalmente ajeno al quebrantamiento de forma aquí pretendido. En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto motivo entiende que se ha producido quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1.3 LECr., por denegación de prueba pertinente.

1. Se sostiene que la defensa de Álvaro solicitó, en el momento de la prueba documental, al amparo de los arts. 729.2 y 3 LECr., en relación con el 746.6 LECr., la admisión de nuevas pruebas documentales, concretamente el extracto bancario de la mercantil Jamones Umbría, S.L., de fecha 30-11-05, del Banco de Santander, donde se dice constaba un saldo neto positivo de 6.175.493 ptas. así como informe de situación económica de la mercantil y Libro de Clientes y operaciones contables, en donde se afirma que consta que existía un volumen de operaciones de 489.000.000 de ptas. con un saldo deudor de 61.000.000, a fecha 31-12-1995.

Ello procedía ante las revelaciones que surgieron en la Vista del Juicio Oral, tratándose de mostrar la inveracidad de los testigos Guardias Civiles que afirmaron que la empresa era insolvente a finales de 2005, a pesar de reconocer no haber llevado a cabo una investigación económica concreta, ni ser peritos mercantiles o economistas.

2. El art. 850.1º LECr. precisa que “el recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma, cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente”. Por su parte, ha declarado esta Sala (Cfr. SSTs de 27-1-95; 11-12-2006, núm. 1199/2006; de 17-1-2007, núm. 31/2007; y de 18-6-2008, núm. 369/2008) y el Tribunal Constitucional (Cfr. STC 30/86, de 20 de febrero) que el vicio formal alegado consiste en el peligro de indefensión que puede provocar la no admisión de una prueba propuesta en tiempo y forma.

Pero, también, que ello no obliga a admitir toda diligencia de prueba propuesta, en tiempo y forma, o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida.

Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado criterios, como el de la posibilidad, el de la pertinencia y el de la relevancia. La posibilidad obliga a plantear al Tribunal la necesidad de un enjuiciamiento de los hechos, pues existe una acusación sobre los mismos y es preciso la terminación de la causa, bien condenando o absolviendo, en función de la prueba practicada.

Por la pertinencia se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia.

Consecuencia de lo anterior, y en su desarrollo, se ha señalado una serie de requisitos para la impugnación casacional por esta vía:

a) La diligencia probatoria ha de ser solicitada en tiempo y forma. Si se trata de testigos, con expresión de nombre, apellidos, domicilio y residencia, conforme al art. 656 de la Ley procesal, bien de forma expresa o como adhesión al escrito de calificación propuesta por otra parte procesal.

b) La prueba debe ser declarada pertinente por el tribunal y programada su celebración para el juicio oral.

c) Los distintos procedimientos previstos en la Ley procesal dan lugar a distintos soluciones legales a la denegación de la prueba pues, mientras en el procedimiento ordinario, el art. 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitada, en el Abreviado, por el contrario, los arts. 792 y 793.2 LECr. exigen la reproducción en el juicio oral y, ante la nueva denegación, la formulación de la protesta.

La declaración de pertinencia por el Tribunal se sujetará a los criterios que antes referíamos sobre la concurrencia de los requisitos expresados y su vinculación con el objeto del proceso teniendo en cuenta, además, la posibilidad de su práctica, pues bien puede ocurrir que una prueba propuesta que sea relevante, funcional y materialmente, no pueda ser practicada en el juicio oral por diversas situaciones que impiden su realización.

Consecuencia de lo anterior es la necesidad de la protesta, en los términos ya señalados para los distintos procedimientos, con la finalidad de plantear ante el Tribunal que acordó la denegación de la prueba o, en su caso, quien denegó la suspensión, la proporcionalidad de la decisión adoptada teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada al tiempo que proporciona criterios que permiten el replanteamiento de la decisión.

d) Tratándose de prueba testifical se ha venido exigiendo la formulación de las preguntas que se pretendía realizar al testigo cuya declaración se ha denegado o, en su caso, incomparecido, no suspendiéndose el juicio oral.

Este requisito no juega con la misma intensidad en unos casos y otros, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puede deducirse las preguntas que se pretendía realizar al testigo y, consecuentemente, la valoración de la decisión judicial.

A través de este requisito se posibilita el juicio de pertinencia tanto por el Tribunal de instancia, al adoptar su decisión, como por el Tribunal de casación al revisarlo. La asociación establecida con el contenido esencial del derecho de defensa, exige que la decisión de denegación de la prueba, salvaguarde, en todo caso, el contenido de su derecho a presentar testigos de cargo y de descargo y a preguntar, conforme a los arts. 24.2 CE y 6.3.2 CEDH.

La resolución de denegar una prueba o, en su caso, de no suspender un juicio oral no puede ser una decisión arbitraria, sino que, como señala la STS de 2-3-92, “se trata de un juicio jurídicamente vinculado por las exigencias impuestas en la

Constitución, fundamentalmente a través del art. 9.3 de la Constitución”.

e) Que sea “posible” la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas, esto es cuando no sea factible lograr con comparecencia o bien cuando el testigo se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización, bien entendido que como señaló la STS de 30 de marzo de 1995, la omisión del procedimiento de citación pública previsto en los arts. 178 y 432 LECr., para el caso de testigos de paradero desconocido, no constituye una infracción de norma esencial del procedimiento, pues se trata de una disposición propia de la época de sanción de la LECr. pero que en la sociedad actual carece de toda practicidad, prueba de ello es que el art. 784.3 LECr. (actual art. 762.3), no estableció tal trámite para el Procedimiento Abreviado.

3. En nuestro caso, debe tenerse en cuenta en cuenta que la proposición de prueba se hizo, extemporáneamente, en la Vista, dado que, siguiéndose un Procedimiento Abreviado, ni siquiera se utilizó la posibilidad que, en el comienzo de aquella, proporciona el art. 786.2 LECr., “para practicarse en el acto” la prueba.

Los principios de celeridad y concentración característicos de este procedimiento impiden la proposición, y menos la admisión, de pruebas que determinen la suspensión del juicio. Por ello, sólo, de modo excepcional, autoriza el art. 788.1 LECr., la suspensión o aplazamiento de la sesión en los casos del art. 746 LECr., entre los que se cuenta el 6º, es decir, “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones en los juicios haciendo necesarios nuevos elementos de prueba”.

Ahora bien, ello por su excepcionalidad está sometido a la metódica ponderación por la Sala, y ajena por tanto al motivo invocado, si se tiene en cuenta que no hubo “revelaciones inesperadas”, pues precisamente la modalidad de la estafa de que venían acusados los recurrentes se basa en la deliberada provocación de una insolvencia previamente planificada tras una importante solicitud de ministros.

Y los Guardias Civiles que comparecieron en la Vista nada distinto de lo que consta en su atestado en las actuaciones de la fase de investigación aportaron que justificara la invocación del contenido del art. 746.6º LECr. Por otra parte, la fundamentación de la reclamación que

realizan los recurrentes, basándose en el art. 729.2º y 3º LECr. es inapropiada en cuanto que a tal precepto no se refiere, en las excepciones que establece, el art. 788.1, y en cuanto a que las diligencias de prueba que cita no son sino las que en el acto ofrezcan las partes; por tanto para ser practicadas concentrada e inmediatamente, y no las que supongan la suspensión de la Vista, como hubiera sido obligado acordar de haberse accedido a la solicitud. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El quinto motivo se basa en infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 849.1,852 LECr. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

1. Para los recurrentes no existe acervo probatorio de cargo. La sentencia parte de la existencia del engaño, sin determinación previa del beneficio obtenido y del empobrecimiento de terceros. No consta análisis de la situación patrimonial de la empresa, que llevara a su insolvencia, ni en la mayoría de los reclamantes la cuantía económica y el título que legitime su reclamación. Y los indicios que cita la sentencia son meras sospechas (compra de insecticidas, puertas o bicicletas).

El mecanismo deductivo es inhábil y las verdaderas causas de la situación se omiten cuando se encuentran en las dos sentencias precedentes: el robo que sufrió Jamones la Umbría que la hicieron incapaz de asumir los pagos pendientes.

2. A pesar del enunciado propio de error iuris, el planteamiento va dirigido a la presunción de inocencia. Con relación a ella, el motivo realmente 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 (Sª 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), 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). Esta Sala ha dicho, también, reiteradamente (sentencias 988/2003, de 4 de julio; 1222/2003, de 29 de septiembre, y 1460/03, de 7 de noviem-

bre), que en punto a la vulneración de la presunción de inocencia, este Tribunal debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido incriminatorio; si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sancionador. Más allá no se extiende nuestro control cuando de vulneración de la presunción de inocencia se trata.

El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (en este sentido, la sentencia 120/2003, de 28 de febrero).

Por tanto, cuando en esta vía casacional se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando, también, que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12-7).

Así pues, el Tribunal de casación debe comprobar que el de instancia ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

Pero no acaba aquí la función casacional de las impugnaciones referidas a la vulneración de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la sentencia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que se desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero

que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la injerencia realizada, y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad.

Además, el proceso racional, expresado en la sentencia a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 249/2004, de 4-3).

2. En la modalidad de estafa referenciada lo habitual es contar con unos hechos externos que en general están admitidos y documentalmente acreditados, así como aceptados (contratos y pedidos acordados, de modesto alcance primero y sustanciosos después; suministros recibidos, pago de cantidades módicas e impago posterior de las importantes) y habrán de demostrarse, normalmente a través de prueba indiciaria (dolo antecedente, consistente en el propósito de no pagar, y reventa a bajo precio rápida para lucrarse con ella), autorizada por el art. 386 de la LEC.

La Audiencia de instancia llega a esas deducciones a través de una serie de datos externos que, concisa pero explícitamente, enumera como indicios detonantes de la realidad delictiva: "utilización de sellos falsos, venta de las mercancías a precios bajos, variedad de productos, inexistencia de mercancías en los almacenes, operativa de recepción y salida de la mercancía, variedad de almacenes, datos sobre la constitución de la sociedad, urgencia en las ventas, desaparición de la sede, pagarés impagados, cuentas sin fondos o caducadas e insolvencia.

Realmente, todos los signos del panorama que configura el llamado "timo del nazareno" aparecen representados en la trama desarrollada por alguno de los acusados con la empresa Jamones la Umbría, S.L. como instrumentos recaudatorio. Siempre desde la perspectiva probatoria auspiciada por el art. 741 de la LECr., del escrutinio conjunto del contenido de las manifestaciones testificales, e incluso de las vertidas por los propios acusados, todas en el plenario, se alcanza auténtica inferencia sobre el carácter probatorio de aquellas sospechas iniciales, pues efectivamente el decorado que pinta el Ministerio Público es el adecuado para la escenificación de la trama ilícita ideada y dolosamente puesta en

práctica. Se adquiere una empresa cárnica, se compran partidas de productos alimenticios, pero también de otros absolutamente ajenos a tal sector comercial (insecticidas, puertas, bicicletas), se descargan en varios almacenes y rápidamente salen de allí para ser colocados en el mercado, casi siempre a precios inferiores a los normales de cada mercancía, finalmente, se paga al principio para confiar a los proveedores, y después engañarlos con la solicitud de envíos nunca abonados.

En la maniobra se dan cita tanto los elementos que conforman la estafa como los que conforman el delito continuado. El dolo es innegable,

■

*"...para poder apreciar esta agravación del art. 250.1.7, junto al engaño característico de esta clase de infracción penal, ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito".*

■

con atisbos verdaderamente paradigmáticos, como la entrega de pagarés contra cuentas bancarias ya caducadas o la adquisición de bicicletas en plena crisis de solvencia de la empresa, pese a que se articule la pueril, aún siempre respetable, tesis de que eran para publicidad (precisamente cuando no había liquidez alguna).

La sensación de engaño fue percibida pronto por los acreedores y así lo expresan, a veces con cierta ira, quienes han depuesto en el Juicio". Al respecto no dejan lugar a duda las manifestaciones que constan en el acta de la Vista de los testigos allí comparecidos, debidamente identificados individualmente, y, en su caso, como legales representantes de las empresas concernidas, lo que les legitima como perjudicados.

Y es que, a la vista del panorama descrito se acierta a divisar enseguida los componente de tan clásica defraudación empresarial, en la que la prueba de la insolvencia, o, mejor dicho, de la simulación de una solvencia holgada y suficiente para mover la voluntad de la contraparte contratante, se encuentra, más que en la carencia absoluta de bienes, en la exis-

tencia de algunos de ellos pero unida a la voluntad de los sujetos agentes de no atender puntualmente sus obligaciones, efectuando una generalizada o mayoritaria desatención de sus pagos, con subterfugios tales como "la libranza de pagarés u otros efectos bancarios contra cuentas carentes de saldos, o contra cuentas caducadas en las entidades contra las que se libraban aquéllos".

El motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- En sexto lugar se aduce infracción de ley, del art. 849.1 LECr., por haberse infringido el art. 248 CP.

1. Los recurrentes consideran que no se dan los elementos integrantes del tipo aplicado. Ni dolo ni el engaño antecedente, causante y bastante; ni el error y acto de disposición producido por el engaño. Siendo ilógico, cuando en "el nazareno" se utiliza siempre a un tercero, que en la empresa se otorgara cargo al menor de los propios hijos. Y no se ha constatado la existencia de lucro por los querellados, ni de perjuicio económico, habida cuenta de la inexistencia de reclamaciones civiles o penales promovidas por los supuestamente perjudicados.

2. El delito de estafa se configura en la jurisprudencia (Cfr. STS núm. 47/2005, de 28 de enero) como un artificio creado por alguien con objeto de hacer pasar por cierta una situación que no lo es, como forma de inducir a error a otro que, en virtud de la aceptación de tal apariencia como real, dispone de algún bien a favor del primero, que se enriquece ilícitamente, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el segundo.

Hemos dicho en sentencias, como la núm. 57/2005, de 26 de enero, que "consiste este tipo de estafa en un desplazamiento patrimonial, generalmente en dinero, provocado, con voluntad de la víctima en virtud de una ficción, apariencia, falacia o mendacidad, que vicia su consentimiento, engaño que produce un perjuicio económico, en íntima conexión con él y todo ello presidido por un ánimo de lucro o de enriquecimiento en el sujeto activo.

Y, que la aproximación de determinadas estafas a supuestos de ilícitos civiles, ha obligado a la doctrina legal a distinguir los ilícitos de una y otra clase. En el ilícito penal de la estafa el sujeto activo sabe desde el mismo momento de la perfección del contrato, que no podrá o no querrá cumplimentar la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosa recibidos, y que se enriquecerá con ellos.

Esta doctrina conocida como la de los contratos civiles o mercantiles criminalizados ha sido recogida en infinidad de sentencias de esta Sala (por ejemplo, sentencias de 2 de abril de 1982, 21 de mayo de 1983,

22 de octubre de 1985, 11 de diciembre de 1985 y 5 de diciembre de 1986). Según ha repetido esta Sala frecuentemente (Cfr. STS de 10-11-2008, núm. 697/2008), son elementos configurativos de este tipo penal los siguientes:

1) Un engaño precedente o concurrente, que constituye el eje del ilícito y que lo caracteriza frente a otras infracciones patrimoniales, pudiendo incardinarse en el seno de una relación contractual preparada con este fin defraudatorio.

2) El engaño ha de ser bastante, en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial.

3) La producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con un conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa del engaño precedente.

4) Un acto de disposición patrimonial.

5) El nexo o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido.

6) El ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto que consiste en la intención de obtener cualquier enriquecimiento de índole patrimonial.

Y ciertamente, el engaño, o utilización de medios engañosos, es el elemento básico y nuclear de la estafa. Ha de ser suficiente y eficaz para provocar el desplazamiento patrimonial consecuencia del error sufrido por el perjudicado, pero a su vez, tal desplazamiento debe entenderse con virtualidad para hacer propio el sujeto activo o un tercero con él concertado el objeto delictivo. Ha de ser antecedente al error producido al sujeto pasivo y estar preordenado a este fin de equivocar a la víctima.

En los contratos criminalizados, el sujeto activo excluye de antemano el cumplimiento de los deberes asumidos contando con que así lo hará la otra parte contratante, enriqueciéndose con la prestación realizada por la contraparte, de manera que el contrato es sólo una apariencia puesta al servicio del fraude (Cfr. SSTs de 12-5-98, 1-3-99, 23-2-2001, 21-11-2001, 12-4-2002).

3. En nuestro caso el relato histórico -que ha de ser escrupulosamente observado en el cauce casacional por error iuris seguido- pone de relieve el ardid, argucia o treta en que consiste el engaño y el correspondiente ánimo engañoso, que han de surgir inicialmente, a diferencia del dolo civil que tiene carácter subsecuente, apareciendo posteriormente a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe, en su fase de cumplimiento y ejecución (Cfr. SSTs 383/96, de 8 de mayo; 75/98, de 23

de enero; 1083/2002, de 11 de junio; 59472002, de 8 de marzo, ó 2202/2002, de 2-1-2003).

Y así narra que: "Tales acusados idearon y pusieron en funcionamiento una trama comercial consistente en la realización de varias compras de diversos productos en cantidades pequeñas, las que se pagaban, para después negociar adquisiciones de género en pedidos de muy superior relieve económico, los que de forma deliberada dejaban de atender, al entregar a quienes los servían efectos bancarios sin cobertura alguna, por ausencia de saldos en las cuentas o por estar tales cuentas caducadas en las entidades contra las que se liberaban aquéllos, siendo vendidos todos los productos por Jamones Umbría SL muy rápidamente y a precios más bajos que los de mercado.

Para otorgar cobertura comercial a la mercantil en el periodo comprendido entre febrero a agosto de 1995 los acusados se constituyeron en naves industriales que servían de almacenes, éstas situadas en Elche (Alicante), Novelda (Alicante), María (Almería) y El Albuñón (Murcia), estando alojado el almacén de Novelda en los bajos de un edificio en construcción, propiedad de la empresa Hermanos Pastor SL, sin actividad económica conocida, con la que se asociaron. En noviembre de 1995 vendieron la empresa al citado Sr. Juan María".

Y, concluye el "factum" señalando que: "con la común voluntad de no pagar llevaron a cabo las siguientes operaciones comerciales -que relaciona- nunca atendidas al vencimiento sus importes". Con arreglo a ello, el engaño consiste en aparentar una seriedad, solvencia y propósito de cumplimiento inexistentes. La modalidad defraudatoria es evidente y característica.

La atención pronta de los primeros compromisos es el señuelo capaz de atraer la confianza de los suministradores que de esa forma atenderán confiados a pedidos de mayor envergadura que son revendidos para lucrarse con el producto.

Para ello no es óbice que el administrador sea uno de los hijos, antes al contrario, puede ser un elemento más, buscado para suscitar o aumentar la confianza en el contratante. La falta de esta última por parte de los perjudicados en el proceso penal, como instrumento de satisfacción económica, ante la insolvencia de los acusados, ni empaña su legitimación, ni elimina o enturbia la realidad del perjuicio por ellos sufrido. Y el lucro para los acusados es la consecuencia inmediata de los productos, con valor económico indudable, recibidos por los mismos y no abonados a sus suministradores. 3.

Es evidente, por tanto, que la alegación, que se desliza hacía cuestiones de prueba, no tiene encaje algu-

no en el motivo invocado, al amparo del cauce casacional seguido. Como hemos repetido, la modificación de los hechos probados sólo cabe si se sigue la vía del art. 849.2 LECr., demostrando el error mediante la aportación de los documentos literosuficientes exigidos. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- El séptimo motivo se configura por infracción de ley, del art. 849.1 LECr., por haberse infringido el art. 250.6 y 7 CP.

1. De modo subsidiario a los anteriores, se sostiene que, de conformidad con el voto particular suscrito por uno de los integrantes del Tribunal de instancia, es inaplicable la agravante específica de aprovechamiento de la credibilidad empresarial, por conculcar el principio "non bis in idem", ya que la apariencia de actividad empresarial solvente es justamente lo que integra el engaño.

2. Como recuerda la STS de 18-1-2008, núm. 9/2008, es doctrina reiterada de esta Sala (Cfr. SSTs 1169/2006, de 30 de noviembre; 785/2005, de 14 de junio; 517/2005, de 25 de abril; 145/2005, de 7 de febrero; 383/2004, de 23 de marzo; 890/2003, de 19 de junio; 142/2003, de 5 de febrero; y, 2017/2002, de 3 de febrero), que para la concurrencia de esta agravación específica, aplicable a los delitos de estafa (y también a los de apropiación indebida), a fin de no lesionar el principio "non bis in idem", es preciso que haya un algo más que añadir a la infracción penal de que se trate, un plus a sumar a la ilicitud propia del tipo base.

Y así, se dice que para poder apreciar esta agravación del art. 250.1.7, junto al engaño característico de esta clase de infracción penal, ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito.

Por otra parte, también, hemos dicho (Cfr. SSTs núm. 1864/1999, de 3 de enero de 2000; y de 13-12-2007, núm. 1077/2007), que el número 7 del artículo 250 recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la "credibilidad empresarial o profesional", del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte, el abuso de las "relaciones personales existentes" entre ambos: su apreciación, en el caso de la apropiación indebida o de la estafa, exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo; relación personal previa de confianza que pu-

diendo ser de muy variada naturaleza ha de añadir un plus de desvalor al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio.

3. En el caso, en el que se da por probada la existencia de una trama comercial y que los acusados puestos de acuerdo para aparentar solvencia en el mercado y así conseguir proveedores, adquirieron la empresa denominada Jamones La Umbría, S.L., y que para otorgar cobertura comercial a la mercantil se constituyeron los acusados en naves industriales que servían de almacenes en Elche, Novelda, María (Jaén) y El Albuñón (Murcia), la credibilidad empresarial ha servido para incardinar los hechos como típicos de estafa, lo que no puede ser objeto, de nuevo, de valoración en el referido subtipo agravado, sin conculcar el principio de la prohibición de la doble valoración de las circunstancias fácticas de la norma aplicada como injusto típico, que es una variante del principio de taxatividad (art. 4.1 CP), y resultante de las reglas penológicas que se disciplinan en el art. 67 del mismo Cuerpo legal.

No existe, por tanto, credibilidad empresarial distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado, aunque penológicamente, resulte irrelevante, teniendo en cuenta que fue aplicado el Código de 1995, en lo que estuvieron conformes tanto las partes acusadoras como las acusadas. Y ello porque -como bien pone de manifiesto el Ministerio Fiscal- el subtipo agravado determinado por la cuantía de lo defraudado es aplicable, sin duda, pues las defraudaciones superan holgadamente los 6.000.000 ptas. establecido jurisprudencialmente como límite para la época de los hechos.

Además, como alguna de las maniobras defraudatorias rebasa esa cifra, conforme a la más moderna jurisprudencia, inspirada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 30-10-07 (según el que "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, art. 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración)" procede imponer la pena en su mitad superior, esto es, de tres años y seis meses a seis años de prisión y multa, siendo tal pena la que -en su duración mínima- efectivamente ha impuesto el Tribunal de instancia.

4. Los efectos de la estimación del motivo aprovecharán al tercer recurrente en lo que le fuere favorable, aunque no lo haya formulado, de

conformidad con las previsiones del art. 903 de la LECr.

OCTAVO.- En octavo lugar se formula el motivo por infracción de ley, del art. 849.1 LECr., y de los arts. 66.1 y 21.6 CP.

1. También, de forma subsidiaria, se cuestiona la graduación de la pena impuesta, al concurrir la atenuante analógica por dilaciones indebidas, del art. 21.6ª CP, y no atribuírsele la condición de muy cualificada, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en 1994. E igualmente que no se cumple la obligación de motivar la imposición de la pena.

2. Por lo que se refiere a la ausencia de motivación, el Tribunal Constitucional y esta Sala han recordado, en numerosas resoluciones (Cfr. STS de 22-7-2002, núm. 1404/2002), el mandato del art. 120.3 de la Constitución acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas lo cual constituye, asimismo, una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, proclamado en el art. 24.1 del mismo texto constitucional.

Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

3. En el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que la sentencia de instancia nada precisa al respecto, ello carece de trascendencia y se explica porque -tal como vimos en el motivo anterior- se han impuesto las penas en su mitad inferior y en duración mínima (Cfr. STS de 28-9-2001, núm. 1666/2001).

4. En lo que se refiere a los efectos no cualificados de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha dicho el TC (Cfr. STC 100/1996, de 11 de junio, FJ 2) es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aun siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales.

También ha dicho el TC (entre otras, SSTC 140/1998, de 29 de junio, FJ 4; 32/1999, de 8 de marzo, FJ 4; 29-11-2004, núm. 220/2004), que es necesario denunciar previamente el retraso o dilación, con el fin de que el juez o tribunal pueda reparar la vulneración que se denuncia, de

forma que si previamente no se ha agotado tal posibilidad, la demanda ante el Tribunal Constitucional no puede prosperar.

Esta exigencia obedece, ante todo, al carácter subsidiario del amparo, que determina que sean los órganos judiciales los encargados de dispensar en primer lugar la tutela de los derechos fundamentales. Pero también responde al deber de colaboración de todos, y, especialmente, de las partes, con los órganos judiciales en el desarrollo del proceso a los que se encomienda, en definitiva, la prestación de la tutela prevista en el art. 24 CE.

5. Ciertamente, la sentencia de instancia, en su fundamento de derecho tercero aprecia la circunstancia en los términos dichos, lo que -aparte de una deseable mayor explicación, conforme se señaló más arriba- ha de compartirse, habida cuenta del también exigible incumplimiento del deber de colaboración por las partes en la agilidad del proceso y en la denuncia de la situación de paralización o de ralentización cuando se produjo, según la doctrina constitucional apuntada más arriba; y habida cuenta igualmente de la complejidad de la causa, impuesta de forma indudable por la multiplicidad de personas y entidades perjudicadas por los acusados. Consecuentemente, el motivo se desestima.

NOVENO.- En noveno y último lugar, se alega infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr. por haberse producido en el juzgador error en la apreciación de las pruebas basado en documentos que obran en autos.

1. El recurrente designa como documentos demostrativos del error el acta del Juicio Oral, y cita como puntos donde entiendo cometido el error los siguientes:

Haberse ignorado la inacción procesal de los testigos o empresas que no entablaron acción alguna en catorce años, pese a contar con efectos cambiarios a su favor; haberse ignorado la ausencia de prueba documental sobre las cuentas bancarias canceladas; haberse ignorado la existencia de una infraestructura industrial incompatible con el timo descrito; haberse omitido la relevancia de la prueba documental denegada, y la impugnación del atestado de la Guardia Civil.

2. Con carácter general debemos recordar que viene manteniendo esta Sala (Cfr. SSTS núm. 496, de 5 de abril de 1999; de 14-10-2002, núm. 1653/2002; núm. 1423/2005, de 25 de noviembre; 762/2004, de 14 de junio, y 67/2005 de 26 de enero), "que la invocación del motivo expresado, queda supeditada a la concurrencia de ciertos requisitos:

A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) 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 in-

"“...el número 7 del artículo 250 recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la "credibilidad empresarial o profesional", del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte, el abuso de las "relaciones personales existentes" entre ambos..."

corporados a la misma...", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de febrero; 1553/2000, de 10 de octubre, y las en ella citadas.

La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental -y sólo esa- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de casación se encuentra en iguales posibili-

dades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediación y contradicción.

De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala (SSTS núm. 1643/98 de 23 de diciembre, núm. 372/99 de 23 de febrero, sentencia de 30 de enero de 2004 y núm. 1046/2004 de 5 de octubre, así como, núm. 1200/2005, de 27 de octubre) como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

C) 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.

D) 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 LECriminal.

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 -SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de noviembre-.

E) 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.

F) 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, SSTS 496/99, 765/04 de 11 de junio.

G) A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 LECriminal - esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de casación "adivinar" tales extremos".

2. En el supuesto que nos ocupa no se invocan documentos concretos obrantes en las actuaciones sino que se alude a una serie de circunstancias que beneficiarían las tesis de los recurrentes pero que distan mucho de ser concluyentes y han sido tomadas en consideración por la Audiencia. Hechos como la falta de reclamación inicial por parte de algunos perjudicados (en el acta de la Vista constan las reclamaciones efectuadas por muchos de los comparecidos), no desvirtúa la realidad delictiva, y, en todo caso lo único que revela es la desconfianza en la posibilidad de resarcimiento dada la actitud de los acusados. Finalmente, la posible ausencia de documentación sobre determinados aspectos controvertidos tampoco es alegación que pueda tener acogida al amparo del presente cauce casacional.

Consiguientemente el motivo ha de ser desestimado.

Recurso de D. Severiano:

DÉCIMO.- Como primero de los motivos se expone la infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a obtener una resolución fundada, conforme al art. 120 CE.

1. Basa su reclamación en que, tras cuatro mil folios de la causa, la sentencia tan solo se basa en once indicios no probados, con fundamento en las declaraciones testificales que son contradictorias entre sí, limitándose la sentencia a reproducirlas.

2. De cualquier forma, resumidamente, podemos decir que el derecho a la tutela judicial efectiva compren-

de la satisfacción de la pretensión deducida, sea estimándola, sea desestimándola; la exposición de una motivación explícita, que permitan conocer las razones de la decisión; y que esa motivación no sea arbitraria o irrazonable. (Cfr. SSTS de 14/7/2005 y de 5/9/2003). Con frecuencia hemos repetido, con mayor extensión, (Cfr. SSTS de 18 de marzo de 1996 y de 13 de noviembre de 1998; de 20-5-2004, núm. 640/2004; y, de 21-11-2005, núm. 1394/2005) que el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, con carácter de derecho fundamental, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado en Derecho, aunque no sea el esperado por la parte.

3. Y eso es lo que ha acontecido en el caso, donde el Tribunal a quo - como vimos con referencia a motivos anteriores-, explica en sus fundamentos jurídicos las razones que le han llevado al pronunciamiento del que puedan discrepar los recurrentes. Consecuentemente, el motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- El segundo y el tercer motivo, agrupados por el propio recurrente, se articulan conjuntamente, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º y 2º de la LECr., por aplicación indebida de los arts. 248, 249, 250.6 y 7 CP.

1. Se discute la existencia de los elementos integrantes del delito de estafa aplicado. Se niega, especialmente, que hubiera engaño, puesto que no hubo apariencia de solvencia, afirmando que la empresa era solvente, y que la iliquidez de la mercantil derivó del robo de los jamones por valor de 40.000.000 ptas.

2. A pesar de todos los variados argumentos que se agrupan bajo el genérico enunciado, entremezclando cuestiones sustantivas con otras de orden probatorio, completamente ajenas al cauce casacional seguido, en primer lugar, hay que tener en cuenta que tratándose de un motivo por error iuris, debe respetarse lo que el "factum" de la sentencia de instancia proclama como probado, que pone de relieve el ardid, argucia o trata en que consiste el engaño y el correspondiente ánimo engañoso, que han de surgir inicialmente, a diferencia del dolo civil que tiene carácter subsequens, apareciendo posteriormente a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe, en su fase de cumplimiento y ejecución.

Y así, narra que: "Tales acusados idearon y pusieron en funcionamien-

to una trama comercial consistente en la realización de varias compras de diversos productos en cantidades pequeñas, las que se pagaban, para después negociar adquisiciones de género en pedidos de muy superior relieve económico, los que de forma deliberada dejaban de atender, al entregar a quienes los servían efectos bancarios sin cobertura alguna, por ausencia de saldos en las cuentas o por estar tales cuentas caducadas en las entidades contra las que se liberaban aquéllos, siendo vendidos todos los productos por Jamones Umbría SL muy rápidamente y a precios más bajos que los de mercado.

Para otorgar cobertura comercial a la mercantil en el periodo comprendido entre febrero a agosto de 1995 los acusados se constituyeron en naves industriales que servían de almacenes, éstas situadas en Elche (Alicante), Novelda (Alicante), María (Almería) y El Albuñón (Murcia), estando alojado el almacén de Novelda en los bajos de un edificio en construcción, propiedad de la empresa Hermanos Pastor SL, sin actividad económica conocida, con la que se asociaron. En noviembre de 1995 vendieron la empresa al citado Sr. Juan María".

Y, concluye el "factum" señalando que: "con la común voluntad de no pagar llevaron a cabo las siguientes operaciones comerciales -que relaciona- nunca atendidas al vencimiento sus importes". Con arreglo a ello, el engaño consiste en aparentar una seriedad, solvencia y propósito de cumplimiento inexistentes. La modalidad defraudatoria es evidente y característica.

La atención pronta de los primeros compromisos es el señuelo capaz de atraer la confianza de los suministradores que de esa forma atenderán confiados a pedidos de mayor envergadura que son revendidos para lucrarse con el producto. Para ello no es óbice que el administrador sea uno de los hijos, antes al contrario, puede ser un elemento más, buscado para suscitar o aumentar la confianza en el contratante.

La falta de esta última por parte de los perjudicados en el proceso penal, como instrumento de satisfacción económica, ante la insolvencia de los acusados, ni empaña su legitimación, ni elimina o enturbia la realidad del perjuicio por ellos sufrido. Y el lucro para los acusados es la consecuencia inmediata de los productos, con valor económico indudable, recibidos por los mismos y no abonados a sus suministradores. En segundo lugar, habrá que recordar, una vez más que:

a) La modalidad delictiva empleada, examinados los hechos en su conjunto, no ofrece dudas.

b) La existencia de sentencias anteriores absolutorias sobre hechos conectados no impide un nuevo enjuiciamiento.

c) La existencia de algunos pagos es compatible y de esencia de esa tipología defraudatoria. Y existen pruebas sobradas de los numerosos impagos.

d) No puede revisarse en casación la valoración de la prueba testifical como intenta el recurrente.

e) Se parte de algún dato -robo de una partida de jamones- que la sentencia no da por probado.

f) La ausencia del ejercicio de acciones civiles o la no personación como acusación particular en el procedimiento penal no supone renuncia.

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

DUODÉCIMO.- La estimación parcial del recurso de dos de los condenados, y la extensión de sus efectos favorables al tercero, conforme al art. 903 LECr., supone la declaración de oficio de las costas de sus respectivos recursos, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECr.

## FALLO

Debemos declarar y declaramos haber lugar en parte al recurso de casación formulado por quebrantamiento de forma, por infracción de ley, y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de los acusados D. Álvaro y D. Luis Carlos, con la extensión de sus efectos favorables a D. Severiano, y no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, y de precepto constitucional, por el último formulado, contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 30 de junio de 2008, en el Rollo Penal de Sala 19/06, declarando de oficio las costas ocasionadas por sus respectivos recursos.

Comuníquese esta sentencia y la que, a continuación, se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallín.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil nueve En la causa correspondiente al Procedimiento Abreviado núm. 59/99 incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Molina de Segura, fue dictada sentencia el 30-6-08 por la Sección Primera de la Audiencia Provin-

cial de Murcia, que, condenó a los acusados D. Severiano y D. Luis Carlos y D. Álvaro, y cuya parte dispositiva decía literalmente: "Que debemos absolver libremente y así lo hacemos a los acusados Efrain, Gumersindo y Marcelino; así mismo, debemos condenar y condenamos a los acusados Luis Carlos y Severiano, como autores responsables del delito continuado de estafa antes definido, a la pena de tres años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo y multa de nueve meses con cuota diaria de 6 euros y arresto sustitutorio de un día por cada 2 cuotas impagadas para casa uno de ellos y al pago de 1/8 de las costas del juicio por cada uno, debiendo indemnizar conjunta y solidariamente en las cantidades que se indican a las siguientes personas físicas o jurídicas: A Industrias Cárnicas de Muñas SL en 12.885,68 euros. A Quesos Dulcinea en 2.803 euros, A Hijos de José Casaponsa en 2.413,94 euros. A Rollmsnatica del Sureste SL en 264,22 euros. A D. Pablo en 3.515,62 euros. A D. José Manuel en 1.493,80. A Industrias Cárnicas Martín Martín SL en 7.363,45. A Bicicletas y Motocicletas Valencia SA en 4.295,06 A D. Daniel en 20.423,50 euros. A Marcial Castro SL en 3.223,10 euros. A Cárnicas Poveda SL en 228.384,59. A D. Hilario en 33.803,72 euros. A Quesos Celga (Central Lechera Gallega) en 5.643,78. A Chacinas de la Sierra en 4.909,03 euros. Y a las mercantiles Cárdenas SA, Conservas Busto, Quesos Aldonza y D. Ismael SA, Crismonasa SA, Ruth y Canon Almería, así como a Crédito y Caucción y a D. Rafael, en las cantidades que se determinen en ejecución de esta sentencia. Así, por esta nuestra sentencia...". Dicha Sentencia ha sido parcialmente casada y anulada por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, y bajo la misma Ponencia, proceden a dictar segunda sentencia con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES

Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de nuestra sentencia anterior y los de la sentencia parcialmente rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera. En su virtud, conforme se argumentó en el fundamento jurídico séptimo de nuestra primera sentencia, debemos eliminar del pronunciamiento condenatorio de la sentencia de instancia la apreciación de la circunstancia específica de agravación de aprovechamiento de credibilidad empresarial, comprendida en el núm. 7 del art. 250 CP, manteniendo en su

integridad el resto de sus pronunciamientos.

#### FALLO

Que debemos eliminar y eliminamos de la sentencia de instancia el pronunciamiento condenatorio, referente a la apreciación de la circunstancia específica de agravación de aprovechamiento de credibilidad empresarial, contenido en la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2008 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, manteniendo en su integridad el resto de sus pronunciamientos.



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TS Sala 3 Pleno<sup>a</sup>, Sentencia 26 noviembre 2009. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

Según el pleno del TS 3<sup>a</sup>

### Competencia del Consejo de Ministros para conocer sobre la responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas del TC

*El pleno del TS 3<sup>a</sup> estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del Vicesecretario General del Tribunal Constitucional y contra el del Ministerio de Justicia por los que fue denegada la reclamación por responsabilidad patrimonial que había sido ejercitada por el retraso en que había incurrido el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de amparo. La Sala, en contra del parecer del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, indica que del art. 9,3 CE se deriva que el Estado debe responder por los daños que los particulares hayan sufrido como consecuencia de las dilaciones en que el TC haya incurrido al resolver algún recurso de amparo interpuesto por ellos, si esas dilaciones pueden calificarse como indebidas, siendo el Consejo de Ministros el órgano competente para su tramitación, y al que el Ministerio de Justicia debió remitir la reclamación de responsabilidad planteada, por lo que se procede al examen de la reclamación efectuada, ya que esta omisión no debe perjudicar aún más al reclamante dilatando el proceso.*

*Entrando a conocer de la reclamación de responsabilidad, la Sala considera que existe una dilación indebida en la tramitación del recurso pero no que los daños reclamados estén causalmente originados por ese funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional. Se formula voto particular por D. Luis María Díez-Picazo Giménez, D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Teso Gamella, a los que se adhieren varios magistrados de la Sala.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Rafael interpone recurso contencioso administrativo contra dos acuerdos por los que le fue denegada la reclamación por responsabilidad patrimonial que había ejercitado ante el Ministerio de Justicia por el retraso, a su juicio indebido, en que había incurrido el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de amparo formulado por él,

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallín.

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

to. El segundo procede del Vicesecretario General del Tribunal Constitucional, que el 18 de octubre de 2006 comunicó al recurrente que con fecha 10 de abril de 2006 se había comunicado al Ministerio de Justicia que "el Tribunal Constitucional no cuenta con habilitación legal para conocer de la reclamación de que se nos ha dado traslado".

SEGUNDO.- Son hechos relevantes para la decisión de este proceso los siguientes:

1. El 21 de octubre de 1999 el recurrente interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra una sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1999, que había desestimado un recurso extraordinario de revisión en un proceso que había iniciado, por despido, contra la Compañía Telefónica de España, S.A. ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz, que lo desestimó por sentencia de 22 de marzo de 1995.

2. Por providencia de 4 de mayo de 2000 el Tribunal Constitucional acordó la inadmisión del recurso de amparo interpuesto.

3. Con fecha 22 de mayo de 2000, el recurrente presentó escrito por el que recusaba a dos de los magistrados que componían la sección del Tribunal Constitucional que había acordado la inadmisión del recurso de amparo.

4. Por resolución de 4 de junio de 2001 el Tribunal Constitucional dejó sin efecto la providencia de inadmisión del recurso de amparo a fin de que se resolviera el incidente de recusación.

5. El 16 de julio de 2001 se elevaron las actuaciones al Pleno del Tribunal Constitucional a fin de sustanciar el incidente de recusación.

6. El 11 de septiembre de 2001 fue designado instructor del referido expediente.

7. El 18 de septiembre de 2001, el instructor dio traslado del escrito de recusación a los magistrados recusados a fin de que informaran lo que consideraran procedente.

8. Por sendos escritos de 24 y 28 de septiembre de 2001 los magistrados recusados emitieron los informes referidos.

9. El 11 de octubre de 2001, el magistrado instructor declaró concluida la instrucción del expediente y acordó elevarlo al Pleno del Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, por cinco días.

10. El 18 de octubre de 2001 el Ministerio Fiscal informó que procedía desestimar la recusación formulada.

11. El 23 de octubre de 2001, el Pleno del Tribunal Constitucional

como consecuencia de la demora en la resolución de un incidente de recusación que en dicho recurso él había plantado contra dos magistrados de ese Tribunal. Uno de esos acuerdos procede del Ministerio de Justicia, que el 17 de octubre de 2006 comunicó al recurrente que su reclamación había sido remitida al Tribunal Constitucional debido a la falta de competencia del Ministerio de Justicia para conocer de ese asunto.

designó al Magistrado que como Ponente había de proponer la resolución pertinente en el incidente de recusación.

12. El 8 de octubre de 2004, el Ponente designado cesó en su cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional sin que el incidente de recusación hubiera sido resuelto, ni se hubiera practicado en él diligencia alguna.

13. El 14 de julio de 2004, el Tribunal Constitucional designó un nuevo ponente en ese expediente.

14. El 7 de octubre de 2004 el Tribunal Constitucional dictó auto por el que se acordaba la extinción por pérdida sobrevinida de objeto del incidente de recusación, puesto que ninguno de los magistrados recusados pertenecía ahora a la sección que debía ocuparse del recurso de amparo interpuesto por el recurrente.

15. El 14 de octubre de 2004 el Tribunal Constitucional dictó providencia por la que acordaba la inadmisión del recurso de amparo.

16. Entre el 17 de enero de 2001 y el 6 de marzo de 2003, el recurrente se dirigió al menos en cuatro ocasiones al Tribunal Constitucional instándole a la pronta resolución del incidente de recusación que había presentado.

TERCERO.- Previamente a la decisión sobre el fondo del asunto hemos de ocuparnos de dos causas de inadmisibilidad opuestas por el Abogado del Estado a las que se adhiere el Ministerio Fiscal. En relación con el acuerdo del Ministerio de Justicia de 17 de octubre de 2006 por el que se indicaba al recurrente que su reclamación había sido remitida al Tribunal Constitucional debido a la falta de competencia del Ministerio de Justicia para conocer de ella, alega el Abogado del Estado que concurre la causa de inadmisibilidad establecida en el artículo 69.c), en relación con el 28, ambos de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (en adelante, LJ) puesto que ese acuerdo es simple reproducción de otro anterior de 13 de diciembre de 2005, que había sido consentido por el recurrente. Respecto al acuerdo del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2006, advierte el Abogado del Estado que se trata de una comunicación de carácter meramente informativo en el que el Tribunal se limita a ilustrar al recurrente acerca de su falta de habilitación legal para resolver la reclamación interpuesta, por lo que no tiene la naturaleza de acto administrativo susceptible de ser impugnado ante la Jurisdicción de este orden.

Ambas causas de inadmisibilidad deben ser desestimadas. Aunque en el acuerdo del Ministerio de Justicia de 17 de octubre de 2006 se indique al recurrente que el asunto había sido remitido al Tribunal Constitucional

“tal y como se le informó en la comunicación de 13 de diciembre de 2005” y aunque el escrito del recurrente que dio lugar a aquel acuerdo de 17 de octubre de 2006 el actor parece conocer que ya existe una decisión de ese Ministerio de remitir al Tribunal Constitucional su reclamación, no aparece dato alguno en el expediente, ni el Abogado del Estado lo ha aportado en este proceso, que permita conocer el contenido exacto de ese acuerdo de 13 de diciembre de 2005, ni que el mismo le hubiera sido notificado al recurrente con indicación de los recursos pertinentes, presupuestos para que obre la excepción de acto consentido. Por otra parte, ese acuerdo del Ministerio

■

*"Del artículo 9.3 CE  
deriva una garantía  
para el particular de ser  
resarcido por toda  
lesión que le haya  
causado una actuación  
del Tribunal  
Constitucional que  
pueda considerarse  
irregular, pero en  
cambio de ese precepto  
constitucional no se  
deriva en modo alguno  
que la Administración  
pueda repetir contra un  
miembro de ese Tribunal  
si se considerase que la  
actuación del mismo  
pudiera calificarse como  
dolosa o gravemente  
culposa..."*

■

de Justicia no puede desvincularse del posterior del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2006, que también se declara incompetente para resolver la reclamación formulada por el actor.

Ningún reproche cabría oponer al actor, y ningún perjuicio podía derivarse para él de ello, si conociendo el criterio del Ministerio de Justicia de remitir su reclamación el Tribunal Constitucional hubiera aceptado esta decisión esperando que este Tribunal resolviera su reclamación, y sólo cuando conoció la resolución del Tribunal Constitucional declarándose también incompetente para ello reaccionara contra ambos acuerdos por medio de este recurso.

Menos fundamento aun tiene la causa de inadmisibilidad opuesta frente al acuerdo del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2006. La sentencia de esta Sala de 16 de junio de 2004 (y las que en ella se citan) considera no susceptibles de impugnación aquellos actos de naturaleza puramente informativa, como son los que evacúan consultas de los interesados, que no contienen decisiones que vinculen a la Administración ni otorgan o deniegan concretos derechos al administrado. Sin embargo, no es esta la naturaleza del acuerdo del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2006. Responde a una concreta reclamación formulada por el recurrente y lo hace en un sentido desestimatorio de su petición. La razón por la que lo hace es indiferente en este momento.

Desde el punto de vista de la causa de inadmisibilidad examinada lo relevante es que se trata de un acuerdo del Tribunal Constitucional que declara no haber lugar a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el actor.

CUARTO.- En su escrito de demanda, el actor, tras indicar los avatares experimentados en la tramitación del recurso de amparo por él interpuesto, en particular la paralización durante casi tres años del incidente de recusación que había promovido contra dos magistrados del Tribunal Constitucional, manifiesta que ejerce una acción de responsabilidad patrimonial basada tanto en el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) como en 296 de la misma ley, porque se ha producido un retraso injustificado en la decisión del incidente de recusación por él presentado que, además, considera causado por la omisión grave del magistrado designado ponente para la decisión de ese incidente de su deber de someter al Pleno del Tribunal la resolución que hubiera considerado pertinente. Como consecuencia de ello, entiende que se le han causado daños morales que evalúa en 360.000€ y daños económicos que valora en 12.022,94€

Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal consideran que el acto del Ministerio de Justicia impugnado por el recurrente es ajustado a Derecho porque dicho departamento no es competente para resolver reclamaciones de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, ya que este Tribunal no está integrado en el Poder Judicial a cuyos órganos se refiere el Título V LOPJ. A su juicio, no compete al Ministerio de Justicia integrar el vacío legislativo existente sobre responsabilidad por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, ni aplicar por analogía lo previsto en el Título V LOPJ para la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia porque el juicio sobre la actuación anormal del Tribunal Constitucional

en el ejercicio de su actividad jurisdiccional implicaría una injerencia en el ámbito de actuación reservado constitucionalmente al propio Tribunal Constitucional.

Por semejantes argumentos entienden que es ajustada a Derecho la decisión del Tribunal Constitucional declarándose incompetente para resolver la reclamación formulada por el recurrente, ya que ni el Tribunal Constitucional es Administración Pública, a la que sea aplicable lo dispuesto en el artículo 106.2 CE, ni los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992 (en adelante, LPAC), ni está integrado en el Poder Judicial, por lo que tampoco le es aplicable lo previsto en el artículo 121 CE y 292 a 297 LOPJ. A su juicio, aunque el artículo 9.3 CE parece exigir que se arbitre una solución para el caso de las reclamaciones relacionadas con un hipotético mal funcionamiento del Tribunal Constitucional, no cabe formular reclamación alguna en tanto el legislador no desarrolle ese precepto.

Con carácter subsidiario, arguye el Abogado del Estado que ni puede decirse que en este caso el Tribunal Constitucional haya incurrido en dilaciones indebidas, atendiendo a las circunstancias concurrentes (enorme carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal Constitucional, duración media de los recursos de amparo, y sus incidentes, que ante él se suscitan y actuación del propio recurrente, planteando la recusación después de que se hubiera dictado providencia declarando la inadmisión del recurso de amparo), ni cabe apreciar que se hayan producido los daños y perjuicios que el recurrente reclama, ni que exista relación de causalidad entre aquellos y la actuación del Tribunal Constitucional.

Por su parte, el Ministerio Fiscal ha informado que, aunque habría que reconocer que la resolución del incidente sufrió una demora que encajaría en el concepto de dilación indebida, tal como ha sido establecido por la propia doctrina constitucional, por haber transcurrido un periodo de tiempo que excedió del plazo razonable para su resolución, sin embargo falta el presupuesto esencial para el reconocimiento de la pretensión ejercitada que es la existencia de un daño resarcible. Puesto que, según razona el Ministerio Fiscal, el auto del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 2004, que finalmente resolvió la desestimación del incidente de recusación por la pérdida sobrevinida de su objeto, debido a la modificación a posteriori en la composición de las Salas del Tribunal Constitucional y el traslado subsiguiente de los dos magistrados recusados a la otra Sala, que no conocía del recurso de amparo interpuesto, además, expuso las razones de fondo por las que procedía la desestimación reputándola infundada, de manera que, aun cuando se hubiera producido un retraso en la resolución del incidente ello resultó absoluta-

mente irrelevante para su terminación porque, de todos modos, la pretensión del actor resultó desestimada, no existiendo en consecuencia daño alguno para el recurrente. A lo que añade el Ministerio Fiscal que el propio recurso de amparo del que traía causa el incidente fue igualmente inadmitido por carencia manifiesta de fundamento en fechas inmediatamente posteriores a la resolución del incidente.

QUINTO.- Dada la posición mantenida por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en este proceso la primera cuestión que hemos de resolver es si el principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos que proclama y garantiza el artículo 9.3 CE alcanza o no al Tribunal Constitucional, por no haber sido desarrollado por el legislador ordinario este precepto en cuanto a dicho Tribunal y no resultar de aplicación lo dispuesto en el Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no estar integrado el Tribunal Constitucional entre los órganos de la Administración de Justicia a que se refieren los preceptos contenidos en ese título.

Conviene advertir que la postura del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado es contraria a la que ha defendido el Gobierno español ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en los casos en que se ha reclamado ante él responsabilidad por retraso indebido en decisiones del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio). Entonces (asuntos Caldas Ramírez de Arellano y Soto Sánchez), el Gobierno de España solicitó la inadmisibilidad de los recursos interpuestos por no haber agotado los recurrentes las vías de reclamación disponibles en la legislación interna, considerando que dichas vías eran precisamente las contenidas en los artículos 292 a 297 LOPJ.

En tales casos el Gobierno de España no negó ante el TEDH lo que ahora niega el Abogado del Estado ante esta Sala que pueda exigirse responsabilidad patrimonial a la Administración como consecuencia de dilaciones indebidas en que haya incurrido el Tribunal Constitucional, pese a que no haya una ley que expresamente desarrolle en el ámbito de ese Tribunal el mandato general establecido en el artículo 9.3 CE, ni cuestionó que la ausencia de esa regulación pudiera suplirse por la aplicación de lo dispuesto para el Poder Judicial en el Título V del Libro III LOPJ.

La Sala no puede compartir la tesis que mantiene el Abogado del Estado en este proceso. El artículo 9.3 CE constitucionaliza unos principios generales del derecho, entre ellos el

de la responsabilidad de los poderes públicos, que tienen una virtualidad inmediata en cuanto constituyen las bases sobre las que se estructura todo el sistema jurídico político que la Constitución diseña. Como todo principio general del derecho, el de responsabilidad de los poderes públicos despliega la triple funcionalidad de representar uno de los fundamentos del ordenamiento jurídico, servir como criterio orientador en la labor interpretativa y poder ser utilizado como fuente de derecho supletoria en caso de inexistencia o insuficiencia de la regulación legal.

Es cierto que la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos representa permite al legislador un cierto margen en el momento de su concreción, en atención al poder público de quien se predique, pero también lo es que la ausencia de regulación legal no puede significar un espacio inmune frente a las reclamaciones de los que hayan sufrido un daño, cuando los tribunales pueden detectar, sin riesgo alguno de que ello suponga suplantar la labor del poder legislativo, que la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 CE, en el cual se incluyen sin duda alguna, los daños causados por un funcionamiento de los poderes públicos ajeno a lo que debe considerarse un comportamiento regular.

Del artículo 9.3 CE deriva una garantía para el particular de ser resarcido por toda lesión que le haya causado una actuación del Tribunal Constitucional que pueda considerarse irregular, pero en cambio de ese precepto constitucional no se deriva en modo alguno que la Administración pueda repetir contra un miembro de ese Tribunal si se considerase que la actuación del mismo pudiera calificarse como dolosa o gravemente culposa. Esta es una solución adoptada por el legislador al regular la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, pero no es una consecuencia que se derive inevitablemente del artículo 9.3 CE (ni del 120, por lo que se refiere al Poder Judicial). Por ello debemos excluir de nuestra consideración cualquier calificación de la conducta personal del magistrado del Tribunal Constitucional a quien se imputa la casación del daño cuya reparación reclama el recurrente.

Por el contrario, sí deriva directamente del artículo 9.3 CE que el Estado debe responder por los daños que los particulares hayan sufrido como consecuencia de las dilaciones en que el Tribunal Constitucional haya incurrido al resolver algún recurso de amparo interpuesto por ellos, si esas dilaciones pueden calificarse como indebidas. Dicha calificación incluye el supuesto con toda evidencia dentro del concepto mas amplio del funcionamiento anormal de Tribunal Constitucional, como ha

declarado el TEDH, entre otras, en su sentencia de 25 de noviembre de 2003, antes citada, (caso Soto Sánchez contra España), en interpretación del artículo 6.1 del Convenio, cuya doctrina debe tenerse en cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, en la interpretación del artículo 24 CE, cuyo contenido comprende el derecho a que la tutela judicial impetrada se conceda en un plazo razonable.

Esta Sala ha declarado en alguna ocasión (sentencia de 30 de noviembre de 1992, entre otras) que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos reconocido

■

*"La decisión del Tribunal Constitucional respecto a si ha incurrido o no en funcionamiento anormal, como la del Consejo General del Poder Judicial a que antes nos referimos, acaso sea vinculante para el Consejo de Ministros, pero es una decisión no jurisdiccional sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan en orden a su posible revisión jurisdiccional."*

■

en el artículo 9.3 CE. Sin embargo, en otras (sentencias de 15, 25, 30 de septiembre, 7 de octubre, y 17 y 19 de noviembre de 1987) ha declarado que "consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación con el que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la

propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización". Por otra parte, aun sin citar expresamente el artículo 9.3 CE esta Sala ha declarado repetidamente y con diferentes matices según las circunstancias del caso, que la Administración del Estado es responsable por los daños sufridos por los particulares por actos de aplicación de leyes declaradas después inconstitucionales.

En todo caso la responsabilidad del Estado por actos del Poder Legislativo presenta perfiles propios, cuenta con la regulación derivada del artículo 139.3 LPAC y las decisiones de esta Sala al respecto no condicionan lo que antes hemos alcanzado respecto al recurso que ahora debemos resolver.

SEXTO.- Determinada la posibilidad de exigir responsabilidad por daños antijurídicos causados por el Tribunal Constitucional, la segunda cuestión a resolver es qué órgano debe pronunciarse sobre la reclamación formulada.

El Tribunal Constitucional devolvió el expediente al Ministerio de Justicia, ante el que el recurrente había presentado su reclamación, argumentando que "el Tribunal Constitucional no cuenta con habilitación legal para conocer de la reclamación, de la que se nos ha dado traslado", y esta Sala comparte dicha decisión. El Tribunal Constitucional no tiene otras competencias que las que le atribuye el artículo 161 CE y 10 y 15 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, entre las que no se encuentran las de dar respuesta a las reclamaciones por daños atribuidos a un funcionamiento anormal del mismo. El artículo 1.3. a) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, encomienda a los Juzgado y Tribunales de este orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptados, entre otros, por los órganos competentes del Tribunal Constitucional, pero en modo alguno puede incluirse en esta categoría la decisión sobre peticiones de resarcimiento provocadas por la actuación del propio Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional no es competente para conocer de la reclamación que le remitió el Ministerio de Justicia y por ello su contestación a dicho Ministerio fue ajustada al ordenamiento jurídico. Por ello, debemos desestimar el recurso interpuesto, en cuanto al acuerdo del Vicesecretario General del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2006 impugnado en este proceso.

Ni el Tribunal Constitucional tiene un régimen patrimonial que le permita asumir las consecuencias de los daños antijurídicos que pueda originar, ni el legislador le ha atribuido

competencia para adoptar decisiones en tal sentido.

Tratándose de un órgano constitucional la competencia para resolver la reclamación interpuesta debe situarse, sin género alguno de duda, en la Administración General del Estado como personificación de éste, aunque, dentro de ella, cabe plantearse si el órgano competente para resolver debe ser algún departamento ministerial o el Consejo de Ministros.

En ausencia de regulación legal cabría sostener la competencia del Ministerio de Justicia en atención a lo dispuesto en el artículo 142.2 LPAC que establece que cuando se trata de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado la competencia para su resolución corresponde al Ministro respectivo y sólo será competente el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone. Sin embargo, este precepto no resulta aplicable a la reclamación presentada por el recurrente puesto que se está refiriendo a los supuestos en los que la responsabilidad de la Administración está expresamente regulada por el legislador lo que no sucede en el presente caso.

Por otro lado, dada la imposibilidad de adscribir ni directa ni indirectamente el Tribunal Constitucional a algún departamento ministerial en concreto y en ausencia de regulación legal parece lógico considerar que las reclamaciones deber ser resueltas por el órgano que representa al Poder Ejecutivo a su máximo nivel, como hemos apreciado para decidir que precisamente el Consejo de Ministros es el órgano competente para resolver las reclamaciones por responsabilidad patrimonial del Estado por actos normativos del Poder Legislativo. En efecto, hemos declarado repetidamente (sentencias de 8 de enero de 1998 y 20 de abril de 2007, entre otras) que "... corresponde al Consejo de Ministros como órgano que encarna al mayor nivel el Poder Ejecutivo y por tratarse de una responsabilidad resultante no de una actividad de la Administración sino de un acto legislativo no atribuible a ningún departamento ministerial".

Esta ha sido la solución que ha adoptado el artículo noveno de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que añade un apartado 5 al artículo 139 LPAC, con la siguiente redacción:

"El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizacio-

nes se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado".

La decisión de atribuir al Consejo de Ministros la competencia para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de daños producidos por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional responde a una lícita opción del legislador (lo mismo que la de encomendar al Ministro de Justicia la instrucción del correspondiente procedimiento), que podría haber elegido otra distinta, como la que para el Poder Judicial establece el artículo 293.2 LOPJ. El riesgo de que la decisión del órgano competente para resolver comprometa la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional no tiene que ver con la jerarquía del órgano que resuelve sino con la existencia o no en el procedimiento seguido para declarar la responsabilidad del Estado por esa

■

*"...el recurso de amparo interpuesto por el recurrente no fue resuelto en un plazo razonable, al haber sufrido la tramitación del incidente de recusación formulado por él una paralización que no puede considerarse justificada, atendidas las circunstancias."*

■

causa de mecanismos que aseguren que la decisión adoptada no ha de suponer intromisión alguna en el funcionamiento del Tribunal.

En los procedimientos seguidos por la exigencia de responsabilidad patrimonial por actos del Poder Judicial esa garantía se ha observado, en ausencia de específica previsión legal al respecto, al entender el Consejo de Estado que su dictamen no podía extenderse a determinar si había existido o no funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por lo que en estos expedientes se requiere un informe previo del Consejo General del Poder Judicial sobre esta cuestión, cuya opinión es vinculante para la Administración, de modo que el Consejo de Estado sólo informa, si el Consejo General del Poder Judicial ha entendido ya que se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sobre los restantes aspectos de la reclamación administrativa.

Según expresa el Consejo de Estado, en su dictamen núm. 49.569 de 18 de septiembre de 1986, "reiteradamente tiene expuesto este Consejo de Estado que en virtud del principio de separación de poderes y asimismo del de independencia del Poder Judicial, contenidos ambos en la vigente Constitución, la apreciación de la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia corresponde exclusivamente a los órganos de dicho Poder Judicial, pudiendo solamente la Administración entrar a apreciar los aspectos de daño efectivo e individualizado y de la evaluación económica cuando previamente se haya realizado en el ámbito judicial la declaración positiva de existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia".

El nuevo apartado 5 del 139 LPAC responde a esta misma idea al imponer al Ministro de Justicia la remisión del expediente al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre si ha existido funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo de las cuestiones de inconstitucionalidad, pero es una exigencia consustancial al sistema porque deriva del principio constitucional de separación de poderes y responde a la necesidad de preservar al Tribunal Constitucional de posibles perturbaciones procedentes del Poder Ejecutivo, por lo que, aunque el citado precepto no estuviera en vigor cuando se presentó la reclamación que da origen a este proceso, ni lo esté en el momento de dictar esta resolución, la garantía que representa la intervención del Tribunal Constitucional debe considerarse exigible, en ausencia de dicha regulación legal.

La decisión del Tribunal Constitucional respecto a si ha incurrido o no en funcionamiento anormal, como la del Consejo General del Poder Judicial a que antes nos referimos, acaso sea vinculante para el Consejo de Ministros, pero es una decisión no jurisdiccional sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan en orden a su posible revisión jurisdiccional.

SÉPTIMO.- Llegados a este punto debemos pronunciarnos sobre varios obstáculos que podrían oponerse al examen de la cuestión de fondo planteada por la parte actora. Uno, que en el procedimiento administrativo iniciado a su instancia el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre si a su juicio han existido dilaciones indebidas en el recurso de amparo promovido por el recurrente, en particular en la resolución del incidente de recusación formulado contra dos magistrados del Tribunal Constitucional. Otro, que tampoco la Comisión Permanente del Consejo de Estado ha sido consultada conforme a lo previsto en el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, toda vez que el recurrente

reclama en concepto de indemnización una suma superior a los 6.000 € que señala ese precepto legal.

Finalmente, que tampoco el Consejo de Ministros ha decidido sobre la reclamación de responsabilidad presentada por el actor. La consideración de estos obstáculos como insalvables postularía la devolución del expediente al Ministerio de Justicia, ante el que se presentó la reclamación para que tras recabar el correspondiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, lo remitiera para su resolución al Consejo de Ministros.

Sin embargo, la Sala entiende que ninguno de esos obstáculos constituyen impedimentos que puedan limitar el derecho a la tutela judicial efectiva reclamada por el actor que requiere que el examen de la cuestión de fondo planteada sólo sea postergada cuando existan razones muy fundadas que impidan a la Sala su decisión. Y en el caso presente no concurren esas razones.

El Tribunal Constitucional pudo haberse pronunciado sobre si, a su juicio, había incurrido en dilaciones indebidas al resolver el incidente de recusación planteado por el recurrente, pero no lo hizo escudándose en un argumento que, siendo formalmente correcto, resultaba absolutamente insatisfactorio.

Ciertamente el Tribunal Constitucional no era competente para resolver la reclamación formulada pero tuvo ocasión de haber advertido lo que hubiera considerado pertinente acerca de las circunstancias que determinaron la demora de casi tres años en la decisión del incidente de recusación. No lo hizo, y esta omisión no puede perjudicar al recurrente que cumplió con la carga de presentar su reclamación ante un órgano de la Administración General del Estado, dentro del año siguiente al día en que tanto el Ministerio de Justicia como el Tribunal Constitucional le comunicaron que su reclamación no iba a ser resuelta.

Por semejantes argumentos podemos superar la ausencia del informe de la Comisión Permanente del Consejo de Estado. Aparte de que en estos casos, como en los de reclamaciones por funcionamiento anormal del Poder Judicial, su papel es mas limitado que en el de los procedimientos ordinarios de responsabilidad patrimonial de la Administración, como hemos expuesto en el anterior razonamiento, la parte actora no debe sufrir las consecuencias del error cometido por el Ministerio de Justicia al rechazar la reclamación sin continuar la instrucción del procedimiento en la forma debida. El dictamen del Consejo de Estado no es vinculante para la Administración y, obviamente, en cuanto se integra en la resolución final del procedimiento manifiesta una opinión que puede no ser seguida por los órganos

de esta jurisdicción, de modo que su ausencia no representa óbice alguno a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada por el recurrente.

Ciertamente el Consejo de Ministros no ha intervenido en la decisión del procedimiento iniciado por la reclamación del actor pero el Ministerio de Justicia en lugar de enviar esa reclamación al Tribunal Constitucional para que la resolviera debió haberlo hecho al Consejo de Ministros, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1 LPAC. Esta omisión del Ministerio de Justicia no debe retrasar aun mas la tutela judicial pedida por la parte actora, toda vez que no existen intereses públicos prevalentes que fueren a una decisión expresa del Consejo de Ministros dilatando una resolución que finalmente habría tenido que ser enjuiciada por esta Sala.

OCTAVO.- La cuestión de fondo planteada por la parte actora se concreta en determinar, por un lado, si el Tribunal Constitucional ha incurrido en dilaciones indebidas al resolver el recurso de amparo por dicha parte, en especial al haber permanecido el incidente de recusación presentado por él paralizado durante casi tres años (dos años, siete meses y diez y seis días) y, de otro, si dicha actuación del Tribunal Constitucional le ha ocasionado algún daño susceptible de reparación.

El artículo 24.2 CE incluye entre los derechos fundamentales de la persona, el que el artículo 14.3, c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconocía a toda persona acusada de un delito, el derecho "a ser juzgada sin dilaciones indebidas", aunque la Constitución lo extiende a todo tipo de procesos, entre los que se encuentran, como ya hemos indicado, los procesos seguidos ante el Tribunal Constitucional, como ha declarado el TEDH al interpretar del artículo 6.1 del Convenio, que en formulación positiva del mismo derecho establece el del justiciable a que su proceso sea decidido en un plazo razonable.

La indeterminación del concepto jurídico "plazo razonable" ha sido concretada por constante jurisprudencia del TEDH (sentencias de 27 de junio de 1968, caso Neumeister, 16 de julio de 1971, caso Ringisen y 28 de junio de 1978 caso Köning, entre las primeras, y sentencias de 25 de noviembre de 2003, caso Soto Sánchez, entre las mas recientes) en el sentido de que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse "según las circunstancias del caso y teniendo en cuenta fundamentalmente la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades competentes".

Estos mismos elementos son los que tiene en cuenta el Tribunal Constitucional desde su sentencia de

14 de julio de 1981. La de 21 de julio de 2008 se refiere a la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades, añadiendo que "la circunstancia de que las demoras en el proceso hayan sido consecuencia de las deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales, o del abrumador trabajo que pesa sobre alguno de ellos, si bien pudiera eximir de responsabilidad a las personas que los integran, de ningún modo alteran la conclusión del carácter injustificado del retraso." Pues bien, la aplicación de estos mismos criterios a la actuación del Tribunal Constitucional en el caso de que trae causa la presente reclamación no puede llevar a otra conclusión sino la de que el recurso de amparo interpuesto por el recurrente no fue resuelto en un plazo razonable, al haber sufrido la tramitación del incidente de recusación formulado por él una paralización que no puede considerarse justificada, atendidas las circunstancias.

En efecto, en este caso la complejidad del asunto era escasa; se trataba de resolver unas recusaciones basadas en unas causas fácilmente rechazables.

Buena prueba de ello es que, tras el cese como magistrado del Tribunal Constitucional del designado ponente para resolver el incidente de recusación, se nombró un nuevo ponente que resolvió el incidente en menos de tres meses (pese a que uno de ellos era el de agosto), y que el recurso de amparo fue inadmitido siete días después.

Independientemente de la decisión adoptada en el recurso de amparo interpuesto por el recurrente, el interés de éste en su terminación siempre es relevante porque, por definición, se encuentran comprometidos derechos fundamentales de quien busca el amparo constitucional, y en contra de lo sostenido por el Abogado del Estado, no cabe imputar al recurrente que haya colaborado en la dilación indebida al presentar una reclamación de modo extemporánea cuando el Tribunal Constitucional ya había dictado una resolución declarando inadmisibile el recurso de amparo interpuesto. No cabe tildar de extemporánea una recusación que el propio Tribunal Constitucional consideró presentada a su debido tiempo, y la diligencia del recurrente durante todo el periodo en que estuvo paralizado el incidente abierto como consecuencia de la recusación formulada por él se pone de manifiesto en que en ese periodo se dirigió hasta en cuatro ocasiones al Tribunal Constitucional instándole a la decisión de aquél, sin que dicho Tribunal le diera respuesta alguna.

Pero una cosa es que el Tribunal Constitucional haya incurrido en una

dilación indebida y otra muy distinta que ello determine automáticamente el derecho a una indemnización por parte del que la ha sufrido. Para que ello sea así es preciso, como sucede en todo supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, según ha declarado esta Sala en una doctrina tan repetida y conocida que no requiere una cita mas precisa, que el que reclama acredite la producción de un daño efectivo y que esa lesión pueda considerarse causalmente determinada por ese funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, y estas condiciones no concurren en los daños cuya reparación el demandante pretende de la Administración General del Estado.

El recurrente reclama 360.000€ en concepto de daños morales y

**"Por lo que se refiere a los daños morales, el recurrente alude a que el comportamiento del Tribunal Constitucional le ha causado lesiones psíquicas que le incapacitan para el ejercicio de su profesión de Abogado y daños en su dignidad como ciudadano, pero precisamente su condición de abogado le hubiera debido advertir de las escasas posibilidades de éxito que tenían..."**

12.022,94 € por daños materiales. Sin embargo, respecto a estos últimos cabe comenzar excluyendo cualquier relación de causalidad entre la actuación anormal del Tribunal Constitucional y los gastos que por aquel concepto reclama. En efecto, en este capítulo incluye el actor unos gastos por provisiones de fondos efectuadas a su Procurador y Abogado tanto para sostener el recurso de amparo como otros procesos previos seguidos ante la jurisdicción ordinaria, incluidas sendas querellas presentadas contra dos magistrados del Tribunal Constitucional, cuya relación directa con la paralización del incidente de recusación mencionado no tiene fundamento alguno.

Por lo que se refiere a los daños morales, el recurrente alude a que el comportamiento del Tribunal Consti-

tucional le ha causado lesiones psíquicas que le incapacitan para el ejercicio de su profesión de Abogado y daños en su dignidad como ciudadano, pero precisamente su condición de abogado le hubiera debido advertir de las escasas posibilidades de éxito que tenían tanto el recurso de amparo interpuesto como el incidente de recusación formulado. En cuanto a los daños que dice sufridos en su dignidad como ciudadano, el recurrente parece considerar que a toda dilación indebida cabe anular un daño susceptible de resarcimiento, en contra de lo que hemos indicado.

NOVENO.- Por lo expuesto procede estimar en parte el presente recurso, sin que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, proceda hacer declaración expresa sobre las costas causadas.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

#### FALLO

Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de D. Rafael, contra el acuerdo del Vicesecretario General del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2006 y contra el del Ministerio de Justicia de 17 de octubre de 2006, que se relacionan en el Encabezamiento de esta resolución.

Anulamos el acuerdo del Ministerio de Justicia de 17 de octubre de 2006.

Desestimamos las demás pretensiones deducidas en este proceso.

No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

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. Ramón Trillo Torres.- Mariano de Oro-Pulido y López.- Ricardo Enríquez Sancho.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- José Manuel Sieira Míguez.- Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herro.- Segundo Menéndez Pérez.- Juan José González Rivas.- Enrique Lecomberri Martí.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- Santiago Martínez-Vares García.- Eduardo Espín Templado.- Juan Gonzalo Martínez Micó.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Rafael Fernández Valverde.- Celsa Pico Lorenzo.- Octavio Juan Herrero Pina.- Emilio Frías Ponce.- José Díaz Delgado.- Eduardo Calvo Ro-

jas.- Manuel Martín Timón.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Ángel Aguillo Avilés.- Joaquín Huelin Martínez de Velasco.- María del Pilar Teso Gamella.- Juan Carlos Trillo Alonso.- José Antonio Montero Fernández.- María Isabel Perelló Doménech.

### VOTOS PARTICULARES

Voto Particular, que al amparo del art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Giménez a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo número 585/2008.

Con el máximo respeto, formulo el presente voto particular. La razón fundamental de mi discrepancia del parecer mayoritario del Pleno es que, a mi modo de ver, este recurso contencioso-administrativo era inadmisibles por falta de jurisdicción (art. 69 LJCA), extremo que puede y debe ser examinado de oficio por los órganos de este orden jurisdiccional (art. 5.2 LJCA).

Es preciso tomar como punto de partida el dato incontrovertible de que el actor pretendía una indemnización de daños y perjuicios, derivados de lo que él considera dilaciones indebidas del Tribunal Constitucional en resolver un incidente de recusación dentro de un recurso de amparo. Pues bien, al definir el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia indemnizatoria, el apartado e) del art. 2 LJCA dispone que corresponde a los órganos de este orden jurisdiccional conocer de "la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive".

Ello significa que las pretensiones por responsabilidad extracontractual incumben a la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que el daño provenga de una Administración pública; no, en cambio, cuando provenga de instituciones no administrativas. Resulta incuestionable que el Tribunal Constitucional no es en sí mismo una Administración pública. Sin embargo, al igual que ocurre con otros órganos previstos por la Constitución (Congreso de los Diputados, Senado, Defensor del Pueblo, etc.), el art. 1.3.a) LJCA encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de legalidad de "los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial" del Tribunal Constitucional. De aquí se sigue que excepcionalmente el legislador ha asimilado el Tribunal Constitucional a las Administraciones públicas en lo relativo a personal, administración y gestión patrimonial.

Los daños extracontractuales que, cuando operan en dichas materias, los servicios del Tribunal Constitu-

cional pueden ocasionar a terceros, por acción o por omisión, tienen indudablemente naturaleza administrativa y, por consiguiente, entran dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Cabe incluso sostener que también competen a ésta las pretensiones indemnizatorias por daños derivados de la pura actuación material de los servicios del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, los daños dimanantes de un accidente. En este último tipo de supuestos, aunque la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa guarde silencio, no hay diferencia relevante alguna entre las Administraciones públicas y los órganos constitucionales del Estado. No ocurre lo mismo, en cambio, cuando el pretendido daño proviene de actos -o de la omisión de actos- realizados en el ejercicio de la función específica del Tribunal Constitucional, es decir, el enjuiciamiento de procesos constitucionales, incluido el recurso de amparo: en este terreno, el Tribunal Constitucional no puede ser asimilado, a ningún efecto, a las Administraciones públicas, por lo que las pretensiones indemnizatorias por el modo en que el Tribunal Constitucional ha conducido un proceso constitucional no pueden basarse en el apartado e) del art. 2 LJCA. Están, así, fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dicho cuanto precede, es importante añadir otra consideración: incluso admitiendo a efectos puramente argumentativos que la jurisdicción contencioso administrativa alcanzase a pretensiones como la que es objeto del presente asunto -tal vez sobre la base de una supuesta analogía con la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 292 LOPJ)-, seguiría habiendo falta de jurisdicción por otra razón: uno de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración es que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar el daño (art. 141.1 LRJ-PAC) y, tratándose de lesiones que se dicen ocasionadas por actos u omisiones del Tribunal Constitucional en el curso de un proceso constitucional, el único modo de determinar si existe o no un deber jurídico de soportar el daño es, por definición, examinar la corrección del modo en que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo su función jurisdiccional.

Esto es algo que queda fuera de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues, como solemnemente establece el art. 4.2 LOTC, "las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado". Y ni que decir tiene que determinar si una resolución del Tribunal Constitucional es indebidamente tardía es un modo de fiscalizar aquélla.

Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y al que

se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, D. Ángel Aguillo Avilés y D<sup>a</sup> Isabel Perelló Doménech en la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el recurso número 585/2008.

Mi respetuosa discrepancia con algunos extremos de la decisión mayoritaria adoptada por el Pleno de la Sala se circunscribe a los siguientes:

Primero.- Considero que el recurso deducido contra la decisión del Tribunal Constitucional debió declararse inadmisibles. Tanto si por tal decisión se entiende la denegación, mediante silencio, de la pretensión indemnizatoria dirigida al "Pleno no jurisdiccional", como si se limita a la expresión de carencia de "habilitación legal para conocer de la reclamación", que formula el Vicesecretario General de aquel organismo, la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene atribuciones para enjuiciarla.

Ello es así, a mi juicio, porque las referidas decisiones no pueden calificarse de "actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial", únicos actos y reglamentos en relación con los cuales corresponde a esta jurisdicción conocer de las correlativas pretensiones que se hayan deducido (artículo 1, apartado tres, letra a, de la Ley Jurisdiccional).

De hecho, en el auto de 25 de septiembre de 2008, por el que esta Sala se declaró en principio competente para conocer del presente litigio, ya admitimos que la actuación recurrida (del Tribunal Constitucional) no podía encuadrarse entre los "actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial". Se dejaba entonces imprejuizado si era posible extender la jurisdicción contencioso administrativa a "otro tipo de actos" del Tribunal Constitucional, cuestión a la que debe darse, a mi juicio, una respuesta negativa. Las fronteras de nuestra jurisdicción se plasman en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley 29/1998 y fuera de las atribuciones que éstas nos confieren carecemos de base o cobertura para enjuiciar los actos y disposiciones de los demás órganos del Estado.

La inadmisibilidad de esta parte del recurso no impide, sin embargo, analizar la conformidad a derecho de la respuesta dada por la Administración del Estado a la pretensión indemnizatoria. En este punto coincido con la sentencia.

Segundo.- Discrepo asimismo de la solución adoptada en cuanto al pronunciamiento sobre el fondo. Si el Pleno considera -en lo que estoy de acuerdo- que el centro de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de las dila-

ciones indebidas del Tribunal Constitucional ha de ser precisamente el Consejo de Ministros, me parece que hubiera sido más coherente anular las resoluciones del Ministerio de Justicia objeto de litigio para que la reclamación patrimonial fuese resuelta precisamente por el Consejo de Ministros.

No creo, en consecuencia, que debiéramos haber entrado directamente en el fondo del debate sobre la existencia o inexistencia de los presupuestos determinantes de la responsabilidad. Frente a la reclamación patrimonial no se incoó en realidad ningún expediente administrativo, ni se oyó al Consejo de Estado, ni la cuestión fue sometida al único órgano que consideramos competente para resolverla, esto es, al Consejo de Ministros.

Sin estos trámites inexcusables y sin la decisión del órgano competente no resulta, a mi juicio, adecuado que el Tribunal Supremo decida directamente resolver la pertinencia de aquella reclamación en cuanto al fondo.

En supuestos más o menos análogos (ciertamente, no en todos) hemos decidido que procedía retrotraer las actuaciones para que el órgano administrativo competente se pronunciara previamente al respecto. La sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 1990, entre otras, adopta esta misma solución ante acciones de responsabilidad patrimonial contra el Estado resueltas por órgano administrativo incompetente y con omisión de trámites preceptivos.

Tercero.- Mi tercera y última discrepancia se refiere a la afirmación de que existieron dilaciones indebidas. Es cierto, sin duda, que hubo una demora en resolver el incidente de recusación, pero de ello no se sigue automáticamente que este retraso deba calificarse de "dilación indebida" en la acepción técnico-jurídica que estos términos han adquirido en nuestro ordenamiento.

La actuación del Tribunal Constitucional se adecua, en mi opinión, a los estándares temporales inevitablemente admisibles para resolver los recursos de amparo. Un tribunal de doce magistrados no puede, simplemente, dar respuesta rápida -esto es, sin dilaciones- a seis mil o siete mil demandas de amparo anuales, sin contar los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad más los conflictos de competencia.

Por muchos medios instrumentales (personales y materiales) de que disponga, salvo que los magistrados abdicasen de su responsabilidad -lo que, obviamente, es impensable- no podrán resolver en un tiempo breve y de modo fundado todas aquellas demandas. Podrán, además, dar prioridad a unos recursos frente a otros, en función de determinados criterios que ahora no es el caso desarrollar, y pos-

tergar incluso la resolución de aquellos en que se advierta ya a primera vista su carencia manifiesta de fundamento. Todo ello entra dentro del sentido común y de la razonabilidad.

La duración normal de los procesos de amparo no se ha excedido en este caso. El Tribunal Constitucional inadmitió en mayo del año 2000 el recurso de amparo presentado en octubre de 1999. La recusación se había formulado en el mismo mes de mayo de 2000, una vez dictada la providencia de inadmisión, y de nuevo la Sala Primera del Tribunal Constitucional resolvió en un tiempo razonable (junio de 2001) que debía reponerse aquella providencia originaria. Los derechos del recurrente fueron, pues, escrupulosamente respetados en ese intervalo.

Es cierto que desde el inicio de la pieza separada de recusación hasta su conclusión (octubre de 2004) transcurrió un tiempo en que el incidente estuvo paralizado. Pero lo realmente determinante, a mi juicio, es que el recurso de amparo rechazado a limine por primera vez en mayo del año 2000 y vuelto a rechazar finalmente en octubre de 2004 se resolvió en un plazo un tiempo que puede considerarse justificado dentro de los estándares temporales que se han de aplicar a un órgano con cometidos jurisdiccionales como son los propios del Tribunal Constitucional, sobrecargado de miles de demandas de amparo.

Hay que añadir, aunque tenga una menor relevancia, que la pretensión del solicitante de amparo consistía en realidad en utilizar el Tribunal Constitucional como una instancia más para conseguir lo que no había conseguido ante los tribunales ordinarios del orden social. Su recurso de amparo era extemporáneo, por un lado, y manifiestamente infundado por otro, como era igualmente infundado el incidente de recusación (uno más entre los que dedujo a lo largo del proceso constitucional, en el que ulteriormente recusaría a todos los magistrados excepto a la Presidenta) resuelto en octubre de 2004. En estas circunstancias, lo que se pedía al Tribunal Constitucional -como, por lo demás, es desgraciadamente frecuente- no debía de ser una pretensión que desvirtuaba el sentido del amparo.

La ausencia de "dilación indebida" hacía innecesario el análisis del daño supuestamente producido. Sobre su inexistencia en este supuesto coincidió con la conclusión de la sentencia.

En consecuencia, estimo que el recurso debió declararse parcialmente inadmisión (en cuanto se dirigía contra los actos emanados del Tribunal Constitucional) y desestimarse en lo que concierne a la pretensión de responsabilidad patrimonial imputada a la Administración del Estado.

Manuel Campos Sánchez-Bordona.- José Manuel Bandrés Sánchez-

Cruzat.- Ángel Aguillo Avilés.- Isabel Perelló Doménech.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voto Particular fecha 27/12/2009  
Voto Particular que formula la Magistrada Excm. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Teso Gamella, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo, a la sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 26 de noviembre de 2009 recaída en el recurso contencioso administrativo 585/2008 C contencioso administrativo 585/2008. Seguidamente citaré mis coincidencias con la sentencia y expondré las razones que explican mi disenso y que debieron dar lugar a la desestimación del expresado recurso.

Coincido con la idea que subyace en la sentencia sobre la atribución a esta jurisdicción del conocimiento de la pretensión que se ejercita en el presente recurso, ex artículos 9.4 de la LOPJ y 1.1, en relación con el 1.3.a), de la LJCA, en materia de responsabilidad patrimonial, como actividad típicamente administrativa y, por tanto, sujeta al Derecho administrativo.

También coincido en que esta Sala resulta judicialmente competente, dentro de nuestra jurisdicción, para tal enjuiciamiento, ex artículo 12.1.a) de la LJCA, una vez que la competencia administrativa para resolver este tipo de reclamaciones corresponde al Consejo de Ministros, según la conclusión que se alcanza en la sentencia y que también comparto. Y coincido esencialmente, en fin, en la aplicación del artículo 9.3 de la CE sobre la responsabilidad de los poderes públicos.

La discrepancia de la sentencia se reduce a las siguientes cuestiones:

Primero.- Considero que no podemos pronunciarnos sobre la interpretación y el alcance que debe hacerse de una norma que no resulta de aplicación al caso. Así es, la reforma de la Ley 30/1992, llevada a cabo mediante Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que añade un apartado 5 al artículo 139, no resulta de aplicación "ratione temporis", pues la citada reforma no contiene ninguna previsión transitoria al respecto.

La indicada reforma efectivamente puede ser citada, como hace la sentencia, como criterio hermenéutico para abundar en una interpretación del régimen aplicable o para explicar las diferencias entre el régimen jurídico alumbrado con posterioridad y el correspondiente a la situación inmediatamente anterior, pero no para, al propio tiempo, hacer consideraciones, expresando una concreta interpretación, sobre la norma nueva.

Las referencias, por tanto, y el examen del procedimiento que dibuja el

reciente artículo 139.5 de la Ley 30/1992 y, singularmente, la determinación de la naturaleza de alguno de sus trámites, que se hace en el fundamento de derecho sexto, así como las consideraciones realizadas respecto de los "obstáculos" que podrían impedir el análisis de la cuestión de fondo suscitada que se aborda en el fundamento séptimo, indican que, a pesar de reconocer la sentencia que la reforma no es aplicable, se examina e interpreta el estándar de actuación marcado por el legislador con posterioridad. De modo que cuando se señala que la intervención del Tribunal Constitucional constituye "una decisión no jurisdiccional sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan", la sentencia se está pronunciando sobre la naturaleza y el más que previsible alcance de un trámite previsto en una norma no aplicable al caso, y sobre la que a buen seguro nos habremos de pronunciar en el futuro.

Es cierto que la situación anterior a la reforma constituye un peculiar caso de ausencia de regulación legal, pero precisamente por tal razón dicha laguna normativa ha de ser integrada acudiendo a otras previsiones normativas expresas de contenido equivalente, como es la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y esta operación jurídica, propia de todo sistema normativo, ha de realizarse, en todo caso, sin adelantarse ni comprometer la interpretación que hagamos en el porvenir sobre el mentado artículo 139.5 de la Ley 30/1992.

Segundo.- Debo expresar mi desacuerdo también con el análisis de la cuestión de fondo que se hace en el fundamento de derecho octavo de la sentencia, pues si no hay lesión resarcible, por falta de daño real y efectivo que reparar, carece de sentido que nos pronunciemos sobre el título de imputación del daño, esto es, sobre el carácter indebido, o no, de la dilación invocada.

Cuando no hay lesión porque, respecto de los daños morales, la sentencia declara que no concurren, y cuando, respecto de los daños materiales, tampoco procede indemnización porque no hay relación de causalidad entre los invocados y la actuación del Tribunal Constitucional, qué sentido tiene que indagemos sobre las causas de un retraso que no le ha ocasionado el daño sobre el que, entonces en vía administrativa, sustentaba su reclamación, y sobre el que, ahora en sede jurisdiccional, fundamenta su pretensión indemnizatoria.

La falta de uno de los elementos básicos -la lesión- de la responsabilidad patrimonial (artículos 106.2 de la CE y 139 de la Ley 30/1992) que es el género, en que se integra a estos efectos, como especie cualificada, este singular supuesto de dilaciones indebidas, hace improcedente determinar si el retraso o la dilación

reviste el carácter de indebida, ni, por tanto, examinar las circunstancias concretas que integran el citado concepto jurídico indeterminado.

Tercero.- Y, en fin, no puedo sino disentar del fallo de la sentencia porque debió ser desestimatorio de la pretensión ejercitada por el recurrente, y no de estimación parcial.

En el recurso contencioso administrativo se impugnaban dos actos administrativos, que se relacionan en el primer fundamento de la sentencia - Resolución del Ministerio de Justicia y Resolución del Vicesecretario General del Tribunal Constitucional -, acordando la estimación parcial al anular la primera resolución. Esta anulación parece obedecer a que el Ministerio de Justicia debió remitir el expediente al Consejo de Ministros como órgano competente para resolver, o encargarse de sustanciar un procedimiento con la intervención del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional.

Pues bien, considero que únicamente procedería anular la indicada resolución administrativa si se tratara de reponer actuaciones a un momento concreto del procedimiento administrativo para que continuara su tramitación o se procediera a su resolución mediante su remisión al órgano competente, es decir, para corregir lo que debió hacerse y no se hizo, pero no en el caso examinado en el que, al disponer de todos los elementos de juicio, la Sala decide, cualquiera que fueran las incidencias de procedimiento acaecidas, entrar en el fondo y desestimar la pretensión indemnizatoria ejercitada porque obviamente entendemos que la reclamación ha sido presuntamente desestimada.

Máxime cuando el acto administrativo anulado por la sentencia se limitó a señalar que la documentación había sido remitida al Tribunal Constitucional.

Y teniendo en cuenta que la referencia a la falta de competencia que se hace en dicha resolución del Ministerio de Justicia es para indicar que la misma ya había sido acordada en una resolución anterior del mismo Ministerio, de 13 de diciembre de 2005. Y digo esto por las consecuencias que podrían derivarse respecto de la prescripción de la acción, ex artículo 142.5 de la Ley 30/1992 o de la inadmisibilidad del recurso, ex artículo 28, en relación con el 69.c), de la LJCA, al ser reproducción de otro acto anterior firme por consentido.

Fdo: M<sup>a</sup> Pilar Teso Gamella Fdo: Rafael Fernández-Montalvo.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia juntamente con los votos particulares por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretaria de la misma, certifico.



## RESEÑA

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



2009/276000

TS Sala 1ª, Sentencia 2 diciembre 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

### Desestimación unilateral anticipado por arrendatario del derecho de opción de compra

El TS declara no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP que se confirma. Esta Sala no considera como violada la doctrina jurisprudencial relativa al derecho de opción de compra, toda vez que con dicho contrato una parte concede a la otra la facultad de decidir sobre la celebración o no del contrato principal, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en determinadas condiciones, por lo que cabe el desistimiento unilateral y anticipado como hizo la parte recurrida -arrendataria-, ante el imposible ejercicio del derecho de opción por la actora al carecer de poder de disposición sobre el inmueble, ya que nunca tuvo la titularidad del mismo no figurando como titular registral de la finca arrendada.

2009/276004

TS Sala 1ª, Sentencia 12 noviembre 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Determinación de indemnización a favor del arrendador en arrendamiento de cosa futura

El TS declara no ha lugar al recurso por infracción procesal y estima el de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP, que se casa y anula para confirmar la de instancia. La Sala considera que no es ajustada a derecho la sentencia de instancia que rebajó la cuantía de la indemnización correspondiente a la arrendadora por el incumplimiento por la arrendataria del contrato de arrendamiento de cosa futura, pues para fijar la misma hay que tener en cuenta la pérdida de una subvención que le había sido concedida para edificar un hotel a la que renunció al celebrar aquel contrato y destinar la construcción a una residencia de personas mayores; los mayores costes en

la construcción de la residencia, y la pérdida de los alquileres que estaban previstos para veinticinco años, dada la notoria relación causal de estos conceptos indemnizatorio con la ejecución del proyecto de residencia y, por tanto, con el injustificado abandono del mismo por la demandada.



2009/245681

TS Sala 2ª, Sentencia 9 octubre 2009.  
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

### Delito de malversación impropia

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito de malversación impropia. El TS verifica que la Audiencia tuvo en consideración, para obtener su convicción probatoria, la declaración que prestó el acusado en la vista oral del juicio, en la que justificó su conducta y dio cuenta de su comportamiento con respecto a los bienes embargados. Y también ponderó el Tribunal la forma en que se practicaron ambos embargos y la posible falta de meticulosidad a la hora de embargar los bienes la segunda comisión judicial, dando a entender o dejando entrever que es posible que existieran otros bienes que no se reseñaron por no realizarse la diligencia de forma minuciosa o con el debido rigor.

2009/245686

TS Sala 2ª, Sentencia 16 octubre 2009.  
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

### Exclusión de las costas causadas por la acusación particular

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto de la condena en costas impuesta al recurrente las correspondientes a la acusación particular, al no haberse solicitado éstas por ninguna de la acusaciones, pues hallándonos ante una cuestión de naturaleza estricta-

mente civil, rige en esta materia, desde el punto de vista procesal, el principio de rogación, que supone la previa necesidad de la formulación de la pretensión, como requisito "sine qua non" para conocer de ella y abrir, así, la posibilidad de su estimación, previo el debate correspondiente.



2009/265764

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 20 octubre 2009.  
Ponente: Dª Mª Isabel Perelló Domenech

### Vulneración del derecho de defensa del Abogado del Estado al aplicar de oficio la Sala la norma más beneficiosa

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional recaída en recurso sobre sanción por infracción de la Ley de Auditoría de Cuentas. La Sala considera que la actuación del órgano "a quo" mermó el derecho de defensa de la Administración recurrente por cuanto, en vez de requerir a las partes para que alegaran sobre el particular relativo a la aplicación retroactiva de la reforma legal operada, se limitó a emprender de oficio una operación de subsunción de los hechos objeto de sanción en el nuevo cuadro de tipificaciones contemplado en los arts 16 y 17 Ley 19/88, en la modificación de la Ley 44/2002, sin dar ocasión a las partes de formular alegaciones que estimaran convenientes, impidiendo el debate procesal con evidente omisión del trámite del art. 33 Ley 29/1998.

2009/265770

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 15 octubre 2009.  
Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

### Inadmisión del recurso por los efectos negativos de la excepción de cosa juzgada

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto frente a la STSJ de Navarra que declaró inadmisibile el re-

curso contencioso en cuanto a la pretensión principal, consistente en la impugnación de la desestimación por silencio del recurso de alzada deducido contra la resolución que denegó el traslado de la oficina de farmacia de la recurrente, desde el núm. 15 de la calle en la que se encuentra al local existente en el número 21 de la misma calle, autorizando tan sólo el traslado al local designado por la solicitante pero sin que el acceso se pueda realizar por la calle en que se encuentra ahora. La Sala considera que concurre la causa de inadmisión de cosa juzgada, pues en las sentencias examinadas, las partes eran las mismas por más que en este supuesto la demandante actúe como recurrente y no como codemandada, y el objeto y las pretensiones son idénticas, el traslado de la oficina de farmacia de la hoy recurrente al local que finalmente se le denegó, y las alegaciones también eran conocidas en cuanto a las razones del traslado la resolución del contrato de arrendamiento y la posterior demolición y construcción de un nuevo edificio para satisfacer la necesidades de la arrendadora, hechos y fundamentos jurídicos que fueron ya conocidos en los procesos anteriores.



2009/245786

TS Sala 4ª, Sentencia 16 septiembre 2009.  
Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

### Inaplicación de bases medias a pensión de jubilación de trabajador migrante

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el jubilado demandante frente a sentencia sobre cálculo de la pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social española respecto de trabajadores que tienen acreditadas cotizaciones también en la Seguridad Social de otros Países de la Unión Europea. La Sala señala que la única cuestión planteada es la del módulo de cálculo de la pensión -bien las bases de cotización correspondientes a los ocho años inmediatamente anteriores a la interrupción de su cotización a la Seguridad Social española, como ha declarado la sentencia recurrida, o bien las bases medias-; partiendo del cambio jurisprudencial ocurrido tras la STS 9 de marzo de 1999, por aplicación de la sentencia TJCE de 17 diciembre 1998, ya no es posible aplicar el cálculo de la pensión sobre las bases medias aunque sí el recurrente hubiera invocado la aplicación, como posible norma más favorable, del Convenio Hispano Francés de Seguridad Social de fecha 31 octubre 1974, el resultado habría sido otro porque se encontraría entre las situaciones en las que continúa siendo de aplicación la doctrina del TS sobre las bases medias.