



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 2809

Madrid, martes 23 de marzo de 2010



TS PENAL

2009/259111

TS Sala 2ª, Sentencia 8 octubre 2009. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Al no probarse el ánimo de defraudar **Absolución del delito de alzamiento de bienes**

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de alzamiento de bienes. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues constan datos objetivos indiciarios que permiten inferir otras hipótesis alternativas fácticas, distintas a la acogida por el tribunal de instancia, que tienen un grado importante de verosimilitud. Ello significa que los indicios base de que se valió la Audiencia para fundamentar su convicción propician la obtención de una hipótesis fáctica abierta y débil, por lo que no cabe acoger como probado que el acusado actuó con el ánimo de ocultar o evadir el dinero y de perjudicar a los acreedores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, el 21 de noviembre de 2008, se absuelve al ahora recurrente, Eduardo, de un delito continuado de estafa, y se le condena como autor de un delito de alzamiento impropio de bienes, previsto en el art. 257.2 del C. Penal, a un año de prisión y doce meses de multa, a razón de seis euros diarios.

El acusado recurre en casación y alega tres motivos: infracción de ley por aplicación indebida del art. 257 del C. Penal; vulneración del derecho a la presunción de inocencia; y quebrantamiento de forma por predeterminación del fallo.

Razones de sistemática y de orden metodológico nos llevan a ordenar los motivos del recurso con una prioridad distinta a la que se expone en el escrito de la parte. De modo que se examinará en primer lugar el que denuncia quebrantamiento de forma, después el que atañe a la vulneración del derecho a

la presunción de inocencia, y, por último, el que alega la violación de la norma penal.

SEGUNDO.- 1. Como tercer motivo, y por la vía del art. 851.1 de la LECr., alega el recurrente que la sentencia incurre en quebrantamiento de forma por introducir en el relato fáctico palabras, frases y expresiones que predeterminan el fallo.

En concreto, se queja de que en el hecho segundo de la sentencia se exponga la siguiente frase: "en el momento en que se le embargó la cuenta bancaria comenzó a percibir todas las cantidades en mano y no en cuenta como así había venido haciendo". Y también cuestiona que, después de describirse un ingreso en su cuenta por la suma de 30.000 euros, el Tribunal se refiera a la conducta del acusado con la expresión "Extrayendo dicha cantidad de forma inmediata". E, igualmente, considera que predetermina el fallo de forma incorrecta la afirmación "haciendo lo propio con los 44.000 euros recibidos el 11 de mayo de 2006..."

Según el impugnante, todas esas frases contienen juicios de valor que por sí solos prejuzgan el fallo condenatorio e impiden tomar en consideración los hechos realmente sucedidos.

2. Establece numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1 de la LECr. es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre al núcleo del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (SSTS núm. 667/2000, de 12-4; 1121/2003, de 10-9; 401/2006, de 10-4; 755/2008, de 26-11; 131/2009, de 12-2; y 381/2009, de 14-4, entre otras muchas).

De otra parte, también se ha argumentado de forma reiterada por este Tribunal de Casación que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio (SSTS 152/2006, de 1-2; y 755/2008, de 26-11). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS 429/2003 de 21-3; 249/2004, de 26-2; 280/2004, de 8-3; 409/2004, de 24-3; 893/2005, de 6-7; 755/2008, de 26-11).

3. La alegación impugnatoria de la parte recurrente no puede acogerse, puesto que las expresiones y frases que reseña no incurren en el vicio de

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Pensión de jubilación de maestra de grupo A **4**

TS

CIVIL

Improcedente causa resolutoria de local de comercio no abierto al público **6**

PENAL

Absolución del delito de alzamiento de bienes **1**

ADMINISTRATIVO

Ejecución de la orden de extradición declarada procedente por la Audiencia Nacional **8**

Aplicación del régimen de disciplina e intervención de entidades de crédito a las entidades de tasación inmobiliaria **9**

SOCIAL

Responsabilidad proporcional del Ministerio de Educación y del INSS en el pago de prestación por IPT **12**

Inexistente vulneración de libertad sindical en negociación de pacto extraestatutario **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

quebrantamiento de forma que denuncia.

En efecto, la afirmación de que el acusado "comenzó a percibir todas las cantidades en mano" y no a través de su cuenta corriente no contiene ninguna expresión técnico-jurídica, sino que se trata de una frase que se integra con palabras del lenguaje común u ordinario y cuya intelección resulta totalmente asequible y comprensible para el ciudadano medio. Y si bien es cierto que contribuye a determinar el fallo, ello sucede normalmente con todas las expresiones y frases que se plasman en la premisa fáctica de una sentencia, pues de no ser así habría que construir la condena sobre un vacío fáctico y el silogismo sentenciador resultaría incoherente.

Y otro tanto debe decirse con respecto a la frase en que se afirma que el acusado "extrajo los 30.000 euros de la cuenta bancaria de forma inmediata". Se trata también de expresiones perfectamente descriptivas y con un contenido natural y coloquial que cualquiera puede comprender, sin que pueda tampoco argüirse que contienen el carácter jurídico o axiológico propio del lenguaje técnico de la norma penal. Conclusión que también se hace extensible por las mismas razones a la frase "haciendo lo propio con los 44.000 euros recibidos el 11 de mayo de 2006...".

Así las cosas, sólo cabe desestimar este motivo de impugnación.

TERCERO.- 1. En el motivo segundo del recurso, y con cita del art. 24 de la Constitución, aduce el recurrente que la sentencia vulnera el derecho a la presunción de inocencia. A este respecto, argumenta que no es cierto que obstaculizara el pago de las deudas ni tampoco que ocultara bien alguno en perjuicio de sus acreedores. Además de esgrimir que no era consciente de la existencia de los embargos, afirma que el uso que hizo de las cantidades ingresadas en la cuenta bancaria fue siempre encaminado a hacer frente a los pagos que iba generando su negocio de reparación y reconstrucción de viviendas. Sólo pretendió en todo momento -dice- pagar las nóminas, la Seguridad Social y otras deudas de su empresa con el fin de sacarla a flote. Al inferirse en la sentencia recurrida que actuaba con el propósito de evadir el pago de sus deudas y de perjudicar a los acreedores, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia. Estas afirmaciones -señala- se contradicen con lo que aparece

plasmado en el extracto de su cuenta del Banco de Santander en la fecha en que tuvieron lugar los hechos (folio 332 de la causa), prueba documental que excluiría de plano la conclusión que establece la sentencia de instancia.

En el relato fáctico de la sentencia recurrida se le imputa al acusado el impago de las deudas que tenía con algunos clientes con los que había estipulado la reconstrucción o reparación de sus viviendas. Y en concreto se le atribuyen dos episodios singulares que fueron los que acabaron determinando la condena penal. El primero se refiere a que, después de haberse embargado sus bienes y sus cuentas bancarias por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Ciudad Rodrigo en el proceso de ejecución 80/2006, prosiguió haciendo cargos en la cuenta del Banco de Santander que tenía abierta en la sucursal de la calle Rúa mayor de Salamanca, de modo que -dice la sentencia-, habiéndole sido ingresada en esa cuenta la suma de 30.000 euros el 17 de marzo de 2006, el acusado "extrajo dicha cantidad de forma inmediata". Y el segundo episodio incriminatorio que se especifica en la sentencia se centra en que a uno de los clientes, Héctor, le pidió expresamente que le abonara en mano la suma de 44.000 euros con el fin de que el dinero no ingresara en la cuenta que tenía embargada.

El acusado no niega en su escrito de impugnación que tuviera diferentes deudas con motivo de sus trabajos en el ramo de la construcción, y tampoco niega los dos episodios que se acaban de referir. Lo que sí cuestiona es que las salidas de dinero de la cuenta corriente referida y el cobro de los 44.000 euros en metálico tuvieran como objetivo evitar que los acreedores cobraran u ocultar sus bienes con el fin de perjudicarlos no pagándoles.

2. Pues bien, con respecto al primer elemento incriminatorio que se reseña en la Sentencia la retirada de los 30.000 euros de la cuenta que tenía abierta el acusado en la referida sucursal del Banco de Santander, el análisis del extracto bancario en el que aparecen los movimientos de la cuenta no permite colegir que el acusado extrajera el dinero de forma inmediata con el fin de ocultar o evadir su patrimonio y de no pagar a los acreedores. Se llega a tal convicción porque en el documento bancario (folio 332 de la causa) se aprecia que los 30.000 euros los ingresa Raquel con el fin de atender a los gastos de la re-

forma de su vivienda, el día 17 de marzo de 2006, fecha en la que el Banco carga en la cuenta un recibo de Pedro Francisco por un importe de 1.276 euros. Ese mismo día consta una transferencia a favor de la empresa del acusado, Rústicas Gasol S.L., por la cantidad de 15.000 euros. Y también se abona el mismo día el pago de un cheque por el importe de 2.408,38 euros. El día 20 de marzo se abonan dos cheques contra esa cuenta: uno por 1.200 euros y otro por 800 euros. Y el 28 de marzo se paga otro cheque compensado por importe de 1.500 euros.

Por consiguiente, y tal como alega el recurrente, los 30.000 euros no fueron extraídos por el acusado de inmediato de la cuenta corriente y en un solo acto, como se viene a decir en la sentencia recurrida, sino que se extrajeron en varios días y para realizar pagos diversos. Ello otorga un alto grado de verosimilitud a la versión del recurrente, en el sentido de que los 30.000 euros fueron destinados sucesivamente al pago de distintos cargos relacionados con la empresa de restauraciones y reparaciones de viviendas que regentaba, y que desde luego no pasaba por un buen momento económico.

Pero es más, al ahondar en el análisis del extracto bancario, se comprueba que el acusado prosiguió operando con esa cuenta corriente en los meses sucesivos, pues constan diversos cargos en los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre del mismo año 2006, cargos que se refieren a diferentes recibos de particulares, pagos de impuestos, liquidaciones de contratos, etcétera. Incluso el 11 de mayo de 2006 la cuenta aparece con un saldo positivo de 1.195 euros. Difícilmente puede entonces concluirse que el acusado retirara de inmediato la suma de 30.000 euros de su cuenta corriente con el fin de evadir su patrimonio y no pagar a los acreedores.

3. Y a la misma conclusión ha de llegarse con respecto al dato relativo a que el acusado le pidió al cliente Héctor que le diera en mano la suma de 44.000 euros con el fin de no ingresarla en la cuenta corriente debido a que la tenía embargada, suma que le fue entregada el 11 de mayo de 2006.

En este caso la propia sentencia recoge como hecho probado que esa suma la recibió el acusado como anticipo para la reforma de la vivienda de Héctor, reforma que finalmente el acusado no realizó, por lo que el

cliente lo denunció por estafa, absolviéndosele de ese delito en esta misma causa. El Tribunal de instancia consideró, pues, que el incumplimiento del acusado se debió a problemas surgidos en la empresa y no a que actuara con un dolo defraudatorio precedente al contrato de obra.

Si los 44.000 euros los recibió el acusado como anticipo y provisión de fondos para poder iniciar una obra de Héctor, ello quiere decir que se trataba de la entrega de un dinero destinado a un fin concreto de un cliente, cual era el realizar los desembolsos necesarios para realizar la obra que aquél le encarga. De ahí que, en principio, no pueda inferirse del hecho de que ese dinero lo recibiera en mano que el acusado esté ocultando o evadiendo un dinero propio con fines de no pagar la deuda que se está ejecutando por un Juzgado Civil. Este mismo argumento también ha de extenderse al supuesto anteriormente analizado relativo al ingreso bancario de los 30.000 euros, pues también en este caso se trataba de una cantidad que había abonado como anticipo Raquel para la reforma de su vivienda.

Por lo demás, el relato de hechos probados de la sentencia impugnada recoge varios incumplimientos contractuales del acusado con motivo de realizar obras de reforma en viviendas de algunos clientes, sin que el Tribunal, finalmente, considere que se está ante supuestos defraudatorios incardinables en el tipo penal de la estafa sino ante meros incumplimientos de carácter jurídico privado. Esa misma convicción entendemos que debió también extenderse a los movimientos de su cuenta bancaria y al cobro de algunos anticipos en metálico.

4. El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado cuando se refiere a la prueba indiciaria que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando -dice el Tribunal Constitucional- la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclu-

siones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, 220/1998, 124/2001 y 137/2002).

Pues bien, en el presente caso constan datos objetivos indiciarios, tal como se ha argumentado, que permiten inferir otras hipótesis alternativas fácticas distintas a la acogida por el Tribunal de instancia que tienen un grado importante de verosimilitud. Ello significa que los indicios base de que se valió la Audiencia para fundamentar su convicción propician la obtención de una hipótesis fáctica abierta y débil, por lo que no cabía acoger como probado que el acusado actuó con el ánimo de ocultar o evadir el dinero y de perjudicar a los acreedores.

Se estima, por consiguiente, este motivo de impugnación al no asumirse las inferencias que se hacen en la sentencia de instancia a partir de los datos indiciarios que concurren en la causa.

CUARTO.- 1. La estimación del motivo anterior aboca en este caso a apreciar también el motivo primero del recurso, formalizado por infracción de ley, y ha de entenderse -aunque no lo cita el recurrente- que al amparo del art. 849.1º de la LECr., pues alega que la Sala de instancia aplicó indebidamente el art. 257.2 del C. Penal.

Los argumentos expuestos en el fundamento precedente acerca del material probatorio de cargo constatan que no se dan en el presente caso los elementos propios del delito de alzamiento de bienes.

En primer lugar, porque, tal como se razonó al examinar el contenido de la cuenta corriente que el acusado tenía abierta en la sucursal del Banco de Santander, lo que hizo el día 17 de marzo y en las fechas posteriores al ingreso de 30.000 euros, fue realizar distintos pagos relacionados con la empresa de reforma de viviendas que dirige. Por ello, no cabe inferir que estuviera impidiendo u obstaculizando que su patrimonio fuera destinado al pago de sus acreedores, sino que realmente lo que hacía era pagar a unos acreedores y no hacer lo mismo con otros debido a que la cuenta se quedó en números rojos a causa de la situación de insolvencia por la que atravesaba la empresa.

Sobre este particular, la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que no concurre el delito de alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente en determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas

relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de delito ahora examinado (SSTS 1170/2001, de 18-6; 1962/2002, de 21-11; 1471/2004, de 15-12; 1052/2005, de 20-9; 1604/2005, de 21-11; y 19/2006, de 19-1).

Por consiguiente, en el presente caso el hecho de que el acusado destinara el dinero a efectuar pagos que todo indica que estaban directamente relacionados con deudas de la empresa excluiría la aplicación del tipo penal, máxime cuando las dos cantidades que se refieren en el relato fáctico como indicios objetivos de la conducta defraudatoria (30.000 y 44.000 euros) eran dos anticipos destinados a iniciar dos obras concretas de dos clientes, tal como se reseña en la propia narración de hechos.

No obstante, el hecho de que la condena haya sido dictada en aplicación del art. 257.1.2 del C. Penal (impedir la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio mediante cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones) nos obliga a realizar algunas consideraciones sobre esta modalidad de alzamiento de bienes y el pago efectuado como favorecimiento de algunos acreedores.

En efecto, tal como ya se ha reseñado, la jurisprudencia ha seguido una línea uniforme en orden a la inaplicación del delito de alzamiento de bienes cuando el dinero se destina al pago de otras deudas existentes. Sin embargo, se suscita el interrogante de si esa doctrina sigue vigente cuando se trata de aplicar la modalidad de alzamiento del art. 257.1.2 del C. Penal.

La sentencia 1536/2001, de 23 de julio, supuso en cierta medida una modificación de la doctrina tradicional sobre la atipicidad de la conducta cuando el deudor se limita a favorecer a unos acreedores frente a otros, si bien referida a la modalidad específica de alzamiento del art. 257.1.2 del C. Penal. En la sentencia se argumenta en el sentido siguiente:

“Se estará ante una conducta de favorecimiento de acreedores, situada extramuros del Código Penal cuando el futuro insolvente solvente sus deudas con alguno de los acreedores, perjudicando al resto siempre que aquél no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago, por el contrario, cuando exista este constreñimiento jurídico debe estimarse que no existe causa de justificación que ampare tal anticipación de pago, y que en consecuencia en la medida que con el pago efectuado se ha constituido en una situación de insolvencia, es decir sin bienes, ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquel acreedor que ostentaba un crédito ya realizable, ha de estimarse tal acción como incurso en el nuevo supuesto contemplado en el

art. 257-1 párrafo segundo que solo exige que el crédito pretendido sea ejecutivo, habiéndose ya iniciado la ejecución o siendo previsible su iniciación, debiéndose deducirse el elemento subjetivo tendencial consistente en la intención de causar perjuicio a los acreedores, como objetivo intentado, sin que se exija su efectividad, de la propia prueba indiciaria que exista al respecto en el supuesto contemplado, ya que, la acreditación de este elemento interno, como juicio de intenciones que anima la acción del culpable, se acreditará más bien por prueba indirecta o indiciaria, que por prueba directa - STS de 20 de enero de 1997-.

Sin embargo, en la sentencia 1052/2005, de 20 de septiembre, se dictó un fallo absolutorio al no aplicarse el art. 257.1.2 del C. Penal a una conducta consistente en destinar el dinero procedente de la venta de dos fincas al pago de otras deudas, una de las cuales incluso no estaba vencida. Aquí se operó con la doctrina tradicional sobre el tipo genérico de alzamiento de bienes, pues se argumentó que “no hay alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos”.

Pues bien, a la hora de dirimir el dilema interpretativo tan gráficamente expresado en el contenido de las dos sentencias citadas, se considera que concurren argumentos de mayor peso para sostener una aplicación restrictiva del tipo penal del art. 257.1.2.

En primer lugar, porque al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podrían vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado.

La aplicación del art. 257.1.2 del C. Penal en esos casos resulta de difícil justificación debido a la irrelevancia del menoscabo del bien jurídico que protege el delito de alzamiento de bienes. La aplicación del tipo penal sólo cabría justificarla mediante el encubrimiento de otro bien jurídico complementario que legitimara la aplicación del precepto nutriéndolo de una nueva antijuridicidad. Podría hablarse entonces de una posible protección de la administración de justicia, al promoverse la eficacia de los juicios de ejecución y de apremio. Ello implicaría, sin embargo, una interpretación de la norma excesivamente amplia, pues se volatizaría de modo sustancial la tutela del bien jurídico protegido en el capítulo de las insolvencias punibles para extender la aplicación del precepto a supuestos que deberían incardinarse en otros títulos del texto penal.

De otra parte, el hecho de que se haya tipificado en el C. Penal actual de forma específica el favorecimiento de acreedores como delito en el art. 259, sólo para el supuesto de que la posesión de acreedores se lleve a cabo cuando haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso de acreedores, puede ser indicativo de que, a contrario sensu, el objetivo del legislador sea realmente desplazar fuera del sistema penal los favorecimientos de acreedores previos a las situaciones concursales formalizadas.

A la misma conclusión excluyente de la tipicidad nos conduce la propia redacción del art. 257.1.2 cuando se refiere a un procedimiento “iniciado o de previsible iniciación”. El hecho de que la norma no sólo proteja los créditos ya reclamados en procedimientos judiciales y extrajudiciales o administrativos, sino también aquellos de previsible reclamación en uno de esos procedimientos, entrañaría, en el caso de que se subsuman en la norma penal los supuestos de favorecimiento de acreedores, la expansión del Derecho penal a numerosas situaciones conflictivas de posesión de acreedores en las que el deudor no se haya realmente insolventado con su conducta, introduciendo en el ámbito punitivo todas las cuestiones relativas a la prelación de créditos, con lo que se hipertrofiaría su contenido y se desnaturalizarían sus funciones.

Desde la perspectiva, pues, del elemento objetivo del tipo penal, al no constatarse en este caso que el acusado estuviera ocultando o evadiendo el patrimonio para generar insolvencia en perjuicio de los acreedores, no cabe apreciar el delito de alzamiento de bienes. Los indicios claros de insolvencia previa del acusado, el origen de las dos cantidades reseñadas en la sentencia de instancia y los movimientos bancarios posteriores al ingreso de los 30.000 euros impiden hablar de una maniobra de ocultación o de evasión por parte

del ahora recurrente. Y es que no consta que su conducta incrementara realmente la situación previa de insolvencia patrimonial del acusado. Sólo debe, por tanto, hablarse del mero pago preferente de unas deudas con respecto a otras.

2. En otro orden de cosas, y en lo que atañe a los elementos subjetivos del delito de alzamiento de bienes, la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo de forma mayoritaria que la expresión “en perjuicio de sus acreedores” que contiene el texto del art. 257 del C. Penal ha de interpretarse como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores (SSTS 2068/2001, de 8-11; 440/2002, de 13-3; 1716/2003, de 17-12; 7/2005, de 17-1; 1522/2005, de 20-12; 1117/2007, de 28-11; 538/2008, de 1-9; 372/2009, de 8-4; y 557/2009, de 8-4), ánimo específico que en algunas resoluciones es conceptualizado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto (SSTS 667/2002, de 15-4; 974/2002, de 27-5; 590/2006, de 29-5; y 557/2009, de 8-4). Si bien en otras sentencias se argumenta que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa (SSTS 2170/2002, de 30-12; 161/2003, de 6-2; 944/2004, de 23-7; 1564/2005, de 4-1; y 234/2005, de 24-2).

La exigencia de un dolo específico o de un elemento subjetivo del injusto, al margen de su posible cuestionamiento dogmático, viene a complicar probatoriamente el elemento subjetivo del tipo, pues si difícil es verificar en muchos casos el dolo básico, más lo es todavía discernir en términos empíricos entre dos niveles de dolo en el delito de alzamiento de bienes atendiendo a la intensidad anímica del acusado.

Sin embargo, sea cual fuere la modalidad de dolo que se requiera para la aplicación del tipo penal, lo cierto es que aquí concurren datos objetivos que convierten en plausible la versión del acusado de que su conducta pretendía únicamente abonar unas deudas que tenía con otros acreedores y atender al destino de unos anticipos dinerarios aportados por dos clientes que tenían como objetivo el inicio de unas obras concretas en sus viviendas. No debe olvidarse, además, que la exclusión del elemento objetivo del tipo penal impide, tal como ya se anticipó, apreciar el delito y construir una inferencia evidenciadora del elemento subjetivo del tipo, independientemente de cuál fuera el móvil o fin último con que actuara el acusado.

La doctrina mayoritaria viene considerando, ciertamente, que el ánimo de perjudicar a los acreedores integra un elemento subjetivo del injusto tí-

pico, elemento que, a tenor de lo que se ha argumentado con respecto a las connotaciones de la conducta externa del acusado, no parece de fácil apreciación en el supuesto que se enjuicia. Pues, aunque el acusado pudiera perjudicar a algunos acreedores al posponerlos a otros a la hora de abonar las deudas y actuara con conocimiento de ello, ésta no es la clase de perjuicio que tutela el tipo penal aplicable en el presente caso, ya que el delito pretende castigar las conductas consistentes en insolvencia en perjuicio de los acreedores, y no la mera distribución del orden de pago de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad.

En consecuencia, ha de entenderse que no se dan los elementos del tipo penal y por tanto debe estimarse el recurso de casación y anularse la sentencia impugnada, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

Estimamos el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de Eduardo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, de fecha 21 de noviembre de 2008, que le condenó como autor de un delito de alzamiento de bienes, y, en consecuencia, anulamos esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Julián Sánchez Melgar.- Luciano Varela Castro.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de octubre de dos mil nueve

El Juzgado de Instrucción número 2, instruyó procedimiento abreviado núm. 12/08, por delito estafa e insolvencia punible, contra Eduardo con D.N.I. núm. 001, nacido el día 15 de agosto de 1960, hijo de Inocencio y de Gloria, domiciliado en Santa Marta de Tormes (Salamanca) y en libertad provisional por esta causa; según consta en los antecedentes que obran en esta sala, lo remitió a la Audiencia provincial de Salamanca, cuya Sección primera, dictó sentencia en fecha veintiuno de noviembre de dos mil ocho, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia dictada en la instancia. Y en cuanto a los hechos probados, se sustituye en el apartado segundo del relato fáctico la frase “extrayendo dicha cantidad de forma inmediata” por la siguiente: “extrayendo dicha cantidad en los días sucesivos para hacer frente a distintos pagos relacionados con su empresa”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, los hechos descritos no son constitutivos de delito de alzamiento de bienes. Procede, pues, absolver al acusado del delito que se le imputa, con declaración de oficio de las costas del juicio originadas ante la Audiencia.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Absolvemos a Eduardo del delito de alzamiento de bienes que se le atribuye, con declaración de oficio de las costas del juicio celebrado en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Julián Sánchez Melgar.- Luciano Varela Castro.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

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



TC, Sección: 3, Sentencia 14 diciembre 2009. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

Pensión de jubilación de maestra de grupo A

El TC decide otorgar el amparo solicitado por maestra por la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. El Tribunal considera que las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la inmodificabilidad o intangibilidad de las resoluciones firmes -art. 24.1 CE- por alteración de la cosa juzgada material que deriva de la STSJ Madrid 3 octubre 1995 que reconoció a la recurrente su derecho a ser integrada en el grupo A con todos los efectos económicos inherentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente demanda tiene por objeto la impugnación de las resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas que desestimaron la solicitud de la recurrente en materia de pensión de jubilación, así como la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central y la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la medida en que la confirman. Se impugna también el Auto de 12 de julio de 2006, por el que se inadmite el incidente de nulidad formulado contra la citada Sentencia.

La demandante de amparo imputa conjuntamente a las resoluciones administrativas y a la Sentencia impug-

nadas la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de intangibilidad de las sentencias firmes por falta de respeto de la cosa juzgada material, al rechazarse su pretensión de cálculo de pensión de jubilación conforme a los haberes del grupo A en franca contradicción con el contenido de la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre 1995. En segundo lugar considera que la Audiencia Nacional ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incurrir en incongruencia omisiva al no dar respuesta a todas sus alegaciones, entre ellas la relativa a la tercera de sus quejas: la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) en que habría incurrido la Audiencia Nacional al cambiar el criterio establecido

en resoluciones anteriores sin justificación alguna. Finalmente impugna el Auto por el que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones poniendo de relieve que la Audiencia resuelve sobre un caso distinto al planteado.

Como se ha expuesto en los antecedentes de esta Sentencia, el Abogado del Estado interesa la denegación del recurso de amparo al considerar que no se ha producido la vulneración de la cosa juzgada material derivada de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ni la de los otros derechos fundamentales aducidos por la demandante. Respecto de la posible pérdida de objeto, puesta de relieve por este Tribunal, alega que ésta se ha producido, ya que al haberse procedido a la integración de la demandante en el cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, siendo la ausencia de tal integración lo que motivó la denegación de su pretensión, la controversia ha dejado de existir. En sentido contrario se pronuncia el Ministerio Fiscal, subrayando que la pretensión deducida por la recurrente en el recurso contencioso que da origen a este recurso de amparo -consistente en la anulación de las resoluciones administrativas y judiciales citadas- no se ve satisfecha plenamente con la aprobación de la Orden Ministerial que procede a integrar a la recurrente en el cuerpo docente de profesores. El Ministerio Fiscal solicita, a su vez, el otorgamiento del amparo pues, a su juicio, no sólo se ha producido una alteración de los términos de la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sino que, además, se ha lesionado el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley al apartarse la Audiencia Nacional del criterio establecido en un caso idéntico sin motivación alguna.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de la queja de la recurrente en amparo debemos realizar algunas precisiones. En primer lugar conviene remarcar que, si bien se solicitó de las partes en este proceso que efectuaran alegaciones sobre la posible pérdida de objeto de este recurso de amparo como consecuencia de la aprobación de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia que integra a la demandante en el cuerpo docente de Profesores de Enseñanza Secundaria, lo cierto es que, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, no puede afirmarse que dicha incorporación haya satisfecho plenamente las pretensiones que la recurrente dedujo en el recurso contencioso-administrativo del que trae causa este amparo, consistente en la anulación de las resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, del Tribunal Económico-Administrativo Central y de la Audiencia Nacional. Por tanto no puede sostenerse la pérdida de objeto de este recurso de amparo, debiéndose analizar las quejas deducidas por la demandante en este proceso constitucional.

En segundo lugar, no puede obviarse que, si bien el recurso de amparo y las alegaciones de las partes se dirigen principalmente contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, la lesión del derecho a la intangibilidad de sentencias firmes denunciada se produjo, en su caso, en la vía administrativa. Junto a esta primera queja, la demandante imputa a la Sentencia de la Audiencia Nacional la infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), así como la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incurrir en incongruencia omisiva. Nos hallamos, pues, ante un recurso de amparo mixto, en el que concurren dos tipos de quejas: aquella cuyo origen se encuentra inicialmente en la Administración, regulada en cuanto a su acceso al amparo constitucional en el art. 43 LOTC; y las que imputa a la actividad judicial posterior promovida contra la resolución administrativa (art. 44 LOTC). En estos casos, tal como hemos recordado en la reciente STC 113/2008, de 29 de septiembre de 2008, “el carácter prioritario de la impugnación del acto administrativo, origen y fin del proceso judicial posterior, y la facilitación de una solución más temprana al amparo impetrado, aconsejan que examinemos primero las quejas referidas a aquel acto”.

En efecto, esta preeminencia “tiene su fundamento en que la comisión de una lesión constitucional en el transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo siga siendo el verdadero objeto del proceso de amparo que finalmente deviene en mixto”, sin que exista “razón para demorar (un) enjuiciamiento de un acto administrativo ya recurrido en amparo” que puede además comportar que sea -innecesario- el examen -de la queja encauzada por la vía del art. 44 LOTC... o de dotar de efectos meramente declarativos al otorgamiento del amparo (STC 5/2008, de 21 de enero, FJ 3)”. Conviene, pues, iniciar nuestro análisis por la queja administrativa; es decir, la supuesta vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes por haberse menospreciado la cosa juzgada material derivada de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre de 1995.

Ya con esta perspectiva queda por realizar una última precisión, relativa a una adecuada delimitación del contenido de la demanda. Así, por lo que respecta a la pretendida lesión del derecho fundamental a la intangibilidad de las sentencias, las circunstancias concurrentes en este caso aconsejan que sean objeto de consideración conjunta las resoluciones administrativas que denegaron la pensión correspondiente al grupo A solicitada por la recurrente y la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída acerca de dicha cuestión. Y ello es así porque de esta forma conjunta (y a veces difícilmente separa-

ble) se plantea en la demanda de amparo, como consecuencia lógica del tipo de pretensión deducida que podría haberse resuelto en un incidente de ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuya aplicación se discute, pero que como resultado de las indicaciones de la propia Administración (que considera los actos de jubilación como actos distintos) se planteó como un nuevo procedimiento o proceso ante la Audiencia Nacional. En definitiva, como dijimos en la STC 92/2009, de 20 de abril, FJ 2 a), “en la estrecha e inmediata conexión y vinculación que presentan ambas resoluciones, la administrativa y la jurisdiccional, se asienta la vulneración denunciada”, lo que determina esta valoración conjunta.

TERCERO.- Efectuadas las anteriores precisiones hemos de enjuiciar, pues, la primera y principal de las quejas deducidas por la recurrente en amparo; esto es, si las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la inmodificabilidad o intangibilidad de las resoluciones firmes (art. 24.1 CE) por alteración de la cosa juzgada material que deriva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre de 1995 que reconoció a la recurrente su derecho a ser integrada en el grupo A con todos los efectos económicos inherentes. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, “una de las perspectivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE es la que se manifiesta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia perseguida por el Ordenamiento, lo que supone tanto que aquéllas se ejecuten en sus propios términos como el respeto a las situaciones jurídicas declaradas, sin perjuicio de que se haya establecido legalmente su eventual modificación o revisión por medio de ciertos cauces extraordinarios” (por todas, STC 193/2009, de 28 de septiembre, FJ 2).

Existe, en efecto, “una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el art. 24.1 CE consagra... De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad” (entre otras, SSTC 285/2006, de 9 de octubre, FJ 2.a; 234/2007, de

5 de noviembre; 67/2008, de 23 de junio, FJ 2; 185/2008, de 22 de diciembre, FJ 2; y 22/2009, de 26 de enero, FJ 2).

En definitiva, si el órgano judicial modificase una resolución judicial anterior al margen del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, “quedaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme”. Queda de esta forma protegida y garantizada por el art. 24.1 CE “la eficacia de la cosa juzgada material, en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una Sentencia que haya adquirido firmeza, efecto que se produce cuando se desconoce lo resuelto en Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquéllas un relación de estricta dependencia. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial firme (STC 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4), debiendo tenerse muy presente, por lo demás, que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables” (STC 204/2003, de 1 de diciembre, FJ 3).

No obstante, el derecho a la intangibilidad de sentencias firmes no resulta automáticamente lesionado por la mera alteración o modificación de una decisión anterior, sino que debe valorarse su relevancia constitucional real con la perspectiva del art. 24.1 CE; es decir, si se ha realizado a través de un cauce procesal adecuado y con base en unas razones jurídicas suficientemente justificadas.

CUARTO.- La aplicación de la doctrina que brevemente se acaba de exponer a este caso ha de conducir necesariamente al otorgamiento del amparo, pues la recurrente ha visto lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la inmodificabilidad y la intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas en resoluciones judiciales firmes.

En efecto, la cuestión que aquí se suscita es si la Administración, primero, y la Audiencia Nacional, después, han desconocido el efecto prejudicial o positivo de la cosa juzgada material derivada de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 3 de octubre de 1995 que reconoció a la recurrente (entre otros) el derecho a ser integrada a título personal en el

grupo A. La determinación de qué haberes reguladores (grupo A o grupo B) deben tenerse en cuenta para calcular la pensión de jubilación de la demandante de amparo -cuestión que resuelven las resoluciones aquí impugnadas- es un asunto que guarda una relación de estricta dependencia con el derecho reconocido en aquella primera Sentencia; es decir, con lo que deba entenderse incluido en "la integración en el grupo A con todos sus efectos económicos y administrativos", por lo que tanto la Administración como la Audiencia Nacional se encontraban vinculadas por lo decidido en aquel momento.

Pues bien, de la lectura de la fundamentación jurídica y del fallo de aquella primera Sentencia, así como del contexto del proceso y de los posteriores (y numerosos) incidentes de ejecución que se suscitaron en los autos 836-1993 se deduce, sin ningún tipo de duda, que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió que la integración a título personal en el grupo A incluía los llamados derechos pasivos. Así lo dijo de forma explícita en el Auto de 11 de diciembre de 2002, si bien a petición de otra de las favorecidas por la Sentencia de 3 de octubre, subrayando que los efectos inherentes a tal integración "obviamente incluyen los correspondientes para su jubilación, y para el cálculo de su pensión deberá tener en cuenta la modificación correspondiente y los derechos económicos derivados de aquella situación". Y, nuevamente, en el Auto de 7 junio de 2005 en el que disponía que "el alcance de la ejecución debe ser estrictamente el que se ha realizado, es decir, el efectivo reconocimiento de su pertenencia al grupo A, a efectos administrativos, económicos y derechos pasivos a excepción de la pertenencia a un cuerpo o escala distinto del de su procedencia, entre ellos la asignación de número de registro".

En definitiva, lo que se reconoció en la Sentencia de 3 de octubre de 1995, tal como se recuerda en el Auto de 7 de junio ya mencionado, fue la integración de la recurrente (entre otros) en el grupo A de los previstos en el art. 25 de la Ley 30/1984 pero no la pertenencia a un cuerpo o escala que no fuera el de maestros, circunstancia ésta que ni siquiera fue controvertida en aquel proceso.

Así las cosas, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas que en cumplimiento de aquella Sentencia había detraído a la recurrente, desde el 1 de septiembre de 1989 hasta la fecha de jubilación, las cuotas correspondientes a las clases pasivas y Muface en las cantidades establecidas legalmente para los funcionarios del grupo A (tal como se hace constar en documento del Jefe de Negociado de Nóminas y Seguridad Social de Madrid que la recurrente aportó como prueba en el proceso contencioso), considera, en

el momento de calcular la pensión de jubilación de la demandante, que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid le había reconocido unos derechos económicos que le afectaban mientras la recurrente se encontraba en servicio activo, "pero que no pueden trasladarse directamente a su situación como jubilada ya que el importe de la pensión debe calcularse no en función de las retribuciones percibidas sino de acuerdo al haber regulador asignado al Cuerpo de pertenencia". La negación del cálculo de la pensión se fundamenta, entonces, en su falta de pertenencia al cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria; criterio éste que confirmó en primer lugar el Tribunal Económico-Administrativo Central y luego la Audiencia Nacional.

Al obrar así las resoluciones impugnadas no tienen en cuenta que el alcance del fallo de aquella Sentencia incluía los derechos pasivos, con independencia de que los entonces recurrentes siguiesen formando parte del cuerpo de Maestros, pues lo que se les había reconocido era la integración en el grupo A a título personal. Y, al desestimar la pretensión de la recurrente por considerar que sólo correspondería si perteneciese al cuerpo de Profesores de Secundaria, las resoluciones impugnadas modificaron la situación jurídica creada por una sentencia firme al margen de los procedimientos legalmente establecidos a tal efecto y sin ninguna razón que justifique dicha alteración, vulnerando el derecho a la tutela judicial de la recurrente.

Esta cuestión requiere de unas últimas precisiones. El Ministerio de Educación, reconociendo las dificultades técnicas para ejecutar la "integración personal en el grupo A", incluidos los derechos pasivos, de los antiguos funcionarios integrados en el Servicio de Orientación Escolar y Vocacional -tal como se había reconocido, no sólo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre de 1995, sino también en otras Sentencias similares dictadas por otros Tribunales Superiores de Justicia- optó por la incorporación o integración de dichos funcionarios en el cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, finalizando así con esa distinción algo artificial entre "integrados a título personal en el grupo A" e "integrados en el cuerpo de Profesores". Por lo que respecta a la hoy recurrente en amparo, dicha incorporación al cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria fue acordada por Orden ECI/176/2007, de 23 de enero de 2007, del Ministerio de Educación y Ciencia, por la que se nombran funcionarios de carrera del cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria a los recurrentes en el proceso 836-1993. Esta incorporación al cuerpo de Profesores, que ciertamente refuerza la pretensión de la recurrente, no significa, como ya se ha señalado, que el recurso de amparo haya perdido su objeto y su finalidad, puesto

que las resoluciones impugnadas no han sido anuladas.

La imposibilidad de entender que los derechos pasivos se incluían en aquella "integración a título personal en el grupo A" conducía a las resoluciones impugnadas a afirmar que resultaba de aplicación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1996 que, estimando el recurso de casación en interés de ley promovido por el Abogado del Estado, consideró errónea una Sentencia idéntica a la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 3 de octubre de 1996. En efecto, si la cuestión relativa a los derechos pasivos no estaba incluida en el fallo de aquella Sentencia, resultaba que la Sentencia del Tribunal Supremo había respetado la situación particular de la recurrente. No obstante, descartada esta premisa, debemos recordar que, como mantuvimos en un asunto similar -relativo a las retribuciones debidas al personal del Servicio de Orientación Escolar y Vocacional integrado en el grupo A pero perteneciente al cuerpo de maestros (grupo B)- "no puede tenerse como uno de aquéllos (procedimientos extraordinarios de modificación de sentencias firmes previstos por el legislador) un pretendido efecto retroactivo de la doctrina pronunciada en interés de Ley que desconozca la fuerza de la cosa juzgada" (STC 204/2003, de 1 de diciembre, FJ 5).

QUINTO.- En suma, procede acordar el otorgamiento del amparo con la pertinente retroacción, al estimar que, tanto la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, como el Tribunal Económico-Administrativo Central y la Audiencia Na-

cional, han conculcado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las sentencias firmes. El reconocimiento de la vulneración del art. 24.1 CE nos exige de considerar el resto de alegaciones, relativas al derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley (art. 14 CE) y a la incongruencia omisiva

FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D^a Flora y, en consecuencia:

Primero.- Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE).

Segundo.- Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de las resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, de 16 de septiembre y de 4 de noviembre de 2003, que denegaron el cálculo de su pensión conforme a los haberes reguladores del grupo A, así como la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 2004 y la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada en los autos del recurso 435-2004, en la medida en que confirman aquéllas.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a catorce de diciembre de dos mil nueve. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Eugeni Gay Montalvo.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2009/283144

TS Sala 1^a, Sentencia 10 diciembre 2009. Ponente: D. Román García Varela

Al estar destinado a almacén

Improcedente causa resolutoria de local de comercio no abierto al público

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la resolución dictada por la AP y confirma la misma. La Sala considera, entre otros, que el hecho de no estar el local arrendado abierto al público no es motivo para considerarlo cerrado, pues el mismo estaba dedicado a almacén con conocimiento de la parte actora, lo que implica una cierta actividad, de manera que no puede considerarse como desocupado a los efectos de poder acogerse como causa de resolución de contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad "BO-TONERAS 7, S.L." y D. Nemesio

demandaron por los trámites del juicio de cognición a D. Anibal y a D^a Isidora, e interesarán las peticiones que se detallan en el anteceden-

te de hecho primero de esta sentencia.

Por la parte demandante, al amparo de lo dispuesto en los artículos 62.3, 114.11 y 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 40/1964, se ha ejercitado la acción de resolución del contrato de arrendamiento, celebrado el 1 de septiembre de 1985, por desocupación del local arrendado y cesión o traspaso inconsentido por la arrendadora, que liga a las partes sobre el local de negocio, sito en Madrid, calle Imperial número 4, con vuelta a la calle Botoneras número 7, por donde tiene su acceso.

El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia.

La entidad "BOTONERAS 7, S.L." ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 25 de marzo de 2008, lo ha admitido al concurrir los requisitos legalmente exigidos.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso acusa la infracción del artículo 114.5ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 25 de abril de 1962, 8 de abril de 1963, 22 de abril de 1963, 22 de abril de 1991 y 18 de abril de 1963, sobre la necesidad de cumplir los requisitos del artículo 32 para la validez del traspaso; se alega que la sentencia recurrida no aprecia la causa resolutoria del artículo 114.5ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin razonar sobre si el traspaso era jurídicamente posible al haberse arrendado el local como almacén y estar cerrado desde hacía varios años, ni tampoco si se incumplieron o no los requisitos previstos en el artículo 32 para la validez de este derecho; se han aportado SSTS, que sientan la doctrina referida a la posibilidad de resolver el contrato cuando se incumplen los requisitos establecidos en el artículo 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para la validez del traspaso, así las de 25 de abril de 1962, 22 de abril de 1991 y de 24 de diciembre de 1964; por último, se indica que la sentencia de la Audiencia, a la hora de determinar la validez del traspaso, limita su análisis a la validez del acto de comunicación efectuado al administrador de la parte arrendadora.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida, en sus fundamentos de derecho sexto y séptimo, integra los siguientes razonamientos:

"SEXTO.- Mejor suerte ha de correr el recurso, así como el de la codemandada, en lo que se refiere a las cuestiones de fondo. Comenzando por el traspaso, cabe señalar que pese a lo ponderado de los argumen-

tos de la sentencia de instancia, discrepa la Sala de la conclusión alcanzada, ya que debe entenderse que la notificación de la decisión de traspasar y del traspaso realizado al Sr. Narciso es acorde a derecho y apta para producir los efectos del traspaso.

SÉPTIMO.- Efectivamente el referido D. Narciso ha venido cobrando la renta de los arrendamientos del edificio en que se halla el inmueble de autos (f. 435 y 440, posición 4ª), el mismo sigue cobrando las rentas (posición 9ª, f. 440) aunque se alegue que no rinde ni ha rendido cuentas, además se reconoce que ha intervenido en el contrato de autos y en otro traspaso como administrador o representante de la propiedad, aunque se indique que el mismo ha intervenido con sus facultades expresamente limitadas (f. 435, 440, posiciones 7ª y 8ª). De todo lo indicado se desprende que cuando menos el citado es representante de la propiedad, cuando no administrador, ya que tal condición ha de ser asignada a quien cobra las rentas y además, con mayores o menores facultades, interviene en el traspaso de locales, pero en todo caso resulta claro a esta Sala que nos hallamos ante un representante de la propiedad a efecto de recibir pagos y comunicaciones a ella dirigidas, y que como tal ha venido actuando sin contradicción expresa por parte de ésta, es más sigue cobrando las facturas de los arrendamientos, lo cual no parece casar con el hecho de que no haya rendido ni rinda cuentas, ya que ser así lo lógico es que se hubiere actuado en alguna forma contra el mismo en orden a impedir el cobro de los recibos, no obstante, con independencia de que el citado haga o no llegar la renta a la propiedad, lo cierto es que es obvio que el mismo, ante los arrendatarios, viene actuando como persona en quien la propiedad confía y delega su actuación jurídica, al menos hasta el punto de permitirle percibir la renta de los arriendos.

Pero es más y teniendo en cuenta que el Sr. José en el proceso seguido ante el Juzgado núm. 1 reconoció que el referido era administrador y que cobraba rentas, pagaba impuestos y encargaba las reparaciones necesarias (posición 6ª, f. 356 y 358), con ello, unido a lo ya referido se concluye que el citado D. Narciso actuaba como administrador -si bien, como se indicará, es suficiente con representar a la propiedad a efecto de recibir comunicaciones-. Cabe añadir que si bien se trata de confesión prestada en proceso previo que no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto, sin duda es un medio más de prueba que con carácter documental cabe valorar con los restantes medios de prueba para afirmar la convicción de la Sala sobre los hechos debatidos, únicamente podría plantearse si cabría rechazar su aplicación si de ello resultasen consecuencias adversas para la parte que estuvo ausente de tal proceso, como

es la Sra. Isidora -no así la actora-, ya que tal proceso se instó por la propiedad y es indudable que lo reconocido por un propietario en un proceso es medio probatorio apto para dar por acreditado tal hecho en un pleito posterior".

La Sala presta conformidad con las argumentaciones recién expresadas de la sentencia de apelación.

En definitiva, la notificación de la decisión de traspasar y el traspaso, realizada D. Narciso, es acorde a derecho y apta para producir los efectos y consecuencias propias de dichas operaciones.

TERCERO.- El motivo segundo del recurso denuncia la transgresión del artículo 114, regla 5ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, en relación con lo establecido en el artículo 32.1 de dicho ordenamiento, y la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS de 25 de abril de 1969 y 15 de abril de 1964; la parte recurrente parte del reconocimiento que hace la resolución recurrida acerca de que el local no fue destinado a la actividad de hostelería sino a almacén, sin que se llevara a cabo una actividad comercial abierta al público; las SSTS relacionadas contienen una posición, que referida a la falta de actividad de los locales de negocio, se resume en que "(...) lo que se protege con el derecho de traspaso reconocido, es una riqueza en actividad, (...)", que conduce a que se estime vulnerado el artículo 32.1 cuando el objeto de traspaso sea un local sin actividad económica.

El motivo se desestima.

Procede señalar que los demandantes conocían plenamente que el local litigioso nunca fue destinado a restaurante, bar u otro establecimiento abierto al público y así fue reconocido en confesión judicial (vid. posición 11ª, folios 440 y 436), e, igualmente, en la confesión efectuada por D. José en otro pleito anterior (vid. posiciones 7ª y 8ª, folios 356 y 359), en la que precisó que esa situación era plenamente conocida e incluso aceptada.

Por otro lado, corresponde significar que cabe incluso el reconocimiento de un consentimiento tácito derivado de actos concluyentes de la propiedad; evidentemente, quien durante un largo período de tiempo sabe que el local está cerrado (no abierto al público) y no actúa frente a ello de ninguna forma, ha asumido tal situación (entre otras, SSTS de 7 de octubre de 2002, 29 de enero de 2003 y 22 de noviembre de 1994).

Finalmente, procede recordar que el cambio de destino del local, como pudiera ocurrir en este supuesto, no está comprendido en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como causa de resolución, lo que sólo afecta a la conversión de local de negocio en vivienda o viceversa,

lo cual no ocurre en este caso, pues se ha destinado a almacén, cuya situación era asimilada a la de local de negocio por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

CUARTO.- El motivo tercero de recurso censura la conculcación del artículo 114.5ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y de la doctrina jurisprudencial dimanante de las SSTS de 6 de octubre de 1970, 23 de noviembre de 1974 y 7 de febrero de 1968, sobre la falta de validez del consentimiento del administrador; se cuestiona la declaración de eficacia del traspaso por el hecho de que su notificación fue realizada a la persona que cobraba las rentas como administrador o representante del arrendado; las SSTS indicadas contienen una doctrina relativa a la insuficiencia del permiso general del administrador, estableciendo que "(...) la autorización del traspaso no es un hecho de mera administración, sino de dominio en cuanto que supone la renuncia de derechos tales como el tanteo y el retracto y, por tanto, no basta el poder ordinario para administrar, sino que ha de contener el mandato expreso que exige el artículo 1713 del Código Civil" (STS de 23 de noviembre de 1974).

El motivo se desestima por los mismos razonamientos expresados en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia, que, en evitación de repeticiones, se tienen aquí por reproducidos.

QUINTO.- El motivo cuarto de recurso reprocha la violación del artículo 62.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS de 18 de diciembre de 1971 y 18 de febrero de 1969, cuya observancia hubiera facultado la resolución del contrato por no uso, habiéndose reconocido por el Tribunal "a quo" el hecho de que el local ha permanecido cerrado; el recurrente entiende que, aunque no pudiera resolverse el contrato de arrendamiento por esta causa por haber consentido esta situación, en todo caso se justifica que se está dando validez a un traspaso que incumple lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 por quedar demostrado que el local no estuvo abierto al público con un año de antelación.

El motivo se desestima.

El hecho de no estar el local litigioso abierto al público no es óbice para considerarlo cerrado, pues tal término se refiere sólo a los supuestos de cierre total, sin ningún tipo de actividad, lo que puede apreciarse como situación de tal abandono, lo que no ocurre en este caso, debido a que el mismo estaba destinado a almacén, lo que implica una cierta actividad, de manera que no puede considerarse como cerrado a los efectos de poder acogerse como causa de resolución del contrato.

SEXTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación con la condena a la parte recurrente de las costas causadas en el mismo (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad "BOTONERAS 7, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de diez de noviembre de dos mil cuatro. Condenamos a la parte recurrente al abono de las costas ocasionadas en este recurso de casación.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Roman García Varela; Francisco Marín Castan; José Antonio Seijas Quintana; Encarnación Roca Trias. Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

"recibí copia de este documento el día", y manuscrito se dice que "el destinatario se niega a firmar el 4 de julio de 2009", apareciendo firmado por dos personas.

SEGUNDO.- Alega el recurrente que el Centro penitenciario en que el actor estaba internado intentó notificarle el acuerdo por el que se disponía su extradición, habiéndose el mismo negado a firmar, entendiéndose que no se ha producido notificación al extraditado del acuerdo del Consejo de Ministros objeto del presente recurso.

No obstante, resulta de las actuaciones que se dejó la debida constancia del intento de notificación con la firma de dos personas, dándose cumplimiento así a lo dispuesto en el artículo 59.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que determina la improcedencia de aceptar el argumento determinante de la pretendida nulidad, dado que, además, el actor recurrió el acuerdo en sede contenciosa, llegando a interesar la suspensión del mismo como medida cautelarísima que fue denegada por esta Sala en Auto de 2 de julio de 2009, confirmado en vía de súplica en Auto de 8 de julio siguiente. En definitiva, aun en el supuesto de que se hubiera producido un defecto del procedimiento legalmente establecido, el mismo no ha determinado indefensión pues cualquier defecto de la notificación hubiera quedado perfectamente subsanado a tales efectos con la interposición del recurso, lo que determina un pleno conocimiento por el destinatario del contenido del acto impugnado que somete a su vez a control en vía jurisdiccional contencioso administrativa y en función de lo cual, y como con razón expone el Sr. Abogado del Estado, cualquier hipotética irregularidad en la notificación del acuerdo al interno, habría quedado subsanada en caso de existir, al no haberse causado al interesado ninguna indefensión, y de conformidad con lo que dispone el artículo 63.2 de la antes mencionada Ley de Régimen Jurídico.

TERCERO.- En cuanto a la denunciada infracción del artículo 6 de la Ley 4/1985, aduce el recurrente que, una vez declarada la procedencia de la extradición por la Audiencia Nacional, el Gobierno debía denegar la misma atendiendo al principio de reciprocidad, por razones de seguridad, orden público o intereses esenciales para España, denunciando, según parece, la omisión de esos principios, así como que no se ha producido dicha denegación por razón de intereses políticos que van más allá de tales principios, deduciendo que el mismo ha sido utilizado como "moneda de cambio" para llegar a un acuerdo bilateral entre España y Marruecos.

En el examen de dicha alegación ha de partirse de la consideración de

la naturaleza del procedimiento de extradición, recogida en la jurisprudencia de esta Sala y de la que es exponente la sentencia que el Sr. Abogado del Estado menciona de 4 de marzo de 2009, conforme a la cual <el procedimiento de extradición como reiteradamente ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala, así sentencia de 22 de noviembre de 2002, 20 de enero de 2003 y 7 de noviembre de 2006, es un procedimiento mixto, de naturaleza administrativa y judicial, en el que se pueden distinguir tres fases: dos gubernativas, la primera y la última, estando en medio la decisiva fase judicial. Estas tres fases están perfectamente delimitadas por la Ley, siendo por otro lado totalmente independientes aunque se subsigan unas y otras.

La primera de las mentadas fases, regulada en los arts. 7 a 11 de la Ley 4/85, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, tiene la finalidad de iniciar el procedimiento de extradición, ante las solicitudes deducidas por el país extranjero que corresponda y de decidir si ha lugar o no, a continuar el procedimiento en vía judicial sobre la base de los arts. 2 a 5 de igual texto legal.

La segunda, es la fase judicial, prevista en los arts. 12 a 18 de la Ley 4/85, en esta fase, como recuerda también esta Sala en las sentencias arriba reseñadas, "no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado".

La tercera fase, en la que nos encontramos, está contemplada en el art. 18 en relación al art. 6 de la Ley de Extradición Pasiva, se concreta a la actuación del Gobierno decidiendo la entrega física de la persona reclamada o a la denegación de la extradición, una vez que se le ha comunicado el auto del Tribunal declarando procedente la extradición. Esta denegación, sin embargo, se limita a los supuestos específicamente previstos en el párrafo segundo del citado art. 6 de la Ley 4/85, esto es:

- "Atendiendo al principio de reciprocidad".

- O a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España".

- El significado de estos criterios, en los que exclusivamente se puede apoyar el Gobierno para denegar la extradición, es explicado con toda claridad en el Preámbulo de la Ley, en el sentido de que ello "en ningún caso implicará incumplimiento de las resoluciones judiciales, habida cuenta del distinto campo y finalidad en que actúan y persiguen los Tribunales y el Gobierno, técnico y sobre todo tutelar del derecho a la libertad



TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 27 enero 2010. Ponente: D. Agustín Puente Prieto

Ejecución de la orden de extradición declarada procedente por la Audiencia Nacional

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros que acordó la entrega en extradición del recurrente a las autoridades de Marruecos en ejecución del auto del Pleno de la Audiencia Nacional. La Sala considera que la entrega del extraditado, en esencia, es una decisión de carácter político excluida de control jurisdiccional en cuanto al fondo y respecto de la cual solamente cabe el control por la jurisdicción de los elementos reglados de la misma a los que el recurso ni siquiera hace referencia, además resalta que el Gobierno no ha decidido sobre la extradición sino que, al contrario, sobre su ejecución, no utilizando las facultades excepcionales que le atribuye el art. 6 Ley 4/1985, al apreciar, en un acto de soberanía, que no concurrían los supuestos que a título de excepción permiten dicha decisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se interpone el 23 de junio de 2009 por la representación de D. Mohamed impugnando el acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de junio de 2009 por el que se aprueba la extradición a Marruecos de Mohamed O. nombre por el que, según el recurrente, se le conoce en Marruecos.

Como consta en el expediente y recoge expresamente en su escrito de demanda el recurrente, el pasado 22 de junio de 2009 la Subdirectora General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia remitió un comunicado a la Subdi-

rectora General de Instituciones Penitenciarias poniendo en su conocimiento que el Consejo de Ministros en reunión de 19 de junio de 2009 acordó la entrega en extradición de Mohamed O. a las Autoridades de Marruecos en ejecución de lo dispuesto por la Audiencia Nacional Sala en Pleno en auto de 11 de septiembre de 2008. En dicho comunicado se requiere que se comunique dicho acuerdo al Director del Centro Penitenciario donde se encuentre el interno, acompañando notificación para su entrega al reclamado, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18, párrafo 2º de la Ley 4/1985 de 21 de marzo de Extradición Pasiva. Consta en dicho comunicado un sello en que se expresa,

los primeros y políticos, esencialmente, el segundo”.

Lo anteriormente expuesto demuestra que la decisión sobre si resulta procedente la extradición, desde una perspectiva de legalidad corresponde al Poder Judicial, y dentro de éste a la específica competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La actuación posterior y última del Gobierno, es un típico acto de soberanía propio del Poder Ejecutivo, para cuya efectividad ha fijado el art. 6 de la Ley 4/1985, unos criterios que, desde luego no se refiere al control de la legalidad de la extradición, sobre la que anteriormente ha decidido la Sala Penal de la Audiencia Nacional.” Como sigue exponiendo el Sr. Abogado del Estado, en el presente recurso se denuncia una infracción por omisión del artículo 6 de la Ley de Extradición Pasiva manteniendo que el Gobierno debiera haber denegado la extradición autorizada por la Audiencia Nacional, y en definitiva, que el mismo debió de hacer uso de la facultad de carácter excepcional que el citado precepto le atribuye, con lo que se está pidiendo a esta Sala que sustituye al Gobierno en el ejercicio de un típico acto de soberanía, que excede evidentemente de su jurisdicción, soberanía que expresamente menciona el artículo 6 de la citada Ley cuando dispone que la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España.

Constituye, por tanto, dicha cesión, en esencia, una decisión de carácter político excluida de control jurisdiccional en cuanto al fondo y respecto de la cual solamente cabe el control por la jurisdicción de los elementos reglados de la misma a los que el recurso ni siquiera hace referencia. Por otro lado, y como también expresa el Sr. Abogado del Estado, ha de recalarse que el Gobierno no ha decidido sobre la extradición sino que, al contrario, sobre su ejecución, no utilizando las facultades excepcionales que le atribuye el precepto antes citado, al apreciar, en un acto de soberanía, que no concurrían los supuestos que a título de excepción permiten dicha decisión, de lo que resulta que no se ha producido tampoco vulneración ni del Convenio de extradición entre España y el reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997, vigente en el momento en que se dicta el acto impugnado, reiterado por el de 24 de junio de 2009, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 de octubre, en que “ambas partes contratantes se comprometen a entregarse recíprocamente, de conformidad con las normas y en las condiciones previstas en el presente Convenio, a las personas que se encuentran en territorio de

uno de los dos Estados y sean procesadas o condenadas por las autoridades judiciales del otro Estado”.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no se aprecian determinantes de una expresa condena en costas.

FALLO

Procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de D. Mohamed contra Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 19 de junio de 2.009 que acordó la entrega en extradición de dicho recurrente a las autoridades de Marruecos en ejecución del Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2008. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.- Nicolás Antonio Maurandi Guillén.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Agustín Puente Prieto.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Agustín Puente Prieto, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

2009/321816

TS Sala 3ª, Sección: 3, Sentencia 16 diciembre 2009. Ponente: D. Eduardo Espín Templado

Principio de legalidad Aplicación del régimen de disciplina e intervención de entidades de crédito a las entidades de tasación inmobiliaria

El TS casa la sentencia de la Audiencia Nacional, desestima el recurso contencioso-administrativo y declara la conformidad a derecho de la Orden del Ministro de Economía y Hacienda, por la que imponía a los actores determinadas sanciones por las carencias detectadas en las tasaciones de la sociedad de tasación inmobiliaria recurrente, haciendo suya la propuesta adoptada por el Consejo de Gobierno del Banco de España. Determinada la aplicación del régimen previsto en la Ley 26/1988 a las sociedades de tasación y sus directivos, la Sala revoca la sentencia impugnada, ya que el órgano judicial no examina por sí mismo la cuestión sustantiva sobre la

comisión o no de las infracciones por las que se sancionó a los actores. Actuando como Sala de instancia, el Tribunal considera que las sanciones impuestas no vulneran los principios de culpabilidad, proporcionalidad ni tipicidad, rechazando los motivos por los que se rebate, entre otras, la comisión de las infracciones consistentes en la insuficiencia del capital mínimo de la entidad de tasaciones; en la cualificación de los profesionales tasadores; en la insuficiencia de organización, medios y sistemas de control interno; en la insuficiente cobertura e ineficacia de la póliza de seguros de responsabilidad civil y en el incumplimiento de las obligaciones de declaración al Banco de España.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

Se interpone el presente recurso de casación contra la Sentencia de 14 de marzo de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra la Orden del Ministerio de Economía de 10 de mayo de 2004, por la que imponía a los actores determinadas sanciones por las carencias detectadas en las tasaciones de la entidad Tasaciones Orfe, S.A., haciendo suya la propuesta adoptada por el Consejo de Gobierno del Banco de España de 17 de enero de 2003.

El recurso de casación se articula mediante tres motivos. En el primero de ellos, acogido al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, se alega incongruencia omisiva en relación con la negación de la comisión de los hechos ilícitos por los que fueron sancionados los recurrentes. El segundo motivo, amparado en el apartado 1.d) del citado precepto procesal, se funda en la supuesta infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la disposición adicional décima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de la Comunidad Europea de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, por haber aplicado las normas sancionadoras de forma tácita, sin razonamientos fácticos o jurídicos sobre la comisión del hecho ilícito. El tercer y último motivo, también acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, se funda en la infracción de la doctrina relativa a los conceptos jurídicos indeterminados y de la aplicación indebida del artículo 3.1.e) del Real Decreto 775/1997, al no haber concretado los concretos conceptos jurídicos indeterminados aplicados.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo, relativo a la incongruencia omisiva.

Como se acaba de indicar, los recurrentes consideran que la Sentencia impugnada ha incurrido en incongruencia omisiva al no haber razonado sobre la comisión de los hechos ilícitos por los que se le sancionó, frente a los fundamentos de la demanda en que se negaban la comisión de tales infracciones. La Sentencia impugnada tan sólo argumenta en relación con aspectos de formalidad normativa, sobre la culpabilidad y sobre la proporcionalidad, pero nada respecto a la cuestión previa o esencial a toda imputación, la comisión de las acciones u omisiones tipificadas por la norma. Tan sólo se refiere a ello afirmando que los argumentos de la actora son reiteraciones de los expuestos en fase administrativa y que habían sido objeto de amplia respuesta en la resolución impugnada judicialmente.

En relación con las alegaciones formuladas en la demanda sobre los hechos sancionados y su tipificación, la Sentencia recurrida se había pronunciado de la siguiente manera:

“Primero.- Las cuestiones que se plantean en este proceso son las relativas a la determinación del ajuste legal de la resolución administrativa impugnada en virtud de la cual se impusieron a los recurrentes las sanciones que se detallan en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia. En esencia todas las cuestiones planteadas pueden reconducirse al examen de los siguientes problemas:

a) Sometimiento de las sociedades de tasación inmobiliaria a la actividad de supervisión del Banco de España.

b) Suficiente predeterminación normativa para la imposición de las sanciones, y concurrencia de los presupuestos fácticos necesarios para su imposición.

c) Respeto del principio de culpabilidad respecto de la exigencia de responsabilidad a los administradores de la entidad sancionada.

d) Respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.

Antes de entrar en el examen de las concretas alegaciones de los recurrentes debe subrayarse que, en esencia, éstas suponen una reiteración de los argumentos expuestos en la fase administrativa que han sido objeto de extensa y detallada respuesta por la resolución objeto de impugnación a la que expresamente nos remitimos, lo que determina un pronunciamiento adverso a los intereses de los recurrentes en los términos que precisamos a continuación.

SEGUNDO.- La primera cuestión que se somete a nuestro enjuicia-

miento, aunque formalmente no aparezca en este orden, es la relativa a la determinación de la sujeción de las sociedades de tasación al control, supervisor del Banco de España. Acertadamente recuerda el Abogado del Estado la redacción de la DA 10 de la Ley 3/1994 que en sus apartados 3, 4 y 5 contemplan esta previsión al establecer la aplicación tanto a las sociedades como a sus directivos, del régimen de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Sociedades de Crédito de 26 de julio. Establecido este mandato legal expreso carece de sentido el examen de cualquier alegación que tienda a comparar una sociedad de tasación con una entidad de Crédito, pues no ha sido esa la "ratio" seguida por el legislador para ordenar la expresa sujeción de aquellas al régimen de la Ley 26/1988, sino la evidente incidencia que su actividad despliega en sectores de actuación muy relevantes para las entidades crediticias como es el mercado hipotecario, razón por la que debe ser desestimado este motivo de recurso.

TERCERO.- Dentro del segundo grupo de cuestiones objeto de análisis se plantea una cuestión ampliamente resuelta por la jurisprudencia constitucional y la subsiguiente recepción de la misma por esta audiencia y por el Tribunal Supremo, como es la relativa a la compatibilidad del principio de legalidad en su manifestación de suficiencia de la predeterminación normativa con el uso de conceptos jurídicos indeterminados, inevitable cuando se trata de regular una actividad sumamente contingente y mutable como es la disciplina del mercado bancario.

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo estas líneas, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, ap. 3º, aunque, como es obvio, sometiéndola a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos. Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran con-

templados por el art. 25 CE y que dimanán del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas. Colocados de lleno en la línea a la que hemos llegado en el apartado anterior, podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 CE son:

1) La legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan;

2) La interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas;

3) El respeto a los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 CE, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y

4) Finalmente, la subordinación a la Autoridad judicial.

Respetando este esquema de actuación, de forma expresa, el Tribunal Constitucional mediante la STC 151/1997, ha señalado que en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador los tipos abiertos y valorativos, característicos de la regulación propia de la actividad económica, pueden ser compatibles con las exigencias constitucionales, a cambio de trasladar al Juez una carga de motivación más intensa para identificar la antijuridicidad de la conducta y con ello suplir la denunciada indeterminación del tipo sancionador.

En el presente caso ese deber de motivación ha sido escrupulosamente respetado por el órgano administrativo al tiempo de imponer la sanción por lo que nos remitimos de forma expresa a la resolución administrativa en la que con pleno detalle se expresan las razones por las que se subsume la conducta de los recurrentes en los tipos infractores aplicados, sin que debamos en este momento realizar precisión adicional alguna." (fundamentos jurídicos primero a tercero).

Tienen razón los recurrentes y es preciso estimar el motivo. La argumentación del motivo primero que sintéticamente se ha resumido describe acertadamente el contenido de la Sentencia recurrida, evidenciando una grave insuficiencia de la misma, ya que el órgano judicial no examina por sí mismo la cuestión sustantiva sobre la comisión o no de las infracciones por las que se sancionó a

los actores. En este sentido, hemos reiterado en diversas ocasiones que si bien es posible incorporar argumentos y razonamientos por remisión, la remisión global y completa a la resolución administrativa no satisface el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puesto que omite la respuesta del propio órgano judicial al recurso jurisdiccional, haciendo inútil la formalización de la demanda contencioso administrativa.

TERCERO.- Sobre las alegaciones de los recurrentes en la demanda contencioso administrativa.

Estimado el primer motivo resulta innecesario analizar los otros dos motivos de casación -que por lo demás, reproducen cuestiones planteadas en la demanda-, y nos encontramos en la posición de Sala de instancia, con la necesidad de resolver el debate tal como se encuentra planteado por las posiciones de las partes. La demanda contencioso administrativa formula sus alegaciones en los apartados VII a IX de los fundamentos de derecho. En el apartado VII se rebate la comisión de las infracciones detectadas por la inspección del Banco de España por las que resultaron sancionados los recurrentes con argumentos que pasamos a examinar.

- En primer lugar se aduce que no se habría incurrido en la infracción consistente en la insuficiencia del capital mínimo de la entidad de tasaciones, ya que el Presidente de la sociedad de tasación condonó sus cuentas acreedoras con la entidad y puso a su disposición determinados bienes propios, y luego, con un retraso mínimo de cuatro meses, se procedió a ampliar el capital, lo que se hizo en efectivo metálico. Sostiene la parte, con cita de jurisprudencia, que el incumplimiento de este requisito ha sido sancionado sólo en los supuestos de incumplimiento reiterado.

No es posible aceptar el planteamiento de los actores. Primero, porque como se establece en el acuerdo del Banco de España de 27 de febrero de 2004, en el que se fundamenta cumplidamente la comisión de las infracciones, las nuevas exigencias de capital mínimo se habían establecido ya mediante el Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, por lo que hasta el 31 de diciembre de 2000 la entidad había dispuesto de más de dos años para adaptarse al citado requisito -circunstancia que invalida su argumento sobre un incumplimiento mínimo sin que mediara una actitud de resistencia-. Segundo, porque no resultan válidas las garantías ofrecidas por el Presidente de la entidad, ya que el requisito lo es de capital efectivamente desembolsado. Y, por último, la ampliación de capital no se inscribe en el correspondiente registro hasta julio, por lo que el incumplimiento efectivo es de más de seis meses.

- En relación con el número de los profesionales tasadores al servicio de la sociedad, el examen del expediente revela que efectivamente la parte no ha acreditado la realización de trabajos efectivos de tasación por parte de los siete tasadores no fijos con la propia compañía; en ese sentido, tiene razón el Banco de España al no estimar suficiente unas cartas de disponibilidad de fecha posterior al acta de inspección.

- Respecto a la cualificación de los profesionales tasadores, es preciso tener en cuenta que la cuestión decisiva es el sometimiento de las sociedades tasadoras homologadas a una regulación más estricta, debido a que sus tasaciones pueden incorporarse al mercado hipotecario. Y en ese sentido, la normativa aplicable (en concreto los Reales Decretos 775/1997, de 30 de mayo, y 685/1982, de 17 de marzo) requieren que fuera de los casos de solares o inmuebles residenciales, las valoraciones han de estar efectuadas por ingenieros o ingenieros técnicos de la especialidad que se corresponda con la naturaleza del objeto de la tasación. Así pues, las tasaciones de edificios industriales efectuadas por arquitectos o arquitectos técnicos incumplían tal exigencia.

- Sobre la insuficiencia de organización, medios y sistemas de control interno, se quejan los recurrentes en que en ningún caso están concretadas las exigencias que el artículo 3.1.c) del Real Decreto 775/1997 formula mediante conceptos jurídicos indeterminados, así como que los medios organizativos deben ser los necesarios para las dimensiones y necesidades de cada entidad. Entienden los recurrentes en definitiva que Tasaciones Orfe cumplía tales exigencias y que no se le puede reprochar ni falta de conocimiento adecuado del mercado, ni deficiencias en los sistemas de recogida y almacenamiento de datos ni insuficiencia en los mecanismos de control interno.

Dentro de la desordenada argumentación que se expone en este punto puede afirmarse, en relación con la falta de concreción normativa de los conceptos jurídicos indeterminados, que dicha concreción pertenece ya al ámbito de la aplicación de los mismos y que, en definitiva, serán los Tribunales los encargados de aplicar dichos conceptos y producir una jurisprudencia orientadora que ofrezca un creciente seguridad jurídica. En cuanto a las restantes alegaciones, la parte actora se limita a negar con carácter genérico las imputaciones concretas formuladas por el Banco de España, limitándose a la remisión a un folleto descriptivo sobre "Medios técnicos, personales y mecanismos de control interno de Tasaciones Orfe, S.A.", de 1998; pero en ningún caso se acredita la existencia efectiva de los medios que en términos concretos y detallados echa en falta la resolución del Banco

de España: sistemas de control que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de la tasadora, sistemas de recogida y almacenamiento periódico de datos o mecanismos equivalentes para garantizar un conocimiento actualizado de la realidad -se efectuaban tasaciones en toda España- y contrastar las tasaciones realizadas, programas informáticos especializados, falta de conservación de copias en cualquier soporte de los cálculos efectuados, etc. Así las cosas no puede dejar de concluirse que en ningún caso los recurrentes han desvirtuado las imputaciones formuladas por el Banco de España y asumidas en la resolución sancionadora.

- En relación con la insuficiente cobertura e ineficacia de la póliza de seguros de responsabilidad civil, señala la actora que queda acreditado en el expediente que la póliza con una cobertura de 900.000 euros fue dotada de efectos retroactivos. Sin embargo, tal como indica el Banco de España, resulta del expediente que la cobertura de la póliza vigente en el momento de la inspección inicial (suscrita el 4 de abril de 2002) alcanzaba sólo a 300.000 euros y que sólo tras la inspección del Banco de España (iniciada el 8 de agosto de 2002) se suscribió un suplemento de la misma elevando la cantidad hasta los 900.000 euros, dotándole de efectos retroactivos (el 15 de octubre de 2002). Por consiguiente, resulta manifiesto que la cobertura de la póliza era insuficiente para la cuantía de los bienes valorados y que la posterior elevación de la cobertura con la citada eficacia retroactiva no evita, como sucede con otras imputaciones, que se hubiera incurrido en la infracción sancionada.

- Sobre la imputación de incumplimiento de la normativa aplicable a los informes y certificados de tasación, los recurrentes se limitan a señalar que se basa en un entendimiento rigorista y extremo de las normas sobre valoración de bienes inmuebles contenidas en la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1994 y que los defectos detectados serían de carácter puntual y de escasa relevancia. Sin embargo, las deficiencias detectadas por la inspección del Banco de España y enumeradas con detalle en la página 52 y siguientes del Acuerdo sobre propuesta de resolución del organismo supervisor (folios 809 y ss. del expediente), acreditan una continua desatención a dichas normas, por lo que procede ratificar la comisión de la infracción grave sancionada.

- Respecto al incumplimiento de las obligaciones de declaración al Banco de España, la parte pone en duda que a este respecto sea aplicables a las sociedades de tasación el régimen de disciplina y control de las entidades de crédito. Además, afirma, aun admitiendo que ello fuera así, se efectuó luego la declaración de cargos en otras sociedades mercantiles, quedando así subsanada

dicha inobservancia; que las cuentas anuales también se han presentado a la autoridad monetaria; y que es absolutamente incierto que se produjera una acumulación de encargos en el Banco Popular Español que implique el 77% de la facturación de la sociedad, ya que para la concesión de créditos hipotecarios la tasación de inmuebles se realiza a cuenta del solicitante del crédito, a quien se factura directamente el servicio.

En lo que respecta al sometimiento de de las sociedades tasadoras homologadas a las circulares del Banco de España, no hay duda de que quedan sometidas no sólo las entidades de crédito, sino todas las entidades que quedan bajo la supervisión del regulador, como se deduce de la inexistencia de restricciones en las potestades de supervisión contempladas en la Ley de Autonomía del Banco de España (Ley 13/1994, de 1 de junio) respecto de cualquiera de las entidades sometidas a su supervisión, y así lo hemos interpretado en reiteradas ocasiones (Sentencias de 21 y 22 de diciembre de 2005 -recursos contencioso-administrativos 2/141/2003 y 2/174/2004, respectivamente- y de 30 de octubre de 2006 -recurso contencioso-administrativo 2/69/2005 -, entre otras). La Sentencia casada rebate asimismo esta alegación en su fundamento de derecho segundo, ya transcrito, que se asume en la presente Sentencia.

Frente a las restantes observaciones, hay que poner de relieve que la subsanación de las deficiencias posterior al comienzo de la inspección no evita que se cometiera efectivamente la infracción en el grado correspondiente; todo lo más, como señala la propia propuesta de sanción del Banco de España, puede servir para modular la sanción. En cuanto a la falta de notificación de la acumulación de encargos por parte del Banco Popular Español superior al 15% de la facturación de la sociedad, la Circular 3/1998, de 27 de enero, indica expresamente que el citado porcentaje se refiere a la entidad de crédito de la que proceden los encargos de valoración, aunque tales servicios sean facturados a los clientes solicitantes de créditos (estado VIII de la circular).

El rechazo de las argumentaciones expuestas supone desestimar la conclusión que los actores extraen de todo este apartado, en el sentido de que los hechos que han dado pie a las sanciones no integran los tipos sancionadores aplicados.

Finalizan los recurrentes el epígrafe VII negando la tipicidad de los hechos en la medida en que entienden que la disposición adicional 10ª, apartados 2.a) y 2.b) de la Ley 3/1994 son normas en blanco que no predeterminan las conductas proscritas. Debe rechazarse también esta alegación ya que las infracciones determinadas como muy graves y graves por los citados apartados enume-

ran conductas con un grado de concreción más que suficiente y que sin duda alguna predeterminan las conductas sancionadas sin merma de los principios de legalidad sancionadora y de seguridad jurídica, y respecto a las que una consolidada jurisprudencia constitucional admite su mayor concreción por ulteriores disposiciones reglamentarias. La Sentencia recurrida hacía algunas consideraciones sobre esta cuestión en el fundamento de derecho tercero -transcrito supra-, que pueden darse por reproducidas. Esta Sala, por lo demás, ha tenido ya ocasión de aplicar y justificar la tipicidad de esta normativa sancionadora (Sentencias antes citadas, entre otras), a cuya doctrina nos remitimos.

CUARTO.- Sobre los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

En los fundamentos VIII y IX de la demanda contencioso administrativa la parte achaca a la resolución administrativa impugnada no haber valorado adecuadamente las circunstancias concurrentes, vulnerando el principio de proporcionalidad, así como haber considerado erróneamente responsables a las personas físicas sancionadas, que no habrían intervenido en los hechos mediante una conducta dolosa o negligente.

A este respecto, puede asumirse la respuesta que dio la Sentencia casada, que examinó adecuadamente estas cuestiones en los fundamentos de derecho cuarto y quinto, en los siguientes términos:

“Cuarto.- Por lo que respecta a la eventual quiebra del principio de culpabilidad, debemos concluir que es doctrina reiterada de esta Sección (SAN 27-10-1999 rec. 246/1997, además de las sentencias antes citadas entre otras muchas), confirmada por el TS (STS 2-6-2003 rec. núm. 6982/98 y 27-2-2003 núm. rec. 8474/97), que en principio es exigible responsabilidad al Consejero de una sociedad por causa de no haber ejercido sus atribuciones en orden a evitar una actuación ilícita de la misma, y ello aunque no ocupe puestos de gestión directa de la Compañía. En efecto, en las sentencias aludidas decíamos que: La Ley 26/1998 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 15.2, aplicable al caso, establece como regla general que los administradores, con expresa mención a los Consejos de Administración, “serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las Entidades de Crédito, salvo...b)... cuando dichas infracciones sean “exclusivamente” imputables a Comisiones Ejecutivas, Consejeros Delegados, Directores Generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la Entidad”. De esta construcción se desprende que es la propia Ley (art. 15.2 Ley 26/1988), la que establece la responsabilidad inicial de los miembros del Consejo de Administración por la

comisión de faltas como la presente, calificadas como graves. Esta exigencia de responsabilidad al Consejo o a los administradores en general, tiene su fundamento lógico en que es este órgano el que ejerce, con las amplias facultades que les conceden los Estatutos, el control de la Entidad (art. 89, 127, 129, 171, 141, 172 LSA). Este poder está directamente dirigido y concebido para que pueda garantizar su correcto funcionamiento, y muy singularmente, para evitar la realización de conductas que por su especial gravedad puedan comprometer el destino de la Entidad, como ocurrió en este caso, pues no parece razonable que quien tiene como misión la representación de la sociedad, y goza de los poderes en el seno de la misma para corregir las deficiencias que se produzcan, pretenda eludir las responsabilidades que sean consecuencia de la mala gestión.

No obstante, esta declaración de culpabilidad establecida en la Ley, podría, efectivamente, chocar con el art. 24 CE, en la medida en que de ella pudiera derivarse una responsabilidad objetiva y automática de los Consejeros, siempre y en todo caso, pero esa no es ni la previsión legal, ni el proceso lógico seguido por la O.M. en cuestión para imponer la multa impugnada. En este sentido son dos los mecanismos legales que permiten desvirtuar la tacha de inconstitucionalidad formulada: Por una parte, el propio redactado del art. 15.2. a) y b). de la Ley 26/1988. Así el apartado a) recoge supuestos que no se plantean en este caso (inassistencia del Consejero a la reunión en la que se tomó el acuerdo lesivo, o emisión de voto particular), mientras que el b) les exonera de responsabilidad cuando “las infracciones sean exclusivamente imputables a Comisiones Ejecutivas, Consejeros Delegados, Directores Generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad”. En segundo lugar, el nuevo art. 105 a) de la Ley 24/1988, exige para la imposición de la sanción que en la actuación de los Consejeros exista, al menos, un elemento de culpa, proscribiendo la responsabilidad automática y objetiva que se derivaba de la anterior redacción del precepto.

La STC 154/1994, FJ 3, analiza en el ámbito del derecho administrativo sancionador, un supuesto que si bien parte de una base fáctica distinta del sometido a enjuiciamiento, contiene una doctrina plenamente aplicable al caso. Tras dejar sentado que los desplazamientos legales de responsabilidad deben fundamentarse en la concurrencia de una circunstancia de carácter subjetivo para ser constitucionalmente aceptables, mantiene que de la simple titularidad de un bien o derecho, pueden derivarse responsabilidades si el sujeto no actúa diligentemente en sus facultades de control. Es indudable que la pertenencia a un Consejo de Administración, la simple titularidad del car-

go, se traduce en una serie de atribuciones que se confieren a los nombrados, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones como la enjuiciada; el descuido en el ejercicio de esas facultades, que aboca a la Sociedad a la comisión de una infracción, extremo en este caso confirmado por la SAN de 12-2-2003 rec. núm. 7/2000, implica un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha, desde la óptica constitucional.

QUINTO.- Finalmente resta por analizar la queja relacionada con la infracción del principio de proporcionalidad. A este respecto debe decirse en primer lugar que el hecho de que la Sociedad recurrente haya causado baja a instancia propia en el Registro de Sociedades de Tasación en modo alguno puede equipararse a una excusa absolutoria como parece insinuarse en su escrito de demanda. Las infracciones se cometieron en un momento en el que la sociedad desarrollaba su actividad a pleno rendimiento, y era gobernada por los administradores sancionados y ahora recurrentes, únicos datos que deben tomarse en consideración a este respecto, dado el indudable interés público que subyace en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. En cuanto a la modulación desplegada por la Administración en la imposición de las sanciones debemos concluir que este examen se limita a las consistentes en la imposición de una multa dada la imposibilidad material de graduar las que se traducen en una amonestación. La simple lectura de la Resolución pone de manifiesto la moderación del ejercicio de su potestad por el Banco de España, la distinción de las distintas circunstancias que concurren en los distintos afectados (Sociedad y Consejeros con distinción entre los mismos en función de su grado de implicación y poder en la Compañía) y la toma en consideración de los elementos subjetivos que determinaron la imposición de las sanciones en su grado mínimo, supuesto en el que no es posible concluir que se ha producido una infracción del principio de proporcionalidad." (fundamentos jurídicos cuarto y quinto)

QUINTO.- Conclusión y costas.

De los expuesto en los anteriores fundamentos de derecho se deriva la estimación del recurso de casación, con la consiguiente declaración de nulidad de la Sentencia recurrida y la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por Tasaciones Orfe, S.A., D. Ildefonso, D. Isidoro y D. Jenaro contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 10 de mayo de 2004, por la que se resuelve el expediente sancionador núm. 000 incoado por el Banco de España.

Según lo dispuesto en los artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la condena en

costas ni en la instancia ni en la casación.

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

FALLO

1. Que ha lugar y por lo tanto estimamos el recurso de casación interpuesto por Tasaciones Orfe, S.A., D. Ildefonso, D. Isidoro y D. Jenaro contra la sentencia de 14 de marzo de 2007 dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 336/2004, sentencia que casamos y revocamos.

2. Que desestimamos el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Tasaciones Orfe, S.A., D. Ildefonso, D. Isidoro y D. Jenaro contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 10 de mayo de

2004, por la que se resuelve el expediente sancionador núm. 000 incoado por el Banco de España.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza.- María Isabel Perello Domenech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Mª Concepción Sánchez Nieto.



2009/283353

TS Sala 4ª, Sentencia 29 octubre 2009. Ponente: D. Joaquín Samper Juan

Por falta de cotización

Responsabilidad proporcional del Ministerio de Educación y del INSS en el pago de prestación por IPT

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS codemandado frente a sentencia que le condenó de forma exclusiva al abono de la pensión de IPT derivada de enfermedad común reconocida a la actora -profesora de religión católica-.

La Sala señala que la cuestión de la responsabilidad del Ministerio de Educación en las prestaciones de jubilación e invalidez de los profesores de religión católica a su servicio por falta de cotización ha sido recientemente abordada por esta Sala la cual ha establecido que, dado el carácter laboral de la relación y la condición de empresario del Ministerio, no existe base para entender que éste no estaba en condiciones de haber cumplido con sus obligaciones de Seguridad Social aunque, por otro lado, hay que tener en cuenta que, tanto la normativa entonces vigente, como la jurisprudencia menor, pudo inducir a confusión a la Administración empleadora, tanto sobre la obligación de cotizar, como sobre el obligado a hacerlo y ello supone que se haya de aplicar el principio de proporcionalidad; por tanto procede fijar la responsabilidad del Ministerio en un porcentaje del 97,90% y la del INSS en el 2,10% restante, sin perjuicio de la obligación de anticipo que corresponde a la Entidad Gestora en aplicación del principio de automaticidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se debate en este recurso si el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte debe ser responsa-

ble, por falta de cotización, de la pensión de invalidez permanente total derivada de enfermedad común, que la sentencia de instancia ha reconocido a la actora por su actividad

como profesora de religión en centro docente público de educación primaria y general básica.

La resolución del INSS denegó la solicitud de invalidez permanente absoluta presentada por la actora el 17-5-2002, por no reunir el periodo mínimo de cotización de quince años (5475 días), ni acreditar 3 años (1.095 días) dentro de los diez inmediatamente anteriores al hecho causante que exige el art. 138.2.b); solo le reconoció 99 días cotizados, mas 16 correspondientes a pagas extras, lo que hace un total de 115 días, correspondientes al periodo 8/6/98 a 14/9/98.

Recurrió la actora a la vía judicial reclamando el reconocimiento de una invalidez permanente absoluta, o subsidiariamente total para su profesión habitual. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla de 15 de marzo de 2.007 (tercera de las de instancia dictadas en este procedimiento, pues las dos anteriores fueron anuladas por el TSJ por defectos formales y deficiencias fácticas) tuvo por probado que la actora había prestado servicios en centro docente público y sin interrupción desde el inicio del curso escolar 1.984/1985 hasta el 30/6/96. Y, estimando en parte la demanda, declaró a la actora "en situación de invalidez permanente total para su profesión habitual condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración, declarando la responsabilidad del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, sin perjuicio de la obligación de anticipo del INSS, con absolución de la Consejería de la Junta de Andalucía codemandada por falta de legitimación pasiva".

La sentencia fue recurrida en su aplicación tanto por la actora, para que se le reconociera una invalidez permanente absoluta, como por el Ministerio condenado, que interesó su absolución o, subsidiariamente, que se le declarara responsable solo en proporción a su incumplimiento. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla dictó la sentencia de 2 de octubre de 2.008 (rec.3143/07) que rechazó el recurso de la actora y estimó el del Ministerio en su pretensión principal; y en consecuencia revocó en parte la sentencia de instancia, absolvió al Ministerio y declaró responsable exclusivo de la pensión al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- El INSS ha recurrido esta sentencia en casación para la unificación de doctrina, invocando como referencial la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 25 de febrero de 2.008 (4207/07) que obra en autos y es firme. El recurso ha sido impugnado por la Junta de Andalucía, reiterando su falta de legitimación pasiva, y por el Sr. Abogado del Estado en la representación que ostenta del citado Ministerio, solicitando la desestimación

del recurso. Por su parte el Ministerio Fiscal ha emitido el preceptivo informe en el sentido de considerar procedente el recurso, si bien en el sentido de efectuar un reparto proporcional de responsabilidades entre la Entidad Gestora y el Ministerio.

La sentencia referencial resolvió un supuesto similar de profesora de religión católica a la que el INSS le denegó la pensión de jubilación solicitada por falta de carencia, y en el que consta probado que el Ministerio de Educación, Ciencia y Deporte no había cotizado por ella en diversos periodos, algunos de ellos también anteriores al año 1989; y que de haberlo hecho, resultaría carencia suficiente. Y desestimó el recurso de suplicación interpuesto el Sr. Abogado del Estado frente a la sentencia de instancia, que había imputado la responsabilidad al INSS y al Ministerio de Educación, la de éste en proporción al tiempo de falta de cotización.

Concurre, como manifiesta el Ministerio Fiscal en su informe, el requisito o presupuesto de la contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora. No siendo óbice para ello que en la sentencia recurrida se discuta la carencia para una pensión de invalidez y en la referencial lo sea para una de jubilación — dato que considera relevante el Sr. Abogado del Estado en su escrito de impugnación — puesto que la responsabilidad legal del empresario por falta de cotización, es la misma en ambos casos, al igual que resulta aplicables a ambos la jurisprudencia moderadora de dicha responsabilidad sentada por esta Sala.

TERCERO.- El INSS denuncia en su recurso que la sentencia recurrida, al exonerar de responsabilidad a la Administración Pública empleadora ha infringido el art. 126 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en relación con los arts. 94, 95 y 96 de la Ley de la Seguridad Social de 1966.

Antes de proceder al examen de las infracciones denunciadas resulta conveniente recordar que el INSS denegó la pensión de invalidez absoluta (sin pronunciarse sobre el grado de total que también se solicitaba, ni razonar nada al respecto) exclusivamente por falta de carencia, reconociendo la existencia de solo 115 días cotizados. Que la sentencia de instancia reconoció una invalidez permanente, pero en grado total, de la que declaró responsable único al Ministerio, sin perjuicio de la obligación de anticipo del INSS; y que éste se aquietó ante tal pronunciamiento. Y que, en suplicación, el Ministerio solo combatió su responsabilidad, pero no la declaración de invalidez. Por consiguiente, la única cuestión que podrá abordar la Sala por razón de congruencia es la de si procede o no la declaración de responsabilidad del Ministerio y, en su caso, en que porcentaje.

Cualesquiera otras cuestiones, entre ellas la de si existía o no situación de alta, o la duda sobre posible origen y eficacia de esos 115 de cotización computados y cotizados dos años después de producirse el cese total de la actividad de la actora, que en la sentencia de instancia se tienen por probados sin más explicación, deberán quedar al margen del debate al no haber sido planteadas en forma por ninguna de las partes ni en esta sede ni en suplicación.

CUARTO.- La cuestión de la responsabilidad de la Administración empleadora en las prestaciones de jubilación e invalidez de los profesores de religión católica a su servicio, ha sido recientemente abordada por esta Sala en sus sentencias de 10-3-09 (rcud. 4016/07), recaída en un supuesto de cotización insuficiente para lucrar una pensión de invalidez permanente, como es el caso actual, y de 7-7-09 (rcud. 2612/08), dictada en un caso en que lo debatido era la ausencia de ese mismo requisito en una pensión de jubilación y en la que, por cierto, se ofreció como sentencia referencial la misma que en este recurso.

A la doctrina unificada establecida en ellas debemos por tanto estar, por lógicas razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley. Sus extensos argumentos, que asumimos íntegramente y a los que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias, pueden resumirse del modo que sigue.

I. La jurisprudencia de esta Sala, en numerosas sentencias dictadas tanto con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, como con posterioridad a esta fecha, pero siempre con referencia a preexistentes relaciones jurídicas del colectivo del profesores de religión católica, ha declarado: a) el carácter laboral de la relación jurídica; b) que el verdadero empresario es la Administración Pública contratante y no la Autoridad religiosa proponente; y c) que, transitoriamente, y en tanto no se lleve a cabo el traspaso de los profesores de religión católica, de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria a la correspondiente Administración educativa autonómica, es el Ministerio de Educación y Cultura asume, respecto de estos profesores, la condición de empleador. (ss. de 19-6-96 (rcud. 2743/95), y 30-4-97 (rcud.3561/1996), 27-4-00 (rcud. 3295/99), 31-5-00 (rcud. 3899/99), 2-6-00 (rcud. 2585/99), 3-7-00 (rcud.2692/99), 18-9-00 (rcud. 2694/99) y 31-12-00 (rcud. 442/00), entre otras).

II. Dado el carácter laboral de este tipo de relaciones y la condición de empresario del Ministerio, no existe base para entender que éste no estaba en condiciones de haber cumplido con sus obligaciones de seguridad social con respecto a los profesores de religión católica. Conforme al art.

15.1 LGSS, la obligación de cotizar nace desde el momento mismo de iniciación de la actividad correspondiente, y no desde la fecha de firmeza de la posible sentencia declarativa del carácter laboral de la relación, como ha recordado el competente, en esta materia, orden jurisdiccional contencioso-administrativo (entre otras, SSTS/III de 28-2-00, rec. 2218/1997 en interés de ley). En es mismo sentido —añadimos ahora— se ha pronunciado esta Sala IV en sus sentencias de 29 y 30-4-02 (rs-cud.1468/01 y 2131/01) de Sala General, y 1-6-06 (rcud. 5458/04) entre otras.

III. No existe pues razón alguna para exonerar al Ministerio en relación con los profesores de religión católica de la responsabilidad que se deriva de la aplicación del art. 126.2 LGSS en relación con los preceptos de la Ley de Seguridad Social de 1.966 que invoca la parte recurrente. Sin que sea de aplicación a estos casos, como pretende el Ministerio en su escrito de impugnación, la doctrina de nuestra sentencia de 1-6-06 (rcud.5458/04). Esta se dictó en relación con los agentes-vendedores de la ONCE, y en atención a que la infracotización empresarial había sido admitida como correcta por la TGSS (“con la plena anuencia de la Administración de la Seguridad Social” afirma la citada sentencia), mientras que ahora existe, no infracotización, sino un descubierto total de cotización durante el largo periodo de tiempo que se declara probado, y quizá una cierta “pasividad” de la Administración de la Seguridad Social, pero no su “plena anuencia”.

QUINTO.- La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto sometido a la consideración de la Sala lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida infringió los preceptos legales denunciados. El Ministerio empleador incumplió la obligación de cotizar durante el periodo comprendido entre 1.984 y 1.998 en que la trabajadora prestó servicios y tal incumplimiento ha incidido directamente en la cobertura tanto del periodo de carencia genérica, en el caso de algo más de 10 años, como del específico, en el caso de 2 años dentro de los últimos 10, que exige en art. 138.2 LGSS para tener derecho a la prestación de invalidez permanente total que ha sido reconocida a la actora. Debe ser, por consiguiente, declarado responsable.

No obstante, es cierto que tanto la normativa entonces vigente como la jurisprudencia menor sentada sobre la cuestión pudo inducir a confusión a la Administración realmente empleadora, el Ministerio, tanto sobre la obligación de cotizar como sobre el obligado a hacerlo. Y ello autoriza a aplicar al caso el principio de proporcionalidad.

Principio que la doctrina unificada de esta Sala ha tenido que establecer, visto que el artículo 126.2 Ley de

General de la Seguridad Social señala que el alcance de la responsabilidad empresarial habrá de determinarse reglamentariamente, y habida cuenta de que, por una parte, el desarrollo reglamentario aún no se ha llevado a cabo, y, por otra, que cierta moderación estaba ya prevista, aunque en términos insuficientes, en el artículo 95.4 de la Ley Articulada de la Seguridad Social de 21 de abril de 1.966, que, como es sabido, mantiene su vigencia con rango reglamentario.

SEXTO.- A ese respecto, las ya citadas sentencias de 10-3-09 (rcud. 4016/07) y de 7-7-09 (rcud. 2612/08) recuerdan que es también doctrina unificada, que la responsabilidad empresarial por incumplimiento de su obligación de cotizar cuanto tiene trascendencia en la relación jurídica de protección, debe moderarse por aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, en función de la incidencia del descubierto en la prestación. (ss. de 1-6-06 (rcud. 5458/04) 26-2-08 (2341/06), 25-9-08 (rcud. 2914/07) y 10-3-09 (rcud. 4016/07) y las numerosas que en ellas se citan). Señalándose en la de 14-12-04 (rcud. 5291/03) en que el incumplimiento empresarial era “objetivamente grave”, al igual que en este caso, puesto que se extendió desde el año 1.955 al año 1.973, que “el elemento de gravedad, que ha de ponderarse a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, no es esencial en orden a la determinación de la responsabilidad, que, de acuerdo con la doctrina de la sentencia de Sala General de 8 de mayo de 1997 (rcud.3824 /96) ha de tener en cuenta, cuando se trata de contingencias comunes, la proyección del incumplimiento sobre la acción protectora.”

Aplicando al caso el principio de proporcionalidad, tal como señala el Ministerio Fiscal en su informe, y como solicitó el Ministerio demandado en su recurso de suplicación (que esta Sala deberá resolver ahora con arreglo a la doctrina unificada), procede fijar la responsabilidad del Ministerio en un porcentaje del 97,90% y la del INSS en el 2,10 % restante, sin perjuicio de la obligación de anticipo que corresponde a la Entidad Gestora en aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones que establece el art. 126.3 LGSS.

En ese sentido, de conformidad con los preceptos analizados y con el informe del Ministerio Fiscal, debe estimarse el recurso interpuesto y resolverse el de suplicación. Sin costas (art. 233.1 LPL).

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina inter-

puesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla, de fecha 2 de octubre de 2.008 (rec. 3143/07), que resolvió los recursos de suplicación interpuestos por D^a Elvira y el Ministerio de Educación, Ciencia y Deporte contra la sentencia de 15 de marzo de 2.007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Madrid en los autos 29/03, seguidos a instancia de la citada frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y DEPORTE y la COMUNIDAD DE ANDALUCÍA. Casamos y anulamos en parte dicha sentencia. Y resolviendo el recurso de suplicación interpuesto en su día por el citado Ministerio revocamos en parte la sentencia de instancia, y declaramos que el Ministerio empleador es responsable de la invalidez permanente total reconocida en un porcentaje del 97,90 % y el INSS en el 2,10 % restante, sin perjuicio de la obligación de anticipar el total de la pensión que corresponde a este último; y confirmamos sus restantes pronunciamientos. Sin costas ni en este recurso ni en el de suplicación. (art. 233.1 LPL).

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2009/300311

TS Sala 4^a. Sentencia 5 noviembre 2009. Ponente: D^a M^a Luisa Segoviano Astaburuaga

Inexistente vulneración de libertad sindical en negociación de pacto extraestatutario

Recurre en casación para la unificación de doctrina el sindicato demandante contra sentencia que rechazó la existencia de vulneración de su derecho de libertad sindical.

A juicio de la Sala, el acuerdo que la caja de ahorros suscribió con los demás codemandados, y en

el que no participó el recurrente, tiene carácter extraestatutario de forma que aquella gozaba de plena libertad para seleccionar a sus interlocutores, sin que por ello pueda entenderse vulnerado el mencionado derecho. Además, añade el Alto Tribunal, la empresa no excluyó de la negociación al recurrente, sino que, por el contrario, ha sido este el que ha venido solicitando aplazamientos y cambios de horarios respecto de las negociaciones, lo cuál fue aceptado por la mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Sindicato FES UGT se interpuso demanda, en reclamación de tutela del derecho de libertad sindical, ante la Audiencia Nacional, contra Caja de Ahorros de Asturias, Comisiones Obreras, CSICA, CGT, Comité de Empresa de Caja de Ahorros de Asturias en Madrid y D^a Amalia, interesando que se dicte sentencia por la que se declare: "la existencia de vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, así como la nulidad radical de la conducta de los codemandados, ordenando el cese inmediato de la conducta antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, es decir, al momento anterior a la firma del acuerdo de 4 de julio de 2008, declarando en consecuencia la nulidad del mismo, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a abonar al demandante una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de 6000 euros, así como a adoptar las medidas necesarias para la efectividad de todo ello".

SEGUNDO.- Por la mencionada Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se dictó sentencia el 17 de octubre de 2008, en el procedimiento núm. 146/08, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "En la demanda interpuesta por la FES-UGT contra Caja de Ahorros de Asturias, Comisiones Obreras, CSICA, CGT, Comité de Empresa de Caja de Ahorros de Asturias en Madrid y Amalia y Ministerio Fiscal en proceso de tutela de derechos fundamentales la Sala Acuerda: Desestimar la demanda y absolver a la demandada de las pretensiones ejercidas en su contra".

TERCERO.- Por la representación letrada de la parte actora FES-UGT, se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en un único motivo. Con amparo procesal en el artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la parte recurrente infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, alegando infracción por interpretación errónea de los artículos 14 y 28.1 de la Constitución Española, en relación con los artículos 2.1 d) y 6.3 b) y c)

de la Ley 11/85 de Libertad Sindical. El recurso ha sido impugnado por la empresa Caja de Ahorros de Asturias y por las Entidades Sindicales demandadas CC.OO y CSICA, proponiendo el Ministerio Fiscal la desestimación del recurso.

CUARTO.- El recurrente aduce, en esencia, que la sentencia recurrida desestima la demanda basándose en un único argumento, que el pacto suscrito entre los codemandados el 4 de julio de 2008 es de carácter extraestatutario, por lo que la empresa es libre de elegir a sus interlocutores, no constituyendo vulneración de derechos fundamentales la exclusión de ningún sindicato. Entiende el recurrente, con abundante cita de sentencias del Tribunal Constitucional, que el derecho a la negociación colectiva no incluye exclusivamente el derecho a negociar convenios colectivos en sentido estricto o estatutarios, sino que, como parte del derecho de acción o actividad sindical, ha de interpretarse siempre teniendo en cuenta la prohibición de cualquier actuación susceptible de limitar tal derecho, limitación que se produce siempre que la empresa otorgue ventajas injustificadas a un sindicato respecto al resto o que su actuación coloque a un sindicato en una posición más débil sin razones objetivas y proporcionadas. Precisamente esto es lo que ha sucedido en el caso debatido, pues la empresa inicia una negociación post-convenio de las condiciones de trabajo en la citada empresa, que afecta a los acuerdos suscritos el 22 de junio de 2007 entre la empresa y la sección sindical de UGT que ponen fin a una huelga, convocando a UGT a una reunión en la que le entrega su propuesta de acuerdo, otorgándole un plazo hasta el día 7 de julio para responder a la misma, siendo así que el mismo día 4 se suscribe el acuerdo con el resto de los sindicatos, con lo que difícilmente podía el ahora recurrente "evaluar" una propuesta que era ya un acuerdo firme, lo que origina un trato desigual entre los distintos sindicatos con representación en la empresa. Para resolver la cuestión planteada la Sala ha de partir del incombustible relato de hechos probados de la sentencia de instancia que, a los efectos que ahora interesa son los siguientes:

- FES UGT es sindicato representativo en la empresa demandada, teniendo 12 representantes de los 43 que forman los tres comités de empresa.

- El 22 de julio de 2007 se suscribió un acuerdo entre la empresa demandada y la sección sindical de UGT que puso fin a una huelga, al que se adhirió la totalidad de la plantilla, acordándose la creación de una comisión de estudio, una vez aprobado el convenio colectivo estatal, para la adecuación de este al ámbito de la empresa.

- El Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro, de ámbito estatal, fue pu-

blicado en el BOE de 30 de noviembre de 2007, no habiendo sido suscrito por UGT.

- El 4 de diciembre de 2007 CC.OO presenta a la empresa solicitud de negociación post-convenio; el 21 de febrero de 2008 CSICA entrega a la empresa una plataforma de peticiones para lograr, como ha sido habitual en la empresa, un acuerdo de adaptación de las condiciones del convenio general a las particulares de la empresa.

- El 11 de abril de 2008 la Sección Sindical de UGT presenta a la empresa por escrito una plataforma de negociación, respondiendo la empresa el 19 de junio de 2008 que les convoca a una reunión a celebrar el 23 de junio. El 20 de junio UGT solicita que la convocatoria se retrase a primeros de julio ya que por motivos de agenda y vacaciones les es imposible asistir.

- El 24 de junio la empresa convoca a UGT a una reunión señalándola para el día 1 de julio, advirtiéndole que la falta de asistencia será considerada como manifestación de ausencia de voluntad negociadora. El 1 de julio la empresa responde, mediante correo electrónico, a diversas materias planteadas en la reunión de dicho día.

- El mismo 1 de julio la empresa convoca a UGT a una reunión para el día 3 a las 9'30 de la mañana.

- El 3 de julio, según lo acordado en la reunión celebrada por la mañana, se convoca a UGT para el día 4 a las 12'30, con el fin de llegar a un acuerdo ya que, habida cuenta de los acuerdos parciales ya obtenidos y las valoraciones sobre temas pendientes, está en condiciones de hacer entrega de un documento con las propuestas definitivas de la empresa.

- El 3 de julio UGT responde que no es posible el horario que les indican porque hasta las 13'30 no podrán asistir, respondiendo la empresa que acepta el cambio de horario propuesto.

- El 4 de julio la empresa envía a UGT el texto del acuerdo que personalmente se le había entregado por la mañana, respondiendo UGT que respecto al plazo máximo señalado por la empresa para contestar -7-7-08 a las 9 horas- le comunica que hasta el 9 de julio no podrá dar una respuesta.

- El 29 de julio de 2008, UGT envía a la empresa un correo electrónico por el que le adjuntaba una Adenda al Acuerdo suscrito el 4 de junio. El 23 de septiembre la empresa envía a UGT un correo en el que le comunica que el acuerdo alcanzado es fruto de un periodo de negociación con las distintas organizaciones sindicales, incluida UGT, resultado final de los esfuerzos realizados para alcanzar un punto de encuentro al que su Sindicato no se ha querido sumar.

QUINTO.- Las cuestión que se plantea es la de decidir si es atentatoria de la libertad sindical una negociación colectiva, llevada a cabo al margen de las previsiones que sobre negociación colectiva se contienen en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, en la que la empresa, ante las sucesivas peticiones de aplazamiento de las reuniones efectuadas por el sindicato accionante, suscribe un acuerdo con las secciones sindicales de los restantes sindicatos con implantación en la empresa, por el que se adapta el convenio colectivo de Cajas de Ahorro de ámbito estatal a las particularidades de Cajastur, negociándose este acuerdo con cada una de las Secciones Sindicales por separado, sin que se constituyan comisiones negociadoras ni se levante acta de las sesiones. La respuesta a tal cuestión es negativa por las razones que a continuación pasamos a detallar: En primer lugar en cuanto a si el derecho de libertad sindical ampara el derecho de los sindicatos a negociar con la empresa un pacto extraestatutario, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en la sentencia de 18 de septiembre de 2007, recurso 52/06, a cuya doctrina debemos atenernos por elementales razones de seguridad jurídica. Dicha sentencia contiene el siguiente razonamiento:

“En relación con el contenido del derecho de libertad sindical de los sindicatos y su alcance, el Tribunal Constitucional ha sido contundente en señalar que dentro del contenido esencial del mismo, “parte de este núcleo del art. 28.1 CE lo constituye, sin duda, la negociación colectiva de condiciones de trabajo, puesto que resulta inimaginable que sin ella se logre desarrollar eficazmente las finalidades recogidas en el art. 7 CE “-SCT 107/2000, precitada que cita otras muchas en el mismo sentido en su fundamento jurídico sexto-, pero no es menos cierto que también ha dicho claramente dicho Alto Tribunal que “nuestra doctrina tiene también reiteradamente declarado que no toda limitación a la capacidad de actuación de un Sindicato determina necesariamente una vulneración de la libertad sindical sino que la lesión sólo se producirá cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación, como sucede en el supuesto de las exclusiones o minoraciones de presencia sindical en las comisiones creadas por convenios colectivos con facultades negociadoras (SSTC 73/1984, de 27 de junio; 9/1986, de 21 de enero, 39/1986, de 31 de marzo...), o en el caso de la utilización de las mayorías legales para alcanzar un convenio estatutario con exclusión dentro Sindicato legitimado (SSTC 187/1987, de 24 de noviembre, y 137/1991, de 20 de junio), o cuando....la actuación unilateral del empresario, amparada en principio por las facultades directivas implícitamente reconocidas por la libertad de empresa (art. 38 CE),

afecte a la posición negociadora del Sindicato vaciando sustancialmente de contenido la libertad sindical (SSTC 58/1985, de 30 de abril).

En el presente caso el SIB demandante reclamó participar en unas negociaciones que culminaron en pactos o acuerdos y fue rechazado, en otras ocasiones se le admitió, y en otras ni siquiera reclamó participar, por lo que, en principio pudiera afirmarse que vio mermada su posibilidad de actividad sindical por parte de la empresa y los demás negociadores, pero, a la hora de decidir si en realidad puede de ello deducirse un atentado a su derecho a la libertad sindical es preciso tener en cuenta que aquellos acuerdos en los que no se le permitió participar tenían la condición de pactos impropios o extraestatutarios sin ninguna duda, lo que significa que su negociación no se halla regulada por las previsiones contenidas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores sino por las reglas del derecho civil común como esta Sala tiene reiteradamente dicho -por todas en SSTs 11-3-2003 (Rec.-23/2002) o 12-12-2006- en cuya doctrina, ante la denuncia de atentado a la libertad sindical por parte de un Sindicato que estaba legitimado para negociar el estatutario ya estableció que en tal situación “ni existe aquella necesidad de convocar a todas las partes, ni la obligación de negociar ni atentado a la libertad sindical de ninguno de los que no participen puesto que en estos convenios rige el principio de autonomía de la voluntad en su plenitud”, añadiendo que “la naturaleza extraestatutaria significa que ninguno de los principios que rigen la negociación colectiva estatutaria, tanto de elaboración jurisprudencial como de implantación legal a lo largo del Título III ET le son de aplicación. Y la absoluta desconexión de la normativa laboral, nos devuelve al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, bien que matizada por las prohibiciones que pesan sobre el fraude de Ley, el abuso de derecho, la mala fe y la vulneración de las normas imperativas (STS 14/02/05 -cas. 46/04-). En esta misma línea se indica que toda vez que el art. 82 ET limita la normativa de su Título III -que lleva el rótulo “De la negociación colectiva y de los Convenios Colectivos”- a los convenios colectivos regulados en dicha Ley, los convenios extraestatutarios carecen de una regulación propia y se rigen directamente por el art. 37.1 CE y las normas del Código Civil que regulan los contratos (SSTs 02/02/94 -cas. 4052/92-; y 21/06/94 -cas. 2225/93 -), entre los que se encuentran, singularmente, los arts. 1091 y 1.254 a 1.258 (SSTs 14/12/96 -cas. 3063/95-; 16/05/02 -cas. 1191/01-; 18/02/03 -cas. 1/2002-; y 11/09/03 -cas. 144/02-), sin perjuicio de aplicar, en su dimensión básica, las reglas generales del propio Estatuto, dada su calidad de “conciertos” plurales (SSTs 30/03/99 -cas. 2947/98-; y 11/03/03 -cas. 23/02-).

Quiere ello decir que en la negociación colectiva extraestatutaria el derecho de negociación colectiva que todo Sindicato tiene, ha de compaginarse con el principio de autonomía de la voluntad que los demás negociadores tienen igualmente reconocido por las leyes -art. 38 CE en el caso de la libertad de la empresa para negociar con quien considere oportuno, y arts. 1069 y sgs y 1254 y sgs del Código Civil en relación con todos los negociadores de tales pactos privados-. En esta situación, como dijo de forma expresa el TC en su sentencia 121/2001, de 4 de junio, contemplando también una denuncia de atentado a la libertad sindical en un pacto de esta naturaleza (FJ 5, párrafo quinto) “la singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor”; criterio que ha sido reconocido y reiterado también por esta Sala entre otras en las sentencias antes citadas. A este respecto quizás convenga recordar que el derecho que el art. 28 de la Constitución reconoce a todos los Sindicatos es un derecho de libertad, o sea, un derecho a actuar, negociar y llevar a cabo la actividad que como Sindicato le es propia, pero en modo alguno está reconocido por dicho precepto como un derecho prestacional, o sea, como un derecho que exija a la empresa una contraprestación por el mismo, en la misma medida en que otros derechos de tal naturaleza. El derecho de libertad sindical de todo Sindicato tiene un contenido esencial que incluye el derecho a la negociación colectiva como hemos visto ha dicho de forma reiterada el Tribunal Constitucional, pero este derecho de libertad es unidireccional pues a quien realmente vincula “ex constitutione” es al legislador y a los poderes públicos -art.53.1 CE - pues sólo se convierte en “relativamente” prestacional cuando nos adentramos en la negociación colectiva estatutaria pues en este terreno, ya no porque lo dice la Constitución sino porque lo ha querido así el legislador, el derecho de libertad sindical ya no permanece como un mero derecho de libertad sino que, previo el cumplimiento de determinados requisitos de legitimación -arts 87 y 88 ET - y, previo el cumplimiento de determinados formalismos y condiciones - arts 89 y sgs- se convierte en un derecho a exigir una negociación pues para tales supuestos sí que ha dispuesto el legislador, cumplidos aquellos requisitos previos, que “ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de buena fe”, convirtiendo aquel derecho de libertad en algo más”.

Aunque el anterior razonamiento sería suficiente para desestimar el recurso se añade un segundo motivo. A este respecto hay que señalar que la empresa no ha excluido del debate, en aras a lograr un acuerdo post-convenio al sindicato UGT, como este aduce, sino, al contrario, tal

como resulta del relato de hechos probados, parcialmente transcrito en el fundamento de derecho anterior, ante la propuesta de dicho sindicato, formulada el 11 de abril de 2008, la empresa le convoca a una reunión para el día 23 de junio, solicitando UGT que se retrase la convocatoria, lo que es aceptado por la empresa señalándola para el 1 de julio, fecha en que responde a las cuestiones planteadas por el sindicato, celebrándose una nueva reunión el día 3 de julio, accediendo la empresa a retrasar la reunión fijada para el 4 de julio a las 12’30 a las 13’30, negándose UGT a dar una respuesta a las propuestas de la empresa antes del 7 de julio, comunicándole que hasta el 9 de dicho mes no puede responder, realizando su propuesta -mediante envío de una Addenda al acuerdo alcanzado con los otros sindicatos- el 29 de julio. En definitiva, la empresa ha exteriorizado su voluntad negociadora y deseo de alcanzar un acuerdo con todas las Secciones Sindicales con implantación en la empresa, incluida UGT, por lo que en modo alguno ha lesionado su derecho de libertad sindical impidiéndole participar en las negociaciones del convenio extraestatutario, siendo, por contra, la accionante la que ha venido solicitando aplazamientos y cambios de horario de las negociaciones, lo que ha sido aceptado por la empresa sin que el hecho de que ante el acuerdo alcanzado con las demás secciones sindicales y la falta de respuesta de UGT en el razonable plazo concedido suponga lesión alguna del derecho de libertad sindical.

Por todo lo razonado procede la desestimación d el recurso formulado.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de FES-UGT contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 146/08, seguido a instancia de la citada recurrente contra Caja de Ahorros de Asturias, CC.OO, CSICA, CGT, Comité de empresa de Caja de Ahorros de Asturias en Madrid, Amalia y Ministerio Fiscal sobre derechos. Confirmando la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Jordi Agustí Julia.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Benigno Varela Autran.

(...)



EL DERECHO

Año XVII. Número 2809

Madrid, 23 de marzo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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.



2009/299940

TS Sala 1ª, Sentencia 10 diciembre 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Moderación judicial en la aplicación de cláusula penal

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que, con estimación de la reconvencción opuesta por la compradora de la vivienda, condenó a la entidad vendedora al pago de la indemnización derivada de la aplicación de la cláusula penal pactada, y ello porque la vendedora no puede reclamar la resolución del contrato de compraventa alegando la falta de pago del precio por parte de la demandada, ya que fue ella quien incumplió sus obligaciones al enajenar la vivienda a un tercero. La Sala mantiene la moderación de la cláusula penal aplicada por la AP ya que así se ha evitado la desorbitada suma a que llevaría el cálculo matemático puro que deriva del texto literal de la misma.

2009/299944

TS Sala 1ª, Sentencia 16 diciembre 2009.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Inexistencia de riesgo de confusión entre los signos ante la diversidad gramatical y fonética

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia de la AP, que rechazó la demanda por la que la entidad actora alegaba que la demandada, empresa dedicada al mismo sector de venta de recambios para automóviles, creaba confusión en el mercado con la utilización de una denominación con fonética y gramática similar a la suya para identificar su actividad y sus establecimientos, máxime cuando ambas empresas desarrollan su actividad en la misma zona geográfica. La Sala comparte el criterio de la AP que concluyó que no existía riesgo de confusión entre los signos en conflicto ya que hay diversidad gramatical y fonética.



2009/265715

TS Sala 2ª, Sentencia 29 septiembre 2009.
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Absolución del delito de estafa al no quedar probada la concurrencia del engaño

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito continuado de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues se considera imposible que tres operaciones de descuento de pagarés, que no habían sido satisfechos cuando el director de la sucursal autorizó las extracciones de dinero de la cuenta, hayan generado la confianza a la que implícitamente se refiere la sala "a quo", por lo que no es posible afirmar que las extracciones de dinero, que tuvieron lugar varios meses después de dichos descuentos impagados, hayan sido autorizadas por engaño.

2009/265725

TS Sala 2ª, Sentencia 1 octubre 2009.
Ponente: D. Joaquín Giménez García

Apreciación de atenuante de drogadicción en delito contra la salud pública

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge parcialmente los formulados por los otros imputados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que aprecia en los recurrentes la atenuante de drogadicción, por cuanto una larga data de consumo de drogas de la nocividad de la cocaína puede justificar una atenuante por la comprobada limitación que tiene quien la sufre de comportarse de acuerdo con la comprensión de la antijuridicidad de su actuación. No es que no sepa que su actuar es ilícito, sino que más concretamente tiene un déficit en los fueros inhibitorios.



2009/300018

TS Sala 3ª, Sección 1ª, Sentencia 4 diciembre 2009.
Ponente: D. Ramón Trillo Torres

Competencia de la Audiencia nacional sobre reclamaciones efectuadas por afectados de las actuaciones del forum filatélico

El TS declara que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo, relativo a la desestimación, por silencio administrativo, de una reclamación formulada ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Galicia, en concepto de responsabilidad patrimonial, corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. La Sala considera que una interpretación integradora de las reglas sobre competencia objetiva previstas en la Ley Jurisdiccional permite deducir que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir, entendida esta causa como el dato fáctico determinante de la reclamación, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial; órgano que en el presente caso es la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

2009/300077

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 14 diciembre 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

Nulidad de la sanción tributaria impuesta por ausencia de motivación en cuanto a la concurrencia del requisito de culpabilidad

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del TEAC, relativa a la sanción por infracción tributaria. La Sala considera que el acuerdo de im-

sición de sanción adolece de falta de motivación por cuanto no resulta suficiente con las alegaciones genéricas que se realizan por parte de la inspección en cuanto a las conductas infractoras.

2009/276094

TS Sala 4ª, Sentencia 21 octubre 2009.
Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Compensación de complemento denominado absorbible

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante frente a sentencia que rechazó su demanda de conflicto colectivo señalando que el XV Convenio Colectivo Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de empresas y Contable autoriza la aplicación por el empresario de la compensación y absorción.

La Sala señala que el convenio declara compensables todas sus condiciones económicas con las mejoras de cualquier tipo, con la única excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos de absorción en el texto del convenio; en este caso, el complemento que ha resultado minorado -denominado mejora voluntaria "absorbible"- es claramente subsumible en un supuesto de compensación, sin que represente obstáculo la búsqueda de la homogeneidad, dado que la fórmula empleada convencionalmente deja abierta la aptitud compensatoria en términos de compatibilidad siempre que el origen de la variación sea legal o convencional.

2009/283337

TS Sala 4ª, Sentencia 5 noviembre 2009.
Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Reconocimiento a jubilado de prestación por IPA derivada de contingencias profesionales

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el jubilado demandante frente a sentencia que rechazó su derecho a la prestación por IPA solicitada.

La Sala señala que aunque el actor tenga cumplidos los 65 años y sea pensionista por jubilación cabe reconocerle la prestación por IPA pues ésta deriva de una enfermedad profesional y ello porque el legislador ha querido ofrecer una protección más elevada a las dolencias con origen en las contingencias profesionales de ahí la excepción establecida en el art. 138,1 LGSS para la enfermedad común al impedir el acceso a la IP derivada de causas comunes cuando el beneficiario en la fecha del hecho causante tenga cumplida la edad de la pensión de jubilación, sin que dicho impedimento afecte al acceso a la IP cuando deriva de contingencias profesionales.