



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 2835

Madrid, martes 25 de mayo de 2010



TS SOCIAL

2010/14364

TS Sala 4ª, Sentencia 16 febrero 2010. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

No vulnera su derecho de información y secreto de las comunicaciones

Exigencia empresarial a sindicato de nombrar un administrador de la cuenta de correo

Interpone recurso de casación el sindicato demandante contra sentencia que rechazó su pretensión de que se declarase nula la práctica empresarial impuesta de forma unilateral consistente en la exigencia, como condición necesaria para el uso de la correspondiente cuenta genérica de correo electrónico para fines sindicales, de designación de un propietario -"owner"- de dicha cuenta, con funciones de custodio o depositario y con responsabilidad individual del contenido y la distribución de los correos recibidos entre las personas a las que vaya dirigido. Considera el recurrente que la mencionada práctica vulnera el derecho de libertad en su vertiente de derecho de información y de derecho del secreto de las comunicaciones.

El TS desestima el recurso pues entiende que el hecho de que el ejercicio del derecho de información haya pasado, en la era de las tecnologías de la infocomunicación, del tablón de anuncios al tablón virtual de la utilización de estructuras informáticas y telemáticas de la empresa, en manera alguna puede comportar que ese derecho on-line pueda actuarse sin cumplir las exigencias razonables que se impongan por la empresa o vengán determinados por su sistema informático, cual puede ser el de identificara una persona responsable de la administración de la cuenta de correo, siempre que tal responsabilidad se halle limitada -como está declarado probado en autos- a la custodia y distribución de los mensajes, sin alcanzar al contenido de aquéllos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El Conflicto Colectivo planteado por la "Confederación General del Trabajo" (en adelante, CGT) contra "Citibank España, S.A." (en adelante Citibank), se concretaba en la pretensión de que se declarase la "nulidad de la práctica empresarial, impuesta de forma unilateral...", consistente en la exigencia, como condición necesaria para el uso de la correspondiente cuenta genérica de correo electrónico para fines sindicales, de designación de un

propietario de dicha cuenta genérica, con funciones de custodio o depositario y con responsabilidad individual del contenido y la distribución de los correos recibidos entre las personas a quienes vaya dirigido. Y... se declare el derecho de las secciones sindicales... a la utilización del correo electrónico sin mas exigencia que la de nombrar, en todo caso, un administrador a meros efectos de gestión informática del correo electrónico".

2.- La Audiencia Nacional desestimó la demanda en fecha

31/03/09 (proc. 2/09), declarando probado:

a) Que el XXI Convenio Colectivo de Banca introduce el derecho a una cuenta específica de correo electrónico a cada una de las secciones sindicales, además del espacio del correo individual para cada trabajador.

b) Que el sistema informático de la empresa genera cuentas de correo que se crean en Londres y que exigen la identificación de un "owner", que debe corresponder con una persona y cuya función consiste en asumir la capacidad de administrar la cuenta, "es decir de mantener la lista y actualizarla, y ésa es su única responsabilidad".

c) Que los diversos sindicatos que representan el 80 % de los trabajadores aceptaron la exigencia, pero no así la CGT, que representa el 20 % restante.

3.- En su recurso, la central sindical denuncia -al amparo del art. 205 LPL - la infracción del art. 8.2.a) LOLS, 18.3 y 28 CE, por cuanto -entiende la parte recurrente- que el apartado a) de la cláusula 2ª de las condiciones establecidas por la empresa en 13/11/03 vulnera el derecho de libertad sindical en su vertiente de derecho de información y de derecho del secreto a las comunicaciones.

SEGUNDO.- 1.- Reiterando el planteamiento ya efectuado en la demanda, la denuncia del Sindicato se basa en la afirmación de que la empresa -para activar la cuenta de correo electrónico- exige la designación de un "owner" que se responsabilice -entre otras cosas- de los contenidos de los correos electrónicos (textualmente: "con responsabilidad individual del contenido... de los correos recibidos").

Pero esta afirmación no tiene soporte fáctico alguno, siendo así que no se solicita la revisión de los hechos declarados probados y que en el ordinal tercero de ellos se afirma -nos remitimos al apartado 2 del precedente fundamento- que las funciones del indicado "owner" se limitan a "asumir la capacidad de administrar la lista y actualizarla, y ésa es su única responsabilidad". Declaración judicial que se corresponde con la

SUMARIO

TS

CIVIL

Nulidad de compraventa de acciones ante el engaño sufrido por el vendedor 4

Prescripción de acción de responsabilidad extracontractual una vez transcurrido el plazo 5

PENAL

Coautoría en delitos de robo con violencia, detención ilegal y lesiones 6

ADMINISTRATIVO

Rechazo de alegación consistente en la falta de motivación del acuerdo impugnado 13

Ejercicio de cargo que empaña la independencia judicial objetivamente 14

SOCIAL

Exigencia empresarial a sindicato de nombrar un administrador de la cuenta de correo 1

Compensación por falta de preaviso no incluíble en la responsabilidad garantizadora del FOGASA 3

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

redacción literal de la cláusula en cuestión (-segunda, apartado a)), a la que la empresa condiciona la apertura de la cuenta específica, que ofrece la siguiente redacción: "El sindicato debe tener un procedimiento en el que se defina quien asume las funciones de custodio o depositario (propietario) de los correos electrónicos de cada cuenta genérica (quien va a almacenar y mantener los correos que se recibe en dicha cuenta, etc.)."

Debe garantizarse que existe un procedimiento que establezca que en todo momento alguien se responsabiliza, además, de la distribución de los correos recibidos entre las personas a quienes vayan dirigidos".

2.- Frente a tan rotundas afirmaciones -las de la sentencia recurrida y las de la indicada cláusula- resulta vana consideración la de que la palabra inglesa "owner" ha de traducirse en español como "dueño" y que este término tiene en nuestra lengua "un significado contrario al contenido de las funciones y responsabilidades" acogidos por la decisión recurrida. Y resulta estéril la consideración, en primer lugar, porque ni tan siquiera se pretende -ni sería exitosa- una modificación del correspondiente hecho declarado probado; en segundo término, porque la argumentación no ofrece el menor rigor técnico, desde el punto y hora en que la propiedad no necesariamente comporta en el terreno de las TIC la responsabilidad que se dice; a mayor abundamiento, porque el significado del lenguaje informático -anglosajón- no se corresponde con su literal traducción al español; y en último lugar, porque la propia cláusula de que tratamos delimita expresamente la responsabilidad del "owner", y a tal responsabilidad ha de estarse, por encima de cualquier originario significado semántico.

3.- Con lo dicho se evidencian la gratuidad del indicado presupuesto de hecho y de la denunciada conculcación del derecho a la libertad sindical, por considerarla -sostiene la parte recurrente- "abusiva y desproporcional (sic) al derecho que pretende regular".

Conforme a la doctrina constitucional, el ámbito de libertad que comporta el ejercicio de la acción sindical comprenderá cualquier forma lícita de actuación que los sindicatos "consideren adecuada para el cumplimiento de los fines a los que están constitucionalmente llamados",

y entre ellos la utilización como instrumento de acción sindical de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información". Libertad de información que constituye un "elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical", porque "el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales" (STC 185/2003, de 27/octubre, FJ 6, reproducida por la de 281/2005, de 7/noviembre, FJ 6, y con cita de sus precedentes 143/1991, de 1/julio, FFJJ 5 y 6; 94/1995, de 19/junio, FJ 3; 1/1998, de 12/enero, FJ 6; 213/2002, de 11/noviembre, FJ 4).

Pero la circunstancia de que el ejercicio de ese derecho haya pasado -en la era de las tecnologías de la infocomunicación- del tablón de anuncios al tablón virtual de la utilización de las estructuras informáticas y telemáticas de la empresa (en tanto que contenido adicional -que no esencial- del derecho de libertad sindical: citada STC 281/2005, de 7/noviembre, FJ 5), en manera alguna puede comportar que ese derecho on-line pueda actuarse sin cumplir las exigencias razonables que se impongan por la empresa o vengan determinados por su sistema informático (vid. el fundamento jurídico 8 de la sentencia citada), cual puede ser el de identificar una persona responsable de la administración de la cuenta de correo, siempre que tal responsabilidad se halle limitada -como está declarado probado en autos- a la custodia y distribución de los mensajes, sin alcanzar al contenido de aquéllos; el condicionamiento empresarial -nominar un administrador individual de la cuenta de correo- no puede considerarse, bajo ninguna consideración, como obstrucción al derecho de libertad sindical, cuyo ejercicio se facilita con los medios telemáticos de que la empresa dispone, consintiendo -en palabras de la tan referida STC 281/2005- el "ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas", sin el "establecimiento de dificultades a su ejercicio más allá de lo razonable".

TERCERO.- 1.- Para justificar la segunda de las denuncias, relativa a supuesta infracción del art. 18.3 CE, el recurso argumenta que "se está vulnerando el secreto de las comunicaciones debido a que se está exigiendo... la identificación individual

como responsable y propietario del contenido y distribución de la cuenta genérica de la Sección Sindical de la CGT en Citibank". Argumentación que se presenta del todo incoherente con el bien jurídico protegido por el precepto constitucional y con las garantías que su tutela comporta.

2.- En este sentido ha de indicarse que ya desde la STC 114/1984 (29/noviembre, FJ 7), el Tribunal Constitucional ha entendido que el bien jurídico protegido por el art. 18.3 CE es la libertad de las comunicaciones, por lo que garantiza la impenetrabilidad de las mismas frente terceros, y no sólo en lo que a su contenido se refiere sino también -haciéndose eco de la STEDH 2/agosto/84, caso Malone- a otros aspectos de las mismas, particularmente la identidad subjetiva de los interlocutores (también pueden serlo, según el caso, el tiempo en que tenga lugar, la comunicación la duración de la misma, el destino, etc.).

En palabra del intérprete máximo de la Constitución, "rectamente entendido", el indicado derecho fundamental "consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas..., siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto... como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado..."

Y puede también decirse que el concepto de "secreto", que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales" (en este sentido, SSTC 70/202, de 3/abril, FJ 9; 123/2002, de 20/mayo, FJ 4; y 56/2003, de 24/marzo, FJ 2).

Pero tal doctrina para nada se compromete con la exigencia de que el Sindicato reclamante designe un "owner" como presupuesto para activar su cuenta de correo electrónico, pues con esta designación de la persona individual que haya de responsabilizarse de la administración de la cuenta (limitada, por lo mismo, a la custodia y distribución de los correos), no se desvela "secreto" alguno de los protegidos por el derecho fundamental, ni tan siquiera a nivel de identificación de los interlocutores,

pues el remitente o -en su caso- destinatario permanecen para la empresa en el más completo anonimato, y el "owner" exclusivamente sustituye -representándolo a efectos de gestión- al material sujeto de la cuenta de correo, la sección sindical de la CGT, que es a quien sus afiliados habrían de enviar los mensajes electrónicos y la que -en caso- participará información a los trabajadores por el mismo medio informático, pero en términos y con contenidos que la empresa no va a conocer por la mera designación del "owner". Con lo que no se alcanza a comprender qué ilícita revelación se produce con el hecho de nombrar e identificar al exigido administrador de la cuenta.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que el recurso es improcedente y que la sentencia recurrida ha de ser confirmada. Sin imposición de costas (art. 233.2 LPL).

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 la "Confederación General del trabajo" y confirmamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 31/marzo/2009 (proc. 2/09), que desestimó demanda sobre Conflicto Colectivo formulada frente a "Citibank España, S.A."

Sin imposición de costas a la recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- Luis Fernando de Castro Fernández.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.

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

2010/14365

TS Sala 4ª, Sentencia 2 febrero 2010. Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

Compensación por falta de preaviso no incluíble en la responsabilidad garantizadora del FOGASA

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador demandante contra sentencia que rechazó su pretensión frente al FOGASA sobre cantidad, por falta de preaviso de extinción de contrato por causas objetivas.

Explica la Sala que la garantía pública aseguradora no se extiende al preaviso litigioso, por lo que el juzgador no puede ampliar, en el ámbito de interpretación, so pena de invadir la competencia correspondiente al legislador, la garantía pretendida a un supuesto no contemplado expresamente por la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

1. La parte actora -hoy recurrente- ha interpuesto recurso de unificación de doctrina frente a la sentencia dictada por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que, confirmando la pronunciada en instancia, ha desestimado la demanda deducida por el demandante frente al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), interesando el abono del importe de la falta de preaviso por la extinción del contrato, ex artículo 52.c) ET.

El demandante, despedido por causas objetivas, obtuvo sentencia en la que se le reconoció una determinada cantidad por indemnización y otra -1896'46 euros- por falta de preaviso. La empresa se encuentra en situación de concurso de acreedores, emitiéndose por la Administración concursal certificación de la deuda para la presentación del expediente ante el Fondo de Garantía Salarial. La Sala de Suplicación, como antes expusimos, confirma la decisión del Juez de lo Social desestimatoria de la pretensión deducida en demanda. Argumenta y afirma al efecto, que, a pesar de que la compensación económica por la falta de preaviso tiene naturaleza indemnizatoria, el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, no concede al trabajador el amparo económico del Fondo Público garantizador, dado que el trabajador dado que el pago de indemnizaciones con base en dicho precepto, aunque incluye genéricamente las señaladas en el art. 52 ET, se refiere exclusivamente a las in-

demnizaciones reparatorias de la pérdida de empleo, pero no a la compensación económica por la citada falta de preaviso.

2. La parte recurrente ha propuesto como sentencia contraria para justificar el presupuesto de contradicción la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Cataluña de 13 de noviembre de 2.003 (Rec. 8777/02). Esta resolución Judicial firme resuelve una reclamación actuada por una trabajadora despedida por causas objetivas y, tras diversos avatares procesales -que no afectan al caso- obtiene, en lo que ahora importa, sentencia que condena a la empresa a que le satisfaga la cantidad correspondiente por preaviso. Interesada la ejecución de la sentencia, y una vez declarada la insolvencia empresarial, solicita de FOGASA el abono de las cantidades reconocidas en sentencia en concepto de indemnización y de mes de preaviso, pretensión que reproduce en la vía judicial ante la denegación del Ente Gestor.

La Sala de Suplicación estima la pretensión deducida en demanda. Razona, al respecto, que tras la redacción operada en el art. 33.2 ET por mor de la Ley 60/97 de 19 de diciembre, se incluye la responsabilidad de dicho organismo respecto del pago de las indemnizaciones correspondientes a despido o extinción de contrato de trabajo por necesidad de amortizar puestos de trabajo ex art. 52.c) ET, lo que comprende asimismo el abono de un mes de preaviso, y de suyo determina la responsabilidad del FONDO por dicho concepto.

3. Un exámen comparativo entre la sentencia impugnada, y la contraria permite concluir que, en el caso presente, concurre el presupuesto de contradicción exigido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, al concurrir la identidad legal, que habilita el juicio positivo de contradicción, quedando constreñido el núcleo de la contradicción a la determinación de si el art. 33.2 ET opera o no sin limitación alguna, es decir si, cuando dicho precepto establece la responsabilidad del FOGASA por las indemnizaciones fijadas en sentencia conforme a los arts. 50, 51 y 52 ET, se debe incluir o no la compensación por falta de preaviso; y en la resolución de esta cuestión sustancialmente idéntica, las sentencias que se confrontan llegan a pronunciamientos contradictorios: la sentencia impugnada da una respuesta negativa desestimando la pretensión actora, en tanto que la de contraste estima tal pretensión.

SEGUNDO.- 1.- En su evolución histórica lo que ha caracterizado al Fondo de Garantía Salarial -creado en el ordenamiento jurídico español por la Ley 16/76, de 8 de abril de Relaciones Laborales; su artículo 31 contenía su regulación esencial, cuyo funcionamiento y vigencia se produjo a partir del Real Decreto. 317/1977 de 4 de marzo, que desarrollo las disposiciones de la citada

Ley- es una mayor precisión en su contenido garantizador, tal como se produjo en los artículos 33, 51.1 y 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, y en las modificaciones posteriores realizados por la Ley 32/84 -de carácter sustancial en cuanto reformó en forma trascendente la normativa del Fondo de Garantía Salarial, contenida en el art. 33 ET, al que modificó en varios puntos derogando, concretamente, el ordinal 4 del art. 56 ET. Posteriormente la Ley 45/2002, de 12 de diciembre modificó el núm. 1 del repetido art. 33 y el Real Decreto Ley 5/2006 de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, cambió el párrafo segundo del núm. 1 del art. 33.

2.- A tenor de la vigente legislación el contenido garantizador se encuentra recogido en los párrafos 1 y 2 del citado artículo 33. El ordinal 1 extiende la garantía aseguradora a "la cantidad reconocida como tal en el acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en el supuesto que legalmente proceda"; se impone, en este caso, un máximo de 150 días, y un salario máximo equivalente "a la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario".

El numeral 2 asegura las "indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta Ley y de extinción de contratos conforme al art. 64 de la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente proceda. En todos estos casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional". Añade el párrafo segundo de este ordinal que "el importe de la indemnización... se calculará sobre la base de 30 días por año de servicio con el límite fijado en el párrafo anterior".

De lo señalado en los anteriores preceptos no se desprende en forma alguna que la garantía pública aseguradora se extienda también al preaviso litigioso, en el ámbito indemnizatorio ex art. 33.2 ET., por lo que el juzgador no puede extender, en el ámbito de interpretación, so pena de invadir la competencia correspondiente al legislador, la garantía pretendida a un supuesto no contemplado expresamente por la Ley. De otra parte, son argumentos para llegar a semejante conclusión los siguientes: 1) El art. 53 ET, bajo la rúbrica "Forma y efecto de la extinción por causas objetivas", distingue entre los efectos de la extinción (apartado b)"Poner a disposición del trabajador simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la in-

demnización por veinte días de año de servicio" y (apartado c) "La concesión de un plazo de preaviso de 30 días". Se distingue pues, claramente, lo que es la indemnización y lo que es un concepto diferenciado de preaviso, cuya naturaleza no se define pero, que en todo caso tendría un carácter más próximo al salarial, y prueba de ello es que en caso de revocación de la sentencia extintiva de la relación laboral el trabajador tendría que devolver la indemnización, pero no la cantidad que hubiera podido percibir por el preaviso, según establece el art. 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, al prescribir que

"Cuando se declara improcedente o nula la decisión extintiva se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al periodo de preaviso". 2) También, desde un punto de vista de interpretación sistemática el propio artículo 33.8 ET establece que "El Fondo de Garantía Salarial abonará el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ". Resulta claro, también en este precepto, que la referencia a la garantía aseguradora se hace en relación a la indemnización legal, a la que se refiere el art. 33.2 ET, que no comprende, como antes se ha dicho, y ahora se repite cantidad alguna por el concepto de preaviso.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto procede desestimar el presente recurso de casación, sin imposición de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 33.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora Dª Mª Isabel Campillo García en nombre y representación de Agustina, contra la sentencia dictada en fecha 17 de marzo de 2.009, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con sede en Bilbao en el recurso de Suplicación interpuesto por dicha, contra la sentencia dictada en fecha 13 de noviembre de 2.008, por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao, en reclamación de cantidad contra el Fondo de Garantía Salarial. Sin imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

(...)



2010/11511

TS Sala 1ª, Sentencia 16 febrero 2010. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

Conducta dolosa del comprador

Nulidad de compraventa de acciones ante el engaño sufrido por el vendedor

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que declaró nula la venta a los demandados de un paquete de acciones recibido por herencia de la sociedad constituida para administrar el patrimonio familiar sobre una finca a la que se le recalificaron sus terrenos por el ayuntamiento. Considera la Sala que la voluntad de la actora aparece ineludiblemente viciada por la conducta dolosa o engaño urdido por el comprador codemandado con el que la actora tuvo durante bastantes años una relación sentimental, quien se hizo cargo por la confianza depositada en él de los asuntos económicos de ella y de las gestiones de dicha recalificación, provocando con su maquinación que las citadas acciones las reobtuvieran finalmente las sociedades codemandadas por un valor económico real muy superior al precio desembolsado, y dado que la actora tuvo conocimiento del valor real de las acciones con posterioridad a su venta la cual no hubiera otorgado a un precio inferior, negándose a reclamar el precio aplazado de dicha venta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º Dª Evangelina había heredado de su padre (fallecido en 1972), su marido (fallecido en 1977) y su madre (fallecida en 1989), el 62,30% de las acciones de la sociedad Inmobiliaria Can Gili, S.A. cuyo único bien era la finca Can Gili situada en Granollers. La sociedad se había constituido el 1 diciembre 1971, con la finalidad de administrar el patrimonio familiar.

2º Dª Evangelina y el ahora recurrente D. Luciano iniciaron una relación sentimental que duró unos 17 años. Durante este tiempo, D. Luciano fue haciéndose cargo de los asuntos económicos de Dª Evangelina, quien le tenía una confianza absoluta.

3º D. Luciano inició las gestiones con el Ayuntamiento de Granollers para la recalificación de los terrenos de la finca Can Gili y la aprobación del Plan parcial, que tuvo lugar el 23 julio 1997. Una vez aprobado, D. Luciano aconsejó a Dª Evangelina la venta de las acciones de la sociedad. Dicha operación se consumó el 14 agosto 1997, vendiendo Dª Evangelina las acciones de su paquete a las sociedades SERVICIOS GENERALES BARBER, S.L. y SERVICIOS GENERALES THOMAS, S.L.; en realidad, según se ha declarado probado, se trataba de sociedades pantalla de D. Luciano, de modo que fue él mismo quien adquirió por persona

interpuesta dichas acciones. El precio acordado fue de 124 millones de pesetas (754.255,01*). La finca estaba valorada en el momento de la venta en 420 millones de pesetas (2.524.250,84*). Para el pago del primer plazo de los acordados, las aparentes compradoras entregaron a Dª Evangelina dos pagarés por una cantidad de 14 millones de pesetas. En el procedimiento se demostró que dichas sociedades, además de tratarse de personas interpuestas, eran insolventes y se encontraban inactivas. Poco tiempo después de la venta cesaron las relaciones personales entre D. Luciano y Dª Evangelina.

4º Dª Evangelina demandó a D. Luciano, SERVICIOS GENERALES BARBER, S.L. y SERVICIOS GENERALES THOMAS, S.L., así como a la sociedad Inmobiliaria Can Gili, S.A., declarada en rebeldía. En su demanda pidió que se declarase: a) la nulidad del contrato de compraventa del paquete de acciones correspondiente a la sociedad Inmobiliaria CAN GILI, S.A., por haberse formado el consentimiento por dolo por parte de la compradora; b) en el caso de que no fuera estimada, ejercitaba la acción de nulidad por ilicitud de la causa, y c) caso de no estimarse, por hallarse viciado el consentimiento de Dª Evangelina por causa de error.

5º La sentencia de 1ª Instancia del Juzgado núm. 52 Barcelona, de 8 abril 2002 estimó la demanda. Consideró probado que Dª Evangelina tenía intención de vender el paquete de acciones, pareciéndole la idea exce-

lente porque solo conocía otras ofertas inferiores que le habían sido presentadas por el mismo D. Luciano. La sentencia dedujo que el comprador actuó dolosamente porque “la llevanza directa del Sr. Luciano de lo relativo al plan parcial ante el Ayuntamiento de Granollers que implica un conocimiento exacto y concreto de la cuestión, la comunicación de ofertas inferiores por el paquete de acciones de la Sra. Evangelina sin acreditar si fueron reales y por quién fueron verificadas, la «precipitación» en la firma del contrato durante el mes de agosto cuando la actora se encontraba fuera de Barcelona, a favor o a través de sociedades interpuestas que «seguían las instrucciones del Sr. Luciano», sin que haya quedado claro que efectivamente la Sra. Evangelina sabía o no que vendía al Sr. Luciano, extremo éste que es «necesario» en una relación de convivencia como la sostenida por las partes (la sola negativa con necesaria acreditación de ese conocimiento es ya llamativa), con independencia de la forma en que debía satisfacerse el precio (no es relevante), llevan a este Juzgador al convencimiento de la concurrencia de maquinaciones insidiosas en la formación del consentimiento de la vendedora Dª Evangelina de que de no haber concurrido no hubieran implicado la venta en la forma y por el precio pactado”. Añadió dicha sentencia que “partiendo de que la actora tenía intención de vender su paquete de acciones en Inmobiliaria CAN GILI, S.A. ofertado un precio que «parecía excelente» por dos sociedades interpuestas y siguiendo las instrucciones del Sr. Luciano, con precipitación y cegada por la confianza la actora emite su voluntad comercial viciada en cuanto a su libertad y conocimiento no habiendo intervenido tercero ni sido empleado por las dos partes, concurren los requisitos exigidos para la apreciación de dolo grave”.

6º Apelaron la sentencia los demandados y la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 12 julio 2005, confirmó la apelada. Dice dicha sentencia que la actora sostiene: i) que fue víctima de un “engaño, maniobra o maquinación intencionada, con el fin de producirle un conocimiento equivocado o una representación mental errónea sobre la verdadera situación que le llevó a vender las acciones, lo que no hubiera hecho de haber tenido conocimiento de la realidad”; ii) Quita relevancia al hecho tenido en cuenta por el Juzgado relativo a la urgencia o que las sociedades fuesen en realidad del propio comprador, puesto que se ha declarado por ella misma que no le hubiera importado vender las acciones a D. Luciano; iii) Concluye que lo realmente relevante es la diferencia de precio entre lo realmente abonado y el que resulta de las tasaciones obrantes en autos, porque “si la actora hubiese sabido la concurrencia de esta circunstancia, no hubiera llevado a cabo la compraventa” y “no habiendo prueba de que la ac-

tora fuera a vender a ese precio (pues la misma creyó que era la mejor de las ofertas, lo que se ha probado que resulta ajeno a la realidad) la voluntad de la vendedora aparece ineludiblemente viciada por la conducta dolosa del comprador, esto es, por el engaño urdido por el demandado que provocó un error determinante de su voluntad”; iv) La gravedad de la maquinación queda fuera de duda “pues la conducta artificiosa por la que reobtuvieron finalmente unas acciones de un valor económico real muy superior al desembolso realizado por ellas, se fraguó al largo de varios años, empleando en ese ardid el tiempo suficiente como para no dejar de ser valorado; v) La actora tuvo conocimiento del valor real de las acciones con posterioridad al otorgamiento de los contratos y se negó a reclamar el precio aplazado.

7º Recurren en casación D. Luciano, SERVICIOS GENERALES BARBER, S.L. y SERVICIOS GENERALES THOMAS, S.L. El recurso fue admitido por auto de 10 junio 2008. El recurso se presenta al amparo del art.477, 2, 2º LEC.

SEGUNDO. Antes de entrar a examinar los dos motivos del recurso de casación, esta Sala debe rechazar el óbice de admisibilidad alegado por la parte recurrida, que entiende que los recurrentes no basan el recurso en los mismos artículos que consideraron infringidos en el escrito de preparación del recurso de casación. La parte recurrida dice que si bien formalmente el escrito reúne los requisitos exigidos en la Ley de Enjuiciamiento civil, en realidad están refiriéndose a la infracción del artículo 1266 CC, que no alegó en el escrito preparatorio. Con independencia de los argumentos vertidos en el desarrollo de cada uno de los motivos de que consta el recurso, hay que señalar que las disposiciones que se alegan como infringidas son las mismas que en el escrito de preparación, por lo que la Sala debe entrar a examinar el recurso, rechazando esta alegación de la parte recurrida.

TERCERO. El primer motivo denuncia la infracción de los arts 1265, 1269 y 1270 CC. Dicen las recurrentes que la doctrina distingue entre el dolo causante y el dolo incidental, de modo que el dolo grave o determinante es aquel que provoca en el contratante un error que induce a contratar. Señalan que Dª Evangelina, que ostentaba diversos cargos de responsabilidad en diferentes sociedades, pudo y debió cerciorarse antes de firmar el contrato, de cuál era el precio del objeto que transmitía, lo que fue posible en un momento posterior, de modo que el error no se produjo por la conducta del recurrente, sino por la propia negligencia de la vendedora.

El motivo se desestima.

El dolo como vicio de la voluntad aparece recogido en el artículo 1269

CC, que lo define como aquella situación en que "(...) con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho". De acuerdo con esta definición se ha considerado que en un sentido muy amplio, "dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio", aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo. Por ello el concepto central que aparece en el artículo 1269 CC es aquella estratagemas que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se pone se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él.

Para que un contrato se entienda viciado por dolo deben concurrir las notas siguientes: a) que se trate de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre, y c) que se pruebe.

CUARTO. La parte recurrente intenta aquí que se declare que no hubo dolo causante, sino que fue incidental, apoyándose en dos sentencias de esta Sala, las de 17 febrero 2005 y 12 junio 1982, en las que se afirma que el dolo no puede basarse en simples conjeturas, sino que debe probarse.

Olvidan los recurrentes que la sentencia recurrida ha considerado probado que la conducta llevada a cabo por el recurrente constituyó un caso de dolo al usar maquinaciones insidiosas para conseguir hacerse con el paquete de acciones que sobre la sociedad Inmobiliaria CAN GILI, S.A. ostentaba D^a Evangelina y que habiéndose probado esta circunstancia, la apreciación de si se trataba de un dolo causante o de un dolo incidental correspondía a la sala sentenciadora, como ha venido afirmando esta Sala en sentencias de 17 mayo 1988, 30 septiembre y 20 noviembre 2002 y 23 octubre 2003, que ha considerado que se trata de un dolo grave y causante. Por tanto, su particular valoración no puede prevalecer sobre la de la sentencia recurrida, porque en el recurso se parte de unos presupuestos distintos de aquellos que se han considerado probados y esto es hacer supuesto de la cuestión.

Por otra parte, el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo y

como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4:109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad.

QUINTO. El Segundo motivo se formula con carácter subsidiario, entendiéndose que el error sufrido no puede calificarse como grave, sino solo incidental puesto que D^a Evangelina estaba dispuesta a vender dicho paquete de acciones, siendo dichas maquinaciones a lo sumo causa de unas diferentes condiciones del contrato, más onerosas para la parte recurrida.

El motivo se desestima.

Las razones que se han expuesto en el anterior Fundamento deben considerarse reproducidas aquí a los efectos de la motivación de la desestimación de este motivo, que, además, incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión.

SEXTO. La desestimación de los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luciano, SERVICIOS GENERALES BARBER, S.L. y SERVICIOS GENERALES THOMAS, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 12 julio 2005 determina la del propio recurso.

Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, que se remite al art. 394 LEC.

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

FALLO

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Luciano, SERVICIOS GENERALES BARBER, S.L. y SERVICIOS GENERALES THOMAS contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 12 julio 2005, dictada en el rollo de apelación núm. 45/2003.

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen a la parte recurrente las costas originadas por su recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Roman García Varela.-Francisco Marín Castan.-José Antonio Seijas Quintana.- En-

carnación Roca Trias.- Firmado y Rubricado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a Encarnación Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/21688

TS Sala 1ª, Sentencia 16 marzo 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Al margen del grado de demora en el planteamiento de la misma Prescripción de acción de responsabilidad extracontractual una vez transcurrido el plazo

Acuerda el TS estimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, revocó en parte de instancia en el sentido de rebajar la indemnización impuesta, con motivo de la demanda de responsabilidad civil extracontractual derivada de las secuelas sufridas tras las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido el actor en la mutua codemandada, y en virtud del contrato concertado.

En contra de lo afirmado en ambas instancias, entiende la Sala que está prescrita la acción ya que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea corto y su aplicación no sea rigurosa, y otra bien distinta, que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico de la prescripción. Es así que el plazo prescriptivo es improrrogable y lo propio sucede con los iniciados en virtud de interrupciones anteriores, como es el caso, y sería contrario a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras, como hace la sentencia recurrida, de tal forma que prescrita la acción queda liberado el recurrente demandado de la obligación contraída.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora, ahora recurrida, se formuló demanda de juicio ordinario contra la mutua ahora recurrente y la aseguradora Winterthur, en la que se reclamaba la cantidad de 965.743 €, intereses y costas como consecuencia del ejercicio de acción de responsabilidad civil extracontractual derivada de diversas intervenciones quirúrgicas practicadas por el demandado, perte-

neciente a la Mutua Sabadellense de Accidentes, con quien la actora tenía concertado un contrato, a raíz de un accidente laboral. Se imputa una mala praxis médica en la intervención practicada el día 8 de octubre de 1993, a resultas de la cual la actora sufrió una distrofia simpático-refleja en extremidad superior derecha, que ha desembocado en el reconocimiento, por parte de la Seguridad Social, de la situación de invalidez permanente en grado de incapacidad total para su profesión habitual, y posteriormente de incapacidad permanente absoluta.

La Mutua demandada, se opuso a la demanda alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario, prescripción de la acción y ausencia de relación de causalidad entre las intervenciones quirúrgicas practicadas y el estado de salud de la actora. Por su parte, la aseguradora Winterthur se opuso igualmente alegando su falta de legitimación pasiva.

En el acto de la audiencia previa se amplió la demanda contra Sabadell Aseguradora y contra el médico D. Dionisio, y se desistió respecto a Winterthur. Por parte de D. Dionisio se formuló contestación oponiéndose a la demanda y alegando la prescripción de la acción La Sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar a la actora, de forma solidaria, la cantidad de 200.000 € más intereses, sin imposición de costas. A los efectos que interesan a este recurso, que versa exclusivamente sobre la prescripción de la acción, el Juez de Instancia, en el fundamento de Derecho Segundo, tras exponer las ventajas e inconvenientes de aplicar a los actos médicos los plazos de prescripción respectivos de la responsabilidad contractual y extracontractual, opta por esta última, entendiéndose que el día a quo sería a partir de la fecha en que se notificó la confirmación, por parte de la Audiencia Provincial, del auto de archivo de las diligencias penales, lo que estima que en todo caso hubo de ser después del 21 de diciembre de 1995; y si bien pone de manifiesto que existen dos momentos en que se aprecia una falta de puntualidad, considera que el plazo transcurrido no es excesivo y que, en consecuencia, no puede apreciarse la existencia de una dejación de su derecho por parte de la actora.

La Sentencia fue recurrida en apelación por la actora, el médico, la mutua y la aseguradora demandada. La Audiencia desestimó el recurso de la parte actora y estimó parcialmente los recursos interpuestos por los tres demandados, revocando la sentencia de Primera Instancia en el sentido de rebajar la indemnización a la cantidad de 154.924,09 €, absolviendo a la aseguradora Sabadell del pago de los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguros. En relación con la prescripción, la Audien-

cia sigue el mismo criterio que el Juzgado de Primera Instancia.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interponen por parte del médico demandado y de la mutua de accidentes sendos recursos de casación, ambos fundamentados sobre la base de considerar, a través de un único motivo, que, partiendo de que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, el hecho de que en dos ocasiones se sobrepasara el término anual en cinco y siete días respectivamente, era un hecho trascendente por cuanto los plazos de prescripción son improrrogables por pequeña que sea la demora en efectuar las reclamaciones anuales a efectos de evitar la prescripción, sin que quepa realizar ninguna interpretación extensiva de los supuestos de interrupción. Se estiman.

La sentencia hace un análisis detallado de la prescripción y llega a la conclusión de no considerar prescrita la acción porque, aun habiéndose formulado la demanda una vez transcurrido el término de un año previsto en el artículo 1968 del Código Civil, este hecho no resulta "trascendente ni esencial los escasos y exigües días que transcurren entre dos tramos de la prescripción cursada -5 días y 7 días respectivamente- puesto que la parte demandante manifestó su voluntad de exigir a las demandadas las responsabilidades derivadas del evento dañoso". Lo cierto es que son hechos probados de la sentencia que en dos ocasiones tuvo lugar la misma por haber transcurrido el plazo de un año previsto para las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 del CC, y una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (STS 22 de febrero 1991).

El plazo prescriptivo es improrrogable y lo propio sucede con los iniciados en virtud de interrupciones anteriores como es el caso, y sería contrario a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras, algo que no tiene el mínimo apoyo legal ni jurisprudencial, por lo mismo que siempre se ha negado la posibilidad de interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS de 17 abril 1989; 26 septiembre 1997; 26 de febrero 2002).

TERCERO.- La estimación de ambos recursos de casación formulado determina que esta Sala deba dictar sentencia, lo cual implica la desestimación de la demanda formulada por D^a Petra frente a D. Dionisio y la entidad Mutua D'Accidents de Traball

I Malalties Professionals de la Seguretat Social núm. 16 (SAT), y por extensión a la aseguradora de la SAT, Sabadell aseguradora. La solidaridad entre el asegurado y la aseguradora queda determinada cuando el asegurado realiza un hecho cubierto en la póliza, que el tercero perjudicado puede hacer efectivo mediante la acción directa que le confiere el art. 76 LCS, de tal forma que prescrita la acción contra aquel, queda liberado este de la obligación contraída; todo ello con expresa imposición a la actora de las costas de 1^a Instancia, así como las de su recurso de apelación; y sin hacer especial declaración de las demás, incluidas las de este recurso de casación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 394 y art. 398 LEC.

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

FALLO

1^o Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Dionisio y la entidad Mutua D'Accidents de Traball I Malalties Professionals de la Seguretat Social núm. 16, contra la sentencia de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 2006.

2^o Se casa y anula la sentencia recurrida.

3^o Se dicta sentencia desestimando la demanda formulada por D^a Petra contra D. Dionisio, la entidad Mutua D'Accidents de Traball I Malalties Professionals de la Seguretat Social núm. 16 y Sabadell aseguradora, absolviéndoles de la misma.

4^o Se imponen las costas de la primera instancia a la actora, así como las originadas por su recurso de apelación, no haciendo expresa atribución de las demás de la apelación.

5^o No se imponen las costas de ambos recursos de casación a ninguna de las partes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias. Firmado Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, 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.



2009/300011

TS Sala 2^a, Sentencia 30 diciembre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

No es necesario la ejecución por cada coautor de actos materiales integradores del núcleo del tipo

Coautoría en delitos de robo con violencia, detención ilegal y lesiones

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de robo con violencia, detención ilegal y lesiones. Afirma el TS que no es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Ángel Jesús.

PRIMERO.- El motivo primero fundado en el art. 849.1 LECrim. por estimar que la Sala ha inaplicado indebidamente el art. 8.3 CP. y por consiguiente ha aplicado indebidamente el art. 163.1 del mismo cuerpo Legal, dado que existe un concurso de normas y no de delitos entre la detención ilegal y el robo, al requerir éste por su propia naturaleza de una privación de libertad de la víctima que no resultó excesiva, al no sobrepasar los 30 minutos, y por ello es inherente al robo en el cual ha de quedar absorbida. La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas (art. 8 CP.) o de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77) ha de ser una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante el concurso de normas, y en caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal (STS. 1424/2005 de 5.12). O dicho de otra forma: si la privación de libertad es un instrumento necesario y proporcionado para el apoderamiento de la cosa habrá concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento, en caso contrario, estaremos en un concurso de delitos (STS. 479/2003 de 31.3, 12/2005 de 20.1). Por atender a los diversos supuestos se suele atender a los siguientes criterios, según se señala en las SSTS. 282/2008 de 22.5 y 814/2009 de 22.7.

a) Duración, conforme al cual cabe hablar de un límite mínimo por

razón del cual se estima absorbida la detención por el delito patrimonial si dura un período de tiempo mínimamente irrelevante (Tribunal Supremo Sala 2^a, núm. 856/2007, de 25 de octubre, rec. 11.189/2006: lo que excluye el delito en caso de privaciones de libertad instantáneas o fugaces), y de un límite máximo que permite diferenciar la calificación de un concurso medial frente a un concurso real. Este criterio adolece de cierta ineludible indeterminación, puesta de relieve en nuestra Sentencia núm. 1539/2005, de 22 de diciembre, rec. 211/2005.

b) No exigencia, fuera de tales casos de un especial elemento subjetivo de desprecio a la víctima, distinta de la que supone el dolo como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de dicha libertad ambulatoria (ibidem).

c) Se advierte que la regla del artículo 77.2 del Código Penal exige que la relación de funcionalidad sea caracterizable como necesaria, de tal suerte que no basta la instrumentalidad de la privación de libertad, procurada a tal fin por el autor, si la sustracción no lo exigía de manera necesaria. (STS núm. 590/2004, de 6 de mayo). La necesidad funcional de la privación de libertad para la comisión del otro delito, cuya ejecución es realizable prescindiendo de la privación de libertad, en alguna sentencia se traduce en la calificación de los hechos como autónomos (STS 2^a núm. 622/2006, de 9 de junio, rec. 1.719/2005), siquiera este criterio no signifique cosa diversa que la ausencia de aquella necesidad medial, que expusimos en la Sentencia

cia de esta Sala, núm. 1.539/2005, de 22 de diciembre, rec. 211/2005; y debiendo además atenderse, para calificar esa necesidad funcional, también a la gravedad del atentado a la libertad ya que, como dijimos en nuestra Sentencia, núm. 71/2007, de 5 de febrero, rec. 857/2006, los supuestos en los que robo y detención concurren independientemente, sin poder atribuirse ese carácter medial por la excesiva gravedad de esta segunda infracción, respecto de su necesidad para la comisión del acto depredatorio o su innecesaria prolongación en el tiempo con respecto a éste, han de calificarse de concurso real.

Dada la naturaleza de las referencias -necesidad, conveniencia- es imprescindible examinar las características y circunstancias de cada caso. Así recientemente hemos recordado en la STS núm. 430/2009 de 29 de abril, que la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad explotatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio. En igual sentido la STS 447/2002 de 12 de marzo, conforme al criterio de atención a las circunstancias del caso concreto pudo decir que, por lo que se refiere al robo con intimidación, si la privación de libertad es la imprescindible para consumar el apoderamiento, la detención quedaría absorbida -Sentencias de este Tribunal núms. 501/2004 de 14 de abril, 178/2003 de 29 de mayo ó 372/2003 de 14 de mayo-. El concurso será el previsto en el art. 77 del Código Penal cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo o se produzca durante la dinámica comisiva del mismo. Así en los casos de detención para despojar a la víctima de sus cosas muebles o para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable (SSTS. 1008/98 de 11 de septiembre, 1620/2001 de 25 de septiembre, 1652/2002 de 9 de octubre). Por el contrario, si la detención excede del tiempo necesario para llevar a cabo el acto depredatorio, o surge el robo después de la detención, existiría también una situación de concurso real -Sentencias de este Tribunal de 29 de noviembre de 2000 y 477/2002 de 12 de marzo.- Y lo mismo dijimos en la núm. 587/2008 de 25 de septiembre, donde establecimos que cuando la privación de libertad está encaminada a trasladar a la víctima a otro lugar donde consumar el delito principal, por razones derivadas de la conveniencia del autor unidas a las características de aquel, se ha de considerar, como se hizo en ocasiones, como concurso real.

Y se penan separadamente ambas infracciones. En el presente caso en el "factum" se destaca como la víctima fue abordada por dos de los acusados en su negocio destinado a la venta de vehículos, agarrándola uno de ellos por el cuello y poniéndole Arturo una pistola simulada en el estomago, le introdujeron por la fuerza en su vehículo donde les esperaba el tercer acusado, propinándole diversos golpes y colocándole cinta aislante en las manos. Seguidamente es trasladado en el vehículo hasta un lugar apartado, introduciéndole, a través de una ventana, en una caseta prefabricada abandonada y al tiempo que le amordazaban y ataban las manos a la espalda con cinta aislante, le golpearon, exigiéndole que les entregase 6000 E, diciéndole "esto es un secuestro, si no haces lo que te decimos te vamos a matar". De ahí, a continuación le vuelven a introducir en el coche y se trasladan al domicilio del acusado en busca del dinero. Una vez en las inmediaciones del referido domicilio como la negativa de la víctima a bajarse del vehículo ante el temor de que su novia (de la que había recibido una llamada telefónica mientras se encontraba en la caseta) pudiera encontrarse en la vivienda, los acusados regresaron con la víctima a la caseta en la que habían estado con anterioridad, para volver finalmente al domicilio de la víctima al acceder ésta a entregarles el dinero, y una vez llegaron a la casa, los acusados Arturo y Ángel Jesús entraron en su interior junto con el propietario, ya sin atadura, entregándoles éste 45.995 E, huyendo seguidamente los acusados del lugar. Siendo así los hechos ejecutados (cuatro viajes en coche, del negocio a la caseta, de esta al domicilio, vuelta a la caseta y regreso al domicilio, con introducción en el coche y en la caseta, ataduras en cuerpo y manos y amordazamiento al tiempo que le golpeaban produciéndole diversas contusiones faciales) tienen la suficiente entidad para ser calificadas, además de un delito de robo, como un delito de detención ilegal, y resulta correcto que la duración y la superfluidad de la privación, en lo intensivo y en lo extensivo, autorizan a predicar de ella una autonomía que le hace harto merecedora de su punición autónoma en concurso real con el delito patrimonial (STS. 282/2008 de 22.5).

SEGUNDO.- El motivo segundo con base en el art. 849.1 LECrim. por estimar que la Sala ha infringido el art. 66.1 CP. a la hora de determinar la extensión de la pena. Argumenta en síntesis el recurrente que en la individualización de las penas no se ha atendido a la menor gravedad del hecho de la detención ilegal -que no duró un segundo más desde el apoderamiento del dinero- que solo se le causaron a la víctima lesiones, constitutivas de falta y que el suceso no duró más de media hora, por lo que si se estima autónoma respecto al robo, debe reputarse una detención de no gravedad, y con refe-

rencia al robo, los acusados ignoraban lo que la víctima tenía en su domicilio ya que le exigieron inicialmente 6.000 E y además la cantidad finalmente fue sustraída, fue íntegramente recuperada. Por último señala la incongruencia de la sentencia de imponerle la misma pena que al coacusado Claudio, cuando éste último se le aplica, además, la agravante de disfraz, y el agravio comparativo de imponerle igual pena que al otro acusado Arturo, cuando éste tiene antecedentes penales, para terminar interesando una pena de 4 años por la detención -se le impusieron 4 años y 6 meses- y 3 años por el robo- la misma pena que le fue impuesta en la instancia. El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado. Como decíamos en SSTS. 620/2008 de 9.10 y 534/2009 de 1.6 el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida.

En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de enero. "...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. -conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de marzo; 108/2001, de 23 de abril; 20/2003 de 10 de febrero; 170/2004, de 18 de octubre; 76/2007, de 16 de abril). Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de abril; 20/2003, de 10 de febrero; 148/2005, de 6 de junio; 76/2007, de 16 de abril)". "...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene

reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....".

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda. Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, núm. 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

Por ello este debe de razonar en la sentencia sobre la pena concreta que se impone adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argumentación alguna al respecto, o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, o no existe explicación o justificación alguna sobre las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal para imponer esa pena que supera la mínima que legalmente puede ser impuesta y no hay datos en la sentencia recurrida de los que pudiera deducirse esa

elevación de penas, esto es, cuando el Tribunal de Casación no puede inferir de los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulneran el principio de proporcionalidad, este Tribunal es quien tiene el deber de suplir este precepto procesal con sus propios razonamientos, y ante aquella ausencia de datos la pena no debería ser otra que la mínima dentro del mínimo legal (SSTS. 7.3.2007, 2.6.2004, 16.4.2001, 19.4.99). En el caso presente la Sala de instancia en la determinación de las penas, tiene en cuenta la concurrencia de una circunstancia atenuante lo que determina, de conformidad con la regla 1ª del art. 66.1 CP. la imposición de la pena en su mitad inferior, (prisión de 4 a 5 años en la detención ilegal y prisión de 2 a 3 años y 6 meses en el delito de robo con violencia) y las impuestas 4 años y 6 meses por el primer delito y tres años por el segundo, no supone una exasperación relevante sobre aquellos mínimos razonándolo, Fundamento Jurídico 6º “en la conducta desplegada por ambos acusados, así como al importe del dinero sustraído”. Penas que deben entenderse proporcionadas a su concreta intervención y que si son iguales a las del coprocesado Claudio -pese a concurrir en este una agravante- tal equivalencia es justificada por la Sala en orden a que “los actos más reprobables fueron ejecutados por los otros acusados”. Este recurrente y Arturo-.

Recurso interpuesto por Arturo.

TERCERO.- El motivo primero por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. al considerar que debió estimarse la atenuante del art. 21.6 CP. de dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento como muy cualificada, pues la instrucción de la causa estuvo paralizada sin actuación alguna de forma injustificada habiendo infringido el deber constitucional de juzgar a través de un juicio justo y en el menor tiempo posible. El motivo debe ser desestimado.

Ciertamente esta Sala -por todas STS. 1126/2009 de 19.11-, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona “el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable”, ha precisado los factores que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles. Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos estable-

cidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España). Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS núm. 1151/2002, de 19 de junio, “no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero)”. Sin embargo, como hemos dicho en la STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre, “en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial.

Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento

penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza”. Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables. En cuanto a sus efectos esta Sala -STS. 505/2009 de 14.5 ha descartado sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6º del Código Penal, criterio éste fijado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 21.5.1999. En efecto ésta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía:

a) En primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal.

b) En segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas.

c) En un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales.

d) En cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial

definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido.

e) Por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de prescripción o interdicción de dilaciones indebidas. Ahora bien, cuando se postula como muy cualificada, la doctrina de esta Sala, por ejemplo por ejemplo STS. 24.4.2003, 19.2.2001, ha entendido que son aquellas que alcanzan una intensidad superior a la norma de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes de hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y no reveladores de la conducta del imputado. Tratándose además de atenuantes por analogía, ha puesto de relieve su dificultad la STS. 1846/99 de 24.10, pues la analogía supone un término comparativo con otra recogida expresamente en la ley, de tal manera que si esta última (la que sirve de comparación) no puede aplicarse de modo directo, mal puede entenderse la analógica con el carácter de “duplicada”. En todo caso para reputar una atenuante como muy cualificada es necesario que la sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados -sentencia de 29 de octubre de 1986- y que deben estimarse como muy cualificadas cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolosidad o malicia en la intencionalidad delictuosa, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación -sentencia de 22 de septiembre de 1990-, habiendo señalado la sentencia de 26 de mayo de 1986 que para que proceda la estimación de esta especial cualificación, es preciso:

1º. Que su intensidad sea superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente.

2º. Que se atienda a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso. Por lo demás esta Sala viene entendiendo que tan solo de forma excepcional las atenuantes analógicas pueden ser consideradas como muy cualificadas (STS. 493/2003 de 24.4). Nuestra jurisprudencia, tratándose de dilaciones indebidas, ha apreciado en caso de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (SSTS. 655/2003 de 8.5, y 506/2002 de 21.3), que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada, para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso. También se ha apreciado

como muy cualificada en la sentencia 291/2003 de 3.3, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001 (ocho años) y en la sentencia 505/2009 de 14.5, lapso temporal de siete años en un proceso muy simple. Supuestos substancialmente distintos del presente en el que la duración total del procedimiento (hechos sucedidos 17.6.2007 y sentencia dictada el 13.4.2009, esto es menos de dos años) excluye la posibilidad de estimar la atenuante apreciada por la Sala de instancia en base a una paralización de 3 meses en la fase intermedia desde la presentación del último escrito de conclusiones hasta que la causa fue recibida por la Sección de la Audiencia Provincial, tratándose de causa con preso de tramitación preferente, como muy cualificada. El motivo por lo razonado debe ser desestimado.

CUARTO.- El motivo segundo por infracción del art. 849.1 LE-Crim. al no aplicar lo previsto en la regla del art. 66 en relación con el art. 21.6 CP. - debe extenderse la regla 2ª- pues debía haberse impuesto la pena inferior en un grado, o al menos, la mínima prevista en el tipo. Supeditado el motivo a la prosperabilidad del anterior debe seguir igual suerte desestimatoria.

Las penas impuestas a este recurrente, al concurrir la atenuante de dilaciones indebidas, ha sido en su mitad inferior (art. 66.1.1 CP), razonándose en el Fundamento Jurídico sexto, su concreta individualización.

Recurso interpuesto por Claudio.

QUINTO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, en relación con el art. 53.1 del propio Texto Constitucional, y art. 849.1 y 2 LECrim. y por último el art. 850.1 del mismo Cuerpo Legal. Con defectuosa técnica procesal y en contra de lo preceptuado en el art. 874 LE-Crim. amalgama en el motivo diversas quejas para concluir que se ha vulnerado el art. 24 CE al imputar un delito de detención ilegal al recurrente, que solo intervino y formó parte de un robo con violencia, y ello atendiendo a la prueba practicada en fase de instrucción por los miembros de la policía judicial del Puerto del Rosario, la propia declaración del denunciante y víctima del mencionado robo, la declaración de los testigos que participaron en la vista oral, los diversos informes periciales que se llevaron a efecto en la vivienda prefabricada, en los que no existen huellas del recurrente, las contradicciones de las declaraciones de los otros acusados en contraposición con la declaración del recurrente que siempre ha mantenido una misma versión de los hechos, dotada de verosimilitud a la hora de mantener su inocencia respecto al delito de detención ilegal reconociendo en todo mo-

mento su participación respecto al delito de robo, por cuanto no intervino en la agresión previa al denunciante y se limita a ver como lo van a introducir en su vivienda para que les diga y entregue el dinero que, al parecer, tiene escondido. El motivo debe ser desestimado.

Como venimos afirmando -por todas STS. 1142/2009 de 24.11- el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo (y el de casación añadimos nosotros) no es un recurso de apelación, ni éste Tribunal una tercera instancia.

Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas STS. 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin in-

fringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7). Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y su práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10). Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina conso-

lidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta...

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5). Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

SEXTO.- A la luz de esta doctrina habrá de analizarse el motivo que cuestiona la existencia de prueba suficiente en relación a su participación en el delito de detención ilegal, por cuanto no intervino en los golpes y en la acción de atar y amordazar a la víctima. Queja que deviene inadmisibles. La sentencia de instancia establece la concreta participación de este recurrente en base a la declaración del perjudicado Isaac en el sentido de que Claudio tenía el rostro cubierto por especie de pasamontañas y no por una camisa, y la inexistencia de amenazas por parte de los otros dos coacusados para ejecutar los hechos, pues dicho perjudicado aseguró no haber oído expresiones amenazantes proferidas por los otros acusados al recurrente cuando se subieron al vehículo, y a las propias declaraciones prestadas en el plenario por los acusados reconociendo su

participación en los hechos. Participación que en relación a Claudio se concreta en ser quien alquiló el vehículo matrícula...-DRD y concluso el mismo con los otros acusados hasta el lugar donde Isaac tenía su negocio de venta de vehículos, permaneciendo en el interior del vehículo, sin camisa y con el rostro cubierto por una especie de pasamontañas, quien, cuando los otros dos acusados, introdujeron por la fuerza a la víctima en el vehículo, propinándole golpes y colocándole cinta aislante en las manos, condujo el vehículo hasta la caseta prefabricada situada en un lugar apartado, permaneciendo en el exterior, fuera del vehículo, sin marcharse del lugar, mientras los otros dos introducían a la víctima, a través de una ventana, en la caseta, quien nuevamente, cuando Arturo y Ángel Jesús volvieron a introducir a Isaac en el vehículo, emprendió la marcha hasta el domicilio de la víctima en busca del dinero exigido, y ante la negativa de éste, conduciendo siempre Claudio, volvieron a la caseta para finalmente regresar al domicilio de Isaac, en la que entraron los acusados Arturo y Ángel Jesús con la víctima, esperando Claudio en el vehículo a que salieran con el dinero que fue repartido a partes iguales, huyendo seguidamente los tres en el vehículo. El motivo por infracción del derecho a la presunción de inocencia deberá ser desestimado, cosa distinta es que como el Ministerio Fiscal precisa en su detallado informe impugnando el motivo y como se aborda en el motivo siguiente por infracción de Ley -se estime por el recurrente que esa actuación es insuficiente para integrar su conducta en el delito de detención ilegal-.

SÉPTIMO.- El motivo segundo por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 y 2 LECrim. por cuanto en la sentencia recurrida existe error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documento que demuestran la equivocación del Tribunal, no desvirtuados por otras pruebas, y por aplicación indebida de los arts. 163.1, 237 y 242.2 CP., así como por inaplicación de la atenuante muy calificada de reparación del daño prevista en el art. 21.5 CP. (en el motivo por error se señala la núm. 2 del art. 21).

1) En relación al motivo por error en la apreciación de la prueba, señala como documentos: una diligencia de informe del atestado 1750 de la policía judicial, acta del propio recurrente entre la policía judicial, declaración del coacusado Ángel Jesús ante la Brigada de la Policía judicial y ante el Juzgado de Instrucción; declaración del recurrente Claudio ante el Juzgado ratificando su declaración policial, declaración del denunciante Isaac ante el Juzgado en el sentido de que la intervención del recurrente se limitó a conducir el vehículo, sin amenazarle, pegarle o intimidarle, declaración del otro acusado Arturo ante el Juzgado de Instrucción, infor-

me pericial de la Brigada de Policía científica acerca del vehículo y de la casa prefabricada, restos de cuerdas y cintas, acreditativo de que los restos lofoscópicos hallados corresponden a los otros acusados y no al recurrente Claudio; y un informe del Ministerio Fiscal sobre la libertad provisional de este recurrente que señala que "quienes intimidaron y agredieron a Isaac en el curso de los hechos y se erigían en ejecutores principales del delito, con independencia de la cooperación necesaria que tuvo Claudio... Impugnación que no puede merecer favorable acogida.

Con arreglo a este motivo, tal como hemos dicho en sentencias 30.9.2005, 8.6.2006, 19.6.2007, 4.12.2007, 13.2.2008, 24.11.2009, solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entienden cometidos en la interpretación de los hechos. Por ello el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, y siempre que tal error sobre un extremo fáctico sea grave y con relevancia causal respecto del fallo y quede evidenciado en algún documento o documentos genuinos obrantes en autos y no contradichos por otras pruebas de la causa (SSTS. 1662/2003 de 5.12, 728/2001 de 3.5). Pues bien no son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001).

No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim. En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcio-

nales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim. Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001 y 22.5.2003). Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91, 12.11.92, 1.4.96, señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12, que precisa que "incurrir la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, -y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial- a quien compete valorar con inmediatez la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

Consecuentemente no puede basarse el error pretendido en un informe policial contenido en el atestado, por cuanto esta Sala no admite que pueda basarse su motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2006 de 8.5), tampoco las diligencias policiales en las que contienen las manifestaciones de quienes declaran ante los agentes, ni tienen tal carácter la declaración de un imputado o coimputado y las declaraciones testificales.

La ausencia de huellas de Claudio que se señala en el informe pericial no acredita error alguno desde el momento que en el "factum" se recoge que Claudio permaneció en el exterior de la caseta. Y respecto al informe del Ministerio Fiscal no es un documento creado con fines de preconstitución probatoria y destinado a surtir efectos con el tráfico jurídico, sino producido u originado dentro del proceso no vinculante para el Juez, por más que el mismo no se excluye su participación por cooperación necesaria.

2) En relación al motivo del art. 849.1 LECrim. entiende que no es aplicación el art. 163.1 CP. relativo a la detención ilegal, que como el recurrente no realizó acto alguno de acometimiento contra la víctima, resulta aplicable el art. 242.3 CP, y que tal como consta en el acta del juicio oral y se recoge en el apartado 7 de los hechos probados: el día del juicio oral, antes de su inicio, el acusado Claudio ingresó en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta sección la cantidad de 360 E.

a) Respecto a la inaplicación del art. 163.1 CP, reproduce en este apartado sus anteriores alegaciones de no ser merecedor su conducta de ser calificada de coautor en la detención ilegal, pues ni golpeó ni ató a la víctima, ni la introdujo en la caseta. Con carácter previo debemos diferenciar la autoría conjunta de la cooperación necesaria. La primera supone una ejecución conjunta del hecho con aportaciones relevantes de todos los coautores al resultado final. La definición de la autoría acogida en el art. 28 CP. como realización conjunta del hecho, implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo... pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas. La cooperación necesaria, por el contrario, tiene un carácter subordinado a la acción del autor, pues se trata en todo caso de la contribución al hecho de otro con cuya ejecución se coopera. Deforma necesaria, equiparado generalmente al autor, si es muy relevante en función de su contenido en relación con el hecho. Y en otro caso, como complicidad. Pero el cooperador necesario, al igual que el cómplice, no tiene el dominio del hecho, por más que su contribución sea importante para la ejecución.

Doctrina, como decíamos en la STS. 107/2009 de 17.2, con cita de las sentencias 11.9.2000 y 14.12.98, definitivamente asentada en la jurisprudencia, que señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en

el art. 28 del C. P. 1995 como “realización conjunta del hecho” viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del “acuerdo previo”, a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del “pactum scaeleris” y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución”. En este tema la s. T.S. 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP. no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes. Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción.

Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la s. T.S. 27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría. La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas

actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SS. T.S. 29-3-93, 24-3-98 Y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En el presente caso la sentencia recurrida, Fundamento Jurídico cuarto, considera la existencia de un acuerdo previo entre los tres acusados que infiere de sus propias declaraciones en el juicio oral en el sentido de que se habían trasladado desde Tenerife a Fuerteventura para “dar un palo” y del planeamiento de las acciones que iban a ejercitar y el reparto de papeles a realizar, tal y como lo evidencia, en relación a éste recurrente Claudio, que llevase el rostro cubierto, desde un primer momento, que fuese quien alquiló el vehículo y el reparto de dinero a partes iguales. Asimismo el delito de detención ilegal es un delito permanente en el que sus efectos se mantienen hasta la liberación de la víctima, por lo que admite la participación posterior a la consumación (SSTS. 59/2001 de 22.1, 1400/2003 de 28.10, 1548/2004 de 27.12, 48/2005 de 28.1), dado que la privación de libertad permanece en el tiempo hasta su cesación, por lo que existirá autoría y participación después de la consumación si el comportamiento del autor cae dentro del tipo legal y la contribución del partícipe va referida a la acción u omisión típica que se sigue realizando. El delito permanente se caracteriza porque la acción continua, de forma ininterrumpida, realizando el tipo después de la consumación. Por ello quien interviene después de la consumación del delito, si realiza actos ejecutivos será coautor y si participa en la acción u omisión típica, que se sigue realizando, será cooperador o cómplice, según los casos.

En el caso que se analiza, aunque se admitiera a efectos dialécticos la

versión del recurrente de que su acuerdo con los otros dos acusados era para la comisión de un delito de robo, resultaría evidente que cuando éstos -mientras él esperaba en el coche- introducen en el vehículo a la víctima, y el recurrente se aviene a trasladarlo, conduciendo, primero a la caseta y después a su domicilio, por dos veces, presenciando todos los actos de sus acompañantes, golpeando y maniatando a la víctima, sin hacer nada para evitarlo, supone una ratificación de lo ya realizado por quienes comenzaron la ejecución del delito de detención ilegal, con un acto esencial de cooperación a la acción delictiva, que culmina con el reparto del dinero a partes iguales.

b) Con referencia a la aplicación del subtipo atenuado del art. 242.3 CP. en el robo con violencia, esta Sala (SSTS. 663/2000 de 18.4, 1102/2000 de 3.7, 976/2003 de 4.7, 1432/2004 de 2.12, 207/2006 de 7.2), la rebaja punitiva viene determinada por la menor antijuricidad del hecho, no por consideraciones relativas a una culpabilidad disminuida, como claramente se deduce de su propia redacción: “entidad de la violencia o intimidación”, y “circunstancias del hecho” en los términos que nos conducen al suceso acaecido en su dimensión objetiva. Los criterios a seguir para dilucidar si ha de aplicarse o no este art. 242.3 son:

1º. “Menor entidad de la violencia o intimidación”, criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión “además” que encabeza la referencia al otro criterio, y que, por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2º. “Además las restantes circunstancias del hecho”, elemento de menor importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindibles para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

a) El lugar donde se roba: no es lo mismo hacerlo en la calle a un transeúnte que en un establecimiento comercial, y tampoco puede equipararse el robo en una pequeña tienda al que se comete contra una entidad bancaria.

b) Con relación al sujeto activo, habrá de considerarse si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.

c) Asimismo podrá considerarse el número de las personas atracadas y

su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.

d) La experiencia nos dice que de todas estas “restantes circunstancias del hecho”, la que con mayor frecuencia se nos presenta para valorar si se aplica o no esta norma jurídica, es el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuricidad.

Todos estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242.1º ó la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3.

En el caso que se considera, los hechos se verifican mediante la actuación conjunta de tres personas, utilizando uno de ellos una pistola simulada, se causan lesiones -aunque sean leves- a la víctima, la sustracción se produce en el propio domicilio de éste, lo que supone un ataque añadido a la morada con la mayor peligrosidad que ello supone, y la cantidad sustraída, 46.995 E debe entenderse de notoria importancia. Que este concreto recurrente no realizara activamente los actos agresivos hacia la víctima no es suficiente para apreciar una antijuricidad disminuida en su actuar.

Por todo lo expuesto, la inaplicación del subtipo atenuado resulta correcta.

3) Por último en orden a la aplicación del art. 21.5, atenuante de reparación del daño, por haber ingresado en la cuenta de consignaciones de la Audiencia, antes del inicio del juicio oral, la cantidad de 360 E. Desde el punto de vista material, antes de analizar la corrección del pronunciamiento de la Audiencia en este particular concreto, conviene delimitar la “ratio atenuatoria” de esta circunstancia en su actual formulación legal. Esta Sala, en diversas resoluciones, auto 701/2004 de 6.5 entre otras, expresa lo siguiente: “La reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el C.P. anterior dentro del arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal. Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamen-

to de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. mente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante. Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena" Asimismo la STS. 809/2007 de 11.20 pone de relieve la existencia de dos corrientes de esta Sala, que entendemos no son excluyentes o incompatibles, si las interpretamos desde la perspectiva del carácter "objetivo" de la circunstancia. Por una parte la

denominada teoría del "actus contrarius" que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis parece colocar el acento en la menor culpabilidad del autor, esto es, en la menos reprochabilidad personal por el acto antijurídico realizado, por cuanto a través de un acto ex post acepta su responsabilidad, contribuyendo a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico transgredido. La tesis contrapuesta que podríamos denominar de "protección objetiva de la víctima", lo que pretende es incentivar el apoyo y ayudar a las víctimas del delito, exigiendo del responsable una conducta de eliminación o disminución en la medida de lo posible de los efectos negativos de la infracción criminal.

Realmente es la doctrina que sostiene el auto de 6-5-2004, a que hicimos referencia en el epígrafe anterior. Son razones de política criminal las que justifican la atenuación y que tienden a favorecer al autor del delito que repara total o parcialmente - pero en todo caso de manera significativa- el daño ocasionado con su conducta, sin desconocer que también puede ser ponderada la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del art. 21-5 C.P. no lo exija. Interpretada la doctrina del "actus contrarius" desde la óptica de la objetividad indiscutible de la atenuante, no es posible afirmar que la circunstancia atenúa por razón de una menor culpabilidad. La culpabilidad del hecho hay que situarla en el momento de la comisión del mismo, en que el sujeto activo despliega una conducta consciente vulneradora del ordenamiento jurídico penal, pudiendo haberlo evitado, y a pesar de todo y aun afirmando que de presentarse la ocasión actuaría de igual modo, reconoce que como autor material de un daño debe responder frente a la víctima y lo hace. Así pues, la doctrina del "actus contrarius", interpretada desde la objetividad con que lo hemos hecho, valoraría el comportamiento del agente, con virtualidad para atenuar, desde la perspectiva del reconocimiento de la infracción del ordenamiento jurídico y el sometimiento al mismo, al provocar la eliminación o disminución de los efectos del delito. El autor estaría exteriorizando una voluntad de reconocimiento de la norma infringida que no de su propia responsabilidad penal. Su responsabilidad civil declarada en sentencia nace "ex delicto" por lo que satisfaciéndola el acusado reconoce que fue autor o tuvo participación en la causación a un tercero de un daño injusto. Desde otro punto de vista, el carácter absolutamente objetivo de la atenuante no excluye que en la reparación total o parcial el daño, el sujeto, además de dar satisfacción a la víctima, rea-

firme la vigencia de la norma jurídica vulnerada y en definitiva el propio acto de reparación, restitución, indemnización o demás formas de eliminar o atenuar los efectos del delito, conlleva la emisión de una voluntad externa de reconocimiento del derecho.

No obstante -como decíamos en la STS. 78/2009 de 11.2 - debe insistirse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor por lo que no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo, debiendo prevalecer el carácter objetivo de la atenuante -en atención a determinadas circunstancias que reseña la STS. 809/2007 de 11.10:

a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.

b) Todas las atenuantes ex post facto (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.

c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.

d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.

Por ello las SSTS.612/2005 de 12.5, y 1112/2007 de 27.12, esta Sala ha destacado una y otra vez el carácter objetivo de la atenuante, por cuanto la reparación del daño ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultando secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado. Ahora bien constituye, a su vez, un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, po-

dría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

En el caso de autos el recurrente el mismo día del juicio ingresó en la cuenta de consignaciones 360 E, la Audiencia entendió que con este ingreso no se repara en modo alguno el daño a la víctima, ya que, en primer lugar, esa cantidad coincide con la solicitada, únicamente respecto de los otros dos acusados, por las acusaciones en concepto de responsabilidad civil por las lesiones causadas a la víctima, sin que, por otra parte, la defensa del acusado Claudio, al modificar sus conclusiones provisionales, concretase el destino que debía darse a dicha cantidad pese a que tal circunstancia le fue puesta de manifiesto por éste Tribunal, por si se trataba de una omisión involuntaria; y en segundo lugar, porque el principal daño ocasionado a la víctima es moral, no derivando tanto de las lesiones, sino de la detención ilegal, y difícilmente puede ser reparado con una cantidad tan insignificante. Argumentación correcta y que debe conllevar la desestimación del motivo.

Como ya hemos señalado debemos tener en cuenta aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, en los cuales la determinación de los perjuicios ocasionados a la víctima es más fácil de cuantificar y aquellos otros en donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre entre otros muchos, en los ataques contra la libertad y seguridad de las personas. En estos la reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado. Si además, como ocurre en este caso, el recurrente cuando realmente tuvo ocasión de reparar el daño causado, devolviendo lo sustraído, por el contrario trató de poner a salvo su parte para cuando saliera de prisión, dejándolo en casa de un primo suyo, consiguiéndose su recuperación gracias a la actuación de un policial local, su actuación posterior limitándose a consignar 360 E sin expresa indicación de su entrega a la víctima, puede considerarse como una actitud meramente formal o insincera que transformaría lo ocurrido en una mera apariencia sin sustrato real alguno, no refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico ni supone al tiempo una reparación moral indicativa del esfuerzo para ex-

presar el retorno al orden jurídico, sino en definitiva -como señala el Ministerio Fiscal- una pretendida "compra" de la atenuante que resulta inadmisibles.

OCTAVO.- El motivo tercero por quebrantamiento de forma, art. 850.1 LECrim. al haberse denegado una serie de preguntas dirigidas a los peritos de la policía científica sobre las consideraciones y valoración de la participación del recurrente en los hechos que se originaron en las casas prefabricadas donde se llevó a la víctima y se la amordazó cuestiones que eran fundamentales para concluir sobre el grado de participación de este acusado, y que el Tribunal a quo desestimó por completo, al considerar varias de las cuestiones planteadas a los Peritos, como no procedentes, vulnerándose con ello, el derecho a la defensa y a un procedimiento con todas las garantías. El motivo deviene inadmisibles.

En primer lugar para la prosperabilidad de este motivo es preciso, conforme a lo establecido en el art. 709 LECrim. que se formule la correspondiente protesta y que se hagan constar la o las preguntas que se han formulado y han sido denegadas (STS. 479/94 de 26.2). Y en el acta del plenario (folio 294) solo consta "el letrado formula su protesta por la inadmisión de pregunta relativa a la valoración de la prueba", sin que se consigne el contenido de esa concreta pregunta. En segundo lugar, no basta con que una pregunta pueda tener relación directa con el objeto del juicio sino que es preciso valorar su relevancia, necesidad y causalidad de las preguntas en relación con el sentido del fallo, pues en la decisión del recurso de casación "lo relevante es determinar si la negativa a responder privó a la defensa del ejercicio de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido aptitud para variar la decisión final, pues no de otro modo debe interpretarse la frase "manifiesta influencia en la causa" que se contiene en el art. 850.3, o la de "verdadera importancia para el resultado del juicio", a que se refiere el núm. 4 de igual artículo" (SSTS. 2612/2001 de 4.12, 1064/2005 de 30.9). En el caso actual, hemos de partir de que los peritos emiten sus pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos, en base a su especial preparación con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba, competencia exclusiva del juzgador.

Ello comporta que sí las preguntas dirigidas a los peritos iban encaminadas a acreditar la inexistencia de huellas de Claudio en la caseta a la que se trasladó a la víctima, tal aserto es admitido y recogido por la sentencia de instancia. Pero preguntar al perito que si ello acreditaba su no participación en los hechos, es una inferencia que solo el Tribunal está facultado para realizar, a la vista de

todo el conjunto probatorio, por lo que la pregunta era impertinente y su denegación por la Sala procedente.

NOVENO.- Desestimándose los recursos interpuestos, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Ángel Jesús, Arturo, Claudio, contra sentencia de 13 de abril de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección bis, que les condenó como autores de un delito de detención ilegal y lesiones; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos. Comuníquese

esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

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

rente que, aun cuando tal motivación hubiera existido, la misma no podría haber tenido otro resultado que la afirmación de que existían varios impedimentos que contienen los arts. 2 a 5 de la LEP para la apertura de la vía judicial, en aplicación del art. 2 si el delito no es tal y no existe doble incriminación, razonando ampliamente sobre este aspecto y el carácter de infracción administrativa de los hechos imputados; si el delito solo es perseguible a instancia de parte; vulneración del art. 3 de la LEP y de los derechos fundamentales de Sr. Doroteo, en concreto el art. 24 de la Constitución (proceso debido), en relación con los arts. 10.2, 13.1, 13.3 y 19, defendiendo la equiparación del nacional alemán al nacional español, argumentando sobre la libre circulación de ciudadanos europeos dentro del territorio de la Unión y la previsión de la Ley Fundamental de Bonn en el sentido de que ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero, salvo excepciones, libertad de circulación que se vería afectada si el ciudadano alemán pudiera ser detenido, privado de libertad y extraditado a EEUU, abundando en la argumentación al respecto sobre el alcance de los arts. 14 y 17 del TUE, invocando el paralelismo con la interpretación del art. 54 del Convenio para la Aplicación del Acuerdo de Schengen respecto de la prescripción.

Frente a ello, el Abogado del Estado comienza invocando la inadmisibilidad del recurso en cuanto el acuerdo impugnado constituye un acto de trámite, que únicamente tiene por objeto disponer la continuación ante el Tribunal Penal del procedimiento de extradición. Subsidiariamente entiende que el acuerdo impugnado se ajusta a los postulados de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición pasiva, establecidos en el art. 9.3, estando debidamente motivado, señalando el alcance de la decisión administrativa de continuación del procedimiento de extradición en fase judicial, la no vinculación del Tribunal a la tipificación jurídica de los hechos recogida en la propuesta asumida por el Consejo de Ministros y no equiparación del ciudadano alemán al ciudadano español a efectos de extradición, concluyendo que al no haberse decidido sobre la extradición, no procede el planteamiento de cuestión prejudicial.

SEGUNDO.- El acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2008, objeto de impugnación, se limita a acordar la continuación del procedimiento de extradición solicitada por las autoridades de Estados Unidos, de acuerdo y asumiendo la propuesta del Ministerio de Justicia, en la que se indica la iniciación con fecha 22-1-2008 por vía diplomática, la persona reclamada, la documentación acompañada con la solicitud (orden de arresto, relato de hechos, textos legales aplicables, datos de identificación), los hechos que fundamentan la solicitud de extradición, su



TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 2 marzo 2010. Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

Rechazo de alegación consistente en la falta de motivación del acuerdo impugnado

El TS desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se dispone la continuación del procedimiento de extradición solicitada por las autoridades de Estados Unidos. La Sala rechaza la alegación consistente en la falta de motivación del acuerdo impugnado, no por no haber tenido en cuenta las circunstancias exigidas en los arts. 2 a 5 Ley 3/1985, sino por no haber justificado sus apreciaciones al respecto, que entiende cuestionables y no acertadas en relación con aspectos como la doble incriminación, lugar de comisión del delito y pudiendo serlo fuera del territorio del país que solicite la extradición a efectos del art. 3.3 o la consideración del delito como perseguible sólo a instancia de parte a los efectos del art. 4.2 de la misma, con lo que viene a trasladar a la fase administrativa previa el contenido que es propio de la fase jurisdiccional, lo que evidentemente no se corresponde con el contenido del acuerdo impugnado ni las exigencias de motivación del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente alega en la demanda que el acuerdo impugnado es susceptible de pleno control jurisdiccional, en su adopción conforme al art. 9 en relación con los arts. 2 a 5 de la Ley 4/1985 de Extradición Pasiva. Y desde este presupuesto, entiende que falta un análisis de los arts. 2 a 5 de la LEP y la pertinente motivación del acuerdo, no sometiéndose al carácter reglado del mismo, al asumir sin más la propuesta del Ministerio de Justicia, la cual adolece de falta de motivación, a cuyo efecto señala que se han valorado adecuadamente algunos aspectos contemplados en dichos preceptos, pero no sucede lo mismo

respecto de otros como: la correspondencia entre el delito tipificado en el Código Federal de los Estados Unidos y el 284 del Código Penal, que entiende inexistente por tratarse de una infracción administrativa, sin necesidad de esperar a la vía judicial para su determinación; lo mismo sucede respecto de la previsión del art. 3.3, al no constar el lugar de comisión del delito y pudiendo serlo fuera del territorio del país que solicite la extradición; y finalmente debería haberse examinado si no debía abrirse la vía judicial de acuerdo con el art. 4.2 de la LEP como delito solo perseguible a instancia de parte.

A la falta de la adecuada motivación en tales aspectos, añade el recu-

tipificación en la legislación del Estado requirente y en el Código Penal español y la fundamentación jurídica.

Se trata, por lo tanto, de la decisión del Gobierno, favorable a la continuación del procedimiento de extradición solicitada por vía diplomática, que se regula en el art. 9 de la Ley 4/1985, de Extradición Pasiva, adoptada a propuesta del Ministerio de Justicia, que constituye la fase inicial de ese complejo procedimiento de extradición, que se sustancia seguidamente en vía jurisdiccional, en la que se resuelve sobre la concurrencia de los requisitos jurídicos exigidos legalmente para dar lugar a la extradición, establecidos en los arts. 2 a 5 de LEP, siguiendo el procedimiento establecido en los arts. 12 y siguientes de la misma, resolviendo por auto que es susceptible de recurso ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 15) y que, en el caso de ser contrario a la extradición, no podrá concederse la misma, mientras que siendo favorable a la extradición, no es vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional según dispone el art. 6 de la Ley, abriéndose tras dicho auto judicial esta última fase gubernativa del procedimiento.

Pues bien, desde este planteamiento, debe rechazarse, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso que se alega por el Abogado del Estado, pues, como ya dijimos en sentencia de 29 de enero de 2004, con cita de la de 24 de junio de 2003, "El citado acuerdo por el que se decide por el Gobierno continuar la extradición tiene indudables efectos, culminando esta primera fase del procedimiento complejo y originando, si fuere negatorio de la continuación, la notificación al Juez, si el reclamado estuviera en prisión, para que acuerde su libertad y abriendo, de acordarse la continuación del procedimiento en vía judicial, la segunda fase procedimental ya ante el Juzgado Central de Instrucción y, como dispone el artículo 11 de la Ley, si el reclamado no estuviera en prisión, el Ministerio de Justicia oficiará también al Ministerio del Interior para que se practique la detección, se redacte el oportuno atestado y en plazo de 24 horas siguiente se ponga al detenido, con los documentos, efectos o dinero que le hubieran sido ocupados a disposición de la misma autoridad judicial.

Es, por tanto, la decisión objeto del recurso un acto con propia sustantividad, como ya hemos sostenido en Sentencia de 24 de junio de 2003 antes citada, en cuanto que en él se valoran las circunstancias concurrentes en la petición formulada por el Estado requirente, y se decide continuar el procedimiento de extradición pasiva que la Ley prevé, o en otro caso, se deniega poniéndolo en conocimiento del Estado requirente, y en ambos supuestos con los efectos que antes hemos indicado respecto a la situación personal del reclamado".

TERCERO.- Tampoco pueden compartirse las alegaciones de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones del recurrente, que vienen a sostener la falta de motivación del acuerdo impugnado al entender que el mismo no contiene una adecuada valoración de los requisitos exigidos para la extradición en los arts. 2 a 5 de la LEP, en base a los cuales ha de formularse la propuesta del Ministerio de Justicia, según dispone el art. 9.3 de la LEP, añadiendo que de haberlos examinado convenientemente hubiera llegado a la consideración de que no concurrían las circunstancias exigidas al efecto, denegando la continuación del procedimiento.

Decimos que no puede compartirse tal planteamiento, pues con ello la parte viene a equiparar la valoración de las circunstancias establecidas en los arts. 2 a 5 de la LEP que corresponde efectuar en fase jurisdiccional y sujeta al control judicial, con la sola valoración administrativa a efectos de dar curso a la extradición solicitada. En el primer caso se trata de una decisión judicial sujeta al correspondiente procedimiento contradictorio, cuyo pronunciamiento goza del valor decisorio propio de las resoluciones judiciales en cuanto a la concurrencia de los requisitos en cuestión, mientras que en el segundo caso se trata de una decisión administrativa, con los efectos que antes se han indicado para la continuación del procedimiento, a la vista de los requisitos establecidos en los referidos arts. 2 a 5 de la Ley, pero sin que ello suponga una resolución administrativa sobre la concurrencia de los mismos ni menos aún vincule o condicione la valoración que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional, el cual decide de forma originaria sobre la concurrencia de los requisitos en cuestión y no revisando la apreciación que haya podido llevar a cabo la Administración en la fase inicial del procedimiento.

Por ello, la motivación del acto administrativo que acuerda la continuación del procedimiento ha de examinarse desde la consideración en el mismo de las circunstancias que conforme a los arts. 2 a 5 de la LEP determinan la extradición, lo que se refleja en el acuerdo impugnado en los términos que antes se han indicado - iniciación con fecha 22-1-2008 por vía diplomática, la persona reclamada, la documentación acompañada con la solicitud (orden de arresto, relato de hechos, textos legales aplicables, datos de identificación), los hechos que fundamentan la solicitud de extradición, su tipificación en la legislación del Estado requirente y en el Código Penal español y la fundamentación jurídica- y no desde la definitiva certeza y realidad jurídica de tales apreciaciones, que sólo corresponde establecer al órgano jurisdiccional en el procedimiento judicial contradictorio, en el que el interesado puede hacer valer sus alegaciones, decidiendo sobre la procedencia o no de la extra-

dición. No pueden acogerse, por lo tanto, las alegaciones sustanciales de la demanda, que invocan la falta de motivación del acuerdo impugnado, no por no haber tenido en cuenta las circunstancias exigidas en los arts. 2 a 5 de la LEP sino por no haber justificado sus apreciaciones al respecto, que entiende cuestionables y no acertadas en relación con aspectos como la doble incriminación, lugar de comisión del delito y pudiendo serlo fuera del territorio del país que solicite la extradición a efectos del art. 3.3 ó la consideración del delito como perseguible sólo a instancia de parte a los efectos del art. 4.2 de la misma, con lo que viene a trasladar a la fase administrativa previa el contenido que es propio de la fase jurisdiccional, lo que evidentemente no se corresponde con el contenido del acuerdo impugnado ni las exigencias de motivación del mismo, que se sustancian con la expresión sucinta de tales circunstancias, cuya efectiva concurrencia habrá de determinarse en el proceso judicial, que abre la posibilidad de contradicción al interesado. En definitiva, cuando el recurrente cuestiona la concurrencia de tales circunstancias mediante una valoración jurídica de las mismas, está poniendo de manifiesto que la Administración las ha tenido en cuenta y, que al menos, resulta discutible, situación en la que es lógico el planteamiento de la Administración dando curso al procedimiento y dejando al órgano judicial competente la decisión al respecto.

Menos trascendencia tiene la invocación de la equiparación del nacional alemán al nacional español en relación con el acuerdo impugnado, pues, a las razones ya expuestas antes, ha de añadirse la específica previsión del art. 3.1 de la Ley 4/1985, según el cual: "La cualidad de nacional será apreciada por el Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión de la misma...", de manera que carece de virtualidad atribuir al acuerdo impugnado la falta de una decisión acertada sobre la cualidad de nacional o equiparación a la misma que no corresponde efectuar a la Administración en dicho acto. Por las mismas razones y no siendo determinante para la decisión sobre la legalidad de dicho acuerdo, carece de sentido el planteamiento de una cuestión prejudicial "sobre si el art. 14.2 y concordantes, que garantizan la libre circulación de personas, permite la apertura de un proceso judicial de extradición a un país tercero de un ciudadano comunitario por parte de un Estado miembro del cual el extraditado no es nacional, en los casos en los que el Estado del que es nacional el extraditado prohíbe expresamente la extradición de sus nacionales", pues, aparte de que en el mejor de los casos la cuestión habría de plantearse sobre la procedencia de la decisión de extradición, que es el presupuesto legal planteado, y no la posibilidad de abrir procedimiento judicial para su determinación, el acuerdo impugnado no contiene decisión al respecto

ni es propia del mismo, como se ha indicado repetidamente.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, que viene a desvirtuar las alegaciones de la demanda, procede desestimar el recurso, sin que haya lugar a hacer una expresa condena en costas al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

Primero.- Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso núm. 255/09, interpuesto por la representación procesal de D. Dorooteo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2008, por el que se dispone la continuación del procedimiento de extradición solicitada por las Autoridades de Estados Unidos.

Segundo.- No hacemos una expresa condena en las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Agustín Puente Prieto.- José Manuel Sieira Míguez.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Nicolás Antonio Maurandi Guillén.- Octavio Juan Herrero Pina.

2010/14332

TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 8 febrero 2010. Ponente: D. José Díaz Delgado

Ejercicio de cargo que empaña la independencia judicial objetivamente

El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que denegaba la compatibilidad del cargo judicial del actor con el de presidente de la Fundación Caja Rural de Córdoba. La Sala considera que no puede excluirse a las fundaciones automáticamente del ámbito del art. 389, 9 LOPJ, ni interpretar el término sociedades o empresas mercantiles en su sentido más técnico, a fin de limitarlo a aquellas que tengan ánimo de lucro, sino que es una cuestión a resolver caso por caso, atendiendo a la actividad y naturaleza de las mismas y a sus circunstancias, como la vinculación más o menos directa con una entidad mercantil, para determinar si el ejercicio de un cargo en las mismas pueda empañar o no la independencia judicial objetivamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aparecen como premisa fáctica del presente recurso

contencioso-administrativo los siguientes hechos:

1.- Con fecha 16 de octubre de 2007 el recurrente solicitó al Excmo. Sr. Presidente del Consejo General del Poder Judicial autorización para compatibilizar su cargo de Magistrado con la de Presidente de la "Fundación Caja Rural de Córdoba", acompañando a referido escrito copia de los Estatutos de dicha Fundación, y haciendo constar que dicho cargo no conllevaría en ningún supuesto asesoramiento jurídico, ni a la Fundación, ni a los Patronos, ni tampoco intervención directa administrativa o económica en la gestión de la entidad Caja Rural, matizando que, en todo caso, el ejercicio de dicho cargo se desempeñaría siempre en horario de tarde.

2.- Con la misma fecha dio traslado de dicha solicitud al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla que, mediante acuerdo de su Sala de Gobierno, reunida en Comisión, con fecha 30 de octubre de 2007, informó desfavorablemente a la meritada solicitud de compatibilidad, al entender que el cargo de Presidente de la Fundación Caja Rural conllevaba asesoramiento jurídico, y por ser incompatible con "la exclusividad de la función jurisdiccional".

3.- Con fecha 18 de diciembre de 2007 la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial denegó la compatibilidad solicitada, al entender que la misma implicaba funciones de asesoramiento jurídico, y por entenderla englobada en el ámbito de lo dispuesto en los apartados 7º y 9º del art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al conllevar intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles.

4.- Con fecha 24 de enero de 2008 el compareciente interpuso recurso de reposición contra la indicada resolución de la Comisión Permanente, que se estimó parcialmente, en cuanto sostiene que el cargo del Presidente de la Fundación no implica asesoramiento jurídico, pero manteniendo la desestimación de la compatibilidad solicitada, al reiterar la inclusión de dicho cargo en el ámbito de las incompatibilidades previstas en el número 9º del art. 389 de la LOPJ

SEGUNDO.- El primero de los motivos de impugnación alegado por el recurrente, bajo el título de "la sospechosa primera propuesta de resolución", hace referencia a la existencia de dos propuestas de resolución en el expediente, una primera, favorable a la compatibilidad, y una segunda, posterior a que el Pleno, en la reunión de 2 de abril de 2008, acordase por unanimidad retirar del orden del día la primera propuesta de resolución, para incluirla en el próximo Pleno, contraria a la compatibilidad, que fue la finalmente aceptada. Sin embargo el recurrente no cita precepto alguno que avale una supuesta in-

validez del acto ahora recurrido por dicha duplicidad, que aun cuando no sea frecuente, como sostiene la Abogacía del Estado no conlleva la invalidez del acto recurrido, pues lo decisivo es el acuerdo adoptado, que no viene vinculado por el sentido de la propuesta del órgano técnico.

TERCERO.- Como segundo motivo se alega por el recurrente la infracción del artículo 389.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone la incompatibilidad del cargo de Juez o Magistrado con las funciones de "Director, Gerente, Administrador, Consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género". Sostiene el recurrente que es decisivo para la aplicación de este precepto que se solicite la compatibilidad con sociedades o empresas mercantiles, caracterizadas por el ánimo de lucro, circunstancia que no concurre en la Fundación Caja Rural de Córdoba, sin que a su juicio pueda deducirse la naturaleza mercantil de esta porque entre sus fines este el desarrollo o promoción de la cultura cooperativa, pues estas además no tienen por finalidad la obtención de lucro alguno, y a este respecto cita determinados preceptos como lo relativo al hecho de que se reserve en exclusiva al Estado la competencia para legislar en materia mercantil (artículo 149.1.6ª de la Constitución), mientras que el Estatuto de Autonomía de Andalucía le otorga a la Comunidad Autónoma Andaluza competencia exclusiva en la "ordenación, fomento y organización de cooperativas", lo que evidencia según el recurrente la ausencia de carácter mercantil de éstas últimas, como igualmente se deduce por él de lo dispuesto en el artículo 86 ter, apartado 2 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que al regular la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, diferencia entre sociedades mercantiles y cooperativas. Sin negar el valor jurídico de estas alegaciones, tampoco son definitivas para el tema que nos ocupa, pues es evidente que ni el hecho de que el Estatuto prevea la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de Cooperativas excluye su naturaleza mercantil pues o bien pudiera ser compatible con la reserva del Estado para la regulación mercantil el desarrollo de una determinada área de dicha actividad, o bien, podríamos encontrarnos ante una contradicción normativa.

En cuanto a la alegación de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 86 ter, apartado 2 a) es cierto que se distingue, entre sociedades mercantiles y cooperativas, y no hubiera sido necesario si las cooperativas tuvieran claramente una naturaleza mercantil, pero también es cierto que los problemas suscitados por las cooperativas se atribuyen a los Juzgados de lo Mercantil; esto es, el argumento podría ser utilizado precisamente en sentido contrario a lo postulado por la recurrente. Se dice

igualmente que el artículo 92 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de sociedades cooperativas de Andalucía obliga a la cooperativa a imputar los beneficios de las operaciones realizadas con terceros no socios en un 80 por ciento, al Fondo de Reserva Obligatorio y, en un 20 por ciento, al fondo de Educación y Promoción, de donde deduce el recurrente que al no poder repartir los beneficios entre los socios, las operaciones que realice la cooperativa carecen de ánimo de lucro. Sin embargo, lo cierto es que precisamente de este argumento se desprende la posibilidad de que la cooperativa realice operaciones con terceros, de carácter mercantil, con obtención de beneficios, lo que significa que realiza actuaciones en el mercado con la finalidad de obtener beneficios, con independencia de la obligación concreta de destinarlos a un fin determinado.

CUARTO.- En el presente caso, no podemos dejar de considerar que la Fundación Caja Rural de Córdoba, que lleva el nombre de una importante entidad financiera de dicha provincia, es un instrumento por el que dicha mercantil lleva a cabo su política social, propia de estas entidades, lo que da lugar a que la dotación fundacional, como sostiene la Abogada del Estado, provenga de dicha entidad mercantil, que además nombra al Presidente del Patronato de la Fundación. Es decir, existe una indudable conexión entre la Fundación Caja Rural de Córdoba y la entidad mercantil Caja Rural de Córdoba, y es esa conexión evidente ante la opinión pública la que avala el acuerdo que ahora se impugna y que trata de preservar la imparcialidad del Juez, en este caso, Presidente de una Sección de la Audiencia Provincial, desde un punto de vista objetivo. Recuerda la representación de la demandada la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2001, que sostiene que con carácter general el régimen de incompatibilidades de la Carrera Judicial responde a la finalidad sustancial de preservar su independencia, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generen intereses o apariencia de los mismos que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que aquella aparece comprometida o empañada. El acuerdo recurrido sostiene que es incompatible el cargo en base a que la promoción de la cultura cooperativa tiene un indudable componente mercantil, así como por las funciones representativas del Presidente de la Fundación y al hecho de que sea nombrado por la Comisión Ejecutiva de la Caja Rural de Córdoba, y al mismo tiempo que el Patronato de la Fundación del que forma parte el Presidente aprueba las cuentas de la misma. Pues bien, es evidente que más allá del debate de si estamos o no ante una sociedad mercantil "strictu sensu", las funciones del Presidente de la Fundación, en cuanto representante de una entidad, relacionada directamente con una importante mercantil de la Provincia en que ejerce sus funciones jurisdiccionales, le obligan a

firmar convenios y contratos de naturaleza mercantil, y a aprobar las cuentas de la Fundación, acto de máxima importancia y responsabilidad, que no puede obviarse so pretexto de desconocer las reglas contables.

En consecuencia, no puede interpretarse el apartado 9 del artículo 389 en un sentido estricto, considerando que solo en el caso de empresas o sociedades mercantiles típicas existe incompatibilidad, pues la finalidad del mismo es como ya se ha dicho, evitar el ejercicio por quien tiene funciones jurisdiccionales, de cualquier otra actividad, que de forma objetiva, pueda ser apreciada por la sociedad como incompatible con la neutralidad e imparcialidad propia de la función jurisdiccional, y por eso el precepto pretende abarcar toda clase de sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género. Es evidente que si el precepto hubiera limitado la incompatibilidad a la participación, en este caso administrativa, en empresas mercantiles tipificadas como tales, las dos últimas concreciones sobrarían. En consecuencia, esta Sala comparte los argumentos del acuerdo recurrido, y de la Abogada del Estado que lo defiende, en el sentido de que no puede excluirse a las fundaciones automáticamente del ámbito del artículo 389.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni interpretar el termino sociedades o empresas mercantiles en su sentido más técnico, a fin de limitarlo a aquellas que tengan ánimo de lucro, sino que es una cuestión a resolver caso por caso, atendiendo a la actividad y naturaleza de las mismas y a sus circunstancias, como la vinculación mas o menos directa con una entidad mercantil, para determinar si el ejercicio de un cargo en las mismas pueda empañar o no la independencia judicial objetivamente.

QUINTO.- Por todo ello, procede desestimar el presente recurso contencioso-administrativo, sin que se aprecien en las partes circunstancias subjetivas de temeridad o mala fe que aconsejen la imposición de las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

FALLO

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo número 316/2008, interpuesto por D. Carlos, contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 23 de abril de 2008, que deniega la compatibilidad de su cargo judicial con el de Presidente de la Fundación Caja Rural de Córdoba.

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

(...)



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.



TS
CIVIL

2009/239959

TS Sala 1ª, Sentencia 15 octubre 2009.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Condena a comunidad de propietarios a la devolución de frutos y rendimientos de terreno reivindicado

El TS declara haber lugar al rec. de casación interpuesto por la actora anulando en parte la sentencia impugnada para, manteniendo los pronunciamientos de la misma acogiendo la pretensión reivindicatoria del terreno litigioso, añadir la condena de las comunidades de propietarios demandadas a abonar a la actora el importe de los frutos y rendimientos obtenidos de dicho terreno desde la fecha de emplazamiento de las demandadas, con deducción de los gastos necesarios efectuados u otros que legalmente procedieran, lo que se determinará en ejecución de sentencia, y desestima los recursos por infracción procesal interpuestos por las demandadas.

2009/239958

TS Sala 1ª, Sentencia 15 octubre 2009.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Prescripción de acciones de reclamación de cantidad ejercitadas por agente

El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó las pretensiones ejercitadas por ambas partes derivadas del contrato de agencia suscrito entre ellas, al no haber quedado probados los hechos alegados por la entidad agente actora sobre reclamación de pagos duplicados y en cuanto a la reclamación de la indemnización por clientela y del pago de comisiones y conceptos equivalentes, por haber entendido la AP que los respectivos plazos de prescripción de las acciones ejercitadas por la agente habían vencido en la fecha en que interpuso la demanda conforme a la normativa aplicable.



TS
PENAL

2009/299996

TS Sala 2ª, Sentencia 27 noviembre 2009.
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Delito de estafa por venta de inmueble fingiéndose propietario

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delito de estafa. Señala el TS que aunque la hipoteca no llegara a constituirse formalmente, pues no accedió al registro, el solo otorgamiento de la escritura al respecto ya fue título suficiente para producir efectos perjudiciales para los compradores de la finca; pues así gravada -en el amplio sentido del precepto de referencia-, en la medida en que esa actuación contractual, aunque no constituyera una carga real, comprometió en algún grado el valor del inmueble.

2009/300012

TS Sala 2ª, Sentencia 30 noviembre 2009.
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Validez del testimonio de la víctima en delito de tentativa de homicidio y quebrantamiento de condena

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por un delito de tentativa de homicidio y otro de quebrantamiento de condena. El TS verifica que los datos nucleares de los testimonios de la víctima coinciden sustancialmente, no concurriendo lagunas, incoherencias, ni contradicciones relevantes en sus declaraciones. La testigo fue coherente y persistente en la descripción de los hechos más relevantes que ejecutó el acusado, poniendo de relieve que éste rompió los cristales de la puerta de entrada cuando accedió a la vivienda; después la llevó hasta la cama del dormitorio, donde intentó ahogarla con las manos; y por último, cuando ella consiguió escapar hacia la puerta de la vivienda, la alcanzó y fue cuando la agredió en el cuello con uno de los cristales de la puerta.

2009/300010

TS Sala 2ª, Sentencia 2 diciembre 2009.
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Asesinato en grado ejecutivo de tentativa

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de tentativa de asesinato y quebrantamiento de condena. Afirma la Sala que el acusado ejecutó todos los actos precisos para estrangular a la víctima y la privó de oxígeno hasta hacer que aquella llegase a perder el sentido; y su finalidad, en tal circunstancia, no podía ser otra que la de acabar con su vida, elemento subjetivo que no es discutido por el recurrente. Si la muerte no se produjo, no se debió a su conducta sino a circunstancias ajenas a él, y de ahí que el que una vez que se percatara de que la víctima seguía viva -segunda secuencia-, le diga que respire y afloje el cordón que tenía al cuello, no revela desistimiento.



TS
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

2010/12547

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 17 febrero 2010.
Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Situación de injustificada desigualdad en proceso selectivo

El TS no ha lugar al recurso de casación planteado contra la sentencia que declaró el derecho de la ahora recurrida a que su puntuación sea incrementada y, en su consecuencia, sea incluida en las listas de adjudicatarios del proceso selectivo en el puesto que le corresponda. La Sala considera que la vulneración que declaró el Tribunal de instancia de los arts. 14 y 23 CE no puede considerarse desacertada, porque la exclusión de alguien en un procedimiento selectivo por errores sobre sus méritos personales significa, en definitiva, inaplicarle de manera no razonable la regulación general dispuesta para esos méritos, y, por esa razón,

zón, equivale también a colocarlo en una situación de injustificada desigualdad.

2010/12485

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 17 febrero 2010.
Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

Contraste entre normas autonómicas

El TS declara inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que determinó la nulidad del D. 41/2005, del Gobierno de Aragón, de Organización y funcionamiento del Sector Sanitario en el Sistema de Salud de Aragón. La Sala considera que el pronunciamiento más adecuado para el recurso de casación es el de inadmisión que autoriza el art. 95, 1 LJCA, pues sólo conduce finalmente a que este TS lleve a cabo una labor de interpretación y contraste entre dos normas autonómicas, la reglamentaria declarada nula y la de rango legal.



TS
SOCIAL

2009/344494

TS Sala 4ª, Sentencia 14 diciembre 2009.
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Fijación de indemnización por daños y perjuicios usando el baremo de los accidentes de circulación

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador eléctrico demandante contra sentencia que acogió parcialmente su pretensión sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente laboral. Declara la Sala, entre otros pronunciamientos, que la indemnización procedente por daños correspondientes al periodo en el que el trabajador accidentado ha estado en situación de IT, cuando se insta su fijación analógica de acuerdo con el baremo establecido reglamentariamente para los accidentes de circulación, debe fijarse, en cuanto a la indemnización por lucro cesante, como mínimo y salvo prueba acreditativa de un daño o perjuicio mayor, en cuantía equivalente al 100% del salario dejado de percibir en dicho período por el accidentado y, en el supuesto de haberse percibido durante dicho período cantidades en concepto de prestaciones económicas de IT, la indemnización ascenderá, como mínimo, a las diferencias entre lo percibido por tales conceptos y el importe de la totalidad del salario dejado de percibir.