



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 2862

Madrid, martes 27 de julio de 2010



TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/61766

TC Sala 1ª, Sentencia 27 abril 2010. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes

Fundamentación insuficiente

Constitucionalidad del art. 40 L 10/2001 de presupuestos de la Generalitat Valenciana

Desestima el TC el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, contra el art. 40 L 10/2001 de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002. El Tribunal, rechaza la impugnación, porque es doctrina reiterada del TC, que la ley de presupuestos es ley en sentido tanto material como formal, dando por superadas las tesis tradicionales, que consideraron a la ley de presupuestos como una ley meramente formal, afirmación que vale tanto para las leyes de presupuestos generales del Estado, como para las leyes de presupuestos de las distintas CCAA. Los recurrentes aducen que, el incremento del tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados, implica un encarecimiento del coste de la vivienda, puesto que la mayoría de los hechos imponible de este impuesto afectan al proceso constructivo. El Tribunal no ve la consecuencia de que se ponga en riesgo el derecho de los ciudadanos a acceder al disfrute de una vivienda digna y adecuada en la Comunidad Valenciana, lo que conduce, en definitiva, a descartar la pretendida lesión del art. 47 CE, porque los recurrentes no han cumplido con la carga de fundamentar de manera suficiente cuáles son los motivos por los que la misma se habría producido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes de esta Sentencia, el presente recurso de inconstitucionalidad ha sido promovido por sesenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso contra el art. 40 de la Ley 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002, que da nueva redacción al art. 14 de la Ley de la Comunidad Valenciana 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos cedidos, al entender los recu-

rrentes que el precepto impugnado, en cuanto incrementa el tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados, que se eleva con carácter general desde el 0,5 por 100 al 1 por 100, vulnera la prohibición de modificación de los tributos mediante ley de presupuestos (art. 134.7 CE) y los principios de capacidad económica y reserva de ley en la creación o modificación de tributos (art. 31 CE).

Por su parte, la Presidenta de las Cortes Valencianas y el Letrado de la Generalidad Valenciana, en la representación que legalmente ostentan, interesan la desestimación del presente recurso de inconstitucionalidad.

El precepto impugnado establece lo siguiente: "Artículo 40. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Se da nueva redacción al artículo 14, de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos, con el siguiente tenor: -A efectos de lo dispuesto en los artículos 13.5 de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, y 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, los tipos de gravamen aplicables serán:

1. Tratándose de primeras copias de escrituras que documenten adquisiciones de vivienda habitual, el 0,1 por ciento. A estos efectos, se estará al concepto de vivienda habitual contemplado en la normativa estatal reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

2. En los demás casos, el 1 por ciento."

SEGUNDO.- Previamente al análisis de las cuestiones suscitadas en este proceso conviene llamar la atención sobre la circunstancia de que la regulación de los tipos de gravamen aplicables en el impuesto sobre actos jurídicos documentados en la Comunidad Valenciana se estableció inicialmente por el art. 14 de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se fijaba el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos cedidos en el 0,4 por 100 si se trata de primeras copias de escrituras que documenten adquisiciones de vivienda habitual, y en el 0,50 por 100 en los demás casos. A su vez, la disposición final primera de esta misma Ley habilitó a la Ley de presupuestos de la Generalitat Valenciana para modificar los tipos de gravamen.

En ejercicio de esta habilitación el art. 40 de la Ley 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002, ahora impugnado, reformó el art. 14 de la Ley 13/1997, modificando los tipos de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados aplicable a los documentos notariales, tipos que,

SUMARIO

TC CONSTITUCIONAL

Constitucionalidad del art. 40 L 10/2001 de presupuestos de la Generalitat Valenciana 1

TS CIVIL

Ejercicio del derecho de opción de compra de vivienda en plazo 5

PENAL

Absolución de delito de colaboración con banda armada 6

ADMINISTRATIVO

Ingreso en el Cuerpo de Corredores de Comercio 13

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

con carácter general, se incrementan al 1 por 100 (frente al anterior 0,5 por 100), mientras que cuando se trate de primeras copias de escrituras que documenten adquisiciones de vivienda habitual el tipo se reduce al 0,1 por 100 (frente al anterior 0,4 por 100).

La regulación contenida en el citado art. 14 de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, trae causa de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias, dictada en desarrollo de lo dispuesto en el art. 157.1 a) CE y en los arts. 10 y 11 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), en la redacción dada a estos dos últimos preceptos por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, de modificación parcial de la LOFCA. En efecto, el art. 13.5 de la Ley 14/1996 estableció que, "en relación con la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de actos jurídicos documentados, las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen de los documentos notariales".

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que con posterioridad a la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad el art. 14 de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, ha sufrido sucesivas modificaciones (en virtud de las Leyes de la Comunidad Valenciana 11/2002, de 23 de diciembre, 14/2005, de 23 de diciembre, 14/2007, de 26 de diciembre, y 16/2008, de 22 de diciembre).

De un lado, para acomodar su redacción al nuevo marco jurídico resultante de la Ley estatal 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (Ley que deroga la citada Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias, debiendo tenerse en cuenta que la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, ha sido derogada y sustituida a su vez por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciuda-

des con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias).

Y, de otro, sobre todo, para modificar de nuevo los tipos de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados. Efectuadas esas modificaciones, en la redacción vigente del art. 14 de la Ley 13/1997 se mantiene con carácter general el tipo del 1 por 100, establecido por la norma impugnada en el presente proceso constitucional, así como el tipo reducido del 0,1 por 100 que introdujo esa misma norma para el caso de las primeras copias de escrituras que documenten adquisiciones de vivienda habitual, tipo reducido que las posteriores reformas del art. 14 de la Ley 13/1997 han extendido a los casos de las primeras copias de escrituras que documenten la constitución de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual por familias numerosas o por un discapacitado, en las condiciones y requisitos que el precepto establece en su actual redacción; asimismo se ha introducido un nuevo tipo del 2 por 100 aplicable al caso de las primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten transmisiones de bienes inmuebles respecto de las cuales se haya renunciado a la exención en el impuesto sobre el valor añadido, de conformidad con la normativa propia de este impuesto.

Sin embargo, las sucesivas modificaciones del art. 14 de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana, a las que se ha hecho mención, no suponen la desaparición del objeto del presente proceso constitucional, por cuanto el mismo plantea la impugnación de una norma de vigencia indefinida contenida en una ley de presupuestos, concretamente el art. 40 de la Ley 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002, norma que no consta que haya sido expresamente derogada y que incrementa hasta el 1 por 100 el tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados, con carácter general, y reduce al 0,1 por 100 el tipo aplicable para el caso de las primeras copias de escrituras que documenten adquisiciones de vivienda habitual, tipos de gravamen que, por otra parte, como se ha dicho, se mantienen tras las posteriores reformas del citado art. 14 de la Ley 13/1997 hasta su redacción actual, salvo para los supuestos a los que se refieren las modificaciones introducidas por esas mismas reformas, como también se ha indicado (aplicación también del tipo del 0,1 por

100 en las primeras copias de escrituras que documenten la constitución de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual por familias numerosas o por un discapacitado, y del tipo del 2 por 100 para las primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten transmisiones de bienes inmuebles respecto de las cuales se haya renunciado a la exención en el IVA).

En definitiva, el precepto legal impugnado, en cuanto a los supuestos a que se refería, no ha sido modificado ni derogado, por lo que el presente recurso de inconstitucionalidad no ha perdido su objeto.

TERCERO.- Efectuadas las precisiones que anteceden, debemos proceder a examinar los motivos en los que los Diputados recurrentes fundamentan las presuntas infracciones constitucionales que achacan al precepto legal impugnado.

En primer lugar sostienen los recurrentes, no sin cierta imprecisión en sus razonamientos, que el art. 40 de la Ley 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002, que da nueva redacción al art. 14 de la Ley de la Comunidad Valenciana 13/1997, incrementando hasta el 1 por 100 el tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados aplicable con carácter general, vulnera el principio de reserva de ley en la creación o modificación de tributos establecido por el art. 31 CE (con más precisión ha de entenderse que se refieren al apartado 3 del citado precepto constitucional), en relación con lo dispuesto en el art. 134.7 CE, que prohíbe a la ley de presupuestos crear tributos o modificarlos si no existe una ley tributaria sustantiva que así lo prevea. A juicio de los recurrentes, la forma jurídica elegida por la Generalitat Valenciana para introducir la modificación de los tipos de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados, esto es, mediante la ley de presupuestos, es contraria al principio de reserva de ley en materia tributaria.

Pues bien, para rechazar este motivo de impugnación bastará con recordar que hemos señalado efectivamente en numerosas ocasiones que, por imperativo del art. 31.3 CE, la creación de tributos y la regulación de sus elementos esenciales ha de realizarse por ley (por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; 150/2003, de 15 de julio, FJ 3; y 121/2005, de 10 de mayo, FJ 5), pero también es doctrina reiterada de

este Tribunal que la ley de presupuestos es ley en sentido tanto material como formal, dando por superadas las tesis tradicionales, que consideraron a la ley de presupuestos como una ley meramente formal (todo ello se dijo tempranamente en la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2, y luego se reiteró, entre otras, en las SSTC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 5; 68/1987, de 21 de mayo, FJ 4; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4; 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4; y 3/2003, de 16 de enero, FJ 4), afirmación que vale tanto para las leyes de presupuestos generales del Estado (arts. 75.3 y 134 CE), como para las leyes de presupuestos de las distintas Comunidades Autónomas.

Siendo ello así, la regulación de los elementos esenciales de un tributo por ley de presupuestos en ningún caso puede vulnerar el principio de reserva de ley del art. 31.3 CE. Cuestión distinta es que esa regulación pueda ser contraria, en el caso de las leyes de presupuestos generales del Estado, a lo dispuesto en el art. 134.7 CE, porque este precepto prohíbe crear tributos mediante ley de presupuestos y sólo permite modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva lo prevea. Ahora bien, esta limitación constitucional no resulta de aplicación a las leyes de presupuestos de las Comunidades Autónomas, lo que conduce a rechazar -digámoslo desde ahora- que la norma impugnada en el presente proceso constitucional haya vulnerado el art. 134.7 CE, en contra de lo que sostienen los recurrentes.

En efecto, debemos recordar que, con arreglo a reiterada doctrina constitucional, de la dicción literal del art. 134 CE se desprende con toda claridad que las reglas contenidas en el mismo tienen por objeto directo la regulación de institución estatal, en concreto de una fuente normativa del Estado (la ley de presupuestos generales del Estado), entendido éste en su sentido estricto, esto es, en su acepción de organización central o general del Estado, y no de una institución de las Comunidades Autónomas (SSTC 116/1994, de 18 de abril, FJ 5; 149/1994, de 12 de mayo, FJ único; 174/1998, de 23 de julio, FJ 6, y 130/1999, de 1 de julio, FJ 5).

En este sentido, tenemos declarado a partir de la STC 116/1994, de 18 de abril, que del límite que consagra el inciso segundo del art. 134.7 CE "no puede inducirse un principio general de prohibición de modificar tributos por medio de las leyes de presupuestos autonómicas o forales sin

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94
ISSN 1888-5020
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

la previa habilitación de una ley tributaria sustantiva" (STC 116/1994, FJ 5), puesto que, "de los preceptos constitucionales que regulan instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas" (entre otras, SSTC 116/1994, FJ 5; 174/1998, FJ 6, y 3/2003, FJ 6).

CUARTO.- Y es que, como también hemos declarado en reiterada doctrina, el canon de constitucionalidad aplicable a las fuentes normativas de las Comunidades Autónomas es el que se contiene "en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y, evidentemente, en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas" (SSTC 116/1994, de 18 de abril, FJ 5; 174/1998, de 23 de julio, FJ 6; y 180/2000, de 29 de junio, FJ 5).

Por ello, para despejar cualquier duda sobre la constitucionalidad del precepto legal impugnado, será preciso atender a lo que prevean las normas que integran el bloque de la constitucionalidad aplicable a la institución presupuestaria de la Comunidad Valenciana, del mismo modo que lo hemos hecho en anteriores ocasiones en que tuvimos la oportunidad de analizar las Leyes de presupuestos de otras Comunidades Autónomas (así, en el caso de Aragón en la STC 174/1998, de 23 de julio; en el caso de Cantabria en la STC 130/1999, de 1 de julio; en el caso de La Rioja en la STC 180/2000, de 29 de junio; o en el caso de Canarias en la STC 274/2000, de 15 de noviembre), lo cual nos ha permitido concluir que, al igual que sucede con la ley de presupuestos generales del Estado, también las leyes de presupuestos autonómicas están sometidas a determinadas limitaciones materiales.

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EAV) no contenía en su redacción vigente a la fecha de publicarse la norma impugnada en el presente proceso constitucional, ni tampoco contiene en su redacción actual (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), una limitación expresa de similar naturaleza a la establecida en el art. 134.7 CE, y ésta tampoco figura entre los preceptos de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), como tuvimos ocasión de constatar en la citada STC 116/1994, FJ 6, lo que permite descartar, como ya adelantamos, que el art. 40 de la Ley 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002, vulnera el

art. 134.7 CE, sin perjuicio de que la propia Ley 13/1997, de la Comunidad Valenciana (cuyo art. 14 es reformado por el precepto aquí impugnado modificando los tipos de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados), habilita expresamente (disposición adicional primera) a la ley de presupuestos de la Generalitat para modificar los tipos de gravamen, escalas, cuantías fijas, porcentajes y, en general, todos los elementos cuantitativos del tributo regulados en la Ley 13/1997.

Resta por examinar, por tanto, si el precepto legal impugnado incurre en alguna vulneración de las limitaciones materiales a las que están sometidas las leyes de presupuestos de la Generalitat Valenciana de conformidad con las normas que integran el bloque de la constitucionalidad aplicable a la institución presupuestaria de la Comunidad Valenciana, teniendo en cuenta la facultad de control que a este Tribunal confiere el art. 39.2 LOTC.

QUINTO.- Pues bien, el vigente EAV (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril) dispone, en términos que no difieren de los establecidos en su redacción original, que "la potestad legislativa dentro de la Comunitat Valenciana corresponde a Les Corts, que representan al pueblo" (art. 21.1 EAV), siendo función de Les Corts, entre otras, la de "aprobar los presupuestos de la Generalitat" (art. 22 a) EAV); por otra parte, "el presupuesto de la Generalitat será único y se elaborará con criterios homogéneos con los del Estado" y "tiene carácter anual" (art. 76.2 EAV); "el presupuesto incluirá necesariamente la totalidad de los ingresos y gastos de los organismos y en su caso, los beneficios fiscales que afecten a los tributos propios establecidos por Les Corts" (art. 76.3 EAV) y "debe ser presentado a Les Corts al menos con dos meses de antelación al comienzo del correspondiente ejercicio", entendiéndose prorrogado el del ejercicio anterior si no estuviere aprobado el primer día del ejercicio (art. 76.4 EAV).

Por su parte, la LOFCA dispone en su art. 21.1 que "los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual e igual período que los del Estado, atenderán al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos de los organismos y entidades integrantes de la misma y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a tributos atribuidos a las referidas Comunidades".

La lectura de los anteriores preceptos legales pone de manifiesto la sustancial identidad entre las normas que integran el bloque de la constitucionalidad aplicable a los presupuestos de la Comunidad Valenciana y lo que dispone, respecto de los presupuestos generales del Estado, el art.

134 CE, precepto a partir del cual este Tribunal ha elaborado su doctrina general acerca de los límites materiales de las leyes de presupuestos.

Ciertamente no podía ser de otro modo, dado que "la norma constitucional y la estatutaria (así como las normas que las desarrollan) no hacen otra cosa que recoger una serie de principios que son consustanciales a la institución presupuestaria y al sistema parlamentario" (STC 3/2003, FJ 6) y, por ello, hemos llegado a deducir "en su consecuencia, la existencia de un principio general de que el contenido de la ley de presupuestos autonómica se adecue a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y gastos o con los criterios de política econó-

■

"...el principio rector previsto en el art. 47 CE, párrafo primero, constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos... en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada."

■

mica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto" (SSTC 174/1998, de 23 de julio, FJ 6; 130/1999, de 1 de julio, FJ 5, y 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 10).

De acuerdo con esta doctrina debemos concluir que el art. 40 de la Ley 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002, que modifica el art. 14 de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos, ha respetado los límites materiales exigibles a las leyes de presupuestos autonómicas, y más concretamente los aplicables a la ley de presupuestos de la

Generalitat Valenciana, de modo que puede formar parte válidamente del articulado de dicha Ley.

La modificación normativa operada por la norma impugnada ha consistido, conforme antes quedó expuesto, en modificar los tipos de gravamen de un determinado tributo, el impuesto sobre actos jurídicos documentados, debiendo recordarse que es doctrina de este Tribunal que "la modificación de tributos no puede considerarse materia ajena a la previsión de ingresos de la Comunidad" (STC 116/1994, de 18 de abril, FJ 8). A ello ha de añadirse que la modificación operada es meramente cuantitativa, resultando del todo evidente la conexión que el precepto impugnado tiene con el contenido de la ley de presupuestos.

Además, la decisión de modificar los tipos de gravamen adoptada por la Generalitat Valenciana, en la medida que afecta específicamente a las primeras copias de escrituras que documenten adquisiciones de vivienda habitual, se configura asimismo como un instrumento de su política económica sobre un determinado sector, el inmobiliario, lo cual se adecua a la concepción del presupuesto como "vehículo de dirección y orientación de la política económica" (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 6; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4; y 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4, entre otras muchas).

Por todo ello, debemos concluir afirmando la adecuación a la Constitución del precepto impugnado, por resultar suficientemente justificada la inclusión del mismo en una ley de presupuestos, sin extralimitar el contenido material de este tipo de leyes.

SEXTO.- El siguiente motivo de inconstitucionalidad que aducen los recurrentes es la pretendida incompatibilidad del precepto impugnado con el principio de capacidad económica garantizado por el art. 31.1 CE.

Para dar adecuada respuesta a este motivo de impugnación es necesario aclarar previamente que el objeto del presente proceso se ciñe exclusivamente al art. 40 de la Ley 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002, es decir, a un precepto que se limita a regular el tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados en su modalidad de documentos notariales, siendo la legislación estatal de este impuesto, es decir, el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la que contiene en su articulado los restantes elementos del impuesto y, en particular, la regulación de un hecho imponible que, en opinión de los recurrentes, no respeta el principio de capacidad económica, cuestión esta

última que queda claramente fuera de este proceso constitucional, por exceder su objeto.

Pues bien, debemos señalar que del contenido del principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, constitucionalmente reconocido en los arts. 137 y 156.1 CE (por todas, SSTC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 96/2002, de 25 de abril, FJ 2, y 168/2004, de 6 de octubre, FJ 4), forma parte la libertad de configuración del legislador autonómico valenciano para fijar el tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados y sólo a él corresponde decidir sobre la cuantía y los caracteres del mismo.

No compete a este Tribunal enjuiciar si las soluciones adoptadas en la Ley impugnada son las más correctas técnicamente, aunque sí nos hallamos indudablemente facultados para determinar si la modificación legal operada por el precepto impugnado ha sobrepasado o no los límites al ejercicio poder tributario que se derivan de los principios constitucionales contenidos en el art. 31.1 CE (así lo manifestamos en las SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4; 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4; 214/1994, de 14 de julio, FJ 5, y 46/2000, de 14 de febrero, FJ 4) y más concretamente del principio de progresividad.

Dijimos tempranamente en la STC 27/1981, de 20 de julio, que el art. 31.1 CE ciñe el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a unas fronteras precisas: de un lado, “la de la capacidad económica de cada uno” y, de otro, “la del establecimiento, conservación y mejora de un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad” (FJ 4).

En relación con el primer límite, además de que en este caso no se proyectaría sobre la ley autonómica sino sobre la ley estatal del impuesto, norma que en este proceso no podemos considerar, es claro, en todo caso, que el tributo tiene en cuenta la capacidad económica puesto que la cuota resultante estará siempre relacionada con la cuantía del acto jurídico documentado. En relación con el segundo límite, y a partir del pronunciamiento antes citado, ha sido doctrina reiterada de este Tribunal que la progresividad no es exigible de cada tributo en particular, sino del sistema tributario en su conjunto (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4 in fine; 37/1987, de 26 de marzo; 76/1990, de 26 de abril, FJ 6 b); 150/1990, de 4 de octubre, FJ 9; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 1; 14/1998, de 22 de enero, FJ 11 b); y 327/2006, de 20 de noviembre, FJ 4).

Por consiguiente, en un sistema tributario justo pueden tener cabida tributos que no sean progresivos, siempre que no se vea afectada la progresividad del sistema. No obs-

tante, la decisión del legislador de fijar un determinado tipo de gravamen en un concreto tributo podría también llegar a vulnerar el principio de progresividad, lo que sucederá cuando una medida concreta en tal sentido afecte a la justicia del conjunto del sistema, ya que “el legislador constituyente ha dejado bien claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad” (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4).

Hemos considerado que igualdad, progresividad y capacidad económica son conceptos íntimamente entrelazados, hasta el punto de que “una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio.

Precisamente, la que se realiza mediante la progresividad global del sistema tributario en que se alienta la aspiración a la redistribución de la renta” (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4); y asimismo hemos afirmado que “desde el momento en que el art. 31.1 de la Constitución atribuye a aquellos principios una función inspiradora del entero sistema tributario justo, su aplicación al ámbito sancionador no puede suscitar especiales reparos, pues dentro de un sistema tributario justo encuentra natural acomodo la regulación del régimen de infracciones y sanciones” (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 6 b).

Finalmente, la complejidad que entraña examinar el cumplimiento del principio de progresividad también se puso de manifiesto en la STC 150/1990, de 4 de octubre, en la cual constatamos que la progresividad también está limitada por la prohibición de confiscatoriedad del art. 31.1 CE, y asumimos “la dificultad de situar con criterios técnicamente operativos la frontera en la que lo progresivo o, quizá mejor, lo justo, degenera en confiscatorio” (STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 9).

Partiendo de esta doctrina es claro que el cumplimiento del principio de progresividad del sistema tributario guarda una estrecha relación con el significado y alcance del concreto tributo examinado. En el presente supuesto nos encontramos con un impuesto, el de actos jurídicos documentados, en su modalidad de documentos notariales, cuya incidencia en el conjunto del sistema tributario es escasa si la comparamos con la de otros impuestos de mayor peso específico.

Este sería el caso de las figuras impositivas más relevantes del sistema y así hemos considerado que “es sobre todo a través del impuesto sobre la renta de las personas físicas como se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal en el sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad, lo que lo convierte en una figura impositiva

primordial para conseguir que nuestro sistema tributario cumpla los principios de justicia tributaria que impone el art. 31.1 CE” (STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6), y concluido que es “innegable que el impuesto sobre la renta de las personas físicas, por su carácter general y personal, y figura central de la imposición directa, constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario”, siendo el tributo “en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) que la Constitución española propugna (STC 19/1987, FJ 4) y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)” (SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 7).

El impuesto sobre actos jurídicos documentados, al igual que sucede con otros impuestos que fueron enjuiciados en ocasiones anteriores, como el impuesto especial sobre determinados medios de transporte (STC 137/2003, de 3 de julio, FJ 7) o el impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas (STC 108/2004, de 30 de junio, FJ 8), no es un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, por lo que no puede decirse que constituya uno de los pilares básicos o estructurales de nuestro sistema tributario ni el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta y de solidaridad, de manera que no puede afirmarse que la modificación de su tipo de gravamen repercute sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes.

Además, a diferencia de los tributos globales sobre la renta de las personas físicas o sobre el consumo, tampoco puede decirse que a través del impuesto sobre actos jurídicos documentados se personalice el reparto de la carga fiscal en nuestro sistema tributario, según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad (SSTC 137/2003, de 3 de julio, FJ 7, y 108/2004, de 30 de junio, FJ 8).

Por todo lo expuesto debemos concluir que el precepto impugnado, en cuanto establece en el impuesto sobre actos jurídicos documentados aplicable a los documentos notariales un tipo de gravamen proporcional (en lugar de uno progresivo, como propugnan los recurrentes), no atenta contra el principio de progresividad del sistema tributario, por lo que debemos rechazar que se haya vulnerado el art. 31.1 CE.

SÉPTIMO.- Finalmente hemos de descartar que el precepto impugnado

vulnera el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE, párrafo primero).

Cumple advertir que el principio rector previsto en el art. 47 CE, párrafo primero, constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales) en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2).

Para fundamentar la pretendida vulneración del art. 47 CE que imputan al precepto impugnado los recurrentes se limitan a afirmar que el incremento del tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados implica un encarecimiento del coste de la vivienda, puesto que la mayoría de los hechos imponible de este impuesto afectan al proceso constructivo.

Ahora bien, de esta premisa no se sigue la consecuencia de que se ponga en riesgo el derecho de los ciudadanos a acceder al disfrute de una vivienda digna y adecuada en la Comunidad Valenciana, lo que conduce, en definitiva, a descartar la pretendida lesión del art. 47 CE, porque los recurrentes no han cumplido con la carga de fundamentar de manera suficiente cuales son los motivos por los cuales la misma se habría producido.

Como hemos señalado reiteradamente, la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente, no siendo admisibles las impugnaciones globales carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente (SSTC 43/1996, de 14 de marzo, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2; 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3; y 100/2005, de 19 de abril, FJ 3, por todas), que es, precisamente, lo que sucede en el presente supuesto.

FALLO

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 1846-2002, interpuesto por sesenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra el art. 40 de la Ley 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintisiete de abril de dos mil diez. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.



2010/78758

TS Sala 1ª, Sentencia 7 mayo 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

No coincide con la consumación del precontrato de opción Ejercicio del derecho de opción de compra de vivienda en plazo

El TS declara no haber lugar a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia recurrida que estimó que la entidad optante había ejercitado la opción de compra sobre la vivienda dentro del plazo previsto. Confirma la Sala que no cabe confundir el momento de ejercicio de la opción que se produjo con la comunicación de la optante a la concedente, que ha quedado acreditado que se realizó dentro del plazo estipulado, con la consumación del precontrato de opción que tiene lugar en el momento en el que se celebra el contrato de compraventa y en el que por consiguiente tiene lugar el pago del precio y la entrega del inmueble.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El hecho básico del que debe partirse es la perfección del precontrato de opción de compra de 7 de diciembre de 2001, precontrato unilateral por el que una parte -en el presente caso, la demandada en la instancia y recurrente Sra. Enriqueta, concedente de la opción viene obligada a poner en vigor el contrato y la otra -COHEN INVESTMENTS ESPAÑA, S.L., demandante en la instancia y parte recurrida- tiene derecho a exigirselo. Precontrato regulado no específicamente en el Código civil, tratado con mucha reiteración por la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias, como más recientes, de 21 de noviembre de 2000, 5 de junio de 2003, 3 de abril de 2006, 23 de abril de 2010. El objeto era una finca, vivienda unifamiliar, con precio del mismo y precio de la compraventa pactada. El plazo para el ejercicio de la opción, esencial en todo caso y núcleo de la presente litis es, literalmente (estipulación tercera):

“La duración del derecho de opción será por el período comprendido entre el día de la fecha de este contrato y el 31 de diciembre de 2002...La optante deberá avisar con al menos noventa días de antelación a la cedente, de la fecha y notaría en que desea proceder a dicho otorgamiento, no pudiendo tener lugar éste, en ningún caso, después del 31 de diciembre de 2002”.

La cuestión jurídica básica es si la optante ejercitó el derecho de opción en el plazo previsto. Este ha sido el objeto de la demanda interpuesta por la sociedad optante en cuyo suplico

interesa la condena a la concedente, la demandada, a otorgar la escritura pública de compraventa. Efectivamente, la entidad optante COHEN comunicó por escrito al bufete de abogados, dirección fijada en el precontrato, el ejercicio del derecho de opción: ello, en fecha 22 de mayo de 2002. Lo que fue notificado a la concedente, que contestó de conformidad el 25 del mismo mes y año. A partir de este momento, se suceden una serie de comunicaciones, dilaciones y desencuentros que llevan a que dicha concedente, Sra. Enriqueta, en un momento dado, alegue que el derecho de opción ha caducado y que sólo celebraría el contrato de compraventa si se aumentaba el precio, lo que no fue aceptado por la sociedad optante.

Tanto la sentencia de primera instancia del Juzgado de Primera Instancia número siete de Fuengirola, de 7 de junio de 2005, como la de la Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Málaga, de 27 de febrero de 2006, han estimado la demanda, íntegramente. La demandada ha interpuesto sendos recursos, por infracción procesal y de casación.

SEGUNDO.- Analizando en primer lugar el recurso por infracción procesal, aparece claramente su fracaso que lleva a la desestimación del mismo, con condena en costas.

El primer motivo, formulado al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 217 de la misma Ley, por vulneración de la doctrina de la carga de la prueba, porque confunde esta doctrina con la valoración de la misma. En el desarrollo del

motivo parte de “... los efectos que han de derivarse de la falta de acreditación del ofrecimiento de pago a mi mandante por parte del actor”. No es así. En el precontrato de opción de compra de 7 de diciembre de 2001, en el primer párrafo del encabezamiento, se hace constar como “domicilio a efectos de notificaciones” el de un bufete de abogados y a este domicilio se remitió el 22 de mayo de 2002 la declaración de voluntad de ejercicio del derecho de opción de compra.

Lo que fue conocido y constatado en comunicación procedente de este bufete con alusión al conocimiento por parte de la señora Enriqueta de fecha 23, es decir, al día siguiente. No hay, pues, problema de falta de prueba que podría dar lugar a la doctrina de la carga de la prueba, sino prueba plena. Una observación, a la vista de lo que se dice en el desarrollo de este motivo, aunque no es un tema de infracción procesal, sino de aplicación del derecho sustantivo: el pago del precio es de la compraventa (la opción ya tuvo un precio inicial), así como la entrega de la cosa, ambos se hacen en el momento de la celebración del contrato de compraventa, consumación del precontrato de opción, no cuando se ejercita ésta; en la comunicación de ejercicio de la opción se expresa que se indique la fecha “para el otorgamiento de la escritura”, lo que significa que en aquel momento se pagará el precio y se entregará el inmueble.

El motivo segundo, igualmente formulado como los restantes, conforme el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega violación del art. 218 apartado 2º de la misma Ley, por falta de exhaustividad y motivación de la sentencia recurrida. Aquí confunde la motivación, como vicio de la sentencia sancionada incluso constitucionalmente por el artículo 120.3 de la Constitución Española, con la disconformidad con el resultado de la misma, lo que no es otra cosa que la cuestión de fondo. Tal como dice la sentencia de 8 de julio de 2002:

“También se tacha de incongruente la sentencia al reputarla carente de motivación, por inexistencia de fundamentación jurídica, al no citar ninguna norma del Ordenamiento Jurídico. Lo que el artículo 120-3 de la Constitución exige es que las sentencias han de ser siempre motivadas y tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional, suficientemente conocidas, han declarado que se cumple dicho mandato si se lleva a cabo explicación adecuada, dentro de la lógica jurídica y razonar pertinente, de la “ratio decidendi” que determina el fallo, por lo que se da suficiente motivación cuando la decisión judicial viene precedida y apoyada en razones que permiten conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentaron”.

Lo que ha sido reiterado por las sentencias de 5 de noviembre de 2004, 3 de febrero de 2005, 27 de septiembre de 2006. En el presente caso, la sentencia objeto de este recurso está sobradamente motivada tanto por sí mismo, al tratar directamente de la cuestión esencial del cumplimiento del plazo, como por la remisión a la de primera instancia (“... cuya fundamentación clara y explícita la Sala comparte, hace suya y da por reproducida...”) lo cual implica también motivación adecuada y así lo han explicitado las sentencias 25 de noviembre de 2002, 22 de junio de 2004, 16 de noviembre de 2006.

El motivo tercero alega violación del artículo 218, apartado segundo, en relación con el 326 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no aparece infracción de ninguna de estas normas, ya que en el desarrollo de motivo no se hace sino darles una valoración de la que carece. Tanto las sentencias de instancia (de primera y de segunda) como esta Sala, ha entendido que se ejercitó el derecho de opción el 22 de mayo del 2002 (documento núm. de 3 de la demanda) y todas las comunicaciones posteriores no fueron más que disquisiciones sobre fecha y notaría del contrato de compraventa que estaba prevista en el precontrato de opción, opción que se había ejercitado dentro del plazo pactado.

El motivo cuarto simplemente de refiere a la valoración de la prueba, lo cual está proscrito en este recurso. Se alega la infracción del artículo 218, apartado segundo, en relación con el 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero lo que se pretende es la revisión de la prueba. Tal como dice la sentencia de 15 de junio de 2009:

“El artículo 469 de aquella ley enumera como numerus clausus los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro de dicho artículo; pero nunca, como se pretende en este motivo, puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba”.

Lo que ha sido reiterado por las sentencias de 2 de julio de 2009, 30 de septiembre de 2009, 14 de octubre de 2009, 6 de mayo de 2010. En consecuencia, no cabe, como se pretende en este motivo, volver a valorar una prueba practicada en la instancia.

TERCERO.- El recurso de casación está articulado en cinco motivos e igualmente debe ser desestimado, porque el fondo del asunto, único, es si ejercitó la sociedad optante, demandante en la instancia y parte re-

currida en casación, el derecho de opción en el plazo pactado en el precontrato de 7 de diciembre de 2001. Tanto las sentencias de instancia como esta Sala dan respuesta afirmativa y entienden que debe ser estimada la demanda.

Los dos primeros motivos de recurso se refieren a la interpretación del precontrato de opción. El primero, por infracción de los artículos 1281 párrafo primero, 1282 y 1286 (los dos primeros, contradictorios entre sí) y el segundo, del artículo 1255, todos del Código civil y ambos con la argumentación de que el precontrato previó un plazo para el ejercicio del derecho de opción, en cuyo momento "... deberá pagar el precio total" (estipulación tercera) por lo que, interpretando el precontrato (motivo primero) y en aras del principio de autonomía de la voluntad (motivo segundo) debió ejercer la opción pagando el precio. No es así, tanto conforme a lo pactado, como de acuerdo con el concepto del derecho de opción.

Conforme a lo pactado, se establece en dicha estipulación tercera, que dispone que el plazo o duración del derecho de opción termina el 31 de diciembre de el 2002, lo siguiente:

"A dicha fecha, o en cualquier momento anterior a la misma, la optante podrá ejercitar su derecho de opción, para lo que deberá pagar el precio total de 50 millones de pesetas, incluyendo el mobiliario, del que se deducirá la parte del importe de la prima de la opción que haya sido abonada hasta ese momento. Dicho pago se efectuará contra el otorgamiento, en Notaría de Mijas o Fuengirola a designar por la optante, de la correspondiente escritura pública de compraventa por la que se transmitirá el inmueble y el mobiliario, libre de cargas y arrendatarios, como cuerpo cierto, y se entregará la posesión de los mismos, al corriente en el pago de impuestos municipales, cuotas de comunidad de propietarios y demás gastos inherentes a la finca. La optante, deberá avisar con al menos noventa días de antelación a la cedente, de la fecha y Notaría en que desea proceder a dicho otorgamiento, no pudiendo tener lugar éste, en ningún caso, después de 31 de diciembre de 2002. La optante queda facultada para que la escritura de compraventa se otorgue a favor de la persona o entidad que libremente designe."

Por tanto, no hay duda que el pago del precio "se efectuará contra el otorgamiento... de la correspondiente escritura pública de compraventa...", no antes. Conforme al propio concepto de la opción de compra, cuando se ejercita ésta -perfección del precontrato- se celebra más tarde la compraventa -consumación del precontrato- y es en este momento cuando se paga el precio y se transmite la cosa. Esto, en pura teoría y en el presente caso, en la práctica, se ha previsto así expresamente.

Los motivos tercero y cuarto insisten en lo mismo desde otros puntos de vista. Infracción, alegan, de los artículos del Código civil: 1256, sobre la necesidad, esencia de la obligación (motivo tercero), 1091 sobre la *lex contractus*, y 1258 sobre el cumplimiento del contrato (motivo cuarto). Todos ellos preceptos genéricos que no sirven para fundamentar un motivo de casación, ya que no permiten apreciar donde se halla la infracción concreta, como dice la sentencia de 2 de julio de 2009, que cita numerosas sentencias anteriores y es reiterada por posteriores, como las de 2 de noviembre de 2009, 5 de noviembre de 2009, 22 de enero de 2010. Lo dicho anteriormente se puede repetir aquí: tanto por el concepto de opción de compra, como por lo previsto expresamente, el precio no debía abonarse cuando se ejercitó la opción, sino cuando se otorgara la escritura de compraventa.

El quinto y último de los motivos del recurso de casación alega, como infracción, al artículo 7, párrafo primero, del Código civil y la doctrina de los actos propios. Sobre ésta, procede recordar la síntesis que hace la sentencia de 2 de octubre de 2007 en estos términos:

"El principio del derecho que prohíbe ir contra los actos propios encuentra apoyo legal en el artículo 7.1 del Código civil y está actualmente sancionado en el artículo 111-8 de la Ley Primera del Código civil de Cataluña. La jurisprudencia sobre este principio es muy abundante. Como resumen, se deben citar los requisitos que se han venido exigiendo para que pueda aplicarse este principio general, que son:

a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente;

b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior;

c) que el acto sea concluyente e indubitado, por ser "expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto" (sentencias de 21 de febrero de 1997; 16 febrero 1998; 9 mayo 2000; 21 mayo 2001; 22 octubre 2002 y 13 marzo 2003, entre muchas otras).

Significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente e induce por ello a otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real (STS de 21 abril 2006)."

Lo que se reitera en sentencia 31 de octubre 2007 y 19 de febrero de 2010. Nada de ello se da en el pre-

sente caso. El documento a que se hace referencia en el desarrollo del motivo es un "acta de reunión", de 20 de diciembre de 2002 en que se propone una transacción y se hacen unas concretas preguntas por la optante, sociedad demandante, que fueron rechazadas y aquella reunión no llevó a eficacia alguna. Fueron, una vez más aquellas disquisiciones y desencuentros que a nada condujeron y que no invalidaron el ejercicio de la opción, que fue el objeto de la demanda, estimada en ambas instancias y confirmada por esta Sala, conforme dispone el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la condena en costas que imponen el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la misma ley.

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

FALLO

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION formulado por la representación procesal de D^a

Enriqueta contra la sentencia dictada por la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Granada, en fecha 27 de febrero de 2006, QUE SE CONFIRMA.

Segundo: Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Tercero.- Líbrense a la mencionada Audiencia 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.- Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Rubricados.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.



TS Sala 2^a, Sentencia 11 marzo 2010. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

Declaración autoincriminatoria no ratificada

Absolución de delito de colaboración con banda armada

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el condenado en la instancia como autor de un delito de colaboración con banda armada, del que, en segunda sentencia queda absuelto, y desestima el resto de recursos interpuestos. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que en el caso que nos concierne, en el orden probatorio sólo se cuenta con la declaración autoincriminatoria del recurrente evacuada ante la policía no ratificada en el sumario ni en el plenario, que se desdijo de sus afirmaciones, porque la prueba de refuerzo que el tribunal de instancia utiliza, cual es, el testimonio del coordinador de las diligencias policiales, por remisión al informe elaborado, no debe merecer la consideración de prueba eficaz, en el concepto de testifical directa, en que es tenida en cuenta por el tribunal sentenciador, de ahí que proceda absolver a éste recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Juan Carlos.

PRIMERO.- En el primero de los tres motivos que articula, con base en el art. 852 L.E.Cr., denuncia infracción de precepto constitucional (art. 24-2 C.E.) concretamente del derecho a la presunción de inocencia, en relación al art. 11.1 LOPJ.,

consecuencia de la obtención de la prueba de modo irregular lo que propició la aplicación indebida del art. 515-2 y 516-2 C.P. (pertenencia a banda armada) cuando en realidad debió aplicarse el art. 576 C.P. de colaboración con banda armada, que es la tesis ahora sostenida.

1. La razón del déficit probatorio se hace radicar en las declaraciones

policiales de imputados y coimputados, que fueron obtenidas violentando derechos fundamentales, con la consecuencia de que no puede constituir prueba válida para fundamentar el delito de pertenencia a banda armada.

La sentencia valora en el primer fundamento los testimonios de los detenidos, que denunciaron malos tratos y torturas, entendiendo que respondían a la realidad, cuando las declaraciones realizadas en comisaría no se produjeron con plenas garantías legales de libertad. El recurrente nos dice que el Tribunal de casación estaría autorizado a reconsiderar esta valoración probatoria, si la decisión de la instancia ha sido arbitraria y absurda.

Hace notar la uniformidad y coincidencia en las coacciones y torturas de que fueron objeto, denunciadas tanto por los que se reputaban miembros de ETA como por sus compañeras sentimentales (Lorea e Itziar), que ni siquiera son de la izquierda abertzale. Por otro lado es oportuno señalar que muchas de las denuncias por torturas, en particular las que atañen a José Ángel y Juan Carlos, se encuentran en tramitación ante el juzgado competente, hallándose imputados tanto el instructor y el secretario de las diligencias policiales como el médico forense de la Audiencia Nacional. A su vez no puede afirmarse sin más que la coincidencia de denuncias obedezca a razones de estrategia defensiva, en tanto se hallaban todos incomunicados, teniendo la última palabra sobre el particular el tribunal que los está investigando.

Descartados tales testimonios la única prueba con garantías que podría afectarle estaría integrada por los documentos y efectos encontrados en el registro de la casa de la calle B. núm. 8 de Andoain, indicativos de la facilitación de informes a la banda terrorista y ofrecimiento de infraestructura al Sr. José Ángel.

2. La Audiencia por su parte entiende que “no puede asentarse la más mínima sospecha” respecto al actuar de los funcionarios de la Guardia Civil y los signos lesivos que presentaba el Sr. José Ángel se consideran “absolutamente compatibles con su detención violenta dada su resistencia” según dictaminó el forense y reconoció él mismo, concluyendo que “se puede afirmar con total seguridad que las confesiones en dependencias policiales fueron prestadas libre y voluntariamente, esto es, sin violación de derechos fundamentales”.

Esta Sala entiende que a la Audiencia no le falta razón. Las declaraciones se efectúan con plena regularidad procesal, previa lectura de derechos, con asistencia letrada y han sido introducidas en el plenario con absoluta acomodación legal. Aunque no lo cuestiona el recurrente,

en este apartado es oportuno hacer ciertas aclaraciones. Cuando la sentencia nos habla de reconducir los testimonios policiales al plenario vía art. 714 L.E.Cr., debemos entenderlo en el sentido de que los términos comparativos de los testimonios a que hace referencia el precepto (vertidos en el sumario y en el plenario) son los correspondientes a la declaración ante el juez, de la que se desdijeron de la anterior declaración policial, porque según su tesis no fue emitida de forma libre o espontánea, sino consecuencia de los malos tratos y coacciones de que fueron objeto por parte de la policía.

Cierto es que en la declaración judicial (fase instructora) se leyó y se hizo referencia al testimonio autoincriminatorio evacuado en sede policial, pero lo que no hemos de entender es que los términos referenciales sobre los que el tribunal tenía que formar convicción acerca de la veracidad o mendacidad de una y otras declaraciones apuntaban a las policiales (diligencias preprocesales no sumariales) y a las del plenario, ya que como tiene dicho esta Sala, la declaración policial, en sí misma considerada, carece de virtualidad probatoria (véanse S.S.T.S. 541/2007 de 14 de junio y 124/2009 de 6 de noviembre).

Otra cosa es que tal declaración, regularmente prestada, se introduzca en el juicio oral (aunque sea vía art. 714 L.E.Cr.), cuando sobre ella las partes procesales han realizado preguntas y repreguntas, una vez le fue leída al acusado, lo que estaríamos dentro de los términos del acuerdo del Pleno jurisdiccional de esta Sala adoptado el 28 de noviembre de 2006. Pero además, en juicio declaran los funcionarios encargados de la instrucción, que actuaron en la causa como instructor y secretario (agentes Y.-T y J.-R) y los que tomaron declaración al recurrente (agentes Z.-K, G.-F y P.-H), así como el forense. A ello debe añadirse el silencio o ausencia de cualquier alegación del letrado asistente que, conforme a sus obligaciones orgánicas y procesales, de haber advertido alguna irregularidad debió haberla hecho constar (art. 520-6 y 775 L.E.Cr.), circunstancias todas, que confirman la observancia de los requisitos legalmente exigidos sobre la forma, modo y garantías del acto declarativo.

Acerca de la valoración razonable y no arbitraria de la Audiencia existen elementos para reputarla plenamente certera y fundada. En efecto, la experiencia en el foro nos permite llegar a afirmar que con un altísimo grado de reiteración los miembros de la banda terrorista ETA actúan invariablemente de ese modo, siendo sensato entender que obedeció a un aleccionamiento previo.

Y todavía más, si tanto José Ángel como el recurrente, que también denuncia estos hechos, se apoyaron argumentalmente en el voto particular

contenido en la sentencia, en el que considera que las declaraciones eran conforme a la realidad, nos están indicando que las hipotéticas presiones no condujeron a declarar algo que no había ocurrido, amén que otros dos procesados, Joseba y Sergio, ratifican ante el juez sus declaraciones policiales sin que hayan recurrido la condena impuesta, lo que parece desmentir los supuestos malos tratos previos, que también éstos denunciaron.

3. Respecto a la actitud de las compañeras sentimentales de algunos acusados, definitivamente absueltas, no es de extrañar que por la misma convivencia con sus compañeros, han dispuesto de tiempo suficiente para ser informadas y aleccionadas sobre este tema, amén de que la negación de su carácter abertzale es una simple manifestación de parte no probada, pues lo cierto es que sobre las mismas recaían indicios de colaboración con banda armada y fueron imputadas, procesadas y acusadas en estas diligencias por tales delitos.

En orden a las dos únicas diligencias que todavía se mantienen vivas, referentes a denuncias a los policías que intervienen en las declaraciones y al forense, en modo alguno pueden interferir o influir, cualquier que sea el destino jurídico de las mismas, en esta causa. El Tribunal por su parte ha dispuesto de suficiente material probatorio para juzgar sobre su veracidad y precisamente el voto particular, prescindiendo del resultado de las mismas, coincide acerca de la realidad de lo declarado.

No cabe pasar por alto que si existió alguna leve e incidental lesión fue admitida por el interesado como producida o en la detención, o al poner los grilletes o provenía de tiempo atrás, sin que nada tuviera que ver con supuestos malos tratos, torturas o coacciones. Pero además constituyó norma general de los detenidos la negativa a someterse voluntariamente a reconocimientos médicos y cuando por imperativo legal tuvo el forense que proceder a informar sobre el estado físico o mental de los afectados, en ninguno de ellos apreció indicio o signo alguno que evidenciara esos presuntos malos tratos.

Por todo ello entendemos que, a la vista de lo acordado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28 de noviembre de 2006, la Audiencia actuó con plena corrección procesal, en cuanto en él “admite que la declaración prestada válidamente ante la policía pueda ser incorporada a juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia” y es lo que se hizo.

4. A mayor abundamiento la Sala para concluir que el acusado era miembro de la banda terrorista ETA, valoró otras pruebas obrantes en la causa.

La propia sentencia (pág. 37) explica, según el recurrente admitió en el plenario, que en julio de 2006 acoge en su domicilio -entonces sito en Plaza N. de Andoain- a Jaxinto (José Ángel) y a Xarla, declarado en rebeldía, que junto con el anterior y el acusado formaban el talde Urederra, trasladándose después con el primero en febrero de 2007 a la nueva vivienda de calle B. núm. 8, 5º A. de la misma población, en la cual se encuentran diversos documentos que le pertenecían en los que aparecen instrucciones impresas con el anagrama de ETA sobre funcionamiento de temporizador, así como información que venía realizando sobre posibles objetivos de actos terroristas. En el trastero de esa vivienda, de la cual poseía la llave, apareció un arsenal de explosivos según se reflejó en el acta de registro y que han sido debidamente descritos en el factum de la sentencia (pág. 14 y 15).

Igualmente y por propia confesión (véase pág. 37 de la sentencia) queda demostrado que transporta -haciendo de lanzadera- a José Ángel, miembro liberado de ETA a Behobia con el fin de que mantuviera una cita orgánica.

No es despreciable, en tanto constituye un dato corroborado, la incriminación que de él verifica en el plenario el coacusado José Ángel.

Refuerza la convicción de su pertenencia a ETA la plena disponibilidad de los explosivos almacenados en el trastero del domicilio que ocupaba, explosivos que fueron introducidos allí durante el tiempo en que él y José Ángel vivieron en tal lugar, según manifestó el propio José Ángel en el plenario.

5. Conforme a lo que llevamos dicho no puede reputarse la conducta del recurrente como constitutiva de un delito de colaboración, tipo residual, caracterizado por su naturaleza genérica, episódica o no permanente, frente al tipo legal de pertenencia a banda armada que integra un estado permanente de incorporación a la banda, cualquiera que sean las actividades que desarrolle en la misma.

El art. 516 C.P. sanciona -como bien pone de relieve la sentencia- a los “integrantes de las organizaciones terroristas y el art. 576, cuya aplicación propugna en el motivo el recurrente, las conductas de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada o grupo terrorista. La diferencia entre ambas figuras delictivas, según tiene dicho esta Sala, no puede ser otra que el grado de integración o la conexión o relación existente con la organización terrorista, así que constituye el delito de pertenencia a banda armada la incorporación permanente, más o menos prolongada en el tiempo, frente a la episódica o eventual colaboración, prevista en el art. 576 C.P. No importa, por consiguiente, que los actos definidos en el segundo párrafo del art.

576 como de colaboración con banda armada u organización terrorista sean desempeñados (propiamente, ejecutados) por activistas de la organización integrados en la misma por consistir la tipología penal que debe calificarse de pertenencia a una organización, estructurada, jerarquizada, movida por fines criminales, algo más que los propios actos de colaboración, pues en éstos, cualquier acto es constitutivo de delito, pero como faceta negativa, se exige la inexistencia de vínculo con aquella organización, pues si existe dicho lazo de pertenencia debe aplicarse el art. 516 C.P. en virtud del llamado principio de alternatividad (art. 8.4) (SS. 1346/2001 de 28-6, 1127/2002 de 17-6 y 50/2007 de 19-1).

El delito de pertenencia a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas implica la condición de miembro o integrante de la misma y teniendo en cuenta la diferencia de penalidad con el de colaboración exige una cooperación de mayor intensidad con la banda u organización, siendo análogo el fundamento de su punición que no es otro que atender al peligro potencial que representa ser miembro de las mismas. Se trata de un delito de mera actividad y permanente que se extiende en el tiempo desde el ingreso en la banda del agente hasta que se produce su apartamiento.

Dicha cooperación cuando se produce la ejecución de delitos concretos se traduce en una situación concursal que deberá resolverse, en su caso, conforme a las reglas del artículo 8 C.P.

De acuerdo con tal doctrina es evidente que el delito cometido por el recurrente es el previsto en el art. 516-2 C.P. respecto al cual existió prueba suficiente.

El motivo debe rechazarse.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 852 L.E.Cr. y 5-4 LOPJ. en el correlativo ordinal se alega violación del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24-2 C.E., todo ello en relación al art. 573 C.P.

1. Nos dice el impugnante que la sentencia le condena por la disponibilidad de los explosivos hallados en el garaje de la calle B. de Andoain, acerca de cuyo hecho no existe prueba contradictoria. Sobre ello habría que analizar -según su opinión- dos declaraciones:

- La declaración policial de José Ángel, el cual no menciona que el Sr. Juan Carlos tuviera conocimiento del depósito y además en la diligencia de entrada y registro de la bajera de la calle B. afirma que todo lo hallado es suyo.

- Declaración policial del recurrente: sobre tales explosivos nada dice.

El tribunal entiende -según la tesis del recurrente- que como único apoyo probatorio de cargo ha dispuesto:

a) Del hallazgo del pasaporte del recurrente cerca o al lado de los explosivos del garaje de la calle B.

b) Del hallazgo de informaciones realizadas por el propio acusado en la casa en cuestión junto con un folleto con instrucciones sobre uso de temporizadores.

Con todo ello el tribunal realizó una inferencia excesivamente abierta e insuficiente para fundamentar una sentencia de condena por depósito de explosivos.

2. La sentencia recurrida argumenta sobre tal delito del que da cuenta de las abundantes pruebas que avalan su existencia y atribución al recurrente.

Así, en hechos probados (pág. 9 de la sentencia) se explica que la casa de la calle B. era la ocupada como titular de hecho por el recurrente, por habérsela dejado Itziar, otrora novia del recurrente, y en ella había alojado a José Ángel. A tenor de los hechos probados (folios 14 y 15) tanto en la misma como en el trastero que le correspondía y del que tenía las llaves el recurrente se ocupa lo que en el factum se describe con minuciosidad.

Por un lado el usuario u ocupante de la casa es el recurrente, como pudo declarar tanto él como José Ángel ante la fuerza policial. Sobre esa base también la sentencia razonó el bagaje probatorio de cargo, y en el fundamento jurídico 6º reitera los datos inconcisos que acabamos de relatar, según los cuales “en el trastero del núm. 10 de la calle B. núm. 8 de Andoain, correspondiente al piso 5º A, que era el ocupado por el Sr. Juan Carlos y el Sr. José Ángel por habérselo cedido su titular dominical, y según acta levantada por el secretario del juzgado de instrucción núm. 2 de Tolosa (folios 2044 y ss), fueron intervenidas las distintas sustancias que se especifican “componentes para la elaboración de la mezcla explosiva artesanal conocida como amonal y habitualmente utilizada por ETA como carga de sus artefactos, cantidades que hubieran podido usarse para la elaboración de unos 25 Kgrs. de tal explosivo”, cordón detonante con carga de pentrita, detonadores electrónicos, temporizadores con el anagrama de ETA, dispositivos antimovimiento, sistemas eléctricos de comprobación, material eléctrico y elementos para el montaje de artefactos, características todas ellas establecidas en el informe pericial emitido por el Grupo de Desactivación de Explosivos de la Guardia Civil (GED-EX) y el Departamento de Química del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil (folios 3413 y 4627) que fueron ratificados en el plenario por sus respectivos autores (agentes S.-.C; d.-.B; F.-.V; A.-.J)”.

Por todo ello, señala en su Fundamento 8º: “cabe concluir que el Sr. Juan Carlos tenía a su disposición explosivos, por cuanto poseía las llaves del trastero (FD. 4º), su pasaporte se encontraba en el mencionado trastero junto al material explosivo y en la habitación ocupada por él en la vivienda se intervino un folleto de temporizador con anagrama ETA, por todo ello se constata objetivamente la disponibilidad sobre el depósito”.

3. Con esos datos acumulados es obvio, que bien a través de la prueba directa (testimonios) o de la indirecta o indiciaria se acreditó la existencia del depósito de explosivos y la disponibilidad del mismo. En este punto podrá ponerse en entredicho la racionalidad de la inferencia o convicción obtenida, pero tal control no implica la sustitución del criterio valorativo del tribunal sentenciador por el del Tribunal de casación y mucho menos por el del recurrente.

La valoración probatoria se ha desarrollado con riguroso ajuste a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia y el tribunal actuó sobre pruebas de naturaleza incriminatoria o indicios de cargo, teniendo también en cuenta los de descargo, así como las manifestaciones exculporatorias del acusado que el tribunal consideró incoherentes y faltas de consistencia, frente a la objetividad y aplastante contundencia de los elementos de cargo.

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- Con igual amparo procesal que los dos motivos anteriores (art. 852 L.E.Cr. y 5-4 LOPJ.) en el tercero y último alega infracción constitucional del núm. 1 del art. 24 C.E. (tutela judicial efectiva), consecuencia de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9-3 C.E.) y la obligación que tienen los tribunales de justicia de justificar o motivar sus decisiones (art. 120-3 C.E.) todo ello en relación al art. 66-6º C.P.

1. El recurrente nos dice que la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional condena al Sr. Juan Carlos a la pena de 10 años por el delito de pertenencia a banda armada y 9 años por el depósito, desatendiendo el mandato del art. 66.6 C.P. y demás artículos mencionados anteriormente del texto constitucional, dedicando el siguiente párrafo a la individualización de las penas que lo hace en los siguientes términos:

“Diez años de prisión y once de inhabilitación especial para Arkaitz y Juan Carlos y 9 años y 1 día para Sergio, distinguiendo así la mayor o menor antijuricidad de su conducta”. “Por el delito de depósito de explosivos se entienden ponderadas las penas de 10 años de prisión a José Ángel y nueve años de prisión para Arkaitz y Juan Carlos atendidos,

dentro de la indudable gravedad del hecho, el distinto grado de responsabilidad sobre los explosivos”.

La sentencia no explica qué elementos de antijuricidad ha tenido en cuenta para imponer la pena por pertenencia a banda armada, aunque se reconozca que ha dado alojamiento a miembros de la banda y facilitado información a los mismos. En este punto entiende que la conducta del Sr. José Ángel era mucho más grave. Otro tanto débese decir sobre la pena impuesta por el delito de depósito de explosivos, que sólo realiza una función de facilitamiento de la infraestructura.

2. Tiene razón el recurrente sobre la ausencia o escasez de motivos en el proceso individualizador de la pena. Pero sobre este punto han de hacerse dos precisiones. La primera de ellas es que la función de determinación de las penas corresponde en exclusiva al tribunal sentenciador, conservando el de casación un limitado control en aquellos casos en que no se tienen en cuenta las pautas legales establecidas, no se adecua a los criterios normativos señalados en la ley (arbitrio normado) o el señalamiento de la pena ha sido absolutamente arbitrario y apartado de elementales criterios de proporcionalidad.

La segunda precisión hace referencia a la innecesidad de agotar con amplias argumentaciones las razones de imposición de una pena concreta, por otra parte, no sometida a criterios matemáticos. Esta Sala acepta las escuetas fundamentaciones, en cuanto descubren las razones o motivaciones que se han tenido en cuenta para realizar la función individualizadora, pues no debe olvidarse que la propia sentencia en sus aspectos fácticos y jurídicos ilustra sobre el grado o intensidad de los elementos favorables y desfavorables que concurren en el injusto típico tanto objetivos (gravedad del hecho) como subjetivos (circunstancias personales del sujeto).

Sobre esta base el tribunal pretende hacer distinciones entre los diferentes procesados imponiendo penas que atienden a la antijuricidad de la conducta, esto es, al grado de lesión del bien jurídico.

Así, respecto del delito de pertenencia a banda armada, siempre por debajo de la sanción impuesta a José Ángel, la pena impuesta de 10 años ha tenido en consideración que además de pertenecer a la banda armada, que no implicaría el desarrollo necesario de actividades terroristas, aunque usualmente suelen ir unidas a esa condición permanente de incardinación con la banda, en el caso que nos ocupa se trataba de un miembro bastante activo, en cuanto realizaba simultáneamente funciones de alojamiento e información, actividades que han quedado refundidas y consumidas en la mayor gravedad del in-

justo referido a pertenencia a banda armada.

Respecto al depósito de explosivos se ha tenido en cuenta -según los términos de la sentencia- la importancia y cantidad de los almacenados, que podrían simplemente haber sido de una naturaleza, pero lo cierto es que existía toda la gama de artificios y mecanismos propicios para conformar una carga en situación de explosionar.

Por otro lado la voluntad determinante de la constitución del depósito fue decisión del recurrente, ya que era su casa y de él dependía que se almacenara en ella la gran cantidad de elementos allí habidos para fabricar explosivos a que se refiere la sentencia. También en este caso la pena impuesta se halla por debajo de la señalada a José Ángel en trance de distinguir situaciones de mayor o menor gravedad (antijuricidad según términos empleados por la sentencia).

Por todo ello el motivo debe desestimarse.

Recurso de Arkaitz.

CUARTO.- De los cuatro motivos que formaliza, existe sustancial coincidencia del primero con el correlativo de Juan Carlos y del tercero de éste último con el cuarto de los planteados. En el primero se hace referencia a la falta de validez de los testimonios evacuados ante la policía, como elementos de cargo de la sentencia, cuando no son suficientes según se desprende de su tenor para desvirtuar el derecho presuntivo alegado. En realidad el motivo se halla construido para la persona de Juan Carlos, pero no encaja respecto a este recurrente, ya que no ocupó nunca la calle B. donde aparecieron los explosivos. En relación al motivo cuarto la individualización penológica se realiza de modo paralelo a Juan Carlos, ya que los hechos probados y la fundamentación jurídica demuestran que se trata de un miembro activo de ETA.

Respecto al delito de depósito de explosivos, la reiteración en su colocación como actividad desplegada dentro de la organización terrorista, también justifica la pena, que al igual que en el caso de Juan Carlos, es más reducida que la asignada a José Ángel.

Analizando el segundo de los motivos articulados, en él se denuncia la infracción de varios derechos fundamentales, sirviéndose de la vía procesal prevista simultáneamente en el art. 852 L.E.Cr. y 5-4 LOPJ. Los derechos vulnerados hacen referencia a la tutela judicial efectiva sin producir indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por entender que el tribunal se excedió en sus competencias, quebrantando el principio acusatorio, en relación al art. 573 C.Penal.

1. Todo el conjunto de derechos infringidos tienen su razón de ser en el hecho comprobable de que tanto el fiscal como la acusación no determinan en su escrito de calificación definitiva cuáles son los elementos explosivos de los que se acusa al recurrente, habiendo decidido la Sala sin acusación considerar que el depósito hacía referencia a la sustancia "azúcar" en cuanto apta para fabricar explosivos.

Nos dice que en los escritos de acusación se describen los documentos hallados en su domicilio de la calle V., núm. 2 en donde no se encuentra explosivo alguno. Tampoco la imputación de que ayudó al acusado a construir un zulo en el barrio de Osinaga de Hernani donde se encontró un tupper-ware de los que usa ETA, pero no explosivos.

Nunca se imputó al acusado que tuviera la disponibilidad de los hallados en la calle B. de Andoain, que la sentencia describe. Igualmente cuando se registra la bajera del domicilio de la plaza Aduna, tampoco se constata el hallazgo de material o sustancia explosiva alguna.

La única determinación en los escritos de acusación -sigue afirmando- fue la disponibilidad de los efectos explosivos de la calle B. de Andoain y la indeterminación de cuáles eran los del garaje de la plaza Aduna, que como tenemos dicho no tenían naturaleza de sustancias o artefactos explosivos.

La sentencia, por su parte, rompiendo el acusatorio hace referencia a que el acusado "acudió a la calle B., 98 de San Sebastián con el fin de pasar a José Ángel las informaciones obtenidas y con el que se concertó para ejecutar, haciendo uso de los explosivos de los que ya disponían, las concretas acciones como comando armado".

Este hecho, fijado en la sentencia no ha sido objeto de acusación. Es más, la sentencia cuando condena por el delito de depósito de explosivos no habla de la disponibilidad de lo almacenado en la calle B.. Y acerca de los materiales electrónicos de iniciación de artefactos hallados en la calle C., tampoco son objeto de acusación.

El recurrente entiende que las únicas funciones dentro del "talde" o comando se referían a obtener informaciones o realizar captaciones. En definitiva en el zulo de la localidad de Hernani en el que se halló un recipiente vacío y la intervención de azúcar en el garaje de la plaza Aduna, son las únicas pruebas y ninguna de ellas tiene relación con los explosivos.

2. Sobre este extremo y con carácter general son sumamente interesantes las consideraciones que el M^o Fiscal hace sobre el principio acusatorio, que no debe llevarse a extre-

mos de un rigor formalista apartado de la finalidad del derecho. Así, resulta que las acusaciones calificaron los hechos, entre otros, como constitutivos de un delito terrorista de depósito de explosivos del art. 573 C.P. del que eran responsables en concepto de autores los acusados José Ángel, Juan Carlos y Arkaitz.

Desde el punto de vista de los hechos objeto de acusación -que es lo fundamentalmente aquí impugnado- lo relevante para el proceso penal no es el mero hecho natural o relato de un acaecimiento realmente ocurrido, sino sus aspectos trascendentes para la subsunción, esto es, aquellos hechos naturales fijados normativamente que integran el tipo legal a aplicar, lo que quiere decir que del hecho de la vida objeto del proceso han de tomarse en cuenta y ser fijados en el momento de la acusación aquellos extremos fácticos que integran el substrato de los distintos elementos típicos que componen el precepto penal cuya aplicación se solicita y las circunstancias influyentes en la responsabilidad del acusado, así como la identificación de las personas a quienes se imputan tales hechos.

Son éstos los elementos sustanciales que no deberán ser alterados por el Juez, que pueden sin embargo ser matizados o complementados, incluyendo otros datos colaterales o esclarecedores, siempre que no impliquen cambio de calificación, por ser neutrales para el fallo; aportación de datos accesorios que se puede hacer tomándolos de aquéllos que de algún modo y a través de las pruebas practicadas han sido traídos al proceso con posibilidad de contradicción, pues, mientras la sustancialidad del *factum* no se altere, no precisa el juzgador hacer uso de lo establecido en los artículos 733 y 788-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Consecuentemente para resolver sobre la identidad o desigualdad de los hechos, basta la concurrencia de tres elementos que permanezcan estables o inmutables tanto en la calificación como en la Sentencia el hecho material básico, el elemento psicológico y la relevancia para la calificación jurídica, todos los cuales aparecen en el supuesto enjuiciado como plenamente coincidentes.

3. La razón del motivo que se interpone, que considera un ataque al principio acusatorio, surge de una indudable confusión que sufre el recurrente, al considerar que se le imputaba la disponibilidad de un depósito o almacenamiento de sustancias o aparatos explosivos, cuando el delito lo integra no sólo el depósito o tenencia de armas o de otros aparatos inflamables incendiarios o asfixiantes o sus componentes, sino además, y eso es lo más importante, también constituye este delito aquel comportamiento del que perteneciendo a una banda terrorista lleva a cabo "la mera colocación o empleo de tales

sustancias o de los medios o artificios adecuados", conducta típica que se le imputa al acusado, conforme al art. 573 C.Penal.

El mismo recurrente en el propio desarrollo del motivo reconoce y acepta que fue objeto de acusación atribuyéndole "su integración en el comando Urederra y entre sus funciones estaba la de preparar material explosivo para la realización de las actividades de ETA.....".

También el recurrente reconoce que como actos de acusación al folio 5 se afirma: "En septiembre de 2004, Arkaitz vuelve a reanudar la actividad terrorista y el 20 de mayo de 2005 prepara junto con otros miembros una acción consistente en la colocación de 10 artefactos explosivos en diferentes carreteras de España los días 29 y 30 de julio, acción que no lleva a cabo, guardando el material que es posteriormente empleado en la comisión de otros atentados...".

A continuación, en el último párrafo del folio 7^o del escrito acusatorio se indica que "Arkaitz ayudó a otra persona a la construcción de un zulo para guardar material de la organización terrorista ETA. El zulo se concreta que es el del barrio Osinaga de Hernani donde se halla el tupper-ware para guardar los explosivos".

Al folio 9 afirma que tenía disponibilidad sobre los explosivos hallados en la bajera de la calle B. de Andoain. Finalmente en el folio 11 también se dice del acusado "guardaba y fabricaba en la bajera de su domicilio, en la Plaza A., explosivo de la organización ETA...".

4. Dicho lo anterior es cierto que en la sentencia no se afirma que tuviera disponibilidad sobre los explosivos hallados en la calle B., ni que los hallados en la Plaza A. o los de la calle C. se tuviera control o disponibilidad o que el tupper-ware del zulo de Hernani contuviera explosivos o que se considere explosivo el azúcar hallado en el garaje de la Plaza A.. Sin embargo la sentencia en sus hechos probados sí establece lo siguiente:

- En el folio 18 y 19 de la misma se nos dice que el acusado "..... tras haber recibido cursillos sobre armas y explosivos, llevó a efecto una serie de acciones entre septiembre de 2005 y febrero de 2006, consistentes en la colocación de artefactos explosivos contra diversos objetivos de la organización....., artefactos que prepara y almacena (junto con Xarla) en la plaza de garaje 4 M de la 2^a planta bajo de la Plaza A. de San Sebastián, la cual le fue cedida por Xarla...".

- También en la pág. 18 y 19 se hace referencia al zulo para almacenar material explosivo y que en la plaza de garaje se le encuentra azúcar, que sin ser explosivo puede ser utilizada para la fabricación de ciertos explosivos (cloratita), denomina-

da por la banda criminal ETA con el término "Kaskabarro".

Para acreditar esos extremos el tribunal acude, además de a la confesión policial del acusado y del coimputado José Ángel debidamente introducidos en el plenario, a estos últimos datos reflejados en el *factum*, como se razona en la fundamentación jurídica de la sentencia (pág. 39). Esta argumentación queda acreditada por prueba indirecta y se desarrolla en la pág. 54 y 55 de la sentencia. Por ejemplo su estancia en la calle B. se prueba por el rastro lofoscópico a él perteneciente hallado en un vaso de esa vivienda.

5. Con todo ello llegamos a la conclusión de que existió una imputación sobre la colocación de artefactos explosivos y su fabricación y ello es afirmado en hechos probados, que a su vez han tenido el correspondiente refrendo probatorio en la fundamentación jurídica. No se trataba de depósito de explosivos en sentido estricto y quizás no merece tal carácter ni el zulo de Hernani ni lo hallado en la calle B. de San Sebastián (aunque se hallan en esta última sistemas electrónicos de iniciación de artefactos explosivos), ni lo habido en la Plaza A. de Hernani (Guipúzcoa), sino que tales datos jugaban en conjunción con la prueba directa de cargo como indicios acreditativos de que la confección y colocación de artefactos explosivos fue una conducta realizada por el recurrente y es por ella por la que se condena.

La racionalidad del proceso deductivo queda fuera de toda duda. No existió infracción del principio acusatorio y existió prueba acreditativa del delito del art. 573 C.P.

El motivo ha de rechazarse.

QUINTO.- El motivo tercero y último, ante la coincidencia del primero y el cuarto con otros del anterior recurrente, lo refiere el acusado a la infracción del art. 573 C.P. por no concurrir los elementos típicos, queja que canaliza a través del art. 852 L.E.Cr., lo que constituye una evidente equivocación, ya que los errores *iuris* deben tener como cauce procesal adecuado el art. 849-1 L.E.Cr.

1. La absolución del acusado debe imponerse porque todo lo hallado en los registros de los lugares sobre los cuales el recurrente poseía el control o podía considerarse titular o usuario son de procedencia legal y en ningún caso cabe calificarlos de las sustancias o aparatos a que se contrae el precepto sustantivo que se aplica.

2. En el motivo anterior ya precisamos los aspectos del *factum* que resultan probados y la susceptibilidad de ser incardinados en el art. 573 C.P. En la fundamentación jurídica se argumenta y razona suficientemente cómo el resultado de la prueba, en la personal y objetiva es-

timación del tribunal, función insustituible, acredita las afirmaciones fácticas, lo que hace que la colocación de aparatos explosivos por el acusado, independientemente que se los facilitasen o las fabricara él, o que tuvieran mayor o menos acceso a determinados depósitos o almacenes que guardaran el material, le hace responsable del delito tipificado en el art. 573 C.P. que en modo alguno resultó infringido, debiendo respetar en este trance casacional el tenor del relato probatorio, al no haber sido atacado por la vía del art. 849-2 L.E.Cr. y existir prueba suficiente (directa e indiciaria) que le sirve de sustento.

El motivo ha de desestimarse.

Recurso de Íñigo.

SEXTO.- Con base procesal en el art. 852 L.E.Cr. y 5-4 LOPJ., en el primer motivo estima infringido el derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.).

1. En su argumentación explica que la sentencia declara probado que el domingo 18 de marzo de 2007, José Ángel y Arkaitz mantienen una cita en el domicilio de Íñigo, al que José Ángel pide expresamente que avise y traiga allí a Arkaitz y tal relato carece de sustento probatorio necesario para darlo por probado.

La única prueba de cargo viene constituida:

a) por la declaración policial del acusado.

b) testimonio del funcionario policial J.-T, instructor del atestado 4/07, coordinador de vigilancias y seguimientos.

Pone en entredicho la validez y eficacia probatoria de la confesión policial del impugnante posteriormente rectificada en sede judicial, al igual que lo han hecho los otros recurrentes. Pero aunque se diera por válida es preciso -según su tesis- llevar a cabo una valoración del alcance probatorio de la misma por parte del órgano jurisdiccional. Es más, a su juicio, la declaración autoinformativa debe comprobarse a través de otros medios probatorios incorporados válidamente al juicio oral. Destaca de forma especial el dato de que el forense y los funcionarios que aseguran la regularidad de la diligencia la refieren sólo al momento de la toma de declaración, cuando las presiones, coacciones y torturas para obligar a declarar en un sentido determinado pudieron producirse antes.

Por último, rechaza el testimonio del jefe o coordinador de las vigilancias y seguimientos, porque no consta el funcionario concreto que aportó el dato al informe, por lo que la declaración del responsable de recibir y controlar la información en el escrito-informe no deja de ser un testimonio de referencia.

2. Sobre la válida introducción en el plenario de la declaración policial efectuada con acomodo a la ley y por ende con todas las garantías, ya tuvimos ocasión de manifestar lo procedente en el recurso examinado en primer término. El argumento añadido de que la espontaneidad y voluntariedad de la declaración la remitan al momento preciso de prestarla, ya es indicativo de que, cuando menos, en el momento trascendente no existieron presiones de ningún tipo.

Tampoco es razonable pensar que de haber existido malos tratos y presiones previamente, el denunciado no las expresara al tiempo de declarar en que el letrado estaría obligado a hacerlo constar en acta o incluso solicitar una medida de "habeas corpus", lo que haría crebles las hipotéticas prácticas coactivas, a la vez que obligaría a la policía judicial, con una imputación semejante, a actuar con un exquisito cuidado con posterioridad a la declaración. Así pues, es irrazonable y carente del menor fundamento la pretensión de acudir a esos supuestos malos tratos utilizados por la policía.

Por otro lado no es admisible que una determinada prueba deba ser objeto de otras pruebas para acreditar su valor o alcance probatorio. Es cierto que la simple declaración autoinformativa no obliga sin más a aceptar a ciegas los términos de la misma, ya que debe ser objeto de valoración judicial, pero por sí misma o en armonía y conjunción con otras, nunca exigiendo pruebas complementarias tendentes a validar esa declaración.

3. En el caso que nos concierne, en el orden probatorio sólo contamos con la declaración autoinformativa del recurrente evacuada ante la policía no ratificada en el sumario ni en el plenario, que se desdijo de sus afirmaciones, porque la prueba de refuerzo que el tribunal de instancia utiliza, cual es, el testimonio del coordinador de las diligencias policiales, agente J.-T, por remisión al informe elaborado, no debe merecer la consideración de prueba eficaz, en el concepto de testifical directa, en que es tenida en cuenta por el tribunal sentenciador.

El testimonio es de referencia, porque en el informe se hace constar que alguno de los agentes que intervinieron en los seguimientos y vigilancias le transmitió ese dato, esto es, la entrada en domingo a una hora determinada a José Ángel y Arkaitz en su casa, pero en cualquier caso el testigo nada presenciado. Cuando de testigos de referencia se trata (art. 710 L.E.Cr.) es necesario precisar el nombre y apellido o las señas con que fuese conocida la persona que le hubiese comunicado la noticia, cosa que en la hipótesis concernida nada se hizo. Sobre tal extremo esta Sala tiene declarado que "sólo será posible utilizar con virtualidad el testimonio de referencia cuando no es

posible la práctica de la prueba testifical directa, salvo caso de prueba sumarial anticipada o de la imposibilidad material de la comparecencia del testigo presencial al juicio oral (véanse, por todas, SS.T.S. 852/2000 de 19 de septiembre, 1035/2001 de 4 de junio y 304/2008 de 5 de junio).

La policía judicial necesariamente debe tener constancia de los miembros del cuerpo que comunican sus observaciones y comprobaciones personales, y el Mº Fiscal, quizás debió exigir este dato, para precisar el testigo que aporta la información incriminatoria. No haciéndolo así, se privó a la defensa de la facultad de contradecir o repreguntar sobre las circunstancias de la visita a casa del acusado observada. En definitiva, tratándose de un testigo de conocimiento o percepción directa del hecho, pudiendo y debiendo conocerse su identidad, no se somete a contradicción, lo que hace que no pueda suplirse por su informe documentado con pretensiones de probar un hecho presenciado de visu y en directo por el testigo de cargo.

4. Dicho lo anterior y excluyendo tal elemento probatorio complementario, se desconoce cuál hubiera sido la decisión del tribunal acerca de la suficiencia o insuficiencia de la prueba de cargo.

El testimonio policial, emitido ante la policía judicial y atraído al plenario, constituye una prueba eficaz, pero endeble e inconsistente. Independientemente de ello, las dudas aumentan cuando se determina la finalidad de la reunión celebrada. Si se dijo en la sentencia que Íñigo es amigo de Arkaitz y también conoce a José Ángel, que ambos un domingo permanezcan un poco más de dos horas en casa de su amigo, sin conocer en absoluto el motivo de la reunión o su contenido, resulta un tanto inseguro afirmar, como lo hace la sentencia, que no cabe otra explicación lógica que calificarla de reunión clandestina o de seguridad, conclusión abierta e insegura, que permite estimar el motivo interpuesto, entendiéndose no suficientemente acreditados los hechos que se le imputan, circunstancia que llevará consigo la absolución de este acusado.

SÉPTIMO.- El segundo y último motivo lo canaliza a través del art. 849-1 L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 576 C.Penal.

El motivo, contenido en tres escuetas líneas, es corolario o consecuencia inmediata del anterior y cuya estimación o desestimación está ligada a aquél.

El acogimiento del primero hace innecesario o anodino el segundo, resultando una obviedad la indebida aplicación del art. 576 C.P., lo que hace que igualmente deba estimarse, por no hallarse debida y suficientemente acreditados los hechos que se le imputan.

Recurso de Garikoitz.

OCTAVO.- En el motivo primero y con sede procesal en el art. 852 L.E.Cr. y 5-4 LOPJ. entiende infringidos los arts. 9-3 y 24-1 de la Constitución y concretamente los principios de legalidad procesal penal y seguridad jurídica, así como el de tutela judicial efectiva.

1. La protesta la condensa en los siguientes términos: “La sentencia condena al recurrente por unos hechos que no fueron incluidos en la orden de detención europea cuya ejecución consintió el Tribunal de apelación de Pau en resolución de 26 de febrero de 2008, por lo que se vulnera el principio de especialidad expresamente recogido en la Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega”.

El apartado c) de la orden española en su día expedida en lo referente al concepto “infracción” se describe y reproduce literalmente el contenido del hecho segundo del auto de procesamiento, dedicado exclusivamente al supuesto alojamiento de José Ángel y Leire en el año 2005 en su domicilio de Hernani y la posterior ayuda para huir a Francia y cruzar la frontera, haciendo funciones de lanzadera, tareas en las que habría actuado en compañía de su primo Eneko.

Ninguna referencia figura en el detalle de la infracción por la que se emite la orden europea de extradición acerca de la supuesta colaboración realizada mediante la obtención de informaciones sobre las empresas “Ventanas San Miguel” y un estanco de Hendaya, que es por lo que finalmente se dicta sentencia condenatoria. Argumenta el recurrente que elementales razones de seguridad jurídica llevan a afirmar que el Estado requerido carece por completo de la potestad de enjuiciar toda suerte de hechos de “nueva noticia” que no hubieran sido debidamente autorizados en un momento anterior por el Estado de ejecución.

El principio de especialidad se encuentra recogido en el art. 27.2 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 reguladora de la orden de detención europea y en su correlativo art. 24.3 de la Ley 3/2003 de 14 de marzo. Ambos preceptos establecen la imposibilidad de juzgar “por toda infracción cometida antes de la entrega de una persona y que sea distinta de la que motivó dicha entrega”.

Es decir, el principio de especialidad comporta -según el recurrente- que la Orden europea quedará vinculada por el contenido de la resolución judicial de emisión, de tal suerte que su ejecución solo operará, como es lógico, en su dimensión subjetiva, respecto de la persona reclamada en dicha instancia y, en su vertiente objetiva, respecto de los hechos delictivos por los cuales se ha solicitado su entrega.

Atendiendo a lo expresado, de la acusación contra Garikoitz, debió de quedar excluida la relativa a la realización de informaciones para ETA que se incorpora en los escritos de conclusiones provisionales de las acusaciones, posteriormente elevados a definitivos, quedando constreñido el enjuiciamiento a los hechos contenidos en el auto de procesamiento de 22 de octubre de 2007, que son los reseñados como “infracción” en la Orden europea.

2. La Audiencia Nacional invocando la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008, recoge la afirmación contenida en el párrafo 56 que nos dice: “exigir el consentimiento del Estado miembro de ejecución para todo cambio en la descripción de los hechos iría más allá del principio de especialidad y sería contrario al objetivo perseguido consistente en acelerar y simplificar la cooperación judicial entre los estados miembros prevista en la Decisión marco”.

El recurrente estima que la Audiencia interpretó el significado de “infracción” como calificación jurídica, cuando realmente se le juzga por hechos diferentes. Sin embargo, en este extremo hemos de recordar la legislación nacional vigente al objeto de concretar el grado de determinación que han de tener los hechos que integran el objeto de la infracción en base a la cual se expide la orden de entrega.

La Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, establece en su artículo 9.1: “Cuando la orden europea hubiera sido emitida por un delito que, tal como se define en el derecho del Estado de emisión, pertenezca a una de las categorías de delitos que a continuación se relacionan, y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos:

- pertenencia a organización delictiva.
- terrorismo.
- etc. etc.

Por su parte el art. 5 sobre este particular exige en su núm. 2: que se trate de delitos para los que se prevea una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea al menos de 3 años y sea susceptible de integrarse en alguna de las categorías previstas en el art. 9.1.

A su vez, el artículo 3 señala en cuanto al contenido de la orden de detención europea: “la orden europea contendrá, en una de las lenguas

oficiales del Estado miembro de ejecución o en cualquier otra lengua aceptada por éste, la información siguiente, establecida de conformidad con el formulario que figura en el anexo:

a) la identidad y nacionalidad de la persona reclamada.

b) el nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial de emisión.

c) la indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en el ámbito de aplicación de los arts. 5 y 9 de la presente ley.

d) la naturaleza y tipificación legal del delito, en particular con respecto a los arts. 5 y 9 de la presente ley.

e) una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada.

f) la pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de penas que establece la legislación para ese delito.

g) si es posible, otras consecuencias del delito”.

3. El Ministerio Fiscal parece no haber entendido adecuadamente la protesta formulada, ya que no es el principio acusatorio el que se entiende vulnerado por el hecho de haber solicitado la extradición y haber sido acusado por delito de pertenencia a banda armada, subsiguientemente una condena por colaboración con banda armada. El problema suscitado, base del motivo no es éste, sino que solicitada la orden de entrega por un delito de “terrorismo” (la colaboración con banda armada es terrorismo) los hechos que se esgrimen como constitutivos de ese delito terrorista son los de albergar en la casa propia a miembros de la banda y luego facilitar el paso a Francia y ahora se acusa y condena por facilitar a la banda armada información terrorista diversa e inequívocamente dirigida a provocar atentados.

Sin embargo, según los preceptos que acabamos de reseñar en el epígrafe anterior no es relevante en el contenido de la orden de detención un relato preciso y estricto de los hechos imputados al sujeto, ya que éstos pueden, dependiendo de las pruebas practicadas, modificarse dentro de unos límites.

El art. 3 de la Ley nos habla de “naturaleza y tipificación legal” del delito y una descripción de las circunstancias en que se cometió (lógicamente se refiere a las contextuales y no a los hechos integrantes de la infracción) tales como momento, lu-

gar y grado de participación del autor, tratando lógicamente de evitar un cambio de hechos o hechos “de nueva noticia” o “nuevo conocimiento”.

Mas, en nuestro caso, los hechos no son distintos, ya que se hace referencia a la colaboración prestada a organizaciones terroristas, en las que sería indiferente, como prevé el art. 576 C.P., que se oculte y facilite la huída a sus miembros o que se recopile y transmita información a la banda terrorista de objetivos para cometer atentados. En todo caso se está refiriendo la imputación o calificación de la causa a esa conducta, constreñida a ese lugar y a esa fecha, lo que evita cualquier fraude, o en otras palabras, se puede paladinamente afirmar que de haber incluido los hechos por los que se acusó y condenó en la orden de entrega, la entrega se habría producido igualmente.

Los hechos que inicialmente se atribuyen a una persona, sin cambiar de precepto punitivo y por ende de delito, pueden ser objeto de alteraciones en los escritos calificatorios provisionales, después en los definitivos y finalmente incluso en la sentencia, si no se altera el núcleo fáctico, el precepto por el que se acusa y condena es homogéneo y aquél por el que resulta condenado se halla castigado con pena igual o menor.

No obstante dados los términos de la impugnación hemos de distinguir dos planos: infracción del principio de especialidad, que no tuvo consecuencias, en cuanto resulta excluido cualquier fraude de ley y el principio acusatorio, según el cual ya dentro de la causa con antelación suficiente se imputan unos hechos en calificación provisional, se mantienen en la definitiva y la sentencia condena por ellos.

El principio de especialidad no se resiente por el hecho de que la petición se refiera al acogimiento en la casa del recurrente de miembros de la banda terrorista ETA, ya que existía un indicio de prueba, en tanto José Ángel así lo manifiesta, prueba incriminatoria que resultó insuficiente para el tribunal de instancia, pero además dentro de la casa en las mismas fechas en que albergó a los terroristas fueron hallados una serie de informes destinados a ETA sobre objetivos de la banda para atentar contra ellos (véase pág. 43 de la sentencia). Sobre este punto sí existió prueba plena y suficiente, y tanto da una actividad como otra para integrar un delito de terrorismo del art. 576 C.P. (colaboración con banda armada).

El término “infracción” a que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo no debe entenderse en el sentido de descripción cerrada y acabada de unos hechos, sino conducta general susceptible de tipificarse en un precepto punitivo.

Por todo lo expuesto el motivo debe decaer.

NOVENO.- En el motivo segundo, con igual cauce casacional (art. 852 L.E.Cr. y 5-4 LOPJ.), denuncia infracción del art. 24-2 C.E. que contempla el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

1. El impugnante estima que los documentos incautados en su casa son insuficientes para alcanzar tal convicción probatoria. A continuación invoca y desarrolla las condiciones que debe reunir la prueba indiciaria para alcanzar efectos probatorios, mencionando los criterios sustentados por esta Sala respecto a la misma, en particular la exigencia de explicitar la concatenación entre indicios o premisa y la consecuencia o conclusión a la que se llega, proceso lógico que exigiría un plan de motivación.

2. El tribunal de instancia ha expresado de forma sustancial la valoración que le merece el presupuesto fáctico del que parte. Es cierto que se reputó insuficiente el testimonio del coimputado José Ángel para acreditar el hecho de que fuera acogido y ocultado en su casa para facilitar la huida a Francia, pero entendió que la colaboración con banda armada surgía con la aportación de informaciones sobre objetivos terroristas con destino a la banda (ETA).

La sentencia nos dice: "Según consta en el acta de registro practicado el 2 de abril de 2007 por el Secretario del Juzgado de instrucción num. 4 de San Sebastián en el domicilio de Garikoitz, Plaza G., 14, 1º C. de Hernani (folio 2774), domicilio que como tal reconoce este acusado expresamente en el juicio oral, afirmando que lo ocupaba desde el año 2002, primero solo y luego -desde enero de 2007- junto a su primo Eneko, se intervienen tres papeles manuscritos con nombres y teléfonos, otro manuscrito con datos de "Juan Manuel Tellechea de Behobia y papel mecanografiado también referido a Juan Manuel", manuscritos que el procesado reconoció en el plenario como por él elaborados si bien manifestando a preguntas de su defensa que se trataba de listados de empresas para buscar colocación. Según el informe pericial que sobre tales documentos elaboraron los agentes del Grupo de Información de la Guardia Civil, I.-W y D.-J, quienes lo ratifican en el plenario (informe de fecha 11.8.2008 obrante al folio 5468 y siguientes), los tres primeros manuscritos se refieren al listado de sedes de la empresa Ventanas San Miguel, sociedad que el 12 de diciembre de 2004 fue objeto de un atentado en su sede de Usurbil, al propietario de la entidad, a su esposa y su cuñado con determinación de sus domicilios, estando referido el otro manuscrito y el documento mecanografiado a un estanco de Behobia y a una agencia de aduanas de la misma localidad propiedad de D. Juan Manuel, cuya di-

rección coincide con un mapa también encontrado en el registro domiciliario".

3. Referidas argumentaciones suponen un cúmulo de datos básicos, plenamente probados que abocan a la ineludible conclusión de su colaboración con la banda terrorista. Se contó:

a) Con su propio testimonio en el plenario que reconoce que los documentos se encontraban en su casa y estaban hechos por él, es decir, le pertenecían.

b) Asimismo dijo que tenía por objeto buscar trabajo, por empresas, lo que es un absurdo porque prácticamente todos los datos se refieren a las empresas de la misma persona. Y en la búsqueda de trabajo no se comprende cómo se acumulan datos de la esposa y cuñado del dueño de la empresa.

c) Las distintas direcciones telefónicas se reducen todas a la misma persona, Sr. Juan Manuel, que en 2004 había sufrido un atentado, todo ello merced al testimonio de dos agentes que analizan los documentos incautados y las ratificaron en el plenario.

d) Si en el dictamen pericial se explica que tales documentos contienen información referente a ese propietario concreto y por el formato y contenido responden a una operativa de los informadores de la banda, es una circunstancia que también puede ser tenida en consideración por el tribunal.

En conclusión, por mucho que el recurrente califique la inferencia de abierta, esta Sala no puede sustituir tal valoración por la suya propia al carecer de intermediación. En cualquier caso la estructura lógico-formal de la misma es correcta, aunque teóricamente quepan otras interpretaciones, la opción del tribunal es la más razonable y sensata. El derecho presuntivo no se ha infringido porque existió prueba legítima debidamente introducida en el proceso y razonablemente ponderada por el tribunal.

El motivo, por tanto, ha de rechazarse.

DÉCIMO.- El tercero y último motivo, que no se desarrolla, se asienta en el art. 849-1 L.E.Cr. por indebida aplicación del art. 576 C.P.

Lógicamente está condicionado a la estimación del motivo anterior, pues de haber considerado que no existió prueba suficiente o que la existente se obtuvo con vulneración de derechos fundamentales o no se atrajo con regularidad al juicio oral o no se dio oportunidad de contradecirla o se valoró con criterios absurdos o arbitrarios, la consecuencia lógica sería la estimación del motivo.

Resultando inalterado el factum, el relato probatorio apoyado en el sen-

tido o significado de la prueba según la fundamentación jurídica, determina la automática subsunción de la conducta enjuiciada en el art. 576 C.Penal.

El motivo ha de rechazarse.

UNDÉCIMO.- La desestimación de los recursos formalizados por Juan Carlos, Arkaitz y Garikoitz determina la expresa imposición de costas a los mismos, declarándolas de oficio respecto al recurrente Íñigo, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 L.E.Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del procesado Íñigo, por estimación de los dos motivos alegados por el mismo y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, con fecha dieciséis de julio de dos mil nueve en esos particulares aspectos y con declaración de oficio de las costas ocasionadas en su recurso.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones de los procesados Juan Carlos, Arkaitz y Garikoitz, contra la sentencia anteriormente mencionada, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, con fecha dieciséis de julio de dos mil nueve, en causa seguida a los mismos por delitos de pertenencia a organización terrorista y otros delitos y con expresa imposición a dichos recurrentes de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

SEGUNDA SENTENCIA

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

En el Sumario instruido por el Juzgado Central de instrucción núm. 2 con el número 27/2007 y fallado posteriormente por la Sala de lo Penal, Sección Tercera, de la Audiencia Nacional, contra los procesados José Ángel, alias "Jaxinto" y "Mikel" con DNI. núm..344, nacido en Pamplona (Navarra) el 13 de septiembre de 1971, hijo de Ángel y

Modesta, con domicilio en Berriozar (Navarra) calle A. núm. 4-1º A., con antecedentes penales y solvente; Juan Carlos, alias "Balsero", con DNI núm..584, nacido en San Sebastián (Guipúzcoa) el 4 de noviembre de 1969, hijo de Jesús y Mª del Carmen, con domicilio en calle U. núm. 2-1º iqda. de San Sebastián, sin antecedentes penales, insolvente; Arkaitz, alias "Ana" y "Esmi" con DNI núm..900, nacido el 9 de noviembre de 1976 en San Sebastián (Guipúzcoa), hijo de Felipe y Mª Genovena, con domicilio en San Sebastián calle V. núm. 2-2º C, con antecedentes penales, solvente parcial; Sergio, alias "Kurtz" y "Txino", DNI núm..978, nacido en San Sebastián (Guipúzcoa) el 27 de abril de 1974, hijo de Santiago y Ana María, con domicilio en San Sebastián calle U., 42, solvente y con antecedentes penales; Urtzi, DNI núm..763, nacido en San Sebastián (Guipúzcoa) el 12 de septiembre de 1979, hijo de Juan Carlos y Elisa, vecino de Hernani (Guipúzcoa) calle M. núm. 36-1º, con antecedentes penales y de no acreditada solvencia; Garikoitz, DNI núm. 44.158.420, nacido en San Sebastián (Guipúzcoa) el 14 de abril de 1976, hijo de Gregorio y de Aránzazu, vecino de Hernani (Guipúzcoa) Plaza G. núm. 14-1º C., sin antecedentes penales y solvente parcial; Íñigo, alias "Íñiguito", DNI núm..108, nacido en San Sebastián (Guipúzcoa) el 27 de agosto de 1973, hijo de Fernando y Mª Concepción, con domicilio en San Sebastián calle D., 5-2º iqda. con antecedentes penales y solvente; Unai, con DNI núm..429, nacido en Anzuola (Guipúzcoa) el 1 de marzo de 1973, hijo de Benigno y Mª Pilar, con domicilio en la capital de su naturaleza calle G., 10-1º B. con antecedentes penales y solvente parcial; Joseba, alias "Ikart", DNI núm..082, nacido en Pamplona (Navarra) el 10 de marzo de 1971, hijo de Martín e Ignacia, con domicilio en calle M., 20-1º D. de Pamplona, sin antecedentes y solvente; Eneko, con DNI núm..574, nacido en San Sebastián (Guipúzcoa) el 21 de octubre de 1981, hijo de Mikel y Ana, vecino de Hernani (Guipúzcoa) calle S., 40, sin antecedentes penales e insolvente; Lorea, con DNI núm..848, nacida en Hugarte Arakil (Navarra) el 29 de agosto de 1979, hija de Javier Ignacio y Mª Dolores, con domicilio en el lugar de su naturaleza calle I. s/n, sin antecedentes penales y solvente parcial e Itziar, con DNI núm..149, nacida en San Sebastián (Guipúzcoa) el 8 de julio de 1976, hija de José Antonio y Victoria, con domicilio en Arala (Álava) calle S. núm. 13-1º iqda, sin antecedentes penales y solvente; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Nacional, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por re-
producidos los que se contienen en
la sentencia revocada y anulada dic-
tada por la Sección Tercera, Sala de
lo Penal de la Audiencia Nacional
con fecha dieciséis de julio de dos
mil nueve, incluso su relato de he-
chos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la menciona-
da sentencia de instancia, salvo en
aquellos que contradigan los argu-
mentos de este Tribunal, en los con-
cretos extremos relacionados con los
motivos que se estiman.

SEGUNDO.- Por las razones ex-
puestas en la sentencia rescindente pro-
cede decretar la absolución de Íñigo,
con todas las consecuencias favorables,
declarando de oficio las costas que le
fueron impuestas en la instancia.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos absolver
y absolvemos al procesado Íñigo

del delito de colaboración con ban-
da armada por el que era acusado,
con todas las consecuencias favo-
rables, declarando de oficio las
costas de la instancia. Alcense
cuantas trabas y embargos hubie-
ran podido constituirse contra di-
cho acusado.

En todo lo demás se mantienen ín-
tegros los pronunciamientos conteni-
dos en la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que
se publicará en la Colección Legisla-
tiva, lo pronunciamos, mandamos y
firmamos. Adolfo Prego de Oliver y
Tolivar.- José Ramón Soriano Soria-
no.- Juan Ramón Berdugo Gómez de
la Torre.- Luciano Varela Castro.-
Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leídas y publica-
das han sido las anteriores senten-
cias por el Magistrado Ponente
Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano
Soriano, mientras se celebraba au-
diencia pública en el día de su fe-
cha la Sala Segunda del Tribunal
Supremo, de lo que como Secreta-
rio certifico.

cede que de los cuatro supuestos ele-
gidos por el tribunal calificador, tres
los consideraron ajenos a dicha prác-
tica profesional, aunque pudieran co-
rresponderse con la de los notarios,
pues versaban, en términos genera-
les, sobre la partición de una heren-
cia, sobre una compraventa y arren-
damiento y sobre el apoderamiento
de un menor para donar un inmueble
o constituir una sociedad limitada,
respectivamente. Además, no se es-
tablishieron los criterios de califica-
ción que se seguirían para evaluarlos
y el tribunal calificador puntuó este
ejercicio de forma apresurada y arbi-
traria, pues lo hizo en tres horas y
cuarenta y cinco minutos, y siguió
un método diferente al observado en
los tres ejercicios previos: en vez de
obtener la media excluyendo las
puntuaciones más alta y más baja,
calificó por unanimidad y en núme-
ros redondos, es decir, sin fracciones
de cuarto de punto, como hizo en los
ejercicios anteriores. Y no se moti-
varon las puntuaciones asignadas.

De este modo, sostenían, no sólo
se incumplieron las normas que re-
gulan las oposiciones sino que el tri-
bunal calificador incurrió en arbitra-
riedad y en desviación de poder.

SEGUNDO.- La sentencia de la
Sala de Madrid desestimó el recurso
contencioso-administrativo en el que
los actores habían cuestionado tam-
bién la resolución de su recurso de
alzada por la dudosa independencia
de los informes recabados de miem-
bros del tribunal calificador. Los ar-
gumentos que utilizó para fallar de
ese modo pueden resumirse en los
términos que vamos a exponer.

Tras recordar que las bases de la
convocatoria son la ley de la oposi-
ción y vinculan a quienes participan
en ella y a la Administración, evocó
la doctrina de la discrecionalidad
técnica de los órganos llamados a
evaluar las pruebas selectivas que
impide tanto a la Administración
como a los Tribunales de Justicia su-
plir o modificar su actividad y la pre-
sunción de certeza de la que disfru-
tan sus decisiones. Acto seguido dijo
que su examen debía limitarse a de-
terminar si el proceder del tribunal
calificador se ajustó a las normas
aplicables según las bases de la con-
vocatoria y que de las actuaciones y
del expediente no se desprendía dato
alguno que permitiera afirmar que el
criterio adoptado por aquél no se
aplicara de forma objetiva y general
a todos los participantes en la oposi-
ción de entre los cuales, subraya, una
parte la aprobó figurando en ella al-
gunos que superaron los tres prime-
ros ejercicios con notas inferiores a
las de los recurrentes y que, por eso,
podría pensarse que estaban menos
preparados que ellos.

A propósito de los tres supuestos
prácticos controvertidos la sentencia
rechaza la pretensión de la demanda
de trasladar el debate sobre su co-
rrección del campo de la discrecio-
nalidad técnica al de los elementos

reglados para así justificar su enju-
iciamiento. Explica que la jurisperu-
dencia veda esa posibilidad pues lo
cuestionado se sitúa en el marco de
la discrecionalidad técnica que asiste
al tribunal calificador y que no cabe
desconocer la presunción de certeza
de sus actos de esta naturaleza apro-
vechando el conocimiento directo
que los Tribunales de Justicia tienen
de las cuestiones que pudieran susci-
tarse en este caso. No es procedente,
dice, porque supondría adoptar un
criterio distinto del seguido por el
tribunal calificador para realizar sus
valoraciones e implicaría una altera-
ción del utilizado para los restantes
aspirantes. Si se tiene en cuenta, por
otro lado, que la ciencia jurídica no
es una ciencia exacta que ofrezca so-
luciones unívocas y permanentes, es
preciso concluir, dice la sentencia,
que el control de esta discrecionalidad
solamente podrá efectuarse en
aquellos casos en que sea patente y
manifiesto el error interpretativo co-
metido, pero no cuando sean necesari-
os complejos razonamientos para
establecerlo pues, entonces, haría
falta el auxilio de especialistas exter-
nos, con lo que no habría diferencia
con los supuestos que versan sobre
asuntos no jurídicos.

Desde estos presupuestos, la Sala
de Madrid observa que los tres casos
prácticos discutidos del cuarto ejer-
cicio se corresponden con temas in-
cluidos en el programa de las oposi-
ciones inserto en el anexo de la
Instrucción citada y que la sentencia
de esta Sala Tercera de 7 de diciem-
bre de 2001 encontró conforme a la
convocatoria que en el primer ejer-
cicio de unas oposiciones a corredores
de comercio se eligiera como uno de
los dos temas opcionales a desarrol-
lar el de "La política monetaria es-
pañola y el Sistema Monetario Euro-
peo. Efectos sobre las principales
variables".

A partir de los elementos señala-
dos, la sentencia desestima la alega-
ción pues tiene por razonable la op-
ción de tribunal calificador y porque,
de lo contrario, dice, desdibujaría el
criterio general que se siguió con to-
dos los opositores, con la consi-
guiente afectación de la igualdad con
que todos deben ser tratados. Ade-
más, no aprecia indicios de desvia-
ción de poder ni de error palmario.

Tampoco considera que por el mé-
todo y el ritmo de la corrección del
cuarto ejercicio deba concluirse que
el tribunal calificador actuó arbitra-
riamente ya que el expediente no su-
ministra fundamento para ello pues
el tribunal calificador empleó para
valorar el cuarto ejercicio de cada
opositor el tiempo que juzgó necesari-
o y siguió el método que estimó
más idóneo. Afirmar su arbitrarie-
dad, añade, porque el tiempo dedica-
do haya sido escaso o porque se re-
solvió por unanimidad es puramente
argumentativo. Una res-
puesta rápida, observa la sentencia,
no equivale a respuesta apresurada.
Y la unanimidad o la utilización de



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/62110

TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 29 marzo 2010. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Arbitrariedad del Tribunal calificador

Ingreso en el Cuerpo de Corredores de Comercio

Declara el TS que no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra STSJ Madrid que desestimó el recurso contencioso-administrativo que interpusieron contra la resolución del Ministro de Economía que confirmó en alzada el acuerdo, dictado por el tribunal calificador de las oposiciones para el ingreso en el Cuerpo de Corredores de Comercio. Indica la Sala que ninguno de los soportes sobre los que pretenden los recurrentes fundamentar la tacha de arbitrariedad que hacen al tribunal calificador, y el reproche que dirigen contra la sentencia puede ser acogido, ni la naturaleza de los supuestos, ni el tiempo dedicado a su calificación, ni el método seguido para realizarla y expresarla.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia cuya
casación pretenden los recurrentes
desestimó el recurso contencioso-
administrativo que interpusieron
contra la resolución del Ministro de
Economía de 27 de diciembre de
2002 que confirmó en alzada el
acuerdo de 12 de julio de 2000, dic-
tado por el tribunal calificador de las
oposiciones para el ingreso en el
Cuerpo de Corredores de Comercio,
convocadas por Orden de 11 de sep-
tiembre de 2000, en el que se rela-
cionaban los opositores que no su-

peraron el cuarto ejercicio, entre los
que se encontraban ellos.

Las razones por las que impugna-
ron su exclusión eran, en esencia, las
que, seguidamente, resumimos. Se-
gún la Orden de 28 de mayo de 1998
que aprobó la Instrucción por la que
se regulan las oposiciones libres para
el ingreso en el citado Cuerpo, el
cuarto ejercicio consistiría en la re-
solución de uno o más supuestos ju-
rídicos de práctica profesional. Esa
práctica debería ser para los recu-
rrentes, la de los corredores de co-
mercio y no la de los notarios. Y su-

números redondos sin fracciones de cuarto de punto no significan que no hubiera criterios de corrección. Finalmente, sobre la desviación de poder, concluye la sentencia que los hechos aducidos no ponen de manifiesto que el tribunal calificador persiguiera un fin distinto del de calificar los ejercicios de los opositores.

TERCERO.- Veamos los motivos de casación que los recurrentes dirigen contra esta sentencia.

1º) El primero se acoge al apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y la tacha de incongruente por omisión pues, a su entender, no resuelve la principal cuestión planteada en el proceso: la de si los supuestos planteados en el cuarto ejercicio eran o no propios de la práctica profesional de los corredores de comercio. De este modo, habría infringido el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Explica el motivo que no estaba en discusión la discrecionalidad técnica del tribunal calificador sobre la que se extiende la sentencia sino la conformidad del contenido de ese ejercicio con las normas que regían la convocatoria y sostiene que la sentencia no dedica a este extremo ni una sola línea ni a las razones con las que la demanda combatía las justificaciones ofrecidas por el Ministro de Economía en la resolución que desestimó el recurso de alzada.

2º) Ya bajo la invocación del apartado d) de ese artículo 88.1 al que se acogen éste y los restantes motivos, el escrito de interposición afirma, en segundo lugar, que la sentencia ha vulnerado las bases de la convocatoria efectuada por la Orden de 11 de septiembre de 2000 y la jurisprudencia que invoca. En su desarrollo se centra en que, al entender de los recurrentes, tres de los cuatro supuestos del cuarto ejercicio eran impropios de la práctica profesional de los corredores de comercio, con lo que el tribunal calificador desconoció lo previsto en el artículo 6.3 de la Instrucción de 28 de mayo de 1998.

Exponen al respecto que, antes de su unificación con los notarios, el cometido de los corredores de comercio consistía en ser fedatarios públicos con competencia restringida al ámbito mercantil y que su forma de documentación era la póliza intervenida. En cambio, el notario era el fedatario público de ámbito general y su forma de documentación propia y exclusiva la escritura pública. Recuerdan cuanto disponen sobre los primeros los artículos 93 del Código de Comercio y 1 del Reglamento de los Corredores de Comercio. De todo ello deducen que su práctica profesional se circunscribía a los actos mercantiles cuya validez no estaba condicionada a su formalización en escritura pública y que, por ello, estos tres supuestos elegidos por el tribunal calificador quedan fuera de la misma porque la mayor parte de las cuestiones que

plantean versan sobre materias no mercantiles.

En efecto, prosigue el motivo, el segundo supuesto trata de la solicitud de asesoramiento al notario sobre quiénes son las personas con derecho a la herencia, la causa de ese derecho, el modo de repartir la herencia, los requisitos a cumplimentar para formalizar la partición, los actos a realizar y la adjudicación de los bienes, créditos y derechos que puedan surgir. Por su parte, el tercer supuesto consistía en la pregunta al notario sobre si podía haber algún problema para que el apoderado llevara a término el encargo que se le encomendó y, caso de haberlo, en qué consistiría.

Además, comprendía la solicitud de informe sobre la posibilidad de revocar en testamento la dispensa de colación realizada en donación, caso de cambiar de voluntad. Y el cuarto supuesto práctico versaba sobre una solicitud de asesoramiento sobre la impugnación de una escritura de transmisión de inmuebles y sobre si la inmatriculación convertía la adquisición en inatacable así como sobre los posibles derechos a la subsistencia de arrendamiento y de adquisición preferente.

Tras insistir en que la sentencia no analiza en ningún momento si estos casos son supuestos jurídicos de práctica profesional de los corredores de comercio, subraya que la inclusión en el programa de las oposiciones de temas relacionados con los problemas mencionados, único extremo al que se refiere la sentencia, no significa que se cumpla la exigencia de las bases y de las normas reguladoras de la oposición porque en el programa también hay temas de Derecho Fiscal y Derecho Procesal y eso no autoriza a que, como supuestos de la práctica profesional de los corredores, se exigiera a los opositores que liquidaran el Impuesto de Sociedades o redactaran una demanda. En definitiva, no había consonancia con las normas de la convocatoria y, con cita de la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 2001, concluye el escrito de interposición, esta vulneración debió comportar la nulidad del ejercicio.

Añade, todavía, que en las oposiciones precedentes los supuestos de práctica profesional fueron plenamente coherentes con las funciones profesionales de los corredores de comercio y eso a pesar de que en el momento de realizarse el cuarto ejercicio ya se había producido su efectiva integración con los notarios. Y también apunta que la actuación del tribunal calificador fue incongruente con su propio proceder, ya que cuando en los ejercicios precedentes consideró necesario adaptar el temario a la situación vigente, así lo notificó. Por último, niega que la unificación de cuerpos posterior a la aprobación de la Instrucción de 28 de mayo de 1998 implique su modificación en el punto controvertido.

3º) El tercer motivo sostiene que la sentencia ha infringido las bases de la convocatoria, el epígrafe 7.3 de la norma séptima de la Instrucción citada, relativa a la valoración de los ejercicios para el que la puntuación de cada aspirante será la media aritmética de las calificaciones de todos los miembros del tribunal con la exclusión de las máxima y mínima.

Observa que la resolución que desestimó el recurso de alzada confirmó que no se observó ese método por buscarse la unanimidad y apunta que es imposible que los siete miembros del tribunal logren la unanimidad para calificar cincuenta y siete ejercicios en menos de cuatro minutos por ejercicio. Asimismo, antes de reiterar que se incumplieron las bases en este punto, pone de relieve que, al imponer la forma de evaluación que el tribunal calificador no respetó, la Instrucción pretende asegurar que la nota sea fruto de la valoración de todos y cada uno de los miembros del tribunal e impedir personalismos que arrastren al resto.

4º) El último motivo de casación mantiene que la sentencia ha infringido las bases de la convocatoria, el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la jurisprudencia que cita. El escrito de interposición sostiene aquí que la corrección del cuarto ejercicio estuvo presidida por notables anomalías determinantes de la arbitrariedad en que incurrió el tribunal calificador: la forma de puntuar, la rapidez con que procedió y la ausencia de un documento que justifique las calificaciones u ofrezca las bases o criterios con los que se asignaron. Frente a ello, la aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores debió llevar a la Sala de Madrid a comprobar si fue razonable la actuación del que actuó en estas oposiciones.

CUARTO.- En su escrito de oposición el Abogado del Estado propugna la desestimación de este recurso.

En efecto, rechaza que la sentencia padezca la incongruencia que le achacan los recurrentes y la mejor prueba de ello, nos dice, la ofrecen los párrafos que dedica, en el fundamento tercero, a la alegación de la demanda sobre el incumplimiento de las bases y de la Instrucción de 1998 porque, a su entender, tres de los cuatro supuestos del cuarto ejercicio no eran propios de la práctica profesional de los corredores de comercio.

Sobre el segundo motivo de casación dice que basta la fundamentación de la sentencia recurrida para rechazarlo: la elección de los supuestos por el tribunal calificador es una materia reservada a su discrecionalidad

técnica que no puede ser revisada ni sustituida en sede judicial.

Del tercer motivo dice que debe rechazarse porque se llegó con el proceder utilizado al mismo resultado que se alcanzaría de haber buscado la media aritmética que pide la Instrucción. La voluntad del tribunal calificador, apunta, está plenamente configurada y sugiere que "muy probablemente (...) aplicó el método de asignar cada miembro una puntuación a cada uno de los opositores, y excluidas las puntuaciones máxima y mínima, obtener la media aritmética que es la calificación final, si bien, como son cálculos aritméticos que normalmente hace el Secretario del Tribunal en hoja aparte al Acta de la sesión, no figura en el expediente administrativo. En cualquier caso, no concurre la vulneración denunciada".

Al cuarto motivo opone la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2004 (recurso 572/2001), para la que

"Las valoraciones precedentes explican que las normas reguladoras de la actuación de los órganos calificadores sólo exijan a estos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico y que tal puntuación sea bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica, por lo que el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el que no la haya acompañado de una explicación o motivación complementaria la exclusión del actor del tercer ejercicio de la oposición, al entender el Tribunal que resultaba insuficiente el dictamen emitido, pues del artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificado por Ley 4/99) no se deriva otra cosa diferente de lo antes expresado.

Tal precepto, en cuanto a la motivación de los actos de los procesos selectivos, remite expresamente a "lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias", lo que supone que la validez de la actuación de los tribunales calificadores habrá de ser medida según lo establecido en dichas normas y en el caso enjuiciado, las normas reguladoras de la actuación del Tribunal Calificador, constituidas por las bases de la convocatoria, no le exigían una expresa motivación de sus calificaciones, por lo que la sola expresión de las puntuaciones era suficiente para tenerlas formalmente por válidas y por tanto, no es de apreciar en la actuación del Tribunal Calificador una falta de motivación con entidad invalidante".

A lo que añade que las alegaciones de los recurrentes sobre aspectos ac-

cesorios o colaterales de la calificación del cuarto ejercicio, no tienen entidad jurídica para desvirtuar el juicio técnico del tribunal calificador.

QUINTO.- La sentencia no es incongruente.

En contra de lo que mantiene el primero de los motivos de casación, da respuesta a la cuestión principal suscitada en el proceso: la de si los tres supuestos discutidos del cuarto ejercicio se corresponden con la práctica profesional de los corredores de comercio. Es verdad que antes de pronunciarse se extiende sobre el ámbito de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores y sobre el alcance del control judicial que sobre ella cabe ejercer y que desde esa exposición efectúa un pronunciamiento muy matizado. No obstante, es suficientemente claro sobre lo fundamental.

A saber: que no era irrazonable ni claramente erróneo presentar como supuestos de práctica profesional los tres polémicos, pues las cuestiones jurídicas que afrontan forman parte del temario de la oposición y la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 2001 (casación 3946/1995) aceptó como adecuado a la convocatoria de oposiciones al Cuerpo de Corredores de Comercio un tema sobre "La política monetaria española y el Sistema Monetario Europeo". Además, explica que, de aceptar la alegación de los actores, se desdibujaría el criterio general que siguió el tribunal calificador.

Todas estas razones conducen a la desestimación del reproche que la demanda hace a los tres casos prácticos de referencia. Y nos parecen suficientes para excluir el vicio de incongruencia que se imputa a la sentencia. Ciertamente, el Ministro de Economía, al desestimar el recurso de alzada fue más allá y apuntó que forma parte del quehacer habitual de los corredores de comercio enfrentarse a supuestos similares a los que se utilizaron en el ejercicio, por lo que deben estar preparados para ello y que la formulación del supuesto como una consulta a un notario no alteraba esa circunstancia. Así, decía, sucede con la transmisión de acciones o participaciones adquiridas por título sucesorio o con el régimen económico conyugal y sus posibles variaciones.

O con las incidencias que puedan surgir en las comparecencias de los menores de edad. Otro tanto sucede —continuaba— con la constitución de sociedades limitadas en las que intervengan y con los poderes en que quieran delegar facultades. Y con la calificación de la representación voluntaria, legal o mercantil orgánica. En fin, proseguía, sucede lo mismo con los arrendamientos urbanos que, frecuentemente, recaen sobre establecimientos mercantiles o con la operativa mercantil relativa a deno-

minaciones sociales, venta de inmuebles, nombramientos y facultades de administradores y con los supuestos de embargo o de créditos hipotecarios.

Precisamente, por tener como fondo estas referencias explícitas, consideramos que las conclusiones de la sentencia tienen más sentido que el derivado únicamente de su tenor.

SEXTO.- Sobre la idoneidad de estos supuestos controvertidos para ser objeto del cuarto ejercicio de la oposición versa el segundo motivo de casación y cuanto se acaba de decir sirve para rechazarlo.

En efecto, no hay duda de que queda al criterio del tribunal calificador elegir los supuestos que han de resolver los opositores en el cuarto ejercicio ni de que dispone para ello de un amplio margen de elección con el límite de que se refieran a la práctica profesional de los corredores de comercio. Por otro lado, la concreción de lo que ésta sea tiene, a los efectos de lo que ahora importa, un sentido preferentemente negativo que conduce a excluir lo que claramente no sea reconducible a la práctica cotidiana de la profesión. Ahora bien, dentro de sus márgenes, el tribunal calificador puede moverse, desde este punto de vista, con libertad.

Es evidente, no obstante y así lo apunta la sentencia, que la indeterminación del concepto no permita establecer de manera precisa e inequívoca sus confines. Por eso, el juicio que debe hacerse para comprobar si la decisión discrecional del tribunal calificador se ha mantenido dentro de ellos, desde el momento en que no es posible afirmar positivamente que así sea, ha de descansar, de un lado, en el rechazo de lo que con toda certeza no cabe en su seno y, de otro, en un juicio de razonabilidad sustentado en presupuestos de suficiente consistencia.

Aquí, concurrían, ciertamente, aspectos que inducían a dudar de la corrección del criterio del tribunal calificador, como que se hiciera referencia al asesoramiento que debería dar un notario y, también, que los problemas planteados apuntaran a diversos aspectos típicos del ordenamiento civil. Sucede, sin embargo, que esos problemas hacen referencia a temas incluidos en el programa o temario de las oposiciones al Cuerpo de Corredores de Comercio y que la Administración, mejor dicho, el Ministro de Economía, al resolver el recurso de alzada afirmó que tales problemas se plantean habitualmente a estos profesionales, juicio de hecho que no ha sido rebatido eficazmente por los recurrentes.

Es importante esa relación entre teoría y realidad del mismo modo que lo es la entidad de las materias concretas sobre las que versaban los supuestos discutidos, que no cabe

considerar marginales en el ordenamiento jurídico privado que enmarca la actuación de los corredores de comercio. Desde estas premisas puede confirmarse el criterio seguido por la sentencia de entender que no era irrazonable la elección del tribunal calificador con la consiguiente desestimación de este motivo de casación.

SÉPTIMO.- Los dos motivos restantes, los relativos a la forma en que se establecieron las puntuaciones del cuarto ejercicio y a la falta de motivación de las mismas, también deben ser desestimados.

Sobre la primera cuestión, hay que decir que en un proceso selectivo que implica varias fases en las que los concurrentes comparecen ante el tribunal calificador y actúan ante él durante un tiempo significativo, sus miembros van adquiriendo un conocimiento creciente de esos aspirantes y de sus capacidades y conocimientos que, unido a su propia competencia profesional, les facilita la tarea de evaluar la actuación de dichos aspirantes en las distintas fases de las pruebas tanto si tienen lugar de forma oral, como si son escritas y después los propios interesados, sin perjuicio de que los miembros del tribunal puedan hacerlo también posteriormente, leen las respuestas correspondientes.

Con esto queremos decir que no es determinante, a los efectos de discutir de la validez del procedimiento de evaluación, el tiempo que requirió en el caso que nos ocupa porque, nada impide considerarlo suficiente. Ni el número de ejercicios (57), ni su extensión (entre 7 y 30 folios manuscritos a una sola cara) eran obstáculos para que expertos conocedores de la materia —como lo eran los miembros del tribunal— los calificaran, en las condiciones señaladas, en el tiempo que dedicaron a esa tarea.

No hay que olvidar que cuando los miembros del tribunal hicieron la evaluación ya habían escuchado la lectura por cada aspirante de su solución de los supuestos prácticos, ni que al deliberar sobre la puntuación correspondiente pudieron coincidir en la que merecía o anular los pareceres al respecto que ya se fueron formando desde el momento en que escucharon cómo resolvía el ejercicio. Las tres horas y cuarenta y cinco minutos en las que insisten los recurrentes eran suficientes para hacerlo pues no tenían necesidad de leer nuevamente todos los ejercicios, ya que conocían su contenido, ni era preciso dedicar a todos la misma atención porque, justamente por haber escuchado su lectura, en muchos, por la calidad, buena o mala, podía ser clara la puntuación a asignar.

Por otro lado, que ahora las calificaciones se expresaran en números redondos, como dicen los recurrentes, mientras que en anteriores ejercicios se usaran decimales, tampoco

es relevante. Se trata de ejercicios diferentes en el contenido y en la puntuación asignable. En fin, la unanimidad de la que se habla no está prohibida por la Instrucción ni hay base para sostener que no se hubiere logrado en la deliberación ni evidencia de que se obviara el procedimiento.

En cuanto a la falta de motivación consistente en que no se expresaron los criterios que guiarían la calificación de este ejercicio, es cierto que, en principio, de acuerdo con el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, ha de estarse a las reglas que siente la convocatoria. A ese respecto, ha de tenerse en cuenta que en el punto sexto de la Instrucción se dice que en este cuarto ejercicio "se valorará el rigor analítico, la sistemática y la claridad de ideas en orden a la elaboración de una propuesta razonada". Así, pues, conforme a tales pautas debe entenderse que se establecieron las puntuaciones correspondientes a cada aspirante, por lo que estaríamos en el supuesto considerado por la sentencia de 13 de octubre de 2004, invocada por el Abogado del Estado.

Otra cosa habría que concluir de haber aportado los recurrentes elementos que permitieran considerar que, por las respuestas que dieron a las cuestiones planteadas en el cuarto ejercicio y atendiendo a los factores que la Instrucción quiere que se tengan en cuenta al calificarlo, merecían haberlo superado ya que, en tal hipótesis, de acuerdo con lo que la Sala viene señalando en casos semejantes a éste (en las sentencias de 10 de mayo de 2007 (casación 545/2002) y de 1 de abril de 2009 (casación 6755/2004)), habría sido preciso que el tribunal calificador ofreciera una explicación de las razones que le llevaron a adjudicar unas puntuaciones y no otras. Ahora bien, nada han dicho al respecto.

En definitiva, ninguno de los soportes sobre los que pretenden los recurrentes fundamentar la tacha de arbitrariedad que hacen al tribunal calificador y el reproche que dirigen contra la sentencia puede ser acogido: ni la naturaleza de los supuestos, ni el tiempo dedicado a su calificación, ni el método seguido para realizarla y expresarla. En consecuencia, debemos rechazar también estos dos últimos motivos y desestimar el recurso de casación.

OCTAVO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado la de 2.000 €, sin perjuicio del derecho a reclamar del cliente los que resulten procedentes. Para la fijación de la expresada



EL DERECHO

Año XVII. Número 2862

Madrid, 27 de julio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y la dificultad que comporta.

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

FALLO

Que no ha lugar al recurso de casación núm. 4783/2006, interpuesto por D^a Joaquina, D^a Natividad, D. Octavio, D. Santos y D. José Pedro contra la sentencia dictada el 7 de abril de 2006, por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid y recaída en el recurso 2329/2002, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de

este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

RESEÑA

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



2010/78754

TS Sala 1^a, Sentencia 14 mayo 2010.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Deslinde practicado conforme a la superficie del título de constitución

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que estimó la acción de deslinde ejercitada por la entidad actora ordenando practicar el oportuno amojonamiento, al apreciar el TS que la AP aplicó correctamente los criterios legales para efectuar el deslinde, ya que la determinación en el título de propiedad de la superficie de cada una de las fincas en cuestión constituye criterio prevalente a la hora de realizar el deslinde, y este criterio es el que se ha observado en el presente caso.



2010/53515

TS Sala 2^a, Sentencia 13 abril 2010.
Ponente: D. Joaquín Giménez García

Carácter especial del delito de detención ilegal frente al genérico de coacciones

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de secuestro, amenazas y falta de lesiones. Señala el TS, que teniendo

en cuenta el carácter especial del delito de detención ilegal, frente al genérico de coacciones, hay que estimar que se está en un delito de detención ilegal cuando la detención es lo suficientemente relevante como para superar episódicas inmovilizaciones que pudieran derivarse a un delito de coacciones. El fin apetecido en el delito de detención es la privación de la libertad ambulatoria, y ello fluye con claridad en el presente caso.



2010/53590

TS Sala 3^a, Sección 5^a, Sentencia 22 abril 2010.
Ponente: D. Mariano de Oro-Pulido y López

Ausencia de criterio para rebatir la decisión judicial

El TS no ha lugar al recurso de casación planteado contra la sentencia que declaró ajustada a derecho la resolución denegatoria del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo en España. La Sala establece, que las alegaciones de la parte recurrente se reducen a apenas medio folio en el que reitera que es kurdo, lo que realmente no se ha discutido por la Administración, y critica la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal "a quo", sin intentar siquiera rebatir las concretas razones dadas para rechazar su pretensión, con lo que es claro que el recurso no puede prosperar, pues, obviamente, una cosa es el plausible afán por sintetizar el razonamiento sin divagaciones ni circunloquios, y otra cosa muy distinta es, que en aras de la concisión, no se diga nada para rebatir o desvirtuar el criterio rector de la decisión judicial que se pretende combatir en casación.

2010/53550

TS Sala 3^a, Sección 2^a, Sentencia 12 abril 2010.
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

Comprobación de valores en materia del ITP y AJD

El TS, que ha lugar al recurso de casación, casa y anula los autos impugnados y, en su lugar, desestima la petición de extensión de efectos de una sentencia dictada respecto a una comprobación de valores en materia del ITP y AJD, habida cuenta que la sentencia de que se trata, ni siquiera puede decirse que reconozca la titularidad de una situación jurídica individualizada, al limitarse a anular una liquidación tributaria impugnada en coherencia con la pretensión formulada y que constituía el objeto del proceso, por lo que resulta, incluso, imposible establecer comparación alguna entre situaciones jurídicas, que es, lógicamente, requisito previo para llegar, en su caso, a apreciar la debatida igualdad.



2010/62125

TS Sala 4^a, Sentencia 5 abril 2010.
Ponente: D^a M^a Milagros Calvo Ibarlucea

Bonus susceptible de pago en función del tiempo de servicios

Desestima el TS los recursos de casación para la unificación de doctrina formulados por ambas partes procesales contra sentencia que acogió la excepción de cosa juzgada en cuanto a la inexistencia de grupo de empresas y acogió en parte la pretensión de los trabajadores accionantes sobre retribución variable. Explica la Sala que en el caso de autos la práctica era la de no supeditar el pago del bonus a la conse-

cución total de los objetivos prefijados, sino al alcance obtenido, no existiendo razón para diferenciar ese supuesto del acortamiento en el ejercicio anual durante el cual debe conseguirse.

2010/84393

TS Sala 4^a, Sentencia 19 abril 2010.
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Cálculo de la prima de producción en los puestos de asistencia técnica dependientes de un taller matriz de RENFE

Estima el TS el recurso de casación formulado por la federación de transportes demandada contra sentencia que rechazó su pretensión frente a RENFE Operadora sobre cálculo de prima específica de producción de los trabajadores de taller afectados por el conflicto. Explica la Sala que si la empresa ha cambiado el importe del valor hora en los talleres matrices y lo tiene en cuenta para calcular la prima de los mismos, también debe aplicar ese valor a la hora de calcular la prima en los puestos de asistencia técnica, cuando ese cálculo se remite a los valores máximos del taller matriz que han sido actualizados.

2010/84368

TS Sala 4^a, Sentencia 27 abril 2010.
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Desestimada demanda de revisión en autos sobre despido disciplinario

Desestima el TS la demanda de revisión de sentencia firme interpuesta por la cajera accionante en autos sobre despido disciplinario. Explica la Sala que el Tribunal penal no excluyó en el caso la existencia de los hechos objeto de enjuiciamiento, ni declaró la no participación de la trabajadora acusada, sino que fue la falta de prueba concluyente sobre el modo y autoría de los hechos la que condujo al órgano penal, por aplicación del derecho a la presunción de inocencia, a la absolución de la recurrente, concurriendo, además, la circunstancia de que la sentencia de despido declaró su procedencia por circunstancias distintas, aunque relacionadas, de la posible apropiación dineraria objeto del proceso penal, la que ni se imputa en la carta de despido, ni se constituye en fundamento de la sentencia de suplicación cuya revisión se pretende.