



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 2887

Madrid, miércoles 27 de octubre de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/122322

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 31 mayo 2010. Ponente: D. Emilio Frias Ponce

Nulidad de la Ordenanza Fiscal que inaplica un convenio suscrito que no se ha dejado sin efecto mediante el procedimiento legalmente establecido

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la sentencia del TSJ del País Vasco, y en su lugar dicta otra por la que anula la disposición adicional única, en cuanto deja sin efecto los convenios anteriores a 2001, de la ordenanza fiscal reguladora de las tasas por la prestación de los servicios de abastecimiento y saneamiento para el año 2004, aprobada por la asamblea general del consorcio de aguas Bilbao-Bizkaia. La disposición adicional anulada dejó sin efecto el convenio celebrado por el consorcio de aguas de la merindad de Durango, que gestionaba la depuradora de Durango, y Smurfit Nervión para la aplicación de tarifas de vertidos de aguas residuales. La Sala considera que sin desconocer la potestad tributaria al consorcio de aguas para imponer y regular las tasas que puede percibir por la prestación de los servicios cuya gestión tiene encomendada, debe respetar el convenio suscrito en tanto no se deje sin efecto mediante el procedimiento legalmente establecido. Formula voto particular D. Rafael Fernández Montalvo y D. Ángel Aguillo Aviles.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo de casación se denuncia, al amparo del art. 88.1c) de la Ley Jurisdiccional, la infracción del art. 24.1 de la Constitución y art. 67 de la Ley Jurisdiccional, en relación con el art. 103 de la Ley 30/1992, al haber incurrido en incongruencia omisiva la sentencia, por no pronunciarse sobre si la Disposición Adicional Única de la Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por la prestación de los servicios de abastecimiento y saneamiento para el año 2004, aprobada por la Asamblea General del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, de 22 de junio de 2004, que dejó sin efecto el Convenio de 30 de diciem-

bre de 1997 celebrado por el Consorcio de Aguas de la Merindad de Durango, que gestionaba la Depuradora de Durango, y Smurfit Nervión para la aplicación de tarifas de vertidos de aguas residuales, infringió el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos previsto en el art. 103 de la Ley 30/1992. Según la recurrente, la sentencia recurrida no entró a conocer sobre esta cuestión por entender que era objeto de otro pleito, discrepando de este razonamiento, al ignorar que la legalidad de la Ordenanza Fiscal recurrida y el hecho de que el convenio se dejara sin efecto son dos cuestiones unidas e inseparables, pues es la propia Ordenanza la que revoca expresamente el convenio.

Para examinar este motivo de casación, conviene recordar que es doctrina de esta Sala (por todas, sentencia de 15 de enero de 2009, (rec cas. num. 10237/2004), FJ 3) que, conforme viene señalando el Tribunal Constitucional, "(e)l vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal" (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2), o, dicho de otro modo, cuando "por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia" (STC 167/2000, de 18 de julio, FJ 2).

Dentro de la incongruencia, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio "se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales" (STC 44/2008, cit., FJ 2).

En el presente caso, la sentencia recurrida no dejó de responder sobre la supuesta infracción de los artículos 103 y concordantes de la Ley 30/92, alegada en la demanda, al referirse su Fundamento Jurídico cuarto de modo específico a esta cuestión de la siguiente forma:

SUMARIO

TS

PENAL

En condena por delitos de falsedad en documento mercantil y estafa

Derecho al percibo de intereses moratorios por lucro cesante

3

ADMINISTRATIVO

Nulidad de la Ordenanza Fiscal que inaplica un convenio suscrito que no se ha dejado sin efecto mediante el procedimiento legalmente establecido

1

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

"Cuarto.- Infracción de los arts. 103 y concordantes LRJAP. Argumenta la demanda que si el Consorcio estimaba que el Convenio era nulo por invadir competencias fiscales o por infringir cualquier norma del ordenamiento jurídico, debió recurrir a los trámites del art. 103 LRJAP y declarar la lesividad del acto administrativo para posteriormente impugnarlo por vía contencioso-administrativa, pero no puede modifi-

carlo a su antojo ni dejarlo sin efecto a través de las Ordenanzas fiscales, como ha hecho en este caso.

Para la Administración, la falta de objeto, inicial o sobrevenida, del Convenio determina su inexistencia al no concurrir uno de sus elementos esenciales, conforme al art. 1261 CC, impidiendo a las partes exigirse las prestaciones convenidas. Los arts. 103 ss. LRJAP no son aplicables, pues se refieren a actos administrativos favorables a los interesados, que tienen naturaleza distinta de los convenios, en los que predomina el carácter consensual y voluntario. Ante la resolución unilateral por la Administración no cabe a la otra parte más que exigir su aplicación, si su objeto lo hiciera posible, o interesar la indemnización de daños y perjuicios si se le hubiesen irrogado.

En realidad, la discusión sobre la procedencia de recurrir al procedimiento de lesividad regulado en los arts. 103 y ss. LRJAP resulta pertinente si se trata de examinar la revocación unilateral del Convenio suscrito en su día con la recurrente. Pero no puede olvidarse que ese es el objeto propio de otro pleito, y no del presente, en el que se examina la legalidad de una disposición de carácter general. Desde este punto de vista, que es el impuesto por las partes al Tribunal (art. 33.1 LJCA), que el Consorcio haya utilizado un cauce adecuado o no para considerar extinguido el pacto es intrascendente a los efectos de lo que aquí se enjuicia, pues con independencia de los efectos que pudiera tener una eventual estimación de la tesis de la recurrente sobre el procedimiento adecuado para resolver unilateralmente el Convenio, resulta evidente que entre tales efectos no puede hallarse el de enervar la potestad reglamentaria que la ley confiere a las entidades locales en materia de tasas.”

Cuestión distinta es el desacuerdo de la recurrente con la decisión, y las razones en que ésta se basa, que habrá de denunciarse a través del correspondiente motivo de fondo.

Por lo expuesto, procede su desestimación.

SEGUNDO.- Los restantes motivos se articulan al amparo del apart. d) del art. 88.1 de la Ley. El segundo alude a la infracción de los artículos 31.3 y 133.2 de la Constitución Española y de la jurisprudencia relativa a la reserva de ley tributaria, de un

lado, y de la normativa legal y jurisprudencia aplicable a los contratos administrativos, por otro, al permitir el principio de reserva de ley tributaria que sean los órganos administrativos los que fijen las tarifas aplicables a las tasas de su competencia, pudiendo llevarse a cabo dicha determinación de tarifas bien mediante Ordenanzas Fiscales, bien mediante convenios con particulares, siendo dichos convenios de obligado cumplimiento para las partes.

Por su parte, el tercer motivo se refiere a la infracción de ley y jurisprudencia relativa a la eficacia y fuerza vinculante de los convenios, al sostener la sentencia, en su Fundamento de Derecho Segundo, que la eficacia y fuerza vinculante del convenio suscrito, y que tenía por objeto principal fijar la fórmula tarifaria y el procedimiento para determinar la cuota mensual de la tasa a abonar por el servicio de aguas residuales, decae desde el momento en el que el Consorcio de Aguas de Bilbao-Bizkaia (que se subrogó en el convenio) dicta una Ordenanza distinta por la que se establecen unas tarifas diferentes.

El cuarto motivo se formula por entender la recurrente que la sentencia al declarar que la determinación de las tarifas aplicables a la tasa de saneamiento no puede realizarse mediante convenios con particulares, pues ello crearía un “sistema singular aplicable a un solo sujeto pasivo” contrario a los principios de igualdad y generalidad tributaria, desconoce la jurisprudencia relativa a estos principios, al no prohibir o impedir tratamientos diferenciados de los contribuyentes, siempre que dichas diferencias respondan a criterios objetivos y razonables.

En el quinto se alega la infracción por la sentencia del art. 103 de la Ley 30/92 y concordantes, por cuanto la Ordenanza Fiscal deja sin efecto el convenio de forma unilateral y sin recurrir al procedimiento de revisión de oficio. Finalmente, en el sexto motivo se denuncia la infracción del art. 9.3 de la C.E. y de la consolidada jurisprudencia sobre la buena fe, la seguridad jurídica y la confianza legítima, al confirmar la sentencia la legalidad de la Ordenanza Fiscal del 2004 por la que se deja sin efecto al convenio suscrito.

TERCERO.- La parte recurrida, en relación con los motivos quinto y sexto, aduce la inadmisibilidad de los mismos, al haber incumplido el

escrito de preparación del recurso el juicio de relevancia de las normas estatales o comunitarias supuestamente infringidas a que se refiere el art. 86.4 de la Ley Jurisdiccional.

No podemos compartir esta objeción pues en el escrito de preparación se razona de manera suficiente que el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal, citándose al efecto los arts. 88 de la Ley 30/92, 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 1091 y 1256 del Código, sin que la falta de referencia al art. 103 de la Ley 30/92 y a los principios relativos a la buena fe, la seguridad jurídica y la confianza legítima sea relevante por la íntima relación que tienen estas cuestiones con el planteamiento general que se hace con anterioridad.

CUARTO.- Los motivos de fondo pueden ser tratados de modo conjunto, ya que en todos late la cuestión de si por la vía de aprobación de una Ordenanza Fiscal puede dejarse sin efecto el convenio suscrito, en fecha de 30 de diciembre de 1997, por la sociedad recurrente con el Consorcio de Aguas de la Merindad de Durango para la prestación y financiación del servicio de vertido y tratamiento de aguas residuales, en el que se establecía una fórmula tarifaria específica por los servicios que el Consorcio prestaba a la sociedad, poniéndose fin a las diferencias que habían surgido.

Ha de precisarse que, aunque en el suplico del escrito de formalización del recurso se interesa la anulación también de la Disposición Transitoria Segunda de la Ordenanza, en la instancia sólo se cuestionó la Disposición Adicional Única, refiriéndose los motivos a esta última Disposición.

La sentencia recurrida, en su Fundamento segundo, después de sintetizar las posturas de las partes, y partiendo de que el convenio se suscribió al amparo de la previsión establecida en el art. 88 de la Ley 30/92, sobre la terminación convencional del procedimiento administrativo, que exige que los pactos no sean contrarios al ordenamiento jurídico, que tengan por objeto materias susceptibles de transacción, tengan fijado un plazo de vigencia y que no alteren las competencias de la Administración, estima que siendo el objeto principal del convenio suscrito fijar la fórmula tarifaria y el procedimiento para determinar la cuota

mensual de la tasa a abonar por el servicio de depuración de aguas residuales, esta materia forma parte del contenido mínimo que debe regularse mediante Ordenanza Fiscal, conforme a lo que expresamente dispone el art. 16.1a) de la Ley de Haciendas Locales y la correspondiente Norma Foral Reguladora de las Haciendas Locales, por lo que si bien esta cuestión podía ser considerada objeto de acuerdo entre las partes en un momento en que no existía norma tributaria, una vez ejercida la potestad normativa en materia tributaria que al Consorcio reconocen los artículos 106.2 de la Ley de Bases de Régimen Local y 12.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, no puede caber duda que la determinación de la deuda tributaria no puede llevarse a cabo sino conforme a lo dispuesto en la Ordenanza Fiscal.

En consecuencia, según la Sala de instancia, “no le cabe a la Administración transigir sobre la forma en que se determinará la deuda tributaria al margen de la Ordenanza Fiscal, acordando un sistema singular aplicable a un solo sujeto pasivo. Tal empeño es contrario a los principios de igualdad y generalidad tributaria, que consagran los artículos 31.1 CE y 3 LGT. Por tanto, el art. 88 LRJAP no puede amparar, en el momento presente, el Convenio cuya efectividad quiere hacer la mercantil recurrente”.

En cuanto a la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio, que igualmente se alegó por la recurrente, la Sala, como se ha reseñado, niega que esta cuestión pueda plantearse al examinarse la legalidad de la Ordenanza.

QUINTO.- La Sala anticipa que procede estimar el recurso por las siguientes razones:

1ª) La supuesta nulidad de pleno del Convenio por invadir competencias fiscales y por no fijar un plazo de vigencia no fue obstáculo para que disuelto el Consorcio del Duranguésado el 30 de diciembre de 1998, y una vez subrogado en sus derechos y obligaciones el Consorcio de Aguas de Bilbao-Bizkaia, se girasen liquidaciones de acuerdo con el Convenio.

Tampoco las dos primeras regulaciones por Ordenanza Fiscal de la tasa, correspondientes a los ejercicios de 2001 y 2002, impidieron al Consorcio seguir liquidando ajustán-

dose al Convenio y no conforme a las reglas fijadas en la Ordenanza, porque en las Disposiciones Adicionales Únicas se estableció que lo dispuesto en la misma debía entenderse sin perjuicio del régimen de convenios suscritos, que mantendrían plena vigencia, por lo que cuando, finalmente, el Consorcio aprobó el texto de Ordenanza para 2004, cuya disposición adicional única privaba de eficacia futura a los convenios suscritos con anterioridad a 2001 no podía apoyarse en las razones aducidas en el proceso y que la Sala acoge.

2ª) En todo caso, con independencia de la postura que se adopte sobre la naturaleza de los acuerdos a que se refiere el art. 88 de la Ley 30/92, bien la de mero acto unilateral, bien la de contrato, si el Consorcio estimaba que el Convenio era nulo por invadir competencias fiscales o por no fijar plazo de vigencia debió recurrir al procedimiento de revisión oportuno, nunca modificar unilateralmente lo pactado, a través de la Ordenanza, máxime cuando el art. 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, establecía que

“La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de los prerrogativos establecidos por la legislación básica en favor de aquella”, precepto que coincidía con el art. 111 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Es obvio que el trámite legalmente ordenado para la revisión fue omitido a pesar de que el art. 64 del Texto Refundido remitía a los mismos requisitos y plazos del art. 102 de la Ley 30/92, cuando se trataba de la declaración de nulidad de un contrato por las causas del art. 62 y con los efectos del art. 65.

Asimismo el Consorcio prescindió de los restantes procedimientos para resolver o modificar el convenio que además de fijar la fórmula tarifaria para calcular el importe de la tasa a satisfacer por la recurrente, ponía fin a las relaciones problemáticas mantenidas en el pasado, reconociéndose la importante inversión acometida por la sociedad para disminuir el volumen de sus vertidos y reducir el grado de contaminación de los mismos.

3ª) No puede cuestionarse la relación entre la Ordenanza Fiscal para el año 2004 y el Acuerdo de la Asamblea General del Consorcio de 22 de junio de 2004, que viene a declarar la resolución del Convenio de plano, pues éste se justifica realmen-

te en la aprobación de la Ordenanza, por lo que la decisión administrativa de apartarse unilateralmente de lo pactado podía ser examinada con motivo de la impugnación de la Ordenanza.

4ª) Esta Sala ha mantenido un criterio distinto al que se acoge el Tribunal de instancia en su sentencia de 16 de febrero de 2002, rec. de casación 8253/1996, al desestimar el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Valls que introdujo vía Anexo de una Ordenanza sobre suministro de agua potable la alteración de los precios convenidos con una agrupación de propietarios. 5)

La conclusión a que llega la Sala no supone desconocer la potestad tributaria al Consorcio de Aguas para imponer y regular las tasas que puede percibir por la prestación de los servicios cuya gestión tiene encomendada, sino la necesidad de respetar el convenio suscrito en tanto no se deje sin efecto mediante el procedimiento legalmente establecido.

QUINTO.- Estimado el recurso de casación, procede resolver el debate en los términos que señala el art. 95.2 d) de la Ley Jurisdiccional, lo que conduce a la estimación, por las mismas razones, del recurso contencioso-administrativo interpuesto, con la consiguiente nulidad de la disposición adicional única de la Ordenanza impugnada, sin que se aprecien circunstancias especiales para una expresa imposición de costas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las causadas en el recurso de casación.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLO

Que debemos estimar el recurso de casación interpuesto por Smurfit Nervión, S.A., contra la sentencia de 12 de septiembre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Ordenanza Fiscal Reguladora de las tasas por la prestación de los servicios de abastecimiento y saneamiento para el año 2004, aprobada por la Asamblea General del Consorcio de Aguas Bilbao-Bizkaia, anulamos la disposición adicional única, en cuanto deja sin efecto los convenios anteriores a 2001, sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ángel Aguillo Avilés.- Emilio Frías Ponce.- José Antonio Montero Fernández.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Rafael Fernández Montalvo.



TS Sala 2ª, Sentencia 29 abril 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

En condena por delitos de falsedad en documento mercantil y estafa Derecho al percibo de intereses moratorios por lucro cesante

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados y la responsable civil subsidiaria, la Sala acoge parcialmente los formulados por el otro imputado y la acusación particular, todos contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de falsedad en documento mercantil y estafa y falta de hurto. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece el derecho de la recurrente a percibir los intereses moratorios, pues cuando nos encontramos ante casos como el presente, en el que ese “quantum” resarcitorio está claramente establecido, por referirse a un delito contra el patrimonio, que originó un concreto desplazamiento patrimonial ilícitamente provocado, la ausencia de pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de delito, a efectos civiles, no puede determinar la improcedencia del devengo de intereses de mora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por María Esther

PRIMERO.- El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del Derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido y consagrado en el art. 24.2 CE.

El ámbito de conocimiento de esta Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

a) La comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos.

b) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción.

c) Constatación de la racionalidad de las deducciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria.

Por tanto, el control que compete a esta Sala casacional respecto a la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración, en comprobar que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.. y en supervisar externamente la razonabilidad del discurso sobre la actividad probatoria y el relato fáctico resultante.

De modo que solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya prueba de cargo válida, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (SSTC. 8/2006 de 16.1, 92/2006 de 27.3).

En el caso presente la recurrente no efectúa desarrollo alguno del motivo, limitándose a su enunciado y obviando, por tanto, que la Sala ha valorado las pruebas periciales en relación a la

autoría de María Esther de parte de las falsificaciones de los efectos mercantiles, así como las declaraciones de todos los acusados, destacando la de la recurrente que se limitó a negar lo obvio, desde que no rellenó los documentos que el Sr. Vicente les firmó a su presencia y que entregó a éste el dinero sin intervención del coacusado Roberto, todo ello con la intención de vaciar los fondos de la sociedad, versión que la Sala califica de absurda por cuanto en septiembre iba a ser objeto de una auditoria externa.

Pruebas lícitas, legítimamente obtenidas y racionalmente de cargo, suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia de la acusada.

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo del art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de las pruebas en relación a las periciales caligráficas practicadas en el acto de la vista, al existir contradicción entre las mismas no pudiéndose determinar con seguridad la autoría de las firmas de los efectos mercantiles.

El motivo deviene improsperable.

En efecto debemos recordar, como hemos dicho en la reciente STS. 271/2010 de 30.3 con cita en la S. 732/2009 de 7.7 que la vía del art. 849.2 LECrim. solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiene este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el

art. 849.2 LECrim. que..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este núm.º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala -a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2 LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.;

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Y respecto a la prueba pericial la doctrina de esta Sala Segunda, SS. 13.2.2008, 5.12.2007, 6.3.2007, entre las más recientes, mantiene, que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba.

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro

lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (SSTS. 5.6.2000, 5.11.2003).

Por ello la Sala Segunda solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3).

En el primer caso se demuestra un error porque asumiendo su informe al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique se hace de un modo que desvirtúa su contenido probatorio, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19.12).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para comple-

tar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la intermediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de intermediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efectos nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, (SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6).

Ahora bien, no debe confundirse este supuesto excepcional con la valoración que el Tribunal hace de la prueba pericial, pues, como indica la STS. 1572/2000 de 17.10 "el Tribunal ha valorado una pluralidad de informes, incluidos las matizaciones realizadas por el Perito en el acto del juicio oral, obteniendo racionalmente su convicción tomando en consideración una gran variedad de cuestiones..., por lo que nos encontramos ante un ejercicio razonable de las facultades valorativas del Tribunal de instancia no cuestionables a través de este cauce casacional".

TERCERO.- Doctrina que sería de aplicación al caso examinado en el que la Sala (FJ. 2) ha valorado la prueba pericial conjuntamente practicada y llevada a cabo por el funcionario de Policía Municipal de Madrid núm. 1377.8 experto universitario en Criminología, Master en Pericia Caligráfica y Documentos copia y Especialista del Servicio de Documentos copia Forense de la Sección Técnica de Investigación de Policía Municipal, y por Benito, perito calígrafo, Diplomado en Óptica, en Ciencias del Grafismo, profesor de la Escuela de Ciencias del Grafismo del Instituto Salazar y Castro y miembro de la Asociación Nacional de Peritos Caligráficos, quienes emitieron sendos informes, ratificados en el juicio oral sobre el examen del cheque y los dos pagarés, obteniendo la Sala como conclusiones comunes de ambos expertos, que las letras, números y firmas estampadas en los tres documentos mercantiles son falsas en cuanto no han sido puestas por quien aparece como su titular, Vicente.

Asimismo coinciden ambos peritos en atribuir la autoría de la letra

estampada en el cheque al portador de 350.000 E y de los números estampados en el segundo pagaré, el de importe de 285.500,20 E a esta acusada María Esther, conclusiones que acepta la Sala de instancia.

Y respecto a las divergencias de los puntos en relación al relleno de la letra del pagaré anteriormente citado, que el Sr. Benito atribuye a María Esther y el funcionario policial núm. 001 a Roberto la Sala de forma razonada se inclina por éste último - conclusión que favorece a la recurrente lo que implica la irrelevancia para la misma de ese hipotético error de la Sala- y a la hora de atribuir la autoría de la firma de este pagaré así como respecto a la autoría del primer pagaré por importe de 180.600.72, como la Sala comparte la conclusión del informe policial en orden a la carencia de datos suficientes para su atribución -frente a lo informado por el Sr. Benito que atribuía la autoría en ambos extremos a María Esther - no se aprecia tampoco error alguno afectante a este recurrente.

CUARTO.- El motivo tercero por quebrantamiento de forma, ex art. 850.3 LECrim. por cuanto en el acto del juicio el Presidente de la Sala se negó en el acto del juicio a que el testigo Cesar contestara a ciertas preguntas que la parte formuló y que eran de gran importancia para el resultado final del procedimiento.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

Ciertamente el art. 850.3 entre los vicios in procedendo señala como tal "cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa" siendo preciso que conforme a lo establecido en el art. 709 LECrim. se formule la correspondiente protesta y que se hagan constar la o las preguntas que se han formulado y han sido denegadas (STD. 379/94 de 26.2). Así con carácter general, conforme al párrafo 3º del art. 855 LECrim., estos motivos basados en quebrantamiento de forma exigen: a) designar la falta o faltas cometidas; y b) la reclamación realizada para subsanarla.

Pues bien en el acta del juicio, no consta la negativa del Presidente a que aquel testigo respondiera a alguna pregunta, ni protesta alguna de la parte en tal sentido, ni se señalan las preguntas -tampoco en el recurso-declaradas impertinentes, omisión relevante pues impide que, primero, el tribunal de enjuiciamiento y después, esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta, por cuanto es importante resaltar que no basta para que una pregunta sea declarada pertinente -y provoque la estimación del recurso- con la concurrencia de una relación

directa entre la pregunta y el objeto del juicio, sino que es preciso valorar la relevancia, necesidad y en consecuencia, causalidad de las preguntas en relación con el sentido del fallo debiendo apreciarse globalmente ambos elementos para estimar presente e infringida la norma procesal (STS. 1125/2001 de 12.7). Pues en la decisión del recurso de casación "lo relevante es determinar si la negativa a responder privó a la defensa del ejercicio de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido aptitud para variar la decisión final, pues no de otro modo debe interpretarse la frase "manifiesta influencia en la causa" que se contiene en el art. 850.3 o la de "verdadera importancia para el resultado del juicio a que se refiere el núm. 4 de igual artículo" (SSTS. 2612/2001 de 4.12, 1064/2005 de 30.9).

■

"...la restitución del principal en concepto de "damnum emergens" deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el "lucrum censans" o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios". "

■

Recurso interpuesto de Roberto

QUINTO.- El motivo primero aun cuando se articula por la vía del quebrantamiento de Ley por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la Ley Penal, al referirse en concreto a los arts. 24.1 y 24.2 CE. está denunciando la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, tal como se constata en el desarrollo del motivo refiriéndose al vacío probatorio, a la ausencia de medios de prueba válidos y eficaces en el juicio oral para desvirtuar la presunción de inocencia, dado que en relación a este recurrente -la sentencia solo alude a un indicio para justificar la existencia de un plan preconcebido y el acuerdo entre los tres acusados, cual es que en aquellas fechas Roberto era pareja sentimental de María Esther y amigo íntimo de Luis Ángel,

pues el resto de las argumentaciones no tienen categoría de indicios ni están probados mediante prueba directa. Así María Esther responsable directa de los hechos, en su declaración relata la no intervención de Roberto y la declaración de Luis Ángel adolece de una falta de credibilidad absoluta. Consecuentemente se desconoce en las presentes actuaciones el reparto de papeles que existen respecto a este recurrente, por no existir prueba de cargo al respecto como tampoco de su concreta participación en los hechos, que se hubieran producido sin su intervención.

Retomando lo ya argumentado en el motivo primero del anterior recurrente

Previamente debemos recordar (SSTS. 728/08 de 18.11, 1322/2009 de 30.12 y 14/2010 de 28.1), que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectiva-

mente, el Tribunal “a quo” contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

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

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio

“nemo tenetur” (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. que “se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitable, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-En primer lugar, debe analizar el “juicio sobre la prueba”, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-En segundo lugar, se ha de verificar “el juicio sobre la suficiencia”, es

decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-En tercer lugar, debemos verificar “el juicio sobre la motivación y su razonabilidad”, es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminadora para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, -SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcan-

zadas, confirmándolas o rechazándolas —SSTS de 10 de junio de 2002, 3 de julio de 2002, 1 de diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de junio -y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

SEXTO.- En el caso presente la Sala valora la prueba pericial caligráfica del funcionario policial núm. 001 que atribuyó la autoría del relleno de la letra del pagaré de 285.800,20 E a este recurrente y la declaración del coimputado Luis Ángel que fue la persona que cobró el importe de éste pagaré y del otro de 180.600,72 E, cantidades que entregó a Roberto, recibiendo a cambio 24.000 y 3.000 E.

Pues bien hemos dicho con reiteración, tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala (SSTS. 56/2009 de 3.2, 665/2009 de 24.6, 1142/2009 de 24.11, 1290/2009 de 23.12) han establecido que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocésal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS núm. 1330/2002, de 16 de julio, entre otras). Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la declaración incriminadora del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas”, lo que ha sido matizado en

otras sentencias (STC 115/1998, 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" (STC núm. 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001, es que "la declaración quede "mínimamente corroborada" (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado "algún dato que corrobore mínimamente su contenido" (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", (SSTC. 118/2004 de 12.7, 190/2003 de 27.10, 65/2003 de 7.4, SSTC. 14.10.2002, 13.12.2002, 30.5.2003, 12.9.2003, 30.5.2003, 12.9.2003, 29.12.2004).

En este sentido las recientes sentencias Tribunal constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7, FJ. 3, recuerdan que este Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3).

En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que "las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. Las reglas de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, en que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corrobora-

ción se ha producido o no. Igualmente hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados.

Por último este Tribunal también ha declarado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorada por este son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como Fundamentos probatorios de la condena (por todas, SSTC. 230/2007 de 5.10 FJ. 3º y 34/2006 de 13.2),), teniendo en cuenta en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC. 57/2009 de 9.3); y en segundo lugar, que son los órganos de instancia los que gozan de la inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que ocupa este tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en la sentencia impugnada cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia del recurrente.

En efecto, si bien, como ya se ha señalado, no cabe considerar elementos de corroboración mínima la inexistencia de contradicciones o de enemistad manifiesta, el Tribunal Constitucional ya ha reiterado que la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, " configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (así, SSTC. 233/2002 de 9.12, ó 92/2008 de 21.7).

No otra cosa sucede en el caso presente en el que la declaración del coimputado estaría corroborada por aquella pericial acreditativa de su autoría material en una de las falsificaciones, lo que unido a su relación personal, sentimental y de amistad con los otros acusados, son prueba

suficiente para afirmar la autoría y el acuerdo previo para la realización de los hechos por lo que es acusado.

SÉPTIMO.- El motivo segundo por quebrantamiento de Ley, a tenor de lo previsto en el art. 849.1 LE-Crim. por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley, en concreto el principio "in dubio pro reo".

El motivo debe ser desestimado.

Aunque durante algún tiempo la jurisprudencia ha mantenido que el principio "in dubio pro reo" no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que, en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía

■

"La Sala 1ª del T. Supremo, hace pocos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo "in illiquidis non fit mora", entendiéndolo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación"."

■

acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy día, la jurisprudencia reconoce que el principio "in dubio pro reo" forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien sólo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y los haya resuelto en contra del acusado (SSTC. 677/2006 de 27.6, 548/2005 de 12.5, 1061/2004 de 28.9, 836/2004 de 5.7, 479/2003 de 31.3, 2295/2001 de 4.12, 1125/2001 de 12.7).

En este sentido debe señalarse que este principio es una condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpativa existente aportada al proceso, de for-

ma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absoluto.

Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (STS. 15.5.93 y 30.10.95) por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LE-Crim., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de un bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpativas llevadas a la resolución. Como precisa la STS. 27.4.98 el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abriga dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpativo, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

En definitiva, a pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo", y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio "in dubio pro reo" solo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter inculpativo de las pruebas practicadas (SSTC. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas - como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por el directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibili-

dad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados cual acontece en el caso que nos ocupa, en el que la Sala no ha tenido dudas sobre la autoría del recurrente, intentándose en el motivo una nueva valoración de las pruebas analizadas en el motivo precedente mediante su particular, subjetiva e interesada apreciación.

OCTAVO.- El motivo tercero por infracción de Ley, art. 849.2 LE-Crim. por haberse producido en el Juzgador error en la apreciación de las pruebas, basado en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador.

Se designan como documentos: el informe pericial del funcionario de la Policía Municipal de Madrid, núm. 001, y el informe del perito caligráfico D. Benito, por cuanto la Sala ignora la discordancia entre ambos informes inclinándose por el primero, cuyas conclusiones no resultan nada contundentes y aclarativas para suponer una condena del recurrente; y las declaraciones de María Esther quien en todas sus comparecencias tanto ante la autoridad policial como ante la judicial exculpó al recurrente en cuanto a su participación en los hechos.

El motivo debe ser desestimado.

Con referencia a las pruebas periciales nos remitimos a lo expuesto en el motivo segundo de la recurrente María Esther para evitar innecesarias repeticiones, debiéndose significar que la sentencia de instancia no ha ignorado esa discordancia entre ambos informes, sino que para concluir que Roberto es autor de la falsificación de parte de uno de los pagares señala "Divergen los peritos en la persona que llevó a cabo el relleno de la letra del pagaré anteriormente citado, pues si bien el Sr. Benito la atribuye a María Esther, el funcionario núm. 001 le atribuye a Roberto por cuanto aunque intenta desdibujar o enmascarar sus propios rasgos caligráficos, se escapan algunos que analizados detenidamente con el cuerpo de escritura indubitada realizada por el acusado (el cual también intenta maquillar), son determinantes para atribuirle la autoría. Pues bien, basta leer detenidamente el informe pericial, especialmente los folios 93 a 98 y fotogramas núm. 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 y 57, los cuales contienen un detallado estudio de las letras "DE", "A", "E", "D", "N", "M", "L" "r" e "y", para constatar unos rasgos muy peculiares de la grafía que se reproducen en la escritura indubitada de Roberto y la dubitada del pagaré, determinantes de la atribución de la autoría del mismo y que este Tribunal comparte".

En consecuencia ha existido una valoración por parte del Tribunal de la prueba pericial que no puede tildarse de ilógica o irracional, no apreciándose, por ello, error alguno

cuando la Sala ante distintos informes periciales se inclina, en virtud de la intermediación por uno de ellos, encontrándonos ante un ejercicio razonable de sus facultades valorativas no cuestionable por la vía del art. 849.2 LECrim.

Y respecto a las declaraciones de la coacusada María Esther no son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001). No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni

■

*"Dentro del concepto
"intereses legales"
deben diferenciarse los
"intereses procesales" a
que se refiere el art. 576
L.E.C., de los llamados
"intereses moratorios",
que se regulan en los
arts. 1.108, 1.100 y
1.101 C. Civil."*

■

las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim.

En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim.

Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar

los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001. y 22.5.2003).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91, 12.11.92, 1.4.96, señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12, que precisa que "incurre la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, -y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial- a quien compete valorar con intermediación la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de intermediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

NOVENO.- El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por haberse infringido por aplicación indebida, el art. 250.7 CP., tipo agravado de "abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, atribuible a Roberto cuando ha quedado constatado en las actuaciones la ausencia de contacto o relación entre el mismo con los miembros de Arcona Ibérica SA.

El motivo debe ser desestimado.

Ciertamente la jurisprudencia de esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7 del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas -abuso de relaciones personales-, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevencio-

nes normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4 y 813/2009 de 7-7).

Y también ha incidido en la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida como el engaño que define el delito de estafa, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, 2 de julio). De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (SSTS. 997/2002 de 28.5, 925/2006 de 6.10).

También tiene dicho esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba, es decir, ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS. 1753/2000 de 8.11, 2549/2001 de 4.1.2002, 626/2002 de 11.4, 383/2004 de 24.3, 1169/2006, de 30.11, y 96/2008, de 18-1).

Aunque la traslación de la doctrina expuesta al caso presente determinaría la no aplicación del subtipo agravado del art. 250.7, aún cuando sus efectos prácticos serían irrelevantes al concurrir ya los subtipos agravados 3 y 6 del mismo artículo una lectura del fundamento jurídico 6º de la sentencia revela que la Sala no aplica al recurrente Roberto el subtipo agravado núm. 7 que si estima concurrente en María Esther, pero si les impone la misma pena "por cuanto y pese a que este último extremo -se refiere a la concurrencia del párrafo 7 del art. 250 CP.- no es comunicable al acusado, su participación en los hechos es de tal relevancia que merece a juicio de

este Tribunal, la misma respuesta punitiva.

DECIMO: El motivo quinto por infracción de Ley al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ. por infracción del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del art. 14 CE., al no haber motivo para que se le imponga una condena mayor que la del coimputado Luis Ángel.

El motivo deviene inadmisibile.

Tiene declarado esta Sala (SSTS. 239/2010 de 24.3, 636/2006 de 8.6), remitiéndose a las sentencias de 6.11.89, 9.7.93 y 26.7.2005 que "sólo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico puede determinar una violación del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental". En este sentido se ha manifestado igualmente el Tribunal Constitucional, en sentencia 200/1990 que "el principio de igualdad protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos". El mismo Tribunal en las sentencias 23/1981 y 19/1982 declara que no se excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias injustificadas o arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991). Por lo demás, el principio de igualdad, por lo demás, no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos (STS de 28 de octubre de 2004).

El principio de igualdad se vulnera, dice la STS. 999/2005 de 2 de junio, cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable (STC 106/1994). La alegación sobre su posible vulneración debe examinarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la existencia de un tratamiento desigual a supuestos de igualdad, o incluso desde el tratamiento igualitario de situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente (STS. 10.4.2003).

Cuando las Salas sentenciadoras individualizan las penas que corresponde imponer a los diversos partici-

pantes en una acción delictiva, porque no hacer otra cosa que usar de las facultades que la Ley les otorga, no se desconoce dicha igualdad cuando se impone pena distinta a personas condenadas por un mismo delito, si no concurren los mismos condicionamientos jurídicos, por cuanto es un principio unánimemente aceptado que la culpabilidad de cada partícipe es individual, dado que en el derecho vigente rige la accesoriedad limitada de la participación, por lo que, si la culpabilidad constituye el límite máximo de la pena aplicable y ésta debe apreciarse individualmente para cada partícipe, es claro que no puede afectar dicha individualización al principio constitucional de igualdad (STS. 6.3.98).

En el supuesto de autos la Sala de instancia ha tenido en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en cada acusado que se desprenden de los hechos probados. Y así impone a Luis Ángel una pena inferior atendida su participación a título cooperador necesario y que su aprovechamiento del delito se limitó a 27.000 E, frente a la del recurrente a quien la Sala considera coautor junto con María Esther y con una participación especialmente relevante al ser quien recibió el dinero correspondiente a los dos pagarés retirado del Bando por Luis Ángel, de modo que no puede admitirse que se haya incurrido en la discriminación alegada en el mismo, por cuanto la diferencia en la individualización de la pena, tiene una base explicitada y razonable.

DECIMO PRIMERO.- El motivo sexto por infracción de Ley, del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ. por haberse infringido norma constitucional como es el principio de proporcionalidad en la pena impuesta en atención a la participación del recurrente en los hechos, atendiendo al propio relato fáctico de los hechos que el Tribunal a quo recoge como probados.

El motivo se desestima.

Esta Sala por todas STS. 104/2005 de 31.1 - tiene afirmado que los valores de libertad y justicia a los que se refiere el art. 11 CE. son los pilares básicos de la construcción del principio de proporcionalidad, ya que en caso de duda, habrá que estar por la vigencia del favor "libertatis".

El valor justicia, en cuanto que en sí mismo integra la prohibición de excesividad y conecta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio, también resulta básico para el contenido del principio que se comenta, que como todos los principios, constituye un mandato de actuación para la realización del contenido de un determinado valor y está fundamentalmente dirigido al Legislador, en cuanto que es autor de las normas jurídicas, aunque no debe estimarse destinatario exclusivo de este principio, ya que en virtud del

principio de efectividad contenido en el art. 9.2 CE, también el sistema judicial, en cuanto que intérprete y aplicador de la Ley, es el responsable de la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados y, por tanto, responsable de la consolidación del cuadro de valores superiores que define el ordenamiento jurídico, bien que esta vinculación sea derivada y opera a través del sometimiento al superior de la Ley art. 117 CE - no de una manera automática y mecanicista, sino desde el respeto y efectividad de tales valores.

En cuanto al principio de proporcionalidad denunciado como vulnerado en la aplicación de la pena las SSTS. de 14.3.97, 1.8.99, y 16.4.2003, estiman que tal principio supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso, correspondiendo el principio de proporcionalidad en principio al Legislador y en el momento de la aplicación de la pena al caso concreto, al Juzgador,

"...la indemnización por daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor; y que en caso de dolo el deudor responde de todos los daños y perjuicios conocidos (art. 1.107)."

bien entendido -como precisa la STS 24.11.2000 - que en orden a la individualización de la pena si ésta viene explícita inequívocamente asignada por el CP. el Juez no puede dejar de aplicarla bajo la excusa del principio de proporcionalidad aunque a su alcance tenga en cualquier caso el hacer uso del art. 4.3 del citado CP. para de alguna manera interpretar el precepto en función de la pena que lleva asociada.

La legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero ésta racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites, más o menos amplios dentro de los cuales el justo equilibrio de ponderación judicial actuara como fiel calificador de los hechos, jurídica y sociológicamente.

Ahora bien, la imposición de la pena respecto del caso concreto ha de responder a las exigencias que el principio de legalidad comporta. Pero a su vez la legalidad implica la

directa relación del principio con la proporcionalidad y la tipicidad. Se trata del juicio de ponderación que al amparo de la Ley, a los Jueces corresponde para relacionar la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, en atención a la importancia del delito, a la intensidad del mal causado y a la reprobabilidad que su autor pueda merecer (SSTS. 7.6.94, 17.1.97).

Como quiera que no puede existir, una norma que prevea todos y cada uno de los planteamientos fácticos sometidos a la conciencia de los Juzgadores en orden a lo señalado en las reglas del art. 66 CP, los Jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa, que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes.

Es decir que el arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y según ello, el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o recorriendo la extensión de cada grado, es algo que solo al Juzgador de instancia compete. Ciertamente el uso del arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual, además deberá quedar constatado en la sentencia. Otra cosa convierte el arbitrio en arbitrariedad, pues el uso de tal preciada facultad, al no hacer de la medida, razón y proposición, se convierte en irracional, desmesurado o desproporcionado, lo que es sinónimo de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones judiciales.

Por ello en la terminología corriente se suele decir que la determinación de la pena depende del arbitrio del Tribunal. Sin embargo, tales expresiones, sin embargo, no se pueden tomar en sentido estricto, dado que en nuestro Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE.). Por lo tanto, el arbitrio de los Tribunales estará en su esencia jurídicamente vinculado, lo que significa que debe ser ejercido con arreglo a los principios jurídicos.

El Tribunal Supremo en la sentencia 1426/2005 de 7.12, y 145/2005 de 7.2, tiene dicho que la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una

cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la Ley para el delito. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá sin embargo a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.

Consecuentemente, en lo que se refiere a la motivación de la pena concretamente impuesta, el Tribunal Supremo ha insistido con reiteración en la necesidad de expresar con la suficiente extensión, las razones que el Tribunal ha tenido en cuenta en el momento de precisar las consecuencias punitivas del delito. Las penas máximas sanciones del ordenamiento, suponen siempre una afectación a alguno de lo de los derechos que forman el catálogo de derechos del ciudadano, cuando se trata de penas preventivas de libertad, derechos fundamentales.

Es por eso que, con carácter general, es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley, con o sin el establecimiento de criterios orientadores.

En este sentido el actual art. 66.1.6 CP., permite a los Tribunales cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, recorra toda la extensión de la pena prevista para el delito concreto de que se trate, debiendo fijar su extensión atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

La individualización corresponde al tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios expuestos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (SSTS 21.11.2007, 390/1998, de 21 de marzo).

También ha de señalarse que, aunque la necesidad de motivación del artículo 120.3 de la Constitución alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la

misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen, -y que no precisa justificación o motivación alguna, STC. 57/2003 de 24.3 FJ.5- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de Ley (STS 1478/2001, de 20 de julio y 24.6.2002).

Por ello este deber de razonar en la sentencia sobre la pena concreta que se impone adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta

■

"...el art. 1.108 establece que cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurra en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses de demora, que tienen por finalidad no el conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial (...) sino de indemnizar el lucro cesante."

■

de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argumentación jurídica alguna al respecto o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, o no existe explicación o justificación alguna sobre las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal para imponer esa pena que supera la mínima que legalmente puede ser impuesta, y no hay datos en la sentencia recurrida de los que pudiera deducirse esa elevación de penas, esto y cuando el Tribunal de casación no puede inferir de los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulnera el principio de proporcionalidad, este Tribunal es quien tiene el deber de suplir este precepto procesal con sus propios razonamientos y ante aquella ausencia de datos la

pena no deberá ser otra que la mínima dentro del mínimo legal. (SSTS. 2.6.2004, 15.4.2004, 16.4.2001, 25.1.2001, 19.4.99).

En esta dirección el nuevo art. 72 CP. reformado por LO. 15/2003, con entrada en vigor el 1.10.2004, ha introducido en el Texto punitivo la necesidad de motivación, señalando que los Jueces y Tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta. Se trata pues, dice la STS. 1099/2004 de 7.10, de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley (art. 849 LE-Crim.), pero su inexistencia no determina la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente".

En definitiva la jurisprudencia ha declarado la posibilidad de subsanar la falta u omisión de motivación, resolviendo directamente la cuestión, cuando se trata de la individualización de la pena, presionando de esta forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siempre y cuando las circunstancias a tener en cuenta están expresadas en la propia resolución de que se trate (SSTS. 31.3.2000, 21.1.2003, 30.6.2004, 10.7.2006).

En el caso presente los hechos probados respecto a este recurrente constituyen un delito continuado de falsedad en documento mercantil previsto y penado en los arts. 390.2 y 3 y 392, en concurso medial con un delito continuado de estafa previsto y penado en los arts. 248, 250.1.3º y 6º del CP.

Las penas mínimas que corresponderían a cada delito por separado serían, en cuanto a las privativas de libertad, para el delito continuado de falsedad: 1 año y 9 meses prisión -límite mínimo de la mitad superior pena art. 392 (6 meses a 3 años), y para el delito continuado de estafa: 3 años y 6 meses prisión (límite mínimo mitad superior pena art. 250.1 (1 a 6 años prisión), esto es, un total de 5 años y 3 meses prisión, pena que sería superior a la que correspondería aplicando lo dispuesto en el art. 77.2 CP: mitad superior pena prevista para la infracción más grave delito continuado estafa, que sería en su límite mínimo: 4 años y 9 meses prisión.

Siendo así en la concreta individualización de la pena nos moveríamos en un marco penológico a 4 años y 9 meses a 6 años prisión -mitad superior de la mitad superior-. La Sala ha impuesto la pena máxima,

valorando el relevante papel desempeñado por este recurrente en la mecánica comitiva, la importante cantidad defraudada 816.100,97 E, -180.600,72; 285.500,25; y 350.000 E-, y que los tres hechos individualmente considerados superan por sí solos, el límite cuantitativo de 36.000 E establecido por la jurisprudencia para la aplicación del subtipo agravado del art. 250.6 CP, y la concurrencia, además, de otro subtipo agravatorio del núm. 3 del mismo precepto que debe operar como factor de la individualización de la pena.

Consecuentemente existen en la causa datos suficientes para considerar adecuada y proporcionada a la gravedad de los hechos la pena impuesta.

(...)

Recurso interpuesto por Bankinter

DECIMO NOVENO.- El motivo primero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por haberse infringido el art. 120.3 CP. aplicable para determinar la existencia de la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria.

Se señala en el motivo que no puede entenderse cumplido el requisito exigido en dicho art. 120.3, que requiere para que una persona natural o jurídica titular del establecimiento en el que hubiera cometido el delito o falta sea declarada responsable civil subsidiario que quien lo dirija, administre o sus dependientes o empleados haya infringido los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que sin éste no se hubiera producido dicha infracción. Con base en nuestro ordenamiento jurídico penal y civil, al que debe acudir para la determinación de la responsabilidad civil, y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no puede entenderse que hay incumplimiento de normas o disposiciones de policía si no existe negligencia de Bankinter, ni se precisa cuáles han sido las normas, disposiciones o reglamentos infringidos, sin que exista en la exposición de hechos probados mención alguna que sirva para fundar la negligencia de Bankinter.

El art. 120 CP. recoge los supuestos generales de responsabilidad civil subsidiaria concebida en defecto de la responsabilidad civil directa inherente a la criminal del acusado, es decir, se trata de una responsabilidad civil de "segundo grado", solo efectiva ante el fracaso en la exigencia de responsabilidad al genuinamente obligado.

La responsabilidad civil subsidiaria aplicada en la sentencia lo es al amparo del art. 120.3 CP., precepto éste -no dice la STS. 229/2007 de 22.3 y 768/2009 de 16.7-, mucho más amplio que los artículos 21 y 22

del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distinga entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus -principales- (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", o la "culpa in operando", que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad ("cuius commoda eius incommoda"), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal, que dispone: "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción".

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes:

a) Que se haya cometido un delito o falta.

b) Que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión.

c) Que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad", debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros).

d) Que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual.

e) Que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS. 1140/2005 de 3.10, 1546/2005 de 29.12, 204/2006 de 24.2, 229/2997 de 22.3).

Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del "hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción". Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de apropiación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria a que atiende el art. 120.3 CP. parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse perpetrado un delito o falta generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa. La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (art. 116 CP.). Comprobados cuantos requisitos condicionan la responsabilidad antedicha, subseguirá el pronunciamiento declarativo de la misma, condenando a la persona natural o jurídica considerada como titular del establecimiento en cuya sede tuvo lugar el hecho criminal. Condena cuya efectividad se halla subordinada a la insolvencia del autor material. Los responsables civiles subsidiarios son tales "en defecto de los que lo sean criminalmente". La expresión "personas naturales o jurídicas" es eminentemente amplia y abarcadora: cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella.

El art. 120 CP. proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido "no se hubiera producido sin dicha infracción". Más debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un

tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatar una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso

■
"La deuda, en este caso la obligación de resarcimiento, surge, es cierto, de los hechos delictivos causantes del perjuicio, pero ocurrirá que, en ocasiones, esa cantidad no puede concretarse hasta el pronunciamiento judicial que, declarando la existencia del delito (naturaleza declarativa de la Resolución), condena al pago de la cantidad correspondiente (aspecto constitutivo de la misma)."
 ■

cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad.

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor

por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la "culpa in eligendo" y en la "culpa in vigilando", como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil. No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28.11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (v. art. 4.1 C.C.), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. art. 4.2 C.C.).

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS. 9.2.2004); y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

En este sentido la STS. 615/2001 de 12.4 hemos dicho que la infracción de reglamento incluye incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros, siendo evidente la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un cheque o pagaré cuya firma, es falsa, debido a que sólo está autorizado a pagar los cheques emitidos por el librador y, por aplicación del art. 1162 CCivil, el librado que paga un cheque falso incumple el contrato de cheque y tiene que repetir el pago mal hecho; por cuanto la diligencia exigible a una entidad bancaria no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al librado como Banco, co-

mercante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se les exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos (STS. Sala 1ª 9.2.98).

VIGÉSIMO.- En el caso sometido a nuestra consideración casacional es evidente que el delito se comete en el ámbito de un establecimiento, en este caso mercantil una entidad bancaria en donde se llegan a cobrar el cheque y los dos pagarés falsos (con firma falsificada imitando la de su titular) sin comprobación adecuada por parte de los empleados del Banco de las firmas.

Respecto del cheque núm. 000 por importe de 350.000 E y datado el 9.7.2004, expedido al portador, fue presentado al cobro por la acusada María Esther el 19.8.2004, empleada de la entidad libradora, pero sin firma apoderada de la misma, quien habría llamado el día anterior a la sucursal de Bankinter, sita en el Paso de la Castellana núm. 29 de Madrid, avisando que iba a presentar al cobro el referido cheque librado contra la cuenta correspondiente 01280010900105484634.

Los empleados del Banco, no realizaron indagación alguna en relación a la firma, fiándose de las explicaciones de la acusada de que actuaba por cuenta del Sr. Vicente, socio, Presidente y Consejero Delegado de la entidad libradora del cheque y aparente firmante del documento, a pesar de estar librado al portador y la cuantía, realmente, considerable del mismo (350.000 E), y permitieron, además, que fuera otra persona, súbdita colombiana, sin residencia legal, quien firmara al dorso del cheque aparentando así ser quien, como tenedora legítima, lo presentaba al cobro cuando la persona que materialmente recibió su importe fue la acusada María Esther, no obstante carecer de fondos la cuenta corriente contra la que había sido girado, al autorizarse su pago por el Departamento de Riesgos de Bankinter, mediante compensación con fondos existentes en la cuenta corriente de crédito núm. 0180010-97-05005598 04 que Arcona Ibérica SA, tenía abierta en la misma entidad Bancaria, sin pedir conformidad alguna a aquella.

Respecto al pagaré nominativo a nombre de Ochoa de Olza SL. núm. 2531836.5, de fecha 14.7.2004 e importe de 180.600,72 E, y el pagaré nominativo a nombre de Castrejón Develops SL. núm. 2632464 de fecha 1.7.2004, e importe 285.500,20 E fueron cobrados a través de la Cámara de Compensación contra la cuenta de crédito 01280010.97.0500569804 a Arcona Ibérica SA, los días 15.7 y 4.8.2004, respectivamente por el acusado Luis

Ángel administrador único de las entidades a cuyo favor aparecían libradados.

Que el pago se efectuara por este sistema de Cámara de Compensación no excluye la obligación de comprobación de las firmas por el departamento correspondiente y no altera esta conclusión pues la Circular 11/1990 de 6.11 del Banco de España al regular los intercambios que operan, parte de cheques y pagarés de cuenta corriente que satisfagan los requisitos establecidos en la legislación vigente, añadiendo la norma cuarta en su apartado 9.3 que en el caso de los documentos truncados, los documentos originales deberán quedar, a disposición de la entidad libradora quien podrá reclamar la entrega de los documentos originales, contemplándose responsabilidad de las entidades por las operaciones realizadas mediante este sistema.

Comprobación de la firma que es un requisito esencial en el percibo de cheques -y pagarés-, que ha sido desarrollado por diversas normas y circulares, como la Circular 11/90 de 6.11 del Banco de España, antes referida y la Circular del mismo Banco núm. 1 de 25.2.94, y también indirectamente resulta del Real Decreto 925/95 de 9.6, sobre determinadas medidas de protección del blanqueo de capitales, sin perjuicio de ser una norma de cuidado de elemental observancia cuando el cobro de cheques al portador se trata (STS. 12.4.2002).

VIGÉSIMO PRIMERO.- El motivo segundo por infracción de Ley, infracción del art. 156 de la Ley Cambiaría y del Cheque, al que se remite la Sala de instancia para condenar a Bankinter como responsable civil subsidiario.

Se argumenta en el motivo que dicho art. 156 solamente es aplicable al cheque y no al resto de efectos mercantiles que se recogen en dicha Ley especial por lo que no podría aplicarse como fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria en relación con el importe de los pagarés mencionados en los hechos probados sino solamente en relación con el importe del cheque identificado en los mismos.

Asimismo, de los hechos probados se deduce que la entidad libradora ha incurrido en negligencia, de tal forma que excluye la aplicación de dicho artículo al supuesto que nos ocupa.

Como regla general, el art. 156 de la vigente ley Cambiaría y del cheque 19/85 de 16.7, hace recaer la responsabilidad en el pago de cheques falsos o falsificados sobre la entidad crediticia. Responsabilidad que conforme a los arts. 306 y 307 Código Comercio y arts. 1766 y 1101 a 1105 Código Civil, la jurisprudencia ya venía y sigue atribuyendo a dichas entidades conforme a unos razona-

mientos que perfectamente pueden aplicarse a los pagarés, dada la similitud de ambos títulos cuando los pagarés actúan como documentos de disponibilidad de los fondos de la cuenta, es decir, cuando el pagaré pierde la naturaleza de simple documento de giro que le confiere la definición descriptiva que hace de él el art. 94 de la Ley Cambiaría y del Cheque y añade, como un importante componente, un mandato de pago dirigido a un tercero depositario de los fondos, en este caso a la entidad bancaria, asumiendo así de facto las funciones del antiguo cheque postdatado, desaparecido por el art. 134 de la antedicha Ley, máxime cuando se extienden al igual que los cheques en impresos previamente elaborados por la Entidad crediticia especialmente extendidos para evitar fraudes y dotar de confianza al tráfico mercantil, como la clase de papel, la numeración correlativa, el número de cuenta contra la que se giran previamente impreso y finalmente los controles legales por ordenador que se sitúan en su base.

Por lo tanto la inversión de la carga de la prueba que realiza el art. 156 es plenamente aplicable al caso que nos ocupa por analogía, ya que no nos hallamos ante un simple pagaré, como hemos dicho sino ante unos verdaderos mandatos de pago dirigidos a una entidad bancaria para que entregue a un tercero parte de los fondos en ella depositados.

Siendo así este precepto dispone:

“El daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques o hubiere procedido con culpa”. Este artículo tipifica un especial supuesto de responsabilidad profesional, en este caso del tráfico bancario, que se independiza de la diligencia en concreto observada por el empleado que recibió el cheque y autorizó su pago, con el consiguiente cargo en la cuenta del librador, pues el texto legal no hace depender de tal circunstancia la responsabilidad de la entidad libradora, resultando por tanto indiferente el grado de perfección alcanzado en la falsificación y la pericia de aquél en depósito y pago, por orden del titular de la cuenta o depositante, del dinero ajeno, de la cual solo quedan exentos cuando demuestren que ese ha sido negligente en la custodia del talonario del cheque o que se ha procedido con culpa.

Matiz cuasi objetivo que no es sino fruto del negocio ejercido y medios que para su correcto desarrollo han de procurarse la entidades crediticias en correlación a la seguridad que exigen sus clientes, de ahí que los efectos derivados de la carencia de los medios técnicos adecuados para detectar las alteraciones o falsificaciones de los cheques originales o en su falta de utilización en un caso concreto, hayan de imputarse a las entidades bancarias libradadas.

tarse a las entidades bancarias libradadas.

Estamos en presencia, en definitiva, de una responsabilidad cuasi objetiva para el librado, con presunción de culpa civil, basada en el criterio del riesgo profesional, y por tanto de un especial deber de garantía que la Ley impone a las personas directoras del establecimiento por su omisión de impedir la comisión de delitos o faltas, de efectos no penales, sino exclusivamente patrimoniales, sin que como ya hemos indicado -sea necesario precisar la persona física infractora del deber legal o reglamentario, con tal que se encuentre dentro del círculo de la actividad que resultó insuficiente para impedir la consumación delictiva y en el ámbito especial de su dirección y control.

La aplicación del art. 156 procederá en cualquier caso en que el mandato de pago haya sido manipulado bien falsificando la firma (falso), bien manipulando su contenido tras ser firmado (falsificado). Pues lo que se pretende es trasladar a la entidad de crédito la responsabilidad en cualquier supuesto en que sea cual sea el medio empleado, se disponga de fondos que custodia mediante engaño, aparentando orden del depositante.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En el caso examinado el recurrente Bankinter mantiene la inaplicación de dicho precepto en base a que Arcona Ibérica y sus apoderados tuvieron un comportamiento claramente negligente que se deriva de los propios hechos probados por cuanto la acusada María Esther, pese a no trabajar en el Departamento de Contabilidad se apoderó de los cheques y pagarés, que se encontraban en un cajón sin cerrar al que todos los empleados podían acceder, sabiendo donde se encontraban los cheques y la llave del cajón. Asimismo destaca un elemento fáctico que considera fundamental cual es que la primera sustracción de los pagarés debió hacerse antes del 14.7.2004, momento en que el primer pagaré por importe de 180.600,72 E fue ingresado en la cuenta que la entidad Ochoa de Olza tenía abierta en el BBVA en la oficina de la calle Serrano de Madrid, pagaré que fue cobrado el día 15.7.2004. Posteriormente el 3.8.2004 se presentó otro pagaré nominativo al cobro por importe de 285.500,25 E, que se cobró en metálico el 4.8.2004 en la Agencia núm. 2 de Bankinter en Pamplona por el coacusado Luis Ángel, y no obstante ello hasta el 4.9.2004, momento en que se formula la ampliación a la denuncia, no fue consciente del hurto y cobro de aquellos pagarés de una cantidad total de 466.100,97 E, siendo por tanto clara la falta de diligencia y control de los distintos pagos por parte de esa Entidad.

Argumentación que deviene inaceptable. En el relato fáctico se consigna que la acusada María Esther, trabajaba en julio 2004 para la enti-

dad Arcona Ibérica SA, como ayudante del Director de Expansión de la empresa D. Jon, llevando la cartera comercial de "clientes de grandes cuentas", función que desempeñaba desde dos años antes.

De la citada entidad era Socio, Presidente y Consejero Delegado Vicente.

Asimismo se señala que "En fechas no determinadas pero anteriores y próximas al 14 de julio de 2004, la acusada, aprovechando un descuido en el departamento de contabilidad donde se encontraban y rellenaban los talonarios de cheques y pagarés, departamento que era llevado por el otro socio y Consejero Delegado Sr. Nicanor, se apoderó de tres pagarés en blanco de la serie PE, con números 2.513. 836.5, 2.632. 435-3 y 2632. 469-2, todos de la cuenta corriente que Arcona Ibérica, S.A. tenía abierta en la entidad Bankinter, S.A. sucursal del Paseo de la Castellana, núm. 29, con número 0128-0010-97-0500559804.

Del mismo modo, en fecha no determinada, pero anterior al día 19 de agosto de 2004, la acusada se apoderó de un cheque en blanco del talonario que Arcona Ibérica, S.A. tenía y correspondiente a la cuenta corriente 0128-0010-90-01054 84634, abierta en la misma entidad bancaria y sucursal antes citada".

Del anterior relato fáctico no se aprecia la existencia de negligencia por parte del librador obstativa a la aplicación del art. 156 Ley cambiaria:

-Que la acusada, autora de la sustracción del cheque y pagarés, no trabajaba en el Departamento de contabilidad, no suponía obstáculo para que dada su condición de empleada de la entidad, pudiera ocasionalmente tener acceso al citado departamento, sin que su presencia fuera reveladora de sospecha o indicio de una posible actividad delictiva.

-El cheque fue abonado el día 19.8.2004, y la denuncia por tal hecho presentada a los dos días, 21.8.2004, por lo que resulta evidente que no hubo falta de control y diligencia por parte de la denunciante.

Y respecto a los pagarés cobrados el 15.7 y 4.8.2004, los hechos acaecieron en fechas estivales, aprovechando las vacaciones de la mayor parte de los empleados de la entidad, entre ellos, los responsables de contabilidad, tratándose de pagarés no correlativos y entresacados de los talonarios con la finalidad de que su sustracción no fuese detectable de forma inmediata, por lo que la posible falta de diligencia sería, el no haber detectado el cobro de los mismos, hasta la ampliación de la denuncia operada el 4.9.2009, esto es, un mes posterior al último abono,

lapso de tiempo que estaría en parte justificado por tratarse del mes de agosto y porque la primera noticia que Arcona tuvo de pagos ilícitos fue consecuencia del abono del cheque el día 19.8.2004, falta de emergencia que, en todo caso, sería posterior a la negligencia del Banco y que, por tanto, no afectaría a la misma.

-Y por último con referencia al apoderamiento del cheque y pagarés por parte de la acusada, aun admitiendo que se encontrasen en un cajón del Departamento de contabilidad, ello no denota una infracción relevante de las medidas de seguridad en relación a la custodia de los mismos por su titular por cuanto el cajón de la mesa de un despacho propio no es precisamente un lugar de perfecto alcance y accesibilidad para cualquiera.

El motivo por lo expuesto se desestima.

(...)

Recurso interpuesto por Arcona Ibérica SA.

VIGÉSIMO QUINTO.- El motivo único al amparo del art. 849.1 LE-Crim . por infracción de Ley de los arts. 109.1 y 110 CP. por cuanto si bien la sentencia condena solidariamente a los tres procesados María Esther, Roberto y Luis Ángel, a indemnizar a la recurrente respondiendo la entidad Bankinter SA, con carácter subsidiario, al cuantificar el importe de los daños y perjuicios se limita al pago de las "cantidades debidamente abonadas y apropiadas por los acusados, esto es 816.100,97 E más el interés previsto en el art. 576 LECivil, pero sin conceder los intereses legales desde el 19.8.2004 (fecha de pago del último efecto falsificado), con el argumento contenido en el auto de 6.5.2009 de que no se estableció una condena al pago de los intereses contados desde la fecha de apropiación de la misma hasta la de la resolución " porque si bien es cierto que la entidad perjudicada no ha podido disponer de la misma los perjuicios irrogados por dicha privación de uso no han quedado acreditados", cuando la indemnización de perjuicios que prevé el art. 110 CP , tratándose de dinero viene siendo pacíficamente interpretada por la jurisprudencia como el interés legal del mismo, en virtud de la aplicación del art. 1108 CCivil , tratándose de perjuicios establecidos "ex lege" que no precisan por ello, prueba y cuantificación.

Este tema ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala casacional SSTs. 394/2009 de 22.6. 605/2009 de 12.5, que parte de las siguientes premisas:

a) La acción civil "ex delicto" no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so

pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la L.E.Cr. y 109-2 C.Penal).

b) Las obligaciones civiles "ex delicto" no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia), sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios.

c) Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 C.Civil).

"La distinción entre ambas clases de intereses se reitera en la jurisprudencia del Orden Civil, diferenciando entre los intereses moratorios del art. 1.108 en relación con el 1.101 C.c., de los intereses sancionadores, punitivos o procesales del art. 921 L.E.C."

d) Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractuales o legales que procedan.

En este caso la restitución del principal en concepto de "damnum emergens" deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el "lucrum censans" o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios.

e) En toda reclamación judicial civil, de una cantidad proveniente ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasicontrato, ora de un delito (caso de reclamación separada: art. 109-2 C.P .) o de actos y omisiones en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 del C.Civil , esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora.

Quedarían a salvo los intereses moratorios imperativamente impuestos por la Ley (v.g. accidentes viarios: Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado).

f) La Sala 1ª del T.Supremo, hace pocos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo "in illiquidis non fit mora", entendiendo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación. Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de delimitación (SS. T.S. Sala 1ª núm. 88º de 13-octubre-1997; núm. 1117 de 3-diciembre-2001; núm. 1170 de 14-diciembre-2001; núm. 891 de 24-septiembre-2002; núm. 1006 de 25-octubre-2002; núm. 1080 de 4-noviembre-2002; núm. 1223 de 19-diciembre-2002; núm. 821 de 11-septiembre) que precisa que "si bien es cierto que la jurisprudencia, en aplicación de la regla "in illiquidis non fit mora", mandaba desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora (artículos 1100 y 1108 del Código Civil) cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los podía generar era inferior a la reclamada en la demanda, considerando, por lo tanto, que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del debitum convertía en necesario un proceso para liquidarlo y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia, no menos cierto es que dicho criterio fue paulatinamente abandonado para dar paso a otro conforme al cual se rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardo de continua referencia, centrándose en la valoración de la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama.

Las razones que abonan semejante cambio de orientación jurisprudencial son de diverso orden, y van desde la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, unida a la natural productividad del dinero, hasta la constatación de la existencia de la diversidad de grados de indeterminación de las deudas, y la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa -que había sido negada respecto de quien ignoraba lo que realmente debía: non potest improbus videri, qui ignorat "quantum" solvere debeat, Digesto 50.17.99-, pasando por la comprobación empírica de que los indicados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que, según recuerdan las Sentencias de 9 de febrero y de 2 de julio de 2007 -con cita de otras anteriores- le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada.

Esta nueva orientación jurisprudencial se recoge, entre las más re-

cientes, en la Sentencia de 19 de mayo de 2008, en la que se destaca el sometimiento de la regla “in illiquidis non fit mora” al canon de razonabilidad en la oposición para decidir acerca de la procedencia de condenar o no al pago de intereses y para la concreción del término inicial del cómputo del devengo.

Tal como precisa dicha Sentencia, recogiendo los términos de la de 16 de noviembre de 2007, este moderno criterio da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y las demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación de las circunstancias del caso enjuiciado.

Y la STS. Sala 1ª 387/2009 de 12.6 que precisa como “la doctrina jurisprudencial se ha orientado, con carácter general, en el sentido de que el brocardo “in illiquidis non fit mora”, utilizado para supuestos muy variables, pero, singularmente, referentes a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta su determinación mediante la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado por la posición de esta Sala, que ha introducido importantes matizaciones en la aplicación de la citada regla jurídica, las cuales hacen mención a la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino sólo meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es manifestar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad pecuniaria que, con anterioridad, ya le pertenecía y debía haber sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos de éste exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuere menor que la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial (entre otras, SSTS de 11 de marzo de 2002, 25 de enero y 31 de marzo de 2003, 20 de mayo y 30 de noviembre de 2004)”.

g) No deben confundirse en ningún caso los intereses moratorios propiamente dichos (daños y perjuicios) que contempla el art. 1108 del C.Civil, y los recogidos en el art. 921 de la L.E.Civil (hoy art. 576 L.E.C. de 7 de enero de 2000) o intereses de la mora procesal (SS. Sala 1ª núm. 908 de 19-10-95).

Sobre éste último punto, las SSTS. 605/2009 y 304/2005 antes citadas, hacen las siguientes consideraciones:

Dentro del concepto “intereses legales” deben diferenciarse los “intereses procesales” a que se refiere el art. 576 L.E.C., de los llamados “intereses moratorios”, que se regu-

lan en los arts. 1.108, 1.100 y 1.101 C. Civil. Los primeros, considera la doctrina científica de manera pacífica, tienen su razón de ser en la pretensión del legislador de disuadir al condenado que pretenda con la interposición de recursos, incidentes en la ejecución de la sentencia u otras maniobras dilatorias, retrasar el pago de la cantidad líquida a la que le condena la sentencia. Es decir, estos “intereses procesales” son una suerte de mecanismo de presión destinado a conseguir que el perjudicado quede pronta y totalmente satisfecho en su interés económico, sin que recaigan sobre él los costes de la dilación que supone la interposición y sustanciación de los recursos de apelación y eventualmente de casación. Las características más sobresalientes de estos intereses, es que:

a) Han sido configurados con esta doble finalidad: mantener el valor de aquello a lo que condena la sentencia, de un lado y, de otro, como intereses “punitivos” o “disuasorios” de la interposición de recursos temerarios;

b) Nacen “ex lege”; o, lo que es igual: el supuesto de hecho del que depende su producción es la simple existencia de una sentencia que condena al pago de cantidad líquida;

c) Nacen sin necesidad de que la parte los haya pedido previamente...;

d) Nacen, incluso, sin necesidad de que a ellos condene la sentencia y sin necesidad de que la sentencia sea firme.

Los intereses procesales, cuando no se interponga recurso o cuando el interpuesto sea desestimado, se computan tomando como base la cantidad líquida fijada en la sentencia de primera instancia y el día en que se dictó, hasta la completa ejecución de la misma. El art. 576 L.E.C. no deja margen a la duda: “desde que fuese dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos...”.

El apartado 3 de dicho precepto es, por su parte, sumamente explícito cuando establece que su aplicación se extiende a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que condenen al pago de cantidad líquida, con la sola excepción de las especialidades legales previstas para las Haciendas Públicas.

Ahora bien, otra cosa son los “intereses moratorios”, cuando por ley o por pacto, el condenado a pagar la indemnización sea, además, deudor de intereses moratorios según lo que

establecen los ya citados arts. 1.108, 1.100 y 1.101 C. Civil.

Partiendo de que por disposición legal (art. 1.106 C.C.) la indemnización por daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor; y que en caso de dolo el deudor responde de todos los daños y perjuicios conocidos (art. 1.107), el art. 1.108 establece que cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurra en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses de demora, que tienen por finalidad no el conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial (STC núm. 114/1992), sino de indemnizar el lucro cesante (STC núm. 206/1993 de 22 de junio, y SS.T.S. de 15 de noviembre de 2000, 9 de marzo de 1999 y 18 de febrero de 1998).

La distinción entre ambas clases de intereses se reitera en la jurisprudencia del Orden Civil, diferenciando entre los intereses moratorios del art. 1.108 en relación con el 1.101 C.c., de los intereses sancionadores, punitivos o procesales del art. 921 L.E.C. (SS.T.S. de 18 de marzo de 1993, 5 de abril de 1994, 15 de noviembre de 2000, 23 de mayo de 2001).

Así como los intereses legales “procesales” a que se refiere el art. 576.1 L.E.C. se computan desde que se dicte la sentencia en primera instancia, por expresa disposición del precepto, los intereses moratorios regulados por los preceptos citados del Código Civil se computan desde el día en que el acreedor los reclame judicial o extrajudicialmente, según establece el art. 1.100 C.c., de manera que así como -según dijimos anteriormente- los intereses procesales del art. 576.1 nacen sin necesidad de petición previa del interesado, cuando se trata de intereses de demora deberá producirse una expresa reclamación al respecto. Así lo establecen las SS.T.S. (Sala 1ª) de 30 de diciembre de 1994, 8 de febrero de 2000, 15 de noviembre de 2000, 10 de abril de 2001 cuando declaran que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengan desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala Segunda del T.S. Así, en la sentencia núm. 1.130/2004, de 14 de octubre, decíamos: “La deuda, en este caso la obligación de resarcimiento, surge, es cierto, de los hechos delictivos causantes del perjuicio, pero ocurrirá que, en ocasiones, esa cantidad no puede concretarse hasta el pronunciamiento judicial que, declarando la existencia del delito (naturaleza declarativa de la Resolución), condena al pago de la cantidad correspondiente (aspecto constitutivo de la misma).

Lo que impediría, por mor del principio “in illiquidis non fit mora”, el devengo, desde la fecha de comisión del delito y en todo caso de cualquiera anterior al pronunciamiento judicial correspondiente, de unos intereses que ostentan un carácter evidentemente moratorio, en los términos de las previsiones del artículo 1108 del Código Civil, tendentes a compensar el lucro cesante producido al perjudicado por el retraso en ver íntegramente restituido su patrimonio.

No obstante, en el ámbito civil, tiene proclamado la más reciente Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal (SSTS de 25 de octubre, 4 de noviembre y 19 de diciembre de 2002) que el requisito de liquidez de la deuda abarca también a aquellos supuestos en los que, desde su origen, la cantidad reclamada pueda determinarse, siquiera aproximadamente.

Por ello, cuando nos encontramos ante casos como el presente, en el que ese “quantum” resarcitorio está claramente establecido, por referirse a un delito contra el patrimonio, que originó un concreto desplazamiento patrimonial ilícitamente provocado, la ausencia de pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de delito, a efectos civiles y tal como ocurriría en semejante orden jurisdiccional, no puede determinar la improcedencia del devengo de intereses de mora.

Por lo que, desde este punto de vista, le asiste la razón a la recurrente, en cuanto a su derecho a la percepción de tales intereses, independientemente de los previstos en la norma procesal.

Otra cosa será, sin embargo, la fecha concreta del inicio de su devengo, pues si, de una parte, ésta no debe fijarse en la de la Sentencia de instancia, porque, como se acaba de ver, esos intereses moratorios compensatorios del perjuicio que el transcurso del tiempo ocasiona con el retraso de la satisfacción de lo adeudado, en forma de lucro cesante, nunca han de confundirse, como ha hecho el Juzgador “a quo” (en línea incluso con alguna Sentencia de esta misma Sala como la de 29 de abril de 1998), con los de estricto carácter procesal, que se justifican por la dilación en el cumplimiento del mandato judicial, previstos en el artículo 921 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (hoy 576 de la vigente), de otro lado, también hay que recordar que, según el régimen establecido en el Código Civil, a su vez “Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados...” (art. 109)”.

Por lo que, como quiera que la recurrente no solo interpuso querrela, sino que en la misma ya cifraba... el montante de sus perjuicios, cantidad que exactamente acogió a efectos re-

sarcitorios la Audiencia en la Resolución, ha de entenderse desde la fecha de interposición de la querrela nacida la obligación del pago de los intereses para la condenada obligada al mismo”.

También la ya citada sentencia de esta Sala 298/2003 de 14.3, señalaba” A la luz de tales orientaciones jurisprudenciales y trasladándolas a nuestro caso, no puede prosperar en su integridad la pretensión alegada, al solicitar el devengo del interés (daños y perjuicios) desde la fecha de comisión del delito.

En mora sólo incurrieron los acusados desde el momento de la presentación de la querrela en que se reclaman los daños y perjuicios (aunque sea de forma genérica) ocasionados por el delito.

Si algún acusador particular, se personó sin querrela, constituyéndose en parte como perjudicado, desde la fecha, en que haciéndolo así, interesó la condena de los culpables y la reparación del daño sufrido (escrito de calificación provisional)”.

Las sentencias que se señalan por el recurrente constituyen excepcionales desviaciones que no alteran, en esencia, la doctrina general. Así, por ejemplo STS. 846/2000 de 22.5, situó el arranque del devengo de los intereses moratorios en la fecha de comisión del delito, pero lo determinó así, porque conforme al art. 1100 CCivil, desde ese preciso momento se entendió que comenzó la mora del deudor, acusado y condenado. Las SSTs. 2167/2002 de 23.12, y 790/2005 de 16.6, se referían a supuestos de cantidades entregadas que estaban destinadas a ser invertidas en productos financieros con un interés determinado, por lo que nada obstaba a que por el Tribunal de instancia pudiera entenderse acreditado un perjuicio económico consistente en el interés pactado o, en su defecto, el legal, sobre las cantidades apropiadas desde el mismo momento en que pueda establecerse la realidad de la apropiación, pues desde entonces el perjudicado podía haber percibido el interés que dejó de percibir, precisamente, a causa de la comisión del delito,

Por tanto, no pueden computarse los intereses desde la fecha del delito, sino desde la interposición judicial en que se haga evidente la existencia de su reclamación.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- El caso presente ofrece la particularidad que Arcona Ibérica SA. presentó una primera denuncia el 21.8.2004, en relación al abono del cheque núm. 000 realizado el 19.8.2004 en la oficina principal de Bankinter de Madrid, por importe de 350.000 euros, denuncia cuya lectura permite constatar que Solo fue interpuesta contra María Esther y Antonia, denuncia que fue ampliada el 4.9.2004 al abono de dos pagarés: el núm. 002 por

importe de 180.600,72 E por Bankinter, cargado el 14.7.2004, en la cuenta de la denunciante, tras ser presentado al cobro para su gestión por la Cámara de Compensación, a través del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, y el núm. 003, por importe de 285.500,20 E, presentado al cobro en la oficina núm. 362 del mismo Banco Bankinter en Bilbao, y dirigida adicionalmente contra Luis Ángel y las Compañías de Olza Cars SL. y Castrejón Develops SL, pero sin realizar concreta reclamación de cantidades -ni petición expresa de los intereses moratorios- art. 1100 y 1108 C.Civil, ni dirigir la denuncia contra el coacusado Roberto, ni contra Bankinter como responsable civil subsidiario, tal es así que la propia Arcona Ibérica SA. al impugnar el recurso que interpuso Bankinter contra la providencia del Instructor que no admitió la personación de dicha bancaria, presentó escrito de 30.10.2004, en el que señalaba que “en ningún momento en la denuncia se ha imputado, al menos por el momento, responsabilidad de tipo penal de la referida entidad, sin perjuicio de lo que pueda resultar de la investigación. Y sin perjuicio de que ese incumplimiento de las más elementales cautelas que debe observar una entidad bancaria, puede existir una responsabilidad del tipo civil o mercantil a dilucidar en el oportuno proceso”.

Es cierto que Arcona Ibérica se personó en las actuaciones por escrito de 15.9.2004 y fue tenida por parte por providencia de 21.9.2004, y que por escrito de 22.9 y 30.11.2004, y 16.2, 7.3, 22.4, 10 y 31.5 y 1.6.2005 solicitó que se adoptasen medidas de aseguramiento de las posibles responsabilidades pecuniarias, tal como prevén los arts. 589 y 764 LECrim. pero tales medidas siempre venían concretadas respecto a aquellos denunciados no especificaban cantidades ni conceptos.

Consecuentemente, resulta razonable entender que la primera interpretación judicial contra todos los responsables civiles, directos y subsidiarios, no se produjo hasta el 3.12.2007, fecha del escrito de acusación de Arcona Ibérica.

De cuanto ha quedado expuesto se desprenden las conclusiones siguientes:

a) Respecto a los intereses procesales que establece el art. 576.1 LEC. se mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

b) En lo que hace a los intereses moratorios por lucro cesante el cómputo de la cantidad a abonar por los condenados y el responsable civil subsidiario se iniciará, según queda expuesto, desde el día del escrito de la acusación particular Arcona Ibérica SA. 3.12.2007, al no haber existido reclamación por dicho concepto, judicial o extrajudicial, con anterioridad.

Por consiguiente, el motivo debe ser estimado parcialmente, casando la sentencia recurrida y dictándose otra por esta Sala en la que corrija el “error iuris” en que incurrió el Tribunal en este punto concreto.

VIGÉSIMO OCTAVO: Las costas procesales se imponen a los recurrentes María Esther, Roberto y Bankinter, al desestimarse sus recursos y se declaran de oficio las correspondientes a Luis Ángel y Arcona Ibérica SA. (art. 901 LECrim.).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por María Esther, Roberto y Bankinter, contra sentencia de 20 de marzo de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, condenando a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por Luis Ángel y Arcona Ibérica SA. contra la mencionada sentencia, dictándose nueva sentencia más conforme a derecho con declaración de oficio de las costas de sus recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de abril de dos mil diez.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Pamplona, y fallada posteriormente por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pamplona; y que fue seguida por delito continuado de apropiación indebida, contra Roberto, nacido el día 1 de mayo de 1972 en La Coruña, hijo de Luis y de Pilar, con D.N.I. núm. 004, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en libertad por esta causa, con domicilio en Egües (Navarra), calle direccion000, núm. 005; Luis Ángel, nacido el día 13 de abril de 1970 en Pamplona, calle direccion001, n. núm. 006 - núm. 007 núm. 008, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, con D.N.I. núm. 009; Antonia nacida el día 16 de septiembre de 1971 en Cali

(Colombia), hija de Jaime Antonio y de Ana, con pasaporte colombiano núm. 010, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, con domicilio en Torrejón de Ardoz, calle direccion002, núm. 011 - núm. 012 núm. 013; y las entidades Bankinter SA. y Arcona Ibérica SA.; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior sentencia casacional, la pena correspondiente a Luis Ángel será 4 años y 9 meses prisión y multa de 10 meses y 15 días con cuota diaria de 3 E, y debemos condenar a los acusados y a Bankinter como responsable civil subsidiaria a los intereses moratorios, junto a los de ejecución establecidos en el art. 576 LEC, operación que se llevará a cabo en ejecución de sentencia (art. 115 CP.), desde el 3 diciembre 2007 fecha en que se produjo la interposición judicial con la presentación del escrito de acusación de Arcona Ibérica SA.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que manteniendo el resto de los pronunciamientos penales y civiles de la sentencia recurrida, debemos de condenar a Luis Ángel a las penas de 4 años y 9 meses prisión y 10 meses y 15 días multa con cuota diaria de 3 E, y a todos los acusados y al responsable civil subsidiario Bankinter los intereses moratorios que en ejecución de sentencia se determinen, previa la formación de incidente contradictorio al respecto con las bases indicadas en nuestra resolución judicial, por lo que se computarán desde el 3 diciembre 2007, fecha escrito acusación de Arcona Ibérica SA. hasta la fecha de la sentencia recurrida y a partir de ésta, conforme a los postulados del art. 576 LECivil.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

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



TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/158828

TC Sala 2ª, Sentencia 19 julio 2010.
Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas

Inadmisión de iniciativas parlamentarias: lesión del derecho a ejercer el cargo parlamentario

El recurso de amparo se dirige contra una serie de resoluciones parlamentarias que inadmitieron diversas iniciativas de los recurrentes, presentadas tanto individualmente como en cuanto Grupo Parlamentario, al entender que se restringen ilegítimamente sus facultades. El TC, que también inadmite el recurso de varios parlamentarios, afirma que en las diversas resoluciones parlamentarias no consta ningún motivo de fondo que justifique la inadmisión de las citadas iniciativas, constituyendo una limitación ilegítima al ejercicio de aquellos derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos y, en consecuencia, del derecho a ejercer la función parlamentaria, así como del derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos.

Formula voto particular el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.



TS CIVIL

2010/145091

TS Sala 1ª, Sentencia 13 julio 2010.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Ejercicio del derecho de opción en tiempo y forma que da lugar a la consumación de la compraventa

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia de apelación que, con revocación de la dictada en primera instancia, condenó a la entidad demandada al otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la parcela litigiosa que había

sido objeto del contrato de opción de compra. Declara el TS que no cabe imputar a la AP ninguna infracción de las normas relativas a la interpretación de los contratos y que el tribunal "a quo", tras valorar la conducta contractual de cada una de las partes, llegó a la conclusión de que la optante ejerció en tiempo y forma su derecho de opción, por lo que está facultada para exigir ahora la consumación del contrato de compraventa, sin que en consecuencia haya caducado o se haya extinguido tal derecho de opción por falta de adecuado ejercicio dentro del plazo establecido, como sostiene la recurrente.



TS PENAL

2010/102579

TS Sala 2ª, Sentencia 10 marzo 2010.
Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

Inaplicación del subtipo agravado referente a centro penitenciario del delito contra la salud pública

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la agravación por razón del lugar respecto del recurrente, ya que es doctrina de la Sala que si la conducta, aunque desarrollada en el interior -o en las proximidades- de un centro penitenciario, no ha comprendido la posibilidad de que la droga tenga acceso al resto de la población interna, por la existencia de medidas específicas de seguridad que hayan abortado tal posibilidad, debe prescindirse de apreciar la mencionada circunstancia.

2010/91567

TS Sala 2ª, Sentencia 8 junio 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Valor probatorio de las declaraciones autoincriminatorias de un imputado en sede policial

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados

contra sentencia que les condenó por delito de terrorismo. Subraya el TS que las declaraciones prestadas en sede policial, asistido de letrado, por un imputado, no pueden ser consideradas, por sí mismas, prueba de cargo, por tratarse de actividad preprocesal, que no ha sido incorporada ni al sumario ni al juicio oral. Ello no quiere decir, sin embargo, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues en el caso de tratarse de declaraciones autoincriminatorias, como es el caso, sí proporcionan datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca, la prueba de cargo se obtendrá a través de esos otros elementos probatorios, que conformarán la convicción judicial, y no estrictamente de su declaración policial.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/153173

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 8 julio 2010.
Ponente: Dª Mª Isabel Perelló Domenech

Suspensión del plazo de caducidad del expediente sancionador por la solicitud de informes que son preceptivos según la Ley del Mercado de Valores

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que se revoca, dictando otra en su lugar por la que se desestima el recurso contencioso administrativo deducido contra la resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda que acordó imponer diversas sanciones por la comisión de dos infracciones tipificadas como muy graves en la Ley 24/1988, de Mercado de Valores, consistente la primera en llevar la contabilidad y registros legalmente exigidos con vicios e irregularidades esenciales que impiden conocer su situación patrimonial y financiera, y la segunda en la remisión de la documentación requerida por la CNMV con retraso de dos días. La Sala considera correcta la doctrina expuesta en la sentencia de contraste de que el art. 42, 5, c) Ley 30/1992, cuya aplicación suple-

toría admiten en procedimientos sancionadores derivados de la Comisión del Mercado de Valores, permite que el plazo máximo legal para resolver un procedimiento se suspenda hasta por tres meses para solicitar informes preceptivos y determinantes, lo que lleva a rechazar la alegación de caducidad del expediente sancionar, por cuanto la solicitud del informe preceptivo ex artículo 97, 1, c) Ley 24/1988, al comité ejecutivo de la CNMV determinó la suspensión del plazo para dictar la correspondiente resolución.



TS SOCIAL

2010/133560

TS Sala 4ª, Sentencia 12 mayo 2010.
Ponente: D. Antonio Martín Valverde

Actualización de complemento de pensión de jubilación de prejubilado

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador prejubilado accionante contra sentencia que rechazó su pretensión frente a la cámara de comercio demandada sobre actualización de complemento de pensión. Explica el Tribunal que el mandato de actualización previsto en la disposición reglamentaria en litigio no supone necesariamente un incremento o elevación, ni menos aun una elevación con arreglo a un índice determinado como el IPC, sino que es el criterio que adopte la autoridad encargada de la elaboración de los presupuestos de la corporación, que es a la que corresponde decidir la cuantía y la forma de la actualización.

2010/145237

TS Sala 4ª, Sentencia 1 junio 2010.
Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Cálculo de la paga extraordinaria de antigüedad de profesores

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó la demanda de conflicto colectivo formulada frente a la Conselleria d'Educació de les Illes Balears sobre cuantía de paga extraordinaria de antigüedad. Señala la Sala que el acuerdo para la mejora de la enseñanza privada concertada suscrito en el caso enjuiciado señala que los importes resultantes de las retribuciones originadas en función de la media de la jornada que se incluirán en la mensualidad, serán los vigentes en las tablas salariales que la administración aplique en el momento del abono de la paga extraordinaria, lo que conduce a la conclusión de que el importe a tener en cuenta, a efectos del cálculo de la paga extraordinaria, es el que la administración estuviera abonando en el momento de abonar la paga extra.