



# 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 2811

Madrid, lunes 29 de marzo de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/321809

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 10 diciembre 2009. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

### Exclusión del impuesto de transmisiones patrimoniales a la constitución de fianza por un empresario

*El TS estima el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid y, respetando la situación jurídica particular derivada de la referida sentencia, fija como doctrina legal la siguiente: "El art. 7, 5 RDLeg 1/1993 vincula la no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del Impuesto por tal operación". La Sala considera que para determinar la tributación de la constitución de una fianza no simultánea a la constitución de un préstamo, debe atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza, y si es empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al IVA, en caso contrario, la operación estará, en principio, sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida abordó en primer lugar el tema de la base por la que se ha girado la liquidación.

"A tal efecto resulta que la parte actora en la vía previa ante el Tribunal Económico Administrativo Regional nada reclamó sobre ella, por lo que ha consentido esa base en la cuantía comprobada por la Administración. Como se puede ver en el expediente de la reclamación económico-administrativa (folios 31 a 34) nada se dice sobre este problema, a diferencia de lo que se dijo en la fase de alegaciones ante la Oficina Liquidadora (folio 21 del expediente de gestión). Ante ello sólo se puede concluir que se trata de una cuestión consentida que no puede ser reabierta ahora en esta sede al no haberse

planteado en la vía previa, sin que el art. 56 de la LJ permita otra cosa que la alegación de nuevos motivos, pero no de nuevos pedimentos, ya que implicaría una desviación por discordancia objetiva entre lo pedido en la vía previa y lo que se pide ahora en la vía judicial".

Por lo que se refiere a si la operación de afianzamiento objeto del litigio está o no sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, y si la parte recurrente es o no sujeto obligado a su pago, el Tribunal dijo lo siguiente:

En primer lugar, frente a lo que sostiene la demanda, no se trata de un supuesto previsto en el art. 15 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, ya que en el acto complejo efectuado en la escri-

tura pública de 26 de abril de 1999 no existe préstamo alguno, sino, como ella misma titula, actos de contragarantía, constitución de prenda y afianzamiento, que se hacen precisamente como consecuencia de un acto previo de aval de la entidad recurrente a una de las entidades firmantes de dicha escritura. Pues bien, aunque en términos hipotéticos se pudiera considerar que la emisión del aval es un préstamo (lo que no es, ya que, jurídicamente, el aval siempre es una obligación accesoria y el préstamo un acto principal,) tampoco sería posible concluir que no tributaría el afianzamiento sino el préstamo, ya que el art. 15 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprobó el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, señala que la constitución de fianzas y de los derechos de hipoteca en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo y el art. 25 del Real Decreto 828/1995, de 29 de abril, que aprobó el Reglamento del citado Impuesto, dispone que la constitución de las fianzas y los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo cuando la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de éste estuviese prevista la posterior constitución de la garantía.

La STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, de 3 de noviembre de 1997 determinó con claridad que el art. 25 del Reglamento es perfectamente válido y lo que hace es interpretar, aclarar y completar lo previsto en el art. 15 de la Ley del Impuesto para evitar "abusos o actuaciones (ostensiblemente no queridas por el legislador) destinadas a burlar el impuesto o a establecer auténticas ficciones". Es evidente que el precepto exige que en el otorgamiento del préstamo estuviese prevista la posterior constitución de la garantía, lo que en este caso no se ha acreditado, con independencia de que no existe préstamo previo alguno. De todo ello cabe deducir que la constitución de la garantía personal mediante el afianzamiento referido ha de tributar por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas al no referirse al supuesto expresamente regulado en el art. 25.

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Necesidad de vista pública y contradictoria en segunda instancia 8

### TS

#### CIVIL

Recepción tácita de la obra por el arrendamiento del edificio a un tercero 10

#### PENAL

Absolución del delito continuado de estafa 12

#### ADMINISTRATIVO

Exclusión del impuesto de transmisiones patrimoniales a la constitución de fianza por un empresario 1

Queja presentada por la titular del registro civil expresando que el fiscal se ha convertido vergonzosamente en un apéndice del Gobierno 3

#### SOCIAL

Valor liberatorio de finiquito determinante de la inexistencia de despido 14

### RS

RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

En segundo lugar, la operación en cuestión parece que, en principio, debe tributar según lo previsto en el art. 7. 1 del Texto Refundido del Impuesto, en relación con el tipo establecido en el art. 11, sin que sea aplicable el art. 7.5 de la misma norma por cuanto el fiador no es empresario o profesional que realice la operación de afianzamiento en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, ya que efectúa esta operación en nombre propio y en el mismo documento en el que también interviene en nombre y representación de otras dos entidades, la avalada por la recurrente y la que constituye la prenda a favor de la recurrente, lo que acredita que su intervención no lo es por razón de su actividad profesional o empresarial.

Sin embargo, lo que se debe tener en cuenta no es la cualidad no profesional o empresarial del fiador, sino la del sujeto pasivo del impuesto. Eso es lo que viene a decir previamente la STS de 18 de enero de 1996 que alega la parte recurrente, donde se puede leer: "... como el art. 4º de dicha Ley dispone que "estarán obligados al pago del Impuesto, a título de contribuyente, y cualquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere...", se deduce que si ponemos en relación ambos preceptos (el art. 3º, apartado 5 y el art. 4º, letra c), habrá de concluirse que (...) el adquirente de los objetos de oro, plata, platino y de joyería, sería en principio el sujeto pasivo del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (art. 4º, letra b), pero como es empresario y dicha actividad constituye acto típico y habitual de su tráfico mercantil, le es de aplicación la norma de no sujeción (el art. 3º, apartado 5 establece que "no estarán sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, las entregas de bienes, las prestaciones de servicios y, en general, las operaciones que constituyan actos habituales del tráfico de las empresas o explotaciones que las efectúen, ya sean industriales, comerciales, agrarias, forestales, ganaderas o mixtas, salvo las entregas o transmisiones y los arrendamientos de bienes inmuebles rústicos o de terrenos sin urbanizar"), por lo que es indubitado que no tributa por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales".

Pues bien, esto es lo que sucede en este caso: el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, tiene por sujeto pasivo

a la entidad recurrente, de acuerdo con el art. 8.e) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por lo que debe ser a ella a la que se debe exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas comprendidas en el art. 7.5 de la misma norma, conforme al cual, no estarán sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas" las operaciones, entre otras de constitución de fianzas, cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, y no cabe duda que el afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario, al que pertenece la recurrente, es una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico. Por todo ello se impone la estimación del recurso.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado interpone recurso de casación en interés de la ley contra la sentencia dictada por la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La cuestión que somete a enjuiciamiento de esta Sala es la correcta interpretación de los arts. 7.5 y 8.e) contenidos en el Real Decreto Legislativo 1/93, de 24 de septiembre, Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en el art. 25 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 828/95, de 29 de mayo.

La aplicación en interpretación de las citadas normas ha realizado la sentencia que se impugna es gravemente dañosa para el interés general y manifiestamente errónea en cuanto que concluye que un afianzamiento otorgado por un particular, no empresario ni profesional, en favor de una entidad financiera, no debería estar sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en la medida en que el afianzado, sujeto pasivo, es una entidad financiera entre cuyos actos habituales y propios de su tráfico empresarial está la prestación de afianzamientos.

La sentencia recurrida entiende que, conforme al art. 7.5 del Texto Refundido, procede la no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en cuanto que la cualidad de

empresario o profesional que determina la no sujeción debe predicarse no tanto del fiador (el particular, en este caso), cuanto del afianzado, ARESBANK, entidad financiera y, por ello, empresarial.

El Abogado del Estado considera que la interpretación señalada que se hace del art. 7.5 pugna abiertamente con el tenor literal del precepto. Se señala en este que "no estarán sujetas al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, regulado en el presente título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

La sentencia recurrida, en base a una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 que cita y cuya doctrina recoge, entiende que no es tanto la cualidad de empresario o profesional del constituyente de la fianza, cuanto la del sujeto pasivo, la que debe tenerse en consideración para aplicar el art. 7.5.

En este caso, pues, siendo así que el sujeto pasivo (ARES BANK) es empresario, estaría no sujeta la fianza constituida por el particular.

El Abogado del Estado señala al respecto que esta doctrina pugna frontalmente con el art. 7.5 cuyo contenido, además de ser claro, armoniza plenamente con los criterios delimitadores entre el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y el IVA.

A juicio del Letrado de la Administración, el deslíz del Tribunal Superior vino condicionado por la sentencia del Tribunal Supremo, que en su Fundamento de Derecho Sexto, además de hacer aplicación de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 21 de junio de 1980, se refiere en concreto a una operación de compraventa —transmisión de bienes— y no a un supuesto de afianzamiento como el que dio lugar a la sentencia que aquí se recurre, y atendiendo sólo al contenido de su Fundamento de Derecho Sexto, lo transcribió y lo generalizó a todas las operaciones sujetas a Transmisiones Patrimoniales de forma tal que, si en el caso contemplado por la sentencia y su aplicación de la Ley 32/80 (art. 5.31 y 4) se imponía la no sujeción cuando el sujeto pasivo era empresario, extrajo la errónea consideración que refiere a la legislación actual aplicada (RDL 1/93) de que lo que determina la no sujeción es la cualidad del sujeto pa-

sivo y no la de quien ha realizado la operación.

En razón a cuanto antecede, el Abogado del Estado interesa la siguiente doctrina legal: "El art. 7.5 del R.D. Legislativo 1/93 vincula la no sujeción al Impuesto a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del Impuesto por tal operación".

TERCERO.- Para la viabilidad del recurso de casación en interés de la ley es preciso, en primer lugar, que la sentencia objeto de recurso sea gravemente dañosa para el interés general.

El requisito del grave daño al interés general debe ser entendido en el sentido de la posible repetición de supuestos iguales al resuelto por la sentencia cuestionada, con el indeseable efecto multiplicador de que pueda eventualmente perpetuarse la doctrina fijada en el fallo y que se considera errada.

El supuesto presentado no constituye en caso aislado o de muy difícil repetición; antes al contrario: constituye una operación habitual y típica del tráfico jurídico —los afianzamientos—, de constante repetición como lo demuestra el hecho de que la fianza constituya uno de los negocios jurídicos objeto de regulación específica y extensa tanto en el ámbito civil como en el mercantil. Hay, pues, que evitar el riesgo manifiesto de que la doctrina contenida en la sentencia recurrida y que se considera errónea, en los términos que se indicará, se generalice.

Por todo ello, lo que trata de conseguir en este caso el Tribunal Supremo es, sin alterar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fijar la doctrina legal que en el futuro habrá de aplicarse a otros supuestos equivalentes que se presenten. Y es razonablemente previsible la reiteración de actuaciones fiscales iguales la que ha sido enjuiciada por la sentencia impugnada.

El recurso promovido por el Abogado del Estado cumple, pues, los requisitos para su admisión.

CUARTO.- Pero es que, además de que la sentencia objeto de este recurso es gravemente dañosa para el interés público, resulta errónea en cuanto hace depender la no sujeción al ITP de la condición de empresario o profesional del sujeto pasivo del Impuesto.

La sentencia recurrida considera que el Impuesto sobre transmisiones Patrimoniales devengado tiene por sujeto pasivo a la entidad recurrente (ARES BANK), de acuerdo con el art. 8.e) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, por lo que debe ser a ella a la que se debe exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas a que se refiere el art. 7.5 de la misma Ley, conforme al cual no estarán sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas" las operaciones que se consideran transmisiones patrimoniales en el art. 7 de la Ley —entre ellas la constitución de fianzas— cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido y —para la sentencia recurrida— no cabe duda de que el afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario, al que pertenece ARES BANK, es una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico.

Es lo cierto, sin embargo, que en el caso que nos ocupa el afianzamiento ha sido otorgado por un particular, que no consta que actuara en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, a favor de una entidad financiera (ARES BANK) que, como acreedor afianzado, era el sujeto pasivo obligado al pago del ITP a título de contribuyente (art. 8.e), no el constituyente de la fianza.

Cuando la fianza no simultánea a la constitución del préstamo la constituya una persona física que no es empresario o profesional en desarrollo de su actividad, la operación quedará gravada por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, de acuerdo con lo previsto en el art. 7.1.b) del Texto Refundido de la Ley del ITP.

La cuestión planteada radica en concretar si la fianza prestada se realizó a título particular o en su calidad de empresario y en desarrollo de su actividad, lo que determinaría la sujeción al ITP o al IVA.

El art. 7.5 del Texto Refundido 1/1993 refiere la no sujeción al ITP al supuesto de que la constitución de fianzas sea realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, sin tener en consideración quien sea el sujeto pasivo del tributo.

La sentencia recurrida parece recoger esta doctrina cuando en el párrafo último de su página 6 dice que la operación en cuestión debe tributar, en principio, según lo previsto en el art. 7.1 del Texto Refundido del Impuesto, sin que sea aplicable el art. 7.5 de la misma norma por cuanto al fiador no es empresario o profesional que realice la operación de

afianzamiento en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, ya que efectúa esta operación en nombre propio y en el mismo documento en el que también interviene en nombre y representación de otras dos entidades, lo que acredita que su intervención no lo es por razón de su actividad profesional o empresarial.

Sin embargo, la sentencia recurrida se desvía en el párrafo siguiente —el primero de su página 7— cuando se inclina por considerar, erróneamente, que lo que se debe tener en cuenta no es la cualidad no profesional o empresarial del fiador o constituyente de la fianza sino la del sujeto pasivo del ITP.

En definitiva, para determinar la tributación de la constitución de una fianza no simultánea a la constitución de un préstamo, debe atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza:

a) Si éste es empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al IVA.

b) Si no concurren ambos requisitos, la operación estará, en principio, sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD.

Con lo que se ha dicho se puede ya concluir que cuando la operación que se realice sea la de constitución de una fianza y ésta haya sido constituida por un particular, no por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, no estaremos en el caso de no sujeción contemplado en el art. 7.5 del Texto Refundido 1/1993 de la Ley del ITP. Por eso consideramos correcta la doctrina legal que propugna el Abogado del Estado de que el art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993 subordina la no sujeción al ITP a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del ITP como acreedor afianzado por tal operación.

QUINTO.- Las consideraciones expuestas justifican la sustancial estimación del recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Administración General del Estado, aceptando como doctrina legal la defendida por el Abogado del Estado.

No procede efectuar imposición alguna de las costas causadas en el recurso.

Por lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCION

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casa-

ción en interés de la Ley interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia, de fecha 21 de diciembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso num. 2675/2003 y, respetando la situación jurídica particular derivada de la referida sentencia, debemos fijar como doctrina legal la siguiente: "El art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/93 vincula la no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del Impuesto por tal operación".

Así lo declaramos a los efectos procedentes, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Publíquese el fallo de la presente sentencia en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el art. 100.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Rafael Fernandez Montalvo.- Juan Gonzalo Martinez Mico.- Emilio Frias Ponce.- Angel Aguillo Aviles.- José Antonio Montero Fernandez.- Rubricados.- Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Juan Gonzalo Martinez Mico, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

2009/332321

TS Sala 3ª, Sección 8, Sentencia 20 noviembre 2009. Ponente: D. José Díaz Delgado

### Inexistencia de responsabilidad disciplinaria Queja presentada por la titular del registro civil expresando que el fiscal se ha convertido vergonzosamente en un apéndice del Gobierno

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Ministerio Fiscal contra acuerdo del pleno del CGPJ por el que en alzada, acuerda el archivo de las diligencias previas y anula el acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria por le que se impuso a la actora dos sanciones.

La Sala considera que la magistrada recurrente no ha inaplicado la ley que posibilita los ma-

trimonios entre parejas del mismo sexo, sino que ha interpretado en cada momento el ordenamiento jurídico de forma razonada, planteando una cuestión de inconstitucionalidad, cuando creía que debía hacerlo, y no permitiendo el matrimonio entre parejas del mismo sexo extranjeras cuya ley nacional no lo permita, por entender de aplicación la ley personal. Afirmada la adecuación al ordenamiento jurídico de la actuación examinada, al margen de que se compartan o no estas resoluciones, la Sala examina las expresiones que en su escrito de queja dirige a la DGRN, y una vez contextualizadas, considera que la referencia en sus palabras a la intención política no hacía sino destacar que era lógica la intención de defender y propagar una ley por quienes la habían impulsado y aprobado. Respecto de las expresiones dirigidas al Fiscal, la Sala comparte los argumentos del acuerdo recurrido en relación con la falta de tipicidad, pues nunca un escrito de queja dirigido al órgano competente para resolverla le es aplicable la jurisprudencia existente relativa a escritos dirigidos y firmados por un magistrado, haciendo constar esta condición innecesariamente para un escrito de opinión o crítica.

Formula voto particular D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aparecen acreditados del expediente administrativo y de estas actuaciones los hechos que se citan a continuación.

El Acuerdo de la Comisión Disciplinaria, partía de los siguientes hechos:

1) Las diligencias informativas núm. 212/06, antecedentes de estas actuaciones disciplinarias, se tramitaron en virtud de denuncia formulada por la Secretaría de Estado de Justicia y la Asociación Contra la Injusticia y la Corrupción con base en expresiones recogidas en el escrito dirigido por la reseñada Magistrado-Jefe al Fiscal-Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en síntesis consistieron en lo siguiente: Que la interpretación realizada por la Dirección General de los Registros "es una interpretación ilegal y sólo movida por intereses políticos y propagandísticos"; que "hasta ahora he soportado una persecución por parte del aparato propagandístico del Gobierno" y que "el Fiscal se ha convertido vergonzosamente en un apéndice de ese mismo Gobierno, al perseguir a quienes impartimos Justicia, no al gusto de quien controla todas las restantes dependencias del Estado".

2) El escrito dirigido al Fiscal-Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana termina solicitando de éste que requiera al cargo 001 de Alicante, D. Juan, para que rectifique y se retracte públicamente de sus declaraciones, por considerar que han puesto en entredicho su honor y profesionalidad.

3) La anterior petición y expresiones contenidas en la carta dirigida al Fiscal-Jefe tuvieron su origen como respuesta a unas declaraciones periódicas del cargo 001 de Alicante, D. Juan, en las que se ponía en tela de juicio la actuación profesional de la Juez y demás circunstancias concurrentes de las bodas entre parejas del mismo sexo, y que la publicidad de sus manifestaciones se hicieron a través de la Oficina de Prensa del Tribunal Superior de Justicia, como órgano de éste.

4) No consta hubiera retraso imputable a la Juez-Encargada del Registro Civil en los expedientes de referencia”.

A estos hechos, y además de lo que luego se dirá respecto a la frase dirigida no al Fiscal, como sostiene la recurrente, sino a un determinado compañero Fiscal, han de añadirse los siguientes que se desprenden del expediente administrativo:

1.- El escrito que dirige la cargo ... D<sup>a</sup> Lorena al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que consta al folio 218 a 221 del expediente administrativo, y que lleva fecha 24 de mayo de 2006, relata su versión de los hechos, indicando que el día 22 de mayo estuvo en el Juzgado la Fiscal que lo tiene asignado preguntando por la situación en que se encontraban los expedientes de matrimonios entre parejas del mismo sexo, pues así se lo había requerido el cargo 001 de Alicante, comunicándole la recurrente que en todos ellos había dictado la resolución definitiva correspondiente e ignoraba el estado de las notificaciones, remitiéndola al funcionario correspondiente.

Según la recurrente, transcurridas unas horas recibió comunicación del Gabinete de Prensa del TSJ de la Comunidad Valenciana en la que se le informaba que el diario Información iba a publicar que tenía paralizados dichos expedientes desde el mes de marzo. Ante eso, según la citada Cargo 000, envió al Gabinete de Prensa un informe que preparó el funcionario encargado del Registro Civil sobre la situación del Juzgado. Al día siguiente se publicaba en tres diarios de Alicante, y en concreto en Información, un artículo firmado por un periodista en el que se dice: “La Fiscalía recurrió la decisión de la juez el 22 de marzo, la Cargo 000 mantiene paralizados desde entonces los dos expedientes. La Juez emitió su informe hace un mes, pero no ha enviado los expedientes a la

D.G.R.N. La Cargo 000, según informaron fuentes del T.S.J., alega que no ha podido remitir todavía los expedientes porque tiene el Juzgado colapsado. La juez, según un informe que la secretaria judicial acaba de elevar a la Consellería de Justicia, está tardando una media de seis meses en mandar expedientes a la D.G.R.N. La portavoz del T.S.J. aseguró que la Magistrado resolverá esta misma semana el problema e insistió en que no los está reteniendo por capricho.

La Fiscalía entiende que todos los extranjeros con residencia fija en España tienen derecho a casarse con independencia de la legislación de su país. Los fiscales consideran que denegar este tipo de bodas es dilatar innecesariamente, aun sabiendo que el Ministerio de Justicia va a corregir esta decisión. La Dirección General resuelve con rapidez este tipo de recursos”. La recurrente justifica después la normal tramitación de los expedientes, y hace constar que precisamente el retraso se produce ante la Dirección General de Registros y Notariado. Finalmente considera que cuando el Cargo 001 afirma, en unas palabras que se le atribuyen en la misma página, que “es una barbaridad que no envíe los expedientes porque afectan a un derecho fundamental. Ella solo tiene que meterlos en un sobre y enviarlos a Madrid. El retraso es intolerable”, entiende que comete una calumnia pues le esta imputando un delito, en cuanto insinúa que retiene a sabiendas los expedientes, lo que supone que dolosamente o por omisión no cursa personalmente el correo, lo que no le corresponde; o que ha dado ordenes al personal para que se retenga. Igualmente sostiene que cuando el Cargo 001, reproduciendo el contenido de su recurso considera que resuelve en un sentido determinado para dilatar el procedimiento, cuando la Dirección General lo revocará indefectiblemente, entiende que también le imputa un delito.

Tras otras consideraciones sobre la no sujeción a las instrucciones administrativas, hace constar que ha soportado cuantos artículos de prensa han criticado su actuación, “pero este caso me indigna especialmente al proceder de un compañero del Ministerio Fiscal, que se convierte vergonzosamente en un apéndice de ese mismo Gobierno, al perseguir a quienes impartimos Justicia no al gusto de quien controla todas las restantes dependencias del Estado”. Termina la recurrente solicitando del Fiscal Jefe que requiera a su subordinado, Cargo 001 de Alicante, de modo que rectifique y se retracte públicamente de sus declaraciones; añadiendo que “en caso contrario, al haber sido puesto en entredicho mi honor y mi profesionalidad, me verá obligada a emprender acciones legales”.

2.- Al folio 222 del expediente administrativo figuran las declaracio-

nes del Cargo 001 de Alicante en las que se dice que no da crédito a que la juez mantenga bloqueados en el juzgado el recurso de la Fiscalía de los dos expedientes matrimoniales de los casos anteriores a pesar que hace un mes que cerró los expedientes con su informe(...), “es una barbaridad que no envíe los expedientes porque afectan a un derecho fundamental. Ella solo tiene que meterlos en un sobre y enviarlos a Madrid. El retraso es intolerable”. El Cargo 001 anunció que dará cuenta al Consejo General del Poder Judicial del retraso de la juez en cumplimentar un trámite burocrático porque “es un disparate que lesiona derechos básicos”. El recurso de la Fiscalía advertía de que el auto de la juez que impedía las bodas de extranjeros pecaba de “realismo jurídico” al dilatar la celebración del enlace “a sabiendas de que la Dirección General lo revocará indefectiblemente”.

3.- Con fecha de entrada 5 de junio de 2006, la Asociación contra la Injusticia y la Corrupción, AINCO, se adhiere a la denuncia presentada por el Ministerio de Justicia. No consta después ninguna actuación de esta Asociación.

4.- Al folio 284 consta escrito de la Directora de Comunicación del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el que a requerimiento del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial envía copia de lo publicado el 23 de mayo en distintos periódicos alicantinos y del escrito remitido por D<sup>a</sup> Lorena al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia y que fue difundido, a petición de la Cargo 000 por el Gabinete de Comunicación, en esa comunicación añade dicha Directora de comunicación del TSJ de Valencia, que las primeras publicaciones fueron alentadas por el Cargo 001 de Alicante, quien trasladó a los medios de comunicación la información de la supuesta paralización de expedientes de matrimonio de parejas del mismo sexo, información que ambos medios de comunicación contrastaron con el Gabinete de Comunicación del TSJCV, quien a su vez lo hizo con la cargo 000 de la localidad D. Y señala que no es la primera vez que el Cargo 001 de Alicante “anima” a la prensa a espolear a D<sup>a</sup> Lorena.

5.- Al Folio 300, consta la resolución de la denuncia presentada contra el Cargo 001 por la cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena, el Decreto del Excelentísimo Sr. Fiscal Inspector de 24 de julio de 2006, por el que se ordena el archivo de las diligencias, por entender que de la lectura del artículo no se desprende que fuera promovido por el Cargo 001, debiendo responder solo de sus declaraciones y no de la opinión del periodista, ni que este acusara a la titular del Juzgado de haber retenido a sabiendas unos expedientes para impedir su resolución por la Dirección General de los Registros, manteniendo en esencia que se había

limitado a exponer a los ciudadanos la situación de los expedientes, sin ninguna intención de desprecio hacia la Juez, lo que hace que falte el elemento de tipicidad del artículo 63.3 y 4 del Estatuto del Ministerio Fiscal.

6.- Por escrito de fecha de 2 de junio de 2006, la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena, se dirige al Servicio de Inspección del Poder Judicial para informar acerca de la queja presentada por el Secretario de Estado de Justicia en relación con el escrito dirigido al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia con fecha 25 de mayo de 2006, donde manifiesta en esencia que el escrito no es sino una queja relativa a las declaraciones del Cargo 001 de Alicante junto a un artículo en el que se decía que la referida Cargo 000 se oponía a la celebración de matrimonios entre personas extranjeras del mismo sexo. Allí explicaba dicha Cargo 000 que consideraba que una Instrucción sobre interpretación y aplicación de la Ley emanada de un órgano administrativo, en su opinión contraria a la Ley, no puede vincular a un Juez o Magistrado, y como en este caso dicha interpretación entendía que vulneraba las normas del Derecho Internacional Privado, la consideraba ilegal, debiendo a tenor de lo dispuesto en el artículo 117.1 de la Constitución aplicar la ley.

Que en cuanto a los intereses o finalidad que pueda mover tal interpretación efectuada por la Dirección General de Registros y Notariado se trata de una apreciación personal, deducida de la vinculación jerárquica del órgano con el Ministerio de Justicia, que promovió la iniciativa legislativa, y solicitaba que los hechos fueran valorados como retorsión a la imputación que le hacía el Cargo 001. Que en cuanto a la persecución por parte del aparato propagandístico del Gobierno, se refiere a los medios que apoyan su política legislativa y que le habrían ocasionado grandes perjuicios personales, pero que en ningún momento ha intentado decir que el Gobierno tenga un aparato propagandístico, sino que son los medios los que utilizan libremente una línea determinada. Que las expresiones en relación al Fiscal, no hacen sino resaltar su dependencia jerárquica que le priva de la nota de independencia propia del Poder Judicial, pero no iban dirigidas sino al Cargo 001 en cuanto contestación a sus imputaciones, pues en otro caso no hubiera recurrido en queja al Fiscal Jefe. Después relata la tramitación de los tres expedientes en que ha puesto Auto en relación con matrimonios entre extranjeros del mismo sexo, con detalle de las fechas que les afectan.

7. Por escrito de 30 de mayo de 2006 se dirige D<sup>a</sup> Lorena al Consejo General del Poder Judicial poniendo en su conocimiento las declaraciones efectuadas por el Cargo 001 de Alicante y solicitando su amparo.

8.- En fecha 22 de diciembre de 2006 la recurrente comparece ante el Instructor del expediente administrativo, donde se ratifica en los distintos escritos que figuran en el expediente, de la que es autora, y preguntada sobre que ha querido decir cuando se refiere a la interpretación político propagandística realizada por el Ministro, manifiesta que recibió un correo relativo a una conferencia del Ministro en que éste sostenía la naturaleza administrativa de los Registros Civiles, y que fue en ese contexto en el que la recurrente hizo esas manifestaciones. En cuanto a la publicidad de la queja sostiene que fue la Jefa de Prensa del Tribunal Superior de Justicia la que la llamó indicándole que el Diario Información le había comunicado que iba a publicar una información que le imputaba la retención de tres expedientes, y que algunos compañeros le aconsejaron formulara una queja al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia, lo que hizo, haciéndola llegar a la Jefa de Prensa, para que ésta, con la información elaborara un comunicado, que a juicio de D<sup>a</sup> Lorena, sería inspeccionado por el Presidente de la Sala de Gobierno, en tanto que el Gabinete es órgano del Consejo.

Sostiene que manifestó que su interés era que se diera una respuesta a lo que entendía era una imputación de delitos por parte del Cargo 001 de Alicante. Que el envío del escrito a dicho Gabinete era a los efectos de que se le diera la difusión que se considerara oportuno, pensando que era la Jefa del Gabinete la que debería filtrar en su caso el contenido al que se le daba publicidad. Que cuando habla de interpretación ilegal, es porque considera que la Ley es contraria a lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución. Que cuando habla de medios propagandísticos, se refiere a medios que han creado una imagen falsa y errónea de su persona, y sin que la recurrente hubiera hecho declaración alguna, han llegado a inmiscuirse en su vida privada. Cuando dice que el Fiscal se constituye en el caso en un apéndice del Gobierno, lo hace sin ningún tono ofensivo, sino destacando el estatus del Ministerio Fiscal y su carácter jerarquizado y dependiente del Gobierno. Según ella lo que esta en discusión es la división de poderes. Cuando el Cargo 001 se suma a la crítica, entendiéndolo vergonzoso, es porque le está imputando un delito con falsedad. Sostiene que en ningún momento se dirige al Ministerio Fiscal como Juez, y por ello se dirige a los superiores del Cargo 001 e incluso solicita el amparo del Consejo General, que no le fue concedido.

Niega que haya ordenado la ralentización de ninguno de los expedientes cuestionados, que se tramitan como cualquier otro. Sostiene que en seis años que lleva en el Juzgado en ninguna ocasión el Ministerio Fiscal se ha interesado por la marcha de los asuntos, ni siquiera en los matrimo-

nios entre parejas del mismo sexo, más allá de su intervención legal preceptiva. Destaca en relación con la comunicación que figura al folio 89 de la Jefa de Prensa del Gabinete de Información del Consejo General del Poder Judicial que no es la primera vez que el Ministerio Fiscal espolea a D<sup>a</sup> Lorena, que piensa que ella debe saber algo, pero que lo ignora. Que piensa que el Cargo 001 no le hizo una crítica, sino que le imputaba un delito, y desde esa óptica criticaba.

9) La recurrente solicitó en el expediente sancionador como prueba la declaración testifical del Secretario de Estado de Justicia, de la Directora General de Registros y Notariado, de la legal representante de la Asociación contra la Injusticia y la Corrupción, de la Fiscal que en el momento de los hechos estaba adscrita a su Juzgado, de un funcionario de la Administración de Justicia, adscrito al Registro Civil de Denia y de la Jefa del Gabinete de Prensa del Tribunal Superior de Justicia. Igualmente solicitó la unión de determinada prueba documental, a la que luego nos referiremos, y como punto tercero, documental acerca del resultado del posible expediente disciplinario en relación con el artículo publicado por un Magistrado de la Audiencia Nacional, recogido en un Diario de ámbito nacional, denominado "Señor Presidente". La prueba testifical y la documental señalada en el último apartado fueron inadmitidas por el Magistrado Instructor. Del resto de la Documental aportada, destacan determinadas fotocopias de artículos de prensa en los que se cuestiona si una Juez del Registro Civil está habilitada para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, negándose por el Ministerio de Justicia dicha posibilidad, a través de una Instrucción de la Dirección General de Recursos y del Notariado, en la que al parecer se sostiene que los Jueces Civiles ejercen una función meramente administrativa.

10) Con fecha 7 de febrero de 2007, por el Magistrado Instructor se formula pliego de cargos en el que se considera que los hechos pudieran ser constitutivos de una falta leve del artículo 419.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que sanciona la desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, y los miembros del Ministerio Fiscal, merecedora de una sanción de advertencia.

11) Por escrito de la recurrente que figura al folio 107 del expediente administrativo se efectúan alegaciones acerca de la finalidad de la prueba solicitada y rechazada, ordenándose su unión al procedimiento.

12) La propuesta de resolución del Instructor del expediente reitera los hechos y los fundamentos jurídicos del pliego de cargo, con fecha 14 de marzo de 2007.

13) El Fiscal, en sus alegaciones de 20 de marzo de 2007 solicita se dicte propuesta de resolución en la que se considere que la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena es responsable de la comisión de sendas faltas graves, previstas en los artículos 418-3 y 419-5 de la LOPJ.

14) Con fecha 24 de abril de dos mil siete, la Comisión Disciplinaria del Consejo general del Poder Judicial acordó devolver el expediente disciplinario al Instructor Delegado para que de conformidad con el artículo 425.5 in fine de la ley Orgánica del Poder Judicial, se someta a la interesada a una nueva propuesta de resolución por la posible comisión de una presunta falta grave del artículo 418.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de otra presunta falta leve del artículo 419.2 de dicha Ley Orgánica, significándose que el presente acuerdo constituye una circunstancia excepcional de las previstas en el artículo 425.6 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, a los efectos de la duración del procedimiento ordinario, a cuyo fin se prolonga expresamente la duración del presente procedimiento.

15) Con fecha 8 de mayo de 2007, la recurrente formula escrito de alegaciones contra la propuesta de resolución en el que después de alegar cuantos motivos tuvo por conveniente solicitaba el archivo del expediente sancionador.

16.- Por Acuerdo de la Comisión Disciplinaria de treinta de mayo de dos mil siete se acordó imponer a la Sra. D<sup>a</sup> Lorena una sanción de multa por importe de 305 euros, por la comisión de una falta grave del artículo 418.3 y una sanción de advertencia por la comisión de otra falta leve del artículo 419.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

17.- Recurrido en alzada, el Pleno del Consejo general del Poder Judicial acordó en fecha 23 de septiembre de 2008 la estimación del recurso interpuesto. En dicho acuerdo se resuelve: "Estimar el recurso de alzada número 118/07, interpuesto por el Letrado D. Diego Elum Macías, actuando en representación de la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Lorena, Cargo 000 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número ... de la localidad D., contra el Acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria, de fecha 30 de mayo de 2007, dictado en el seno del Expediente Disciplinario número 512006, por el que se imponen a aquella dos sanciones: una de multa, por importe de 305 euros, como autora de una falta grave de las previstas en el artículo 418.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y otra, de advertencia, por la comisión de una falta leve prevista en el artículo 419.2 del mismo texto legal, Acuerdo que es declarado nulo de pleno derecho".

SEGUNDO.- De los hechos declarados probados se desprende que la

causa esencial que provoca la crítica del Cargo 001 de Alicante, y la respuesta en forma de queja de la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena tienen como antecedentes, de un lado el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad acerca de la ley que autoriza los matrimonios entre parejas del mismo sexo, y de otro la interpretación de la Ley y del ordenamiento jurídico en su conjunto que hace la mencionada Cargo 000 por el que llega a la conclusión de que en materia de matrimonio ha de regir la ley personal de los contrayentes, y en consecuencia mantiene que si su ley personal no lo autoriza, debe denegar su celebración. Tanto el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, procedente o no, como los Autos recaídos en relación con la segunda de las cuestiones, que figuran en el expediente administrativo, están suficientemente motivados, aun cuando se pueda disentir de su contenido y del acierto de los mismos, como igualmente puede ser discutible si un Juez, aun en funciones que pudieran considerarse no jurisdiccionales o al menos no contenciosas, deja de serlo por esta circunstancia.

No digamos ya, la consideración que hace la Cargo 000 de que en ningún caso las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado le vinculan por encima del mandato constitucional de sujeción en exclusiva a la ley. La prueba de que la cuestión es discutible es que estamos ante la revisión de un acto del Consejo General del Poder Judicial y no ante un acto sancionador del Ministerio de Justicia. Es en este marco general, donde según se recoge en la amplia prueba documental que consta en el expediente, se produce un debate mediático, que no es sino reflejo del que la propia ley ha producido por su novedad en el derecho civil de nuestro ordenamiento, y que da lugar a posicionamientos a favor y en contra de la postura de la recurrente al plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre dicha ley, y sobre el hecho de que tras ser inadmitida, niegue, no la aplicación de la ley, sino la aplicación a quienes, por entender, en resoluciones motivadas, que por aplicación del fuero personal no podían acogerse a la misma. Debate en el que no faltaron posicionamientos de distintas asociaciones de Fiscales y Jueces, como igualmente consta en el expediente.

En consecuencia, sin ánimo de resolver estas cuestiones, que no es necesario ni procedente en el presente recurso, ha de descartarse que la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena haya inaplicado la ley que posibilita los matrimonios entre parejas del mismo sexo, sino que ha interpretado en cada momento el ordenamiento jurídico de forma razonada, planteando una cuestión de inconstitucionalidad, cuando creía que debía hacerlo, y exigiendo aquellos requisitos que entendía igualmente, en el ejercicio de su independencia judicial, que eran



aplicables. Al margen de que se compartan o no estas resoluciones, no existe en el mantenimiento de estos criterios ningún motivo que permita considerar su conducta como sancionable. Y tampoco, pese a las manifestaciones del Cargo 001 de Alicante, existe en la actuación de la Juez retraso en la tramitación de los asuntos, como admite el Instructor, la Comisión Disciplinaria y el acto recurrido del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y hasta el Fiscal recurrente, que en ningún momento mantiene dicho retraso en resolver y menos aun deliberado. Otra cosa es que la denegación de la celebración de un matrimonio, por los motivos ya indicados, origine, tras la utilización de los recursos establecidos en la ley, una dilación de dicha celebración, circunstancia que puede ocurrir en todos los asuntos sometidos al control jurisdiccional.

TERCERO.- Afirmada la adecuación al ordenamiento jurídico de la actuación antecedente de la Cargo 000 Sra. D<sup>a</sup> Lorena, procede analizar lo que es realmente el objeto del expediente sancionador, en concreto lo que se imputa a la recurrente es que en el escrito de queja que realiza ante el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, respecto de las declaraciones efectuadas por el Cargo 001 de la Provincia de Alicante, vierte las siguientes expresiones: Que la interpretación realizada por la Dirección General de los Registros “es una interpretación ilegal y sólo movida por intereses políticos y propagandísticos”; que “hasta ahora he soportado una persecución por parte del aparato propagandístico del Gobierno”, y que “el Cargo 001 se ha convertido vergonzosamente en un apéndice de ese mismo Gobierno, al perseguir a quienes impartimos Justicia, no al gusto de quien controla todas las restantes dependencias del Estado”.

Desde luego esta Sala no puede compartir estas expresiones tal como se sintetizan por parte de la Comisión Disciplinaria del Consejo y se reproducen por el Fiscal en este recurso, y desde luego así consideradas, aisladamente, no pueden ser sino objeto de reprobación, y en este sentido sería de aplicación lo dispuesto en las sentencias de este Tribunal de 14 de julio de 1999 y 23 de enero de 2006, que recuerdan el deber de lealtad constitucional reforzado de los Jueces, en tanto no son solamente funcionarios públicos sino además un poder del Estado, y que por ello deben de abstenerse de realizar conductas que quebranten esa confianza social en el Poder Judicial, en cuanto constituye un elemento básico del sistema democrático. Ni siquiera dentro del ejercicio del derecho de defensa, o del ánimo de retorsión de una grave imputación la Sala comparte la utilización de estos términos, pues estos derechos han de ser compatibles con el tratamiento respetuoso, no solo ya con el denunciado, en este caso un Fiscal, sino

con la dignidad de la profesión de quien los profiere.

Otra cosa es que en el presente caso la utilización de estas frases, en el contexto y circunstancias en que se producen, sean merecedoras de sanción disciplinaria, debiendo distinguirse en primer lugar entre aquellos términos que el recurrente considera ofensivos contra la Directora General de los Registros y del Notariado, de aquellos otros que considera ofensivos contra el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Respecto de las frases dirigidas a la Dirección General de los Registros y del Notariado, entienden las partes codemandadas que las frases están descontextualizadas. Basta una lectura del escrito de referencia, de cuatro folios para comprender que ello es así. Se trata de una queja que la recurrente dirige al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia con la finalidad de poner en su consideración la gravedad de las manifestaciones vertidas por el Cargo 001 de Alicante y demostrar la falta de veracidad de las mismas. No tienen el mismo alcance las frases leídas fuera de su contexto, que dentro del mismo, tras justificar en el escrito referido razonadamente los motivos por los que le llevaron a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, y a no permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo extranjeras cuya ley nacional no lo permita, por entender de aplicación la Ley Personal, y frente a unas declaraciones de la Directora General de Registros y Notariado contrarias, y que respecto a las instrucciones ordenando a los Registros Civiles proceder a autorizar dichos matrimonios, la recurrente considere que dichas ordenes fueran ilegales, y que entendiera que no le son vinculantes, dada su condición de Juez sometida únicamente al imperio de la Ley, teniendo en cuenta además que esa opinión sobre su ilegalidad, la hace en un escrito que no va a ella dirigido, y que si no hubiera tenido publicidad ni siquiera tendría que haber conocido.

En ese mismo contexto hay que entender el resto de la frase “solo movida por intereses políticos y propagandísticos”, que no va dirigida a la Directora General, sino que se hace dentro del ámbito de la explicación de que no se sentía vinculada por las Instrucciones de dicha Dirección General y si exclusivamente por la ley, y cita en su escrito un artículo periodístico que recoge declaraciones del Ministro de Justicia en el que apunta la posibilidad de atribuir el funcionamiento de los registros a otros órganos que estén bajo su jerarquía normativa, cosa que no ocurre con los Jueces. Desde el primer escrito de alegaciones que consta en el expediente la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena ha explicado el alcance de sus palabras y la falta de cualquier intención injuriosa contra la Directora General de Registros y Notariado. Simplemente considera que la refe-

rencia a la intención política, (termino que no debería ofender a quienes ejercen tan digna y necesaria función), no hacía sino destacar que era lógica la intención de defender y propagar una ley por quienes la habían impulsado y aprobado. En cuanto a la consideración de una instrucción como ilegal, es el juicio, positivo o negativo que deben hacer todos los días los jueces en su quehacer jurisdiccional, precisamente por mandato constitucional.

En cuanto a la expresión “hasta ahora he soportado una persecución por parte del aparato propagandístico del Gobierno”, ha sido explicada también por la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena, considerando que no se refería, como sostiene la recurrente o el Ministerio de Justicia, a que el Gobierno disponga de un aparato propagandístico. Esta interpretación en un Estado de Derecho, que consagra la libertad de información y expresión no se le puede atribuir a nadie, y tampoco a la Cargo 000 citada. Sostiene ésta que ha sido perseguida, lo que quiere decir que sus resoluciones han merecido comentarios críticos en virtud de la libertad de expresión por aquellos medios que usualmente apoyan al Gobierno. En ese sentido cualquiera puede leer que esta implícita la frase “que apoyan al Gobierno”; en consecuencia, siendo éste un hecho notorio y lícito, la frase ni va dirigida al Gobierno o a la Directora General de Registros y Notariado, ni es ofensiva para éstos. Y todo ello para justificar la actora que si recurre a quejarse al Fiscal Jefe no es por no aceptar la crítica de sus resoluciones, aunque le sea lesiva, sino porque entiendo se le imputan por un determinado Fiscal, unas actuaciones que considera serían delictivas.

QUINTO.- Entrando ya en las frases que se le imputan en relación con el Ministerio Fiscal, consistentes en que “el Fiscal se ha convertido vergonzosamente en un apéndice de ese mismo Gobierno, al perseguir a quienes impartimos Justicia, no al gusto de quien controla todas las restantes dependencias del Estado”, hay que empezar por decir que no son ciertas. La actora al final de su escrito manifiesta su decepción con estas palabras: “pero en este caso me indigna especialmente al proceder de un compañero del Ministerio Fiscal, que se convierte vergonzosamente en un apéndice de ese mismo Gobierno, al perseguir a quienes impartimos Justicia no al gusto de quien controla todas las restantes dependencias del Estado”. En ningún caso se dirigen al Ministerio Fiscal, sino a un compañero, el Cargo 001 de Alicante, perfectamente identificado con su nombre y apellidos, con el ánimo de solicitar una rectificación de sus declaraciones, y ello como explica la citada Cargo 000 para tratar de poner de manifiesto que en lugar de apoyar la independencia del Juez, como exige su Estatuto, le decepciona que dicho miembro del Ministerio Fiscal haya optado por sumarse a la

crítica calificando el supuesto retraso (que luego ha resultado ser falso, según se reconoce la propia resolución que se impugna, y queda probado en el expediente, ya desde el pliego de cargos), como inaceptable.

El contenido de las declaraciones del Cargo 001, que se ha hecho constar en los hechos probados de esta resolución, figura al folio 222 del expediente administrativo, en una fotocopia del diario Información de Alicante.

Estas declaraciones no sólo no se desmienten por el Fiscal recurrente, sino que incluso en el Decreto del Excelentísimo Sr. Fiscal Inspector de 24 de julio de 2006, por el que se ordena el archivo de las diligencias abiertas contra dicho miembro del Ministerio Fiscal se dan por ciertas al afirmar que de la lectura del artículo de opinión publicado en el periódico Información, no se desprende que fuera promovido por el Cargo 001 (folio 300 del expediente).

Respetando esta resolución, que no es objeto de enjuiciamiento en este momento, es lo cierto que a efectos de justificar el “animus retorqueñi” de la recurrente y más allá de su calificación a efectos sancionadores, el Cargo 001 imputaba a la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena que mantenía bloqueados dos expedientes a pesar de haberlos informado aquél ya hace un mes, y que ello le parecía una barbaridad porque afectaban a un derecho fundamental y añadía que la Magistrado sólo tenía que meterlos en un sobre y enviarlos, calificando dicha conducta de intolerable. Es evidente que le estaba imputando un retraso en los expedientes, doloso o al menos malicioso, llegando a decir que se negaba a poner los expedientes en un sobre y enviarlos, cuando el Fiscal debía conocer perfectamente que no corresponde a los Jueces, ni efectuar las comunicaciones, ni menos realizarlas personal y materialmente, y que además no tienen la responsabilidad legal por dichos actos. También es evidente que al sostener que la Juez pecaba en sus resoluciones de “realismo jurídico”, porque la Dirección General iba a revocar el acto, trasladaba a la opinión pública la sensación de que la Juez bloqueaba, la autorización de dichos expedientes.

En cuanto a la participación o no del Cargo 001 en la información que sirve de base al comentario del periódico Información, solicita el Fiscal recurrente que se incluya como hecho probado que la información facilitada por la Directora del Servicio de Información del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que afirma que la publicación lo fue a instancia de la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena, pero si admitimos como cierta dicha información, y esta Sala no duda de la misma, habrá que admitir igualmente como cierto el resto de aquélla, que claramente indica que la información la propor-

ciona el Cargo 001, aunque es posible que este hecho no se conociera por la resolución administrativa que archiva la denuncia contra él.

SIXTO.- El acuerdo ahora impugnado sostiene, acogiendo la tesis de la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena, que no se dan en los hechos la tipicidad que exigen los tipos sancionadores que el Fiscal recurrente solicita se apliquen.

Tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, al exigir la aplicación del principio de taxatividad, por el legislador y el poder reglamentario en la configuración de las normas sancionadoras y del de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes, considera que: "resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE), la necesidad de que la Administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria. En otros términos, el principio de tipicidad exige no sólo que el infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma."

Recuerda el Acuerdo recurrido que la Comisión Disciplinaria, impuso a D<sup>a</sup> Lorena una sanción de multa, por importe de 305 euros, por la comisión de una falta grave de las previstas en el artículo 418.3 de la LOPJ, que sanciona la conducta consistente en "dirigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de juez, o sirviéndose de esta condición".

Al respecto puntualiza: "que las expresiones objeto de análisis fueron empleadas por la sancionada en su escrito de queja dirigido por ésta al Fiscal-Jefe de Alicante a raíz de unas declaraciones periodísticas realizadas por el Teniente-Fiscal, declaraciones que, tal y como se reseña en el acto combatido, ponían en tela de juicio la actuación profesional de D<sup>a</sup> Lorena".

"Una atenta lectura del citado escrito de queja pone de relieve la ausencia en el mismo de censuras o felicitaciones por actos desarrollados por el destinatario de aquél, es decir, el Fiscal-Jefe de Alicante. Ciertamente es que en dicho escrito se incluyen valoraciones personales sobre actuaciones -por lo demás, no relacionadas con los quehaceres profesionales propios- del Cargo 001 y aun sobre criterios jurídicos asumidos por un concreto Centro Directivo de la Administración General del Estado".

Sostiene el acuerdo impugnado que: "la sancionada no se sirve de su condición de Cargo 000 ni invoca tal condición a los efectos prevenidos en el artículo 418.3 de la LOPJ. Lógicamente, D<sup>a</sup> Lorena es Cargo 000. Pero lo formalizado fue un escrito de queja cuya redacción se produce a renglón seguido de la realización por el Cargo 001 de Alicante, de unas declaraciones periodísticas que la quejosa consideró atentaban contra su dignidad profesional, e incluso personal (no se olvide que en esas declaraciones se sugiere la existencia de dilaciones injustificadas en el Juzgado de la sancionada, lo que, de ser cierto, habría podido generar acciones judiciales contra su persona). En suma, la queja podría haber sido formalizada por cualquier -incluso, un ciudadano- que se hubiera sentido agraviado por la conducta o declaraciones de un servidor público. Y claramente, D<sup>a</sup> Lorena redactó y dirigió el escrito de queja como persona, como ciudadana, no como Magistrado".

Tampoco considera el acuerdo recurrido que los hechos tengan encaje "en el tipo infractor definido en el artículo 419.2 de la LOPJ, que cataloga como falta leve "la desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los miembros del Ministerio Fiscal, médicos forenses, abogados y procuradores, graduados sociales, con los secretarios o demás personal que preste servicios en la Oficina judicial, o con los funcionarios de la Policía Judicial".

Para el acuerdo impugnado, aunque en el escrito la Cargo 000 realiza determinadas valoraciones, se centran en las declaraciones públicas efectuadas por el Cargo 001 que sí que ponían en tela de juicio la actuación profesional de D<sup>a</sup> Lorena y que dichas valoraciones no se conectan con las labores diarias de los protagonistas.

SÉPTIMO.- La Sala comparte los argumentos del acuerdo recurrido en relación con la falta de tipicidad. En efecto no se da el tipo previsto en el artículo 418.1, apartado 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, antes transcrito, pues ni el acto va dirigido a la Directora General de Registros y Notariado, ni es un acto de censura o felicitación con motivo de los actos de ésta, ni tampoco del Ministerio Fiscal, a cuyo representante sí va dirigido, sino un escrito de queja. En consecuencia la jurisprudencia que se dice aplicable por la recurrente, relativa a escritos dirigidos y firmados por un Magistrado, haciendo constar esta condición innecesariamente para un escrito de opinión o crítica, sí se refiere a hechos que podrían constituir el tipo, pero nunca un escrito de queja dirigido al órgano competente para resolverla.

Que en el escrito de queja en relación con un determinado miembro del Ministerio Fiscal, de quien entiende violada su independencia, se haga

constar la condición de Magistrado, no solo no constituye el tipo por el que se pretende se le sancione, sino que el escrito no se entendería si quien dice violada la independencia judicial no alegara su condición de Juez. Tampoco son los hechos constitutivos de la infracción leve prevista en el artículo 419.2, pues es evidente que el ejercicio de un recurso de queja sobre unas imputaciones que según reconocen el pliego de cargos y las resoluciones e informes posteriores ponen en tela de juicio la actividad profesional de la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena, y que luego han resultado falsas, según se reconoce a lo largo del expediente, exige necesariamente integrar dicha actitud dentro de las amplias posibilidades del derecho de defensa.

La Sala no considera oportuna la puesta en publicidad de la queja planteada por la recurrente. Sin duda como sostiene la Directora del Servicio de Información del Tribunal Superior de Justicia la publicación se hizo a solicitud de la citada Cargo 000, pero lo cierto es que la misma solicitó prueba, que no se admitió indebidamente, acerca del alcance de la solicitud, y sostiene que ella entendía que dicha solicitud sería valorada por la Autoridad de la que depende dicho servicio para publicar en su caso una nota de prensa y no todo el escrito. En cualquier caso, y existiendo duda racional sobre este hecho, no acreditado por la no realización de la prueba correspondiente, no es esta publicidad la que está siendo sancionada, y en consecuencia, aunque esta Sala no comparte esta forma de actuar, esta sola circunstancia no es incardinable en los tipos sancionadores que el Fiscal pretende que se apliquen.

OCTAVO.- Como ha sostenido esta Sala en reiterada y uniforme jurisprudencia, la labor de control de los actos recaídos en procedimientos sancionadores y disciplinarios, y en particular, en el caso analizado, los del Consejo General del Poder Judicial, que decidan el archivo de las actuaciones por entender que no son constitutivos de infracción, no alcanza a la sustitución de los órganos autores de dichos actos en el ejercicio de su potestad sancionadora o disciplinaria, sino que tan solo es exigible de los órganos sancionadores una actividad razonable que permita comprobar el cumplimiento de sus obligaciones legales. Esta es una exigencia de la configuración de nuestra jurisdicción como de naturaleza revisora de los actos administrativos, al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción penal, donde el ejercicio de la potestad punitiva esta otorgada a los Jueces, eso sí, mediante un juicio público con contradicción de partes, etc. Garantías que además no se dan en el recurso contencioso-administrativo, en el que, en los casos de archivo de una denuncia, ni siquiera se emplaza a los denunciados, a los que la doctrina no considera como parte, aunque estos como ocurre en el presente caso, pudieran comparecer.

De esta jurisprudencia es plenamente consciente el Fiscal recurrente, quien en el suplico del recurso solicita que anulemos el Acuerdo del Pleno del Consejo general del Poder Judicial de 18 de septiembre de 2008 y procedamos a restablecer en su plena vigencia y eficacia el precedente Acuerdo de 30 de mayo de 2007 de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, apreciando en la conducta de D<sup>a</sup> Lorena, por su actuación como Cargo 000 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número ... de la localidad D. la comisión de una falta grave del artículo 418.3 y otra leve del artículo 419.2, ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, imponiéndole respectivamente, las sanciones de multas de 305 euros por la primera y advertencia por la segunda.

No existe norma jurídica alguna que prevea que anulado un acto que anula en vía de recurso otro de carácter sancionador renazca el previamente anulado. Antes al contrario, en materia de reglamentos esta posibilidad esta expresamente prohibida por el Código Civil. Pero es que además, aparte de que al ser anulado el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria había desaparecido del ordenamiento jurídico, según el acuerdo ahora impugnado, con nulidad de pleno derecho, lo cierto es que se pide a esta Sala reiterando o no lo dicho por dicha Comisión, que imponga directa o indirectamente dos sanciones a la Cargo 000 D<sup>a</sup> Lorena, lo que como ya se ha dicho no es posible dada la naturaleza revisora de este proceso. Por el contrario, se constata que el Consejo General ha ejercido la actividad necesaria para llegar a un pleno conocimiento de los hechos y su alcance, y ha resuelto, como ha dicho esta Sala recientemente en el recurso 2/485/2008, con absoluta libertad de criterio, por lo que la actividad que le era exigible y que delimita el alcance del control de este Tribunal ha sido debidamente desarrollada.

NOVENO.- En consecuencia, procede desestimar el presente recurso, sin que se aprecien en las partes circunstancias subjetivas de temeridad o mala fe que justifiquen la expresa imposición de las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

#### FALLO

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo número el 2/559/2008, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 5 de enero de 2009, por el que se acuerda el archivo de la información previa número 1703/2006, sin imposición de costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Juan José González Rivas.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cáncer Lalanne.



2010/2566

TC, Sección 4, Sentencia 11 enero 2010. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas

Delito contra la propiedad intelectual

## Necesidad de vista pública y contradictoria en segunda instancia

*El TC otorga parcialmente el amparo solicitado por empresario, al considerar vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías. El recurrente fue absuelto en primera instancia, por un delito contra la propiedad intelectual, cuando abrió un establecimiento de copias y descargas de archivos de sonido e imagen en zona universitaria. En Apelación, fue condenado sin celebrar nueva vista. El Alto Tribunal considera vulnerado el derecho, ya que el nuevo examen en apelación de la declaración de culpabilidad del acusado, exige una nueva y total audiencia en presencia del mismo y los demás interesados o partes adversas.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso de amparo es dilucidar si la Sentencia núm. 250/2006, de 13 de noviembre, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, estimatoria del recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, que condenaba al recurrente -inicialmente absuelto-, sin celebrar nueva vista en segunda instancia, limitándose a reproducir el "compact disk" que recogió el juicio en el Juzgado de lo Penal, como autor de un delito contra la propiedad intelectual, habría lesionado los derechos fundamentales al proceso con las debidas garantías (art. 24.2 CE), al principio de legalidad penal (art.25.1 CE) y a la tutela judicial efectiva por falta de motivación (art.24.1 CE).

El representante del Ministerio Fiscal estima que se ha producido vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, pero no del principio de legalidad ni del derecho a la tutela judicial efectiva.

La representación procesal de AFYVE considera que el recurso es extemporáneo, sin perjuicio de que además, se habría producido una falta de pronta invocación del derecho fundamental al proceso con todas las garantías, al no solicitarse por el recurrente en su recurso de apelación la celebración de vista, ni impugnarse el Auto de 22 de marzo 2006 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña en el que se recibía el procedimiento a prueba en segunda instancia. Tampoco considera lesionado el principio de legalidad penal, respecto del requisito de procedibilidad del art. 287 del Código penal (CP), al tratarse una cuestión de legalidad ordinaria; ni el de-

recho a la tutela judicial efectiva por error la motivación, por no ser ésta más que una discrepancia jurídica, y en ningún caso fáctica; al igual que sucede con la invocación de lesión del principio de accesoriedad en la imputación penal.

SEGUNDO.- Con carácter previo hemos de examinar la alegación de extemporaneidad de la demanda, introducida por la representación de AFYVE, ya que, como hemos tenido ocasión de reiterar en numerosas ocasiones (desde STC 131/1989, de 17 de julio, FJ 2, a STC 174/2007, de 23 de julio, FJ único) "la admisión a trámite del recurso de amparo no subsana los defectos insubsanables de los que adoleciere el recurso".

Del examen de las actuaciones puede verificarse que la notificación de la Sentencia núm. 250/2006, de 13 de noviembre, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña ahora recurrida, tuvo lugar el 21 de noviembre de 2006. Resultando que el art. 44.2 LOTC, en redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (que es la aplicable a la admisión del presente amparo, según disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 6/2007), señalaba como plazo para la interposición del recurso amparo el de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída del proceso judicial, resulta de toda evidencia que el dies ad quem del plazo de caducidad para la interposición del amparo era el 21 de diciembre de 2006, fecha en la que, precisamente, consta fehacientemente interpuesto el presente recurso, ante la Secretaría del Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid en funciones de guardia (lugar igualmente aceptado para di-

cha presentación: por todos ATC 138/2001, de 1 junio, FFJJ 3, 5 y 6). Por todo ello debe desestimarse la queja de extemporaneidad.

Por otra parte, también alega la representación de AFYVE el defecto formal respecto de la pronta invocación de la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 44.1.c en relación con el art. 50.1.a LOTC), por la falta de interposición de recurso de reforma contra el Auto del art. 791 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), de recibimiento a prueba en segunda instancia. Aun siendo cierta dicha circunstancia, la alegación es del todo inadecuada, puesto que la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías no se produce como consecuencia de dicha resolución, sino en el momento del dictado de la Sentencia condenatoria de segunda instancia; esto es, el acto del que deriva, de modo inmediato y directo, la lesión sería la Sentencia condenatoria de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, resultando por ello el primer momento procesal idóneo para denunciar dicha lesión el presente recurso amparo (máxime si se trata de trámite iniciado antes de entrar en vigor las disposiciones finales primera y segunda de la Ley Orgánica 6/2007, respecto de la nueva configuración del incidente de nulidad de actuaciones).

TERCERO.- Igualmente, conforme a nuestra doctrina sobre el principio de subsidiariedad del amparo en los supuestos de pluralidad de quejas hemos de comenzar por aquella cuya estimación implicaría exclusivamente retroacción de las actuaciones (por todas STC 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3), para así -en su caso- posibilitar que sea la propia jurisdicción ordinaria quien examine y repare las otras vulneraciones. Y como insistentemente hemos señalado (por todas STC 118/2009, de 18 de mayo, FJ 2), tiene tal carácter prioritario la alegación de vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Respecto del mismo, en concreto en relación con la ausencia de necesidad de reiteración de la vista para condenar en la segunda instancia penal, con modificación de hechos, en virtud de prueba personal, cuando se ha procedido por la Sala penal de apelación a la reproducción del soporte videográfico del juicio absolutorio de primera instancia, considerando que dicha grabación satisface la exigencia de la inmediación constitucional suficiente, recientemente en STC 120/2009, de 18 de mayo, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos resuelto negativamente -y a dicha fundamentación nos remitimos.

Decíamos en el fundamento jurídico 3 de dicha resolución: "cuando el Tribunal de apelación ha de conocer

tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59- que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96-, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación.

Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio". Añadiendo en FJ 4: "En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29



de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que -no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos-, por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia; de 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania; y de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, § 36)".

Y terminábamos en el fundamento jurídico 6 diciendo que: "Como es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal -incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto- viene dada por la imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar si el concepto tradicional de inmediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido. Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la inmediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 LOPJ), en un sentido más estricto hemos establecido que -la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración- (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten.

De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE). Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermedación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladada a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los

aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho (STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En este sentido, el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente reseñada pone de manifiesto que, de concurrir los presupuestos a que la misma se refiere, resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen -directo y personal- del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una -nueva audiencia- en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; de 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32; de 9 de julio de 2002, caso P.K. c. Finlandia; de 9 de marzo de 2004, caso Pitkänen c. Finlandia, § 58; de 6 de julio de 2004, caso Dondarini c. San Marino, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, § 50; y de 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64).

Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen -directo y personal- -esto es, con inmediación- de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen -personal y directo- implica la concurrencia temporospatial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.

Ahora bien, la conclusión precedente ha de completarse con dos consideraciones más, referidas ambas a la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria. Un primer supuesto se produce cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce, en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración. Se fundamenta esta facultad del órgano judicial en que nuestro modelo actual de apelación es de naturaleza limitada o revisio prioris instantiae, esto es, de control sobre lo resuelto en la primera instancia y no de un novum iudicium, con repetición íntegra del juicio oral, por lo que la ausencia de intermedación respecto de las pruebas personales practicadas en la primera instancia no resulta obstativa de su valoración si, como dijimos en la reciente STC 16/2009, de 26 de enero (FJ 5.b), tal déficit de intermedación viene compensado por la reproduc-

ción esencial de las mismas ante el nuevo órgano judicial que se dispone a su valoración, a través del contenido de los interrogatorios propios de la prueba testifical en apelación, o a través de la lectura del acta correspondiente, o por otro medio suficiente [como lo es, sin duda, la grabación audiovisual] que permita su introducción en la nueva vista ante dicho órgano, que podrá apreciarlas en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto, intervenir en relación con las mismas, y percibir la reacción del declarante acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma.

Una segunda consideración es la referida a que la proyección de las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de modularse en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia.

En este sentido, hemos admitido la posibilidad de que las declaraciones prestadas en el juicio de primera instancia puedan ser valoradas por la correspondiente Sala -aunque falte en esta segunda instancia la intermedación y la contradicción, como consecuencia de la imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación- cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador (STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 6.b). En esta misma línea, la STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia, §§ 46, 47, 52 y 53, admite la ausencia de intermedación en relación con procesos penales por delitos sexuales en que resulten afectados menores; y las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría c. Italia, § 29, admiten el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos -tales como -la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable-, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado. En nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de intermedación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 LECrim) en el bien entendido de que cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de reali-

zación de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista".

CUARTO.- En el presente supuesto la Audiencia Provincial de La Coruña directamente consideró que con el visionado de la grabación audiovisual del juicio oral ante el Juez de lo Penal resultaba suficiente para revalorar las pruebas de carácter personal practicadas en aquel juicio, determinantes de la culpabilidad, declarando además en la Sentencia núm. 250/2006 recurrida, que el Juez de lo Penal de Santiago de Compostela había incurrido en error de calificación, fijando por ello un nuevo relato de hechos probados que desembocaba en la condena de quien había sido inicialmente absuelto. Al actuar así, y sin esgrimir una causa que impidiera la nueva comparecencia de los acusados y testigos (pruebas personales), olvidó -por más que se le había solicitado por la contraparte de apelación- que privaba al recurrente del derecho constitucional a la intermedación, y que se inhabilitaba para revalorar la credibilidad de dichas pruebas personales en segunda instancia sin nueva vista. Por ello, en aplicación de la referida doctrina, cabe estimar vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

QUINTO.- Apreciada la queja de lesión del derecho al proceso con todas las garantías, resulta anticipado y excesivo para nuestra jurisdicción un pronunciamiento sobre el resto de los motivos de amparo reemplazando a la jurisdicción ordinaria (por todas STC 182/2007, de 10 de septiembre, FJ 3), ya que lo procedente es declarar la nulidad de la resolución impugnada, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al de la vista acordada de segunda instancia, para que con práctica de las pruebas pertinentes en segunda instancia, junto con las válidamente obrantes de primera instancia, se proceda por la Audiencia Provincial de La Coruña (sede de Santiago de Compostela) al dictado de otra Sentencia respetuosa con el derecho fundamental al proceso penal con todas las garantías del art. 24.2 CE (como hemos mantenido en SSTC 213/2007, de 8 de octubre, FJ 3; 317/2006, de 15 de noviembre, FJ 4; o 91/2006, de 27 de marzo, FJ 5).

#### FALLO

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por D. José Luis y, en consecuencia:

PRIMERO.- Reconocer que se ha vulnerado el derecho del recurrente al proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE).

SEGUNDO.- Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sen-

tencia núm. 250/2005 de 13 de noviembre, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña (sede de Santiago de Compostela) que condenaba al recurrente, en apelación, como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al dictado de la misma, a fin de que dicho órgano judicial pronuncie una nueva

resolución respetuosa con el referido derecho.

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

Dada en Madrid, a once de enero de dos mil diez. Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente.- Elisa Pérez Vera.- Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados.

to que la obra iba destinada a la construcción de un centro de transportes que precisaba de materiales adecuados propios de una solera de calidad media-alta", de modo que al no adaptarse dicha solera al uso al que se la destinaba, "lo que entraña un claro supuesto de entrega de cosa distinta de la pactada", ello suponía un incumplimiento contractual, aunque debía reducirse la cuantía de la indemnización, de acuerdo con las certificaciones presentadas. Respecto de la reconvencción, procedía su desestimación porque en la resolución ya se descontaba el importe por penalización correspondiente a los 43 días naturales de retraso.

6º Ambos litigantes recurrieron en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19, de 20 mayo 2005, estimó el recurso de apelación de Coperfil Group, revocó la sentencia de apelación y estimó la demanda. Desestimó la apelación de Cenimsa y confirmó la desestimación de la reconvencción.

Los argumentos de la sentencia para revocar la dictada en 1ª Instancia son:

a) No se ha producido una adecuada valoración del conjunto de las pruebas, por lo que permitiendo el recurso de apelación una nueva valoración, del interrogatorio de las partes y las declaraciones de testigos se deduce que en la propia recepción provisional se recogen daños en la solera.

b) El informe del arquitecto técnico presentado con la demanda entiende correcta la ejecución de la solera de hormigón y el de la empresa suministradora del producto señala que el utilizado, Oxigrans, es idéntico al Hormidur, pactado en el contrato, fabricado por la misma empresa, pero que al ser un nombre registrado, únicamente puede ser utilizado por la empresa Hormigur, S.A. y por ello "no nos encontramos en presencia en supuesto de aliud pro alio, por cuanto los defectos aducidos en la solera no suponen la inservibilidad de la misma, en el sentido de impedir la finalidad de la misma al fin pretendido".

c) "(En) efecto, existen defectos en la solera, mas no se puede concluir con certeza el importe a que ascenderá o ascendería la reparación de los mismos, siendo de señalar que antes esos defectos, lo precedente sería postular la reparación in natura (...)".

d) (...) debe extraerse la entidad de lo que se dice defectuosamente realizado, como en su caso el importe de la reparación, incumbe probarlo a la demandada-reconviniente, o lo que es lo mismo la falta de prueba de tal extremo sobre ella debe pesar, siendo de destacar que (...) la referida demandada-reconviniente ha recibido la obra construida, como lo prue-

ba de forma evidente que ha procedido a cederla en arrendamiento y por tanto, en condiciones de uso". De todo ello, la sentencia recurrida deduce que debe desestimar la reconvencción en relación a lo alegado con respecto a la solera y por ello revoca la sentencia de 1ª Instancia.

Respecto de la reconvencción,

a) Entiende que la obra debe considerarse entregada el 30 enero 2002, como consecuencia de lo establecido en el artículo 6 LOE.

b) Las reservas que se formularon en el acto de recepción provisional fueron subsanadas.

c) La demandada-reconviniente no acudió a la recepción de la obra "porque no tenía que recepcionar por el según él mal acabado, excusa que no encuentra justificación, pues lo que tiene que hacer, cuando como veíamos es su obligación, pues lo que tiene que hacer (...) es su obligación acudir y documentar en el acta de forma motivada el rechazo, no acudir a la cómoda y beneficiosa postura de no acudir, recibir de hecho la obra e incluso arrendar a un tercero el edificio a que se contrae".

7º La demandada-reconviniente Cenimsa, S.A. presentó recursos extraordinario por infracción procesal y casación. El auto de esta Sala de 8 octubre 2008, acordó la inadmisión del extraordinario por infracción procesal y la admisión del de casación por razón de la cuantía (artículo 477.2,2 LECiv).

SEGUNDO.- El Primer motivo señala que se ha infringido, por inaplicación, el artículo 1166 CC, en relación con los artículos 1091, 1256 y 1258 CC, puesto que se ha negado que se trate de un supuesto de aliud pro alio. Entiende que lo que se ha entregado es distinto de lo pactado, ya que se acordó la utilización de una determinada marca de hormigón y en el contrato se había establecido el procedimiento para los cambios, procedimiento que no se siguió. Se hizo figurar una marca concreta porque se quería una calidad alta y añade que es irrelevante que los materiales utilizados en el tratamiento Oxigrans sean los mismos que en tratamiento Hormidur, porque hay que cumplir lo expresamente pactado y la decisión de si se trata de un caso de aliud pro alio es esencial en este pleito.

El motivo se desestima.

El argumento utilizado en la sentencia de 1ª instancia para justificar la estimación de la demanda ha servido a la ahora recurrente para intentar explicar que ha existido incumplimiento en la construcción de la solera con un material de distinta denominación y distinta marca, pero de idéntica calidad y características, según se considera probado. La pretensión resulta contraria a la jurisprudencia.



2010/3501

TS Sala 1ª, Sentencia 14 enero 2010. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Contrato de ejecución de obra

## Recepción tácita de la obra por el arrendamiento del edificio a un tercero

Acuerda el TS desestimar el recurso de casación, confirmando la de instancia.

Entiende el Tribunal que no constituye incumplimiento de contrato de obra -construcción de una nave industrial con suministro de materiales- por parte de la recurrida, el haber suministrado una marca de hormigón para la solera distinta de la pactada, aunque exactamente de la misma calidad. Indica igualmente, que constituye una recepción tácita de la obra, el arrendamiento del edificio a un tercero.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º El 12 marzo 2001 se firmó entre Coperfil Group, S.A y Cenimsa, S.A. un contrato de ejecución de una obra de construcción de una nave industrial con suministro de materiales. Las obras se terminaron el 30 enero 2002, con retraso sobre el tiempo pactado debido a una serie de incidencias ocurridas a lo largo de la ejecución del contrato, pudiéndose computar dicho retraso en 43 días naturales. Entre estas incidencias se encontraba la realización de la solera, que había sido subcontratada a una empresa distinta de Coperfil y que tuvo que ser rehecha por indicación de la dirección facultativa.

2º El 30 enero 2002 se produjo la recepción provisional, levantándose la correspondiente acta que la demandada Cenimsa se negó a suscribir; en dicha acta se hizo constar la existencia de una serie de defectos que debían ser subsanados antes de la recepción definitiva. Una vez reparados estos defectos, se convocó a la dueña de la obra Cenimsa, y a la dirección facultativa para la recepción provisional en firme para el 27 mayo 2002. La demandada no asistió a dicho acto.

3º Por lo menos desde el 22 de abril de 2002, la nave se encontraba ocupada por un arrendatario de Cenimsa.

4º Coperfil Group, S.A. demandó a Cenimsa, pidiendo que se la condenara al pago de 189.956,87 euros, correspondientes a certificados de obra pendientes de pago. La demandada contestó alegando que las cantidades debidas por los retrasos producidos eran superiores a lo reclamado; asimismo formuló reconvencción, en la que pidió que se declarara que la parte demandante incumplió el contrato por no haber cumplido el plazo acordado, ni la calidad acordada de la obra y que se la condenara a pagar la penalización por retraso, que se cifraba en 100.248,82 euros, además del importe de reparar las obras con calidad distinta de la pactada.

5º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia núm. 41 Madrid, de 10 noviembre 2004, estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción. Reconoció que de acuerdo con la prueba pericial, existían determinados defectos en la solera, lo que implicaba que "parte de la ejecución de la obra no se sujetó lo convenido en orden al cumplimiento de la finalidad que le era propia puesto que la indicada solera no se adaptaba a su esencial finalidad, tanto menos cuan-

dencia de esta Sala en la aplicación de la doctrina del incumplimiento del contrato por entrega de cosa distinta a la pactada.

La sentencia de 22 octubre 2007 resume esta doctrina partiendo de la base que “la jurisprudencia ha residienciado estos casos de falta de correspondencia objetiva entre lo pactado y lo entregado en el régimen general de la responsabilidad por incumplimiento de contrato. Así lo hacen, con las salvedades pertinentes, en algún caso “a sensu contrario”, las sentencias de 12 de marzo de 1982 (...), 7 de enero de 1988. “nos encontramos ante prestación de objeto distinto y no ante simples vicios de la cosa..., lo que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil..., pues... la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, lo que origina sometimiento a diferentes plazos de prescripción...”, 1 de marzo de 1991 “la circunstancia fáctica del empleo inmediato del cemento servido o suministrado impide la aplicación del artículo 327 del Código de Comercio, y su inadecuación, inidoneidad o inhabilidad para la construcción el que pueda calificarse como simple vicio o defecto de calidad o cantidad, que es lo contemplado por los artículos 336 y 342 del propio texto legal, excluyentes, normalmente, de la aplicación de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, pero no en los supuestos de inutilidad del objeto a los fines contratados... concordándose así esta jurisprudencia con la recaída respecto a la compraventa civil que entiende se está en presencia de entrega de cosa diversa o aliud pro alio cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101

Y 1.124 y, por consiguiente, sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias”, 5 de noviembre de 1993...” el motivo plantea el tema, muy discutido por la jurisprudencia, concerniente a la distinción entre vicios ocultos y prestación distinta, y que cabe entender resuelta a la vista de la doctrina establecida en las Sentencias de 7 de enero de 1988, que recoge las directrices señaladas en las precedentes... por las que se entiende que se está en presencia de entrega de cosa diversa o aliud pro alio cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin a que se destina, lo que permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, puntualizándose... que la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, originándose el sometimiento a diferentes

plazos prescriptivos...”- y 10 de marzo de 1994 -que identificó la cuestión planteada en el recurso como de “viabilidad o no de la acción ejercitada en punto al resarcimiento de los daños y perjuicios de referencia” y declaró que la misma “habrá de depender de la aplicación de lo dispuesto en los artículos. 342 Código de Comercio y 1.490 Código Civil”.

A su vez, la sentencia de 20 noviembre 2008 dice que “La doctrina del aliud pro alio se desarrolla a partir del art. 1166 CC, que establece que “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”; por tanto, identificada la cosa debida, no es posible, sin un acuerdo entre las partes, cambiarla, porque el cambio unilateral por parte del deudor determina el incumplimiento de la obligación; en definitiva el “aliud pro alio” se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual”. Es cierto que la doctrina de esta Sala ha incluido en los casos de falta de adecuación de las prestaciones de acuerdo con lo estrictamente pactado, aquellos otros en que “produciéndose una objetiva y natural identidad, la prestación ofrecida es inhábil en relación con el objeto o inidónea para cumplir las finalidades o intereses del acreedor cuando éstos han sido conocidos por el deudor” (SSTS 29 octubre 1990, 1 marzo 1991, 28 enero 1992, 23 enero 1998) (...). Y en el mismo sentido se pueden aportar las sentencias de 6 octubre 2006, en que se consideró que debía aplicarse esta doctrina en la pavimentación con un gres no idóneo y la de 9 octubre de 2008, donde se considera que la existencia de aluminosis no ha frustrado el fin del contrato, entre otras.

**TERCERO.-** De lo anterior se deduce que las notas que deben concurrir para que se considere que se ha entregado cosa distinta de la pactada para que ello comporte el incumplimiento del contrato son dos: a) inhabilidad del objeto para el que se ha destinado, y b) insatisfacción del comprador, puesto que cuando se acepta el objeto distinto no puede después alegarse la citada doctrina (STS 10 febrero 2009).

Estos requisitos no concurren en el presente litigio:

1º El material con el que se realizó la solera discutida fue de la misma calidad que el pactado, aunque de distinta marca. Por tanto, si el primero, el acordado, era idóneo para el fin previsto, también lo era el que le sustituyó.

2º Esta identidad en la calidad no produjo la insatisfacción, medida en

términos objetivos, del dueño de la obra, que no puede, por tanto, reclamar cuando lo ejecutado coincide con lo pactado, puesto que no se trata de cuestiones de marca, sino de calidades de los materiales que permitan que no se frustre el fin del contrato.

**CUARTO.-** El Segundo motivo denuncia la infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 38/99, de 5 noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), en relación con los artículos 9, 11 y 12 de la propia ley y los artículos 1166 y 1091 CC. Se refiere al procedimiento establecido en el artículo 6 LOE para la recepción de la obra. Según el recurrente, el citado artículo establece unos requisitos; el primero es que la obra se halle acabada, lo que no ocurrió en este caso; el segundo es que el promotor podrá recibir la obra con reservas o negarse a recibirla mientras las haya; el tercer requisito consiste en que la recepción se efectuará dentro de un plazo a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor y el cuarto, en la recepción intervienen promotor y constructor, y en el caso actual no se produjo. Además, existió un pacto en contra del citado artículo 6 LOE, porque en el contrato se previó la forma de realizar la recepción, que se incumplió.

El motivo se desestima.

El artículo 6. 1 LOE define la recepción de la obra como “(e)l acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes”. Esta recepción puede ser expresa, con o sin reservas, o bien puede ser también tácita, como prevé el artículo 6.4 LOE, que establece que “La recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito”.

La aplicación de esta normativa al presente recurso significa que, a pesar de las distintas argumentaciones de la parte recurrente, no puede admitirse que no se hubiese producido la recepción, según los hechos que se han considerado probados y ello porque:

1º Ha existido una negativa reiterada del promotor a recibir la obra, ya que a pesar de haber sido citado convenientemente, nunca estuvo presente en las actas de recepción. Por lo tanto, no se opuso a ellas por escrito, como exige el artículo 6 LOE, como debería haber hecho si lo que pretendía era denunciar los vicios de la construcción, lo que nunca efectuó. Lo mismo puede deducirse de la alegada contradicción de la sentencia recurrida con los pactos contenidos

en el contrato de obra, que no establecían una regla distinta para la recepción.

2º Se ha producido una clara aceptación tácita, ya que consta que en el mes de abril, es decir, unos tres meses después de haberse acabado la obra, la nave se encontraba arrendada, lo que determina que si bien no hubo una aceptación expresa, sí se demostró por los hechos la conformidad del promotor, quien procedió a arrendarla.

**QUINTO.-** En el Tercer motivo, se denuncia la aplicación indebida del artículo 1098 CC, en relación con el artículo 6 LOE y el artículo 1091 CC. Dice que es claro que el constructor optó por no reparar nada y encargó un informe que justificaba la falta de necesidad de cualquier reparación. Y ello a pesar de saber que la solera tenía defectos, puesto que había reclamado a la empresa que subcontrató para su ejecución. Aparte de la prueba sobre el importe de la reparación, la mera declaración de incumplimiento de la actora debería motivar la anulación de los intereses desde la interposición judicial a que la sentencia recurrida condena a la recurrente, porque no está en mora mientras la contraparte no cumpla su obligación.

El motivo se desestima.

En este motivo la recurrente incurrió claramente en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión, pues pretende que se tengan en cuenta unos hechos cuando han resultado probados otros distintos, lo que no merece mayores argumentos.

Lo mismo ocurre en el Cuarto motivo, que denuncia la infracción, por aplicación indebida del artículo 6 LOE, en relación con los artículos 9 y 12 LOE y el artículo 1091 CC. Cuando la dirección facultativa intervino en el acta de replanteo, estaba simplemente cumpliendo su obligación, según el artículo 12.3 LOE, de modo que cuando la sentencia recurrida le reprocha que cumpla la ley, ejerciendo sus obligaciones y atribuyéndole parcialidad a favor del recurrente al reprocharle que no quisiera conformar unas presuntas certificaciones que no se ajustan a lo pactado, ello es una infracción de lo dispuesto en los artículos citados como infringidos. Ello es importante porque el fallo de la sentencia está condicionado por el hecho de haber considerado que había parcialidad. Debe aplicarse el mismo argumento que se utilizó para desestimar el motivo tercero, debiendo tenerse en cuenta, además, que no es un razonamiento que dé lugar exclusivamente al fallo de la sentencia recurrida.

**SEXTO.-** La desestimación de los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Cenimsa, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19, de 20

mayo 2005, determina la del propio recurso.

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

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

#### FALLO

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Cenimsa, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 20 mayo 2005, dictada en el rollo de apelación núm. 232/05.

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

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

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sra. Dª Encarnación Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

vacación, 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 incriminatoria 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 y 548/2007, entre otras-.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. 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 intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximirse 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 alcanzadas, 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, entre otras-, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda

decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

De acuerdo con la doctrina expuesta, hay que tener en cuenta que el núcleo del delito por el que ha sido condenado el recurrente -estafarse vertebrada en un engaño antecedente, causante y bastante creado por el estafador sobre la víctima que le lleva a ésta a efectuar un acto de disposición en su propio perjuicio, pero actuando con un error de conocimiento constituido por el referido engaño creado por el victimario sobre su víctima.

De acuerdo con la estructura de este delito, habremos de verificar si del caudal probatorio ingresado en el Plenario, existen datos suficientes que acrediten la realidad del engaño desarrollado por el recurrente.

La sentencia estima que sí existió, y que estuvo constituido por la promesa de que el recurrente le iba a tramitar una pensión a Sandra.

Los hechos probados describen la situación en los siguientes términos:

(El recurrente, Ismael) "...trabó amistad con Dª Sandra, a la que hizo creer que se llamaba Mario. Esta señora por aquella época estaba de baja laboral por consecuencia de problemas depresivos que le afectaban, lo que la hacía particularmente vulnerable a la influencia que sobre la misma ejerció el acusado.... planeó aprovecharse de dicha situación para adquirir varios vehículos a su costa, a cuyo efecto y haciéndola creer que le ayudaría a tramitar la obtención de una pensión y que en las compras de los automóviles intervenía solo para figurar como conductora, consiguió que le firmara la documentación que los concesionarios (de vehículos) le habían facilitado....".

Continúan los hechos probados narrando que el 7 de octubre de 2003, con la intermediación del recurrente ella adquirió un Nissan Almera. El precio aplazado se pagó en la calle c de Caja Duero, titularidad de Sandra, y los pagos fueron efectuados por el hijo del recurrente, que era quien de hecho utilizó el vehículo, el cual fue puesto a nombre de la propia Sandra, habiendo sido pagado íntegramente dicho vehículo por el hijo del recurrente.

Prácticamente el mismo operativo se efectuó el 8 de octubre de 2003 en el que se adquirió un Fiat Stylo, puesto también a nombre de Dª Sandra y que desde el principio fue utilizado por otro hijo del recurrente quien es el que ha ido pagando las amortizaciones quedando por abonar 6.666'12 euros, y el 31 de diciembre siguiente adquirió un Alfa Romeo por el mismo procedimiento, si bien, respecto de este no se ha abonado ninguna amortización por lo que resulta deudora la citada Sandra toda vez que también el préstamo se do-



2009/265721

TS Sala 2ª, Sentencia 3 noviembre 2009. Ponente: D. Joaquín Giménez García

Al no existir daño penalmente relevante

## Absolución del delito continuado de estafa

*Estima el TS el recurso de casación interpuesto, y, en segunda sentencia, absuelve al recurrente del delito continuado de estafa por el que venía condenado. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que en el caso analizado, no existió engaño penalmente relevante, existió un engaño en cuanto a la identidad del recurrente -se hacía llamar por otro nombre- que no pasa de ser una mentira atípica. Pudo existir una "promesa" de conseguir una pensión, continúa la Sala, pero ello no constituye el engaño vertebrador de la estafa sino que más bien fue la "contraprestación" a que voluntariamente se avino la denunciante, como viene a reconocer la sentencia.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 26 de junio de 2008 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Castellón condenó a Ismael como autor de un delito de estafa, continuado, a la pena de dos años de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Contra la indicada sentencia, ha formalizado recurso de casación el condenado, que lo desarrolla a través de cuatro motivos, a cuyo estudio pasamos seguidamente.

SEGUNDO.- El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia. Cuando en sede casacional se alega esta violación, el control a efectuar por este Tribunal se proyecta en un triple aspecto.

a) En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, estimando 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 sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) 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 la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de moti-

micilió en la indicada Caja de Duero. En este caso, Sandra acudió a una notaría acompañada de un hijo suyo para documentar la póliza de préstamo. Se dice en los hechos probados que "...debido a su estado de salud mental en aquella época desconocía lo que estaba firmando...".

El recurrente en su argumentación niega la existencia del engaño previo, y por el contrario afirma que D<sup>a</sup> Sandra era consciente, perfectamente, de que ella estaba adquiriendo para ella los vehículos y que consentía en ellos, siendo consciente de lo que firmaba y que ella misma compareció acompañado de su propio hijo y en tal situación no es admisible ni está acreditado que, como se dice en la sentencia (f.jdco. primero, apartado B):

"...Y eso es lo que sucede en el caso que ahora se juzga, porque lo ocurrido es que el engaño ha consistido precisamente en eso, en hacer firmar a la Sra. Sandra los documentos que firmaba eran para otra cosa..."

En síntesis, el engaño para la sentencia se encuentra en que no era consciente de que ella adquirió para sí los vehículos, y que todo lo que firmó era para obtener una pensión.

Sin embargo, se dice en el motivo que no era así, que la presencia del Notario patentizaría justo lo contrario, y que en definitiva, la sentencia silencia la declaración de la testigo Custodia que pertenecía la financiera que concedió al crédito para la compra del Alfa Romeo y que habló con la Sra. Sandra y por eso sabe que ella era consciente y consintió en la adquisición del vehículo.

Ya anticipamos el éxito del motivo.

En efecto no existe prueba de cargo capaz de acreditar la realidad del engaño definidor del delito de estafa, con la consecuencia de que queda sin sustento la condena.

De entrada, la sentencia efectúa una valoración parcial de la prueba practicada, ya que se detiene singularmente en la declaración de la víctima, y de su hijastra y la de los empleados de los concesionarios de automóviles en cuanto al particular de que el recurrente se hacía llamar Mario "...y no sabemos qué necesidad tenía de hacerlo..."", se dice en el f. jdco. segundo.

Es cierto que se autodenomina Mario, pero ello es irrelevante a los efectos de fundar en este dato el engaño previo vertebrador de la estafa. Se está en presencia de unas mentiras impunes que se sitúan extramuros de los engaños típicamente penales.

Por otra parte verificamos en este control casacional que el Tribunal en su valoración de las pruebas ob-

vió y silenció el claro y rotundo testimonio de Custodia dado en el Plenario -folio 8 del acta, Rollo de la Audiencia-.

En síntesis, esta persona dijo:

-Que vendió un fiat a un tal Mario.

-Que se llevó la documentación necesaria y que posteriormente devolvió firmada por la persona que iba a adquirir el turismo.

-Que ella estuvo en casa de Fidela -Sandra- para ir a una Notaría.

-Que luego el recurrente fue a comprar otro vehículo, por el mismo procedimiento, pero que la póliza descrita fue intervenida por Notario, donde intervino, también, un chico llamado Santiago.

-Ella -Sandra- fue un par de veces a la financiera y sabía que iban a comprar un coche, luego tuvo constancia de que el coche se había vendido a otra persona, cree rumana.

-Ella -la testigo- explicó a la tal Fidela que ella era la compradora del coche, y también se lo hizo saber el Notario, pues Fidela acudió a la Notaría.

-Cree recordar que firmaron madre e hijo -Fidela y Santiago-, como copropietarios.

Incluso de la declaración de la propia Sandra en el Plenario no se deriva con la certeza propia para el decaimiento de la presunción de inocencia que el engaño urdido para obtener la firma de ella con el fin de adquirir los vehículos estuviera constituido por la promesa en conseguirle una pensión pues si bien ella dice que "...Mario le hizo firmar unos papeles diciendo que eran para la pensión..." "...ella fue a Alfa Romeo para ver un coche pero sin pensar en comprarlo..." "...cree que fue a una notaría pero ella no se enteró de a lo que fue. No llegó a ningún acuerdo con él para la compra de los coches, salvo firmar ella como conductora a petición de él..."

Incluso desde la situación de depresión que tuviera, y respecto de la que la sentencia solo la afirma sin soporte probatorio, resulta sorprendente que por un lado, ella reconozca que fue a ver un Alfa Romeo aunque no pensaba comprarlo, que manifieste total ignorancia del objeto de su presencia en la Notaría, y que, finalmente manifieste que solo firmó como conductora. Si se contrasta estas manifestaciones con lo dicho por la testigo antes citada -Custodia- cuyo testimonio está dotado de una especial credibilidad por tratarse de persona de una concesionaria, y por tanto ajena al recurrente, y por otra parte desde el hecho incontrovertido de que Sandra fue a un Notario para la concesión del tercer crédito, habrá de concluirse con que la conclusión de la existencia

del engaño vertebrador del delito de estafa, no se sostiene.

La propia sentencia viene a dar la explicación de lo ocurrido y que sitúa toda la operación extramuros del delito de estafa.

Se dice en el f.jdco. primero, apartado A) "...consiguió (el recurrente) que ésta no solo le facilitase su documentación personal y nóminas, sino también que firmara los documentos que le presentó, incluso a presencia notarial y acompañada de un hijo suyo, lo que ésta hacía en la creencia, por así estar convencida por el acusado, de que con ello se le conseguiría una pensión y ayudaría al acusado a adquirir los vehículos que éste pretendía adquirir..."

En definitiva se trató de un acuerdo entre el recurrente y Sandra, en virtud del cual, él se comprometía a tramitarle una pensión, y ella, como tenía crédito personal, (del que carecía el recurrente) le ayudaría al recurrente a la adquisición de los vehículos, vehículos que se adquirieron a nombre de Sandra, que era la titular, por lo que ni existió falsedad ni desvío de la propiedad. Los dos primeros vehículos, a nombre de Sandra fueron utilizados por los dos hijos del recurrente, quienes amortizaron el crédito, quedando respecto del segundo vehículo por abonar 6666'12 euros. Respecto del tercero, este impago precisamente fue para cuya concesión del préstamo acudió Sandra a la Notaría, no pudiendo admitirse que en ese escenario no supiera lo que hacía o firmaba a pretexto de una situación de depresión simplemente alegada. Ciertamente esta Sala en diversas resoluciones -SSTS 1079/2006; 825/2009; 1290/2006, entre otras-, ha declarado que la verdad notarial es una verdad formalizada en el sentido que el Notario da fe de la voluntad exteriorizada por los intervinientes en el negocio jurídico correspondiente. En este caso la cuestión no se centra en declaración de voluntad alguna sino en la capacidad para intervenir que el Notario tiene que verificar, y en el presente caso no efectuó ninguna reserva, lo que lleva a la conclusión de no poder aceptar las excusas alegadas por Sandra. Frente a su declaración en tal sentido, se alza la declaración de Custodia, antes citada, y la propia realidad de la presencia notarial con el reconocimiento de la capacidad de la compareciente, lo que constituye una presunción que admitiendo prueba en contrario, en el presente caso nada hay en los autos que permita ponerlo en duda.

No existió el engaño penalmente relevante. Existió un engaño en cuanto a la identidad del recurrente -se hacía llamar Mario- que no pasa de ser una mentira atípica. Pudo existir esa "promesa" de conseguirle una pensión, pero ello no constituye el engaño vertebrador de la estafa sino que más bien fue la "contraprestación" a que voluntariamente se avi-

no Sandra, como viene a reconocer la sentencia.

Llegados a este momento, a la vista del resultado de la prueba se podría reconstruir lo ocurrido diciendo que existió un acuerdo entre ambos en virtud del cual, el recurrente trataría de conseguirle una pensión, y Sandra, que tenía solvencia suficiente de la que carecía aquél, se avenía a adquirir para sí vehículos que utilizarían los hijos del recurrente quienes abonarían los correspondientes plazos de los préstamos con los que se habían financiado los turismos, y así se hizo, surgiendo las dificultades en relación a la adquisición del tercer vehículo del que nada se abonó.

Fuere o no así, lo cierto es que se está fuera de la actuación del Código Penal y del delito de estafa.

Y una última reflexión: la sentencia se refiere al "...impresionante historial..." delictivo del recurrente, que tampoco se concreta. Al respecto hay que recordar que nadie puede ser condenado, sin pruebas, sólo por su pasado histórico penal, pues ello es incompatible con el Estado de Derecho.

Como conclusión de todo lo razonado, hay que decir que se vulneró el derecho del recurrente a la presunción de inocencia, en la medida que no ha existido prueba de cargo capaz de acreditar la existencia del engaño antecedente, causante y bastante vertebrador del delito de estafa.

Procede la estimación del motivo, lo que hace innecesario el estudio del resto de los motivos.

TERCERO.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas del recurso.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formalizado por la representación de Ismael, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección I, de fecha 26 de junio de 2008, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a pronunciar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.



## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de noviembre de dos mil nueve.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Castellón, Procedimiento Abreviado núm. 62/2005, seguido por delito de estafa, contra Ismael, con DNI núm. 000, hijo de Teodoro y Teodora, nacido el 17 de septiembre de 1951 en Valladolid, con antecedentes penales, insolvente y en situación de libertad por esta causa; se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

Se elimina del "factum" toda referencia a que a consecuencia de la promesa de que el recurrente le obtendría una pensión a Sandra, ésta le facilitó toda la documentación necesaria para la adquisición de tres vehículos, sin ser consciente de tal adquisición.

Por contra debe hacerse constar que el recurrente se comprometió con Sandra en tramitarle una pensión, y ella, se avino a adquirir tres vehículos para el recurrente, vehículos en los que apareció como propietaria la indicada, si bien de hecho fueron utilizados por dos hijos de recurrente que han ido abonando las amortizaciones correspondientes, quedando del segundo vehículo por abonar 6.666'2 euros y la totalidad de un tercer vehículo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por los razonamientos incluidos en la sentencia casacional, debe ser absuelto el recurrente.

## PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos a Ismael, del delito de estafa, con declaración de oficio de las costas de la primera instancia.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

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



2009/300347

TS Sala 4ª, Sentencia 10 noviembre 2009. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez.

Exclusión de vicio del consentimiento

## Valor liberatorio de finiquito determinante de la inexistencia de despido

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada frente a sentencia que, revocando la de instancia, declaró la improcedencia del despido del actor, trabajador temporal.*

*La Sala señala que la sentencia de suplicación que ahora se recurre simplemente afirma que el vicio en el consentimiento deriva de la utilización ilícita del contrato de trabajo por acumulación de tareas al no estar motivada la necesidad de llevar a cabo la contratación temporal; sin embargo, los términos literales del finiquito dan cuenta inequívoca de que la voluntad era la de tener por extinguida la relación laboral y el trabajador firmó voluntariamente el recibo por lo que no medió vicio en el consentimiento, ni engaño o coacción; por tanto, hay que concluir que el discutido recibo de finiquito debe producir el efecto liberatorio que en su texto se contiene y revocándose la sentencia impugnada, se declara la inexistencia de despido.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se discute en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina sobre el alcance liberatorio del recibo o documento de finiquito firmado por el trabajador en el que se expresa la voluntad de dar por concluida la relación laboral, tras un contrato de trabajo eventual por acumulación de tareas, de un año de duración.

El Juzgado de lo Social número 13 de los de Barcelona, en sentencia de 25 de abril de 2008 desestimó la demanda de despido planteada por el trabajador, con base en los siguientes hechos, que conviene aquí tener presentes para resolver la cuestión de fondo planteada.

1.- El contrato de trabajo se firmó entre las partes el 11 de diciembre de 2006. Se trataba de un contrato temporal en la modalidad de eventual por circunstancias del mercado (artículo 15.1 b) ET), de un año de duración, en el que como causa del mismo se consignaba textualmente por "preveer (sic) la empresa un aumento de trabajo durante este periodo".

2.- El 23 de noviembre de 2007 se comunicó al trabajador que su contrato finalizaría el día 10 de diciembre, tal y como se había pactado en el mismo.

3.- El 10 de diciembre de 2007 el demandante firmó un documento de cese, en el que se decía literalmente lo que sigue: "El que suscribe... da por terminada su relación laboral con la empresa... y por extinguido el contrato de trabajo que con ella le unía, percibiendo la cantidad de: 1.594,72 euros. Con el percibo de la referida cuantía me doy totalmente saldado y finiquitado por toda clase de conceptos de la citada empresa, renunciando expresamente a cualquier reclamación administrativa o judicial que pudiera derivarse de la expresada relación laboral que doy por concluida".

Recurrió el trabajador en suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia de fecha 15 de octubre de 2008 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, estimó el recurso y declaró la improcedencia del despido. Para ello en primer término afirmó la naturaleza fraudulenta del contrato de trabajo temporal suscrito, por cuanto que la causa consignada el mismo adolecía de una absoluta indefinición. A continuación negaba el carácter liberador del recibo firmado por el demandante, razonado, después de consignar una serie de sentencias de esta Sala, porque la relación laboral "es indefinida debido a que el contrato temporal fue extendido en fraude de ley y no podía finalizar con la firma de un documento de saldo y finiquito".

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina lo plantea ahora la empresa contra la referida resolución, denunciando la infracción de los artículos 49.1 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 1.281 del Código Civil. Como sentencia de contradicción a efectos de sostener el recurso cita la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 7 de diciembre de 2004 (recurso 320/2004). En ella, como va a verse enseguida, se resolvió un supuesto que guarda en relación con el de la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la LPL para la viabilidad del recurso.

Se trataba también en ella de un contrato de trabajo temporal, de un año de duración (seis meses prorrogados), por acumulación de tareas. A su término, las partes firmaron un recibo de finiquito del siguiente tenor literal: "Recibí la cantidad de 1515,33 euros en concepto de liquidación, saldo y finiquito de la relación laboral, considerando rescindido el contrato de trabajo y liquidadas total y conforme las cuentas de origen laboral sin que exista concepto ni cantidad alguna pendiente de reclamar ni liquidar", recogiendo los conceptos de Pagas extras de julio, septiembre, diciembre y la indemnización según convenio y como motivo de la baja final de contrato. Planteada demanda por despido, la sentencia de instancia lo declaró improcedente, decisión confirmada la sentencia de la Sala de suplicación. Para llegar a tal pronunciamiento, ésta sentencia partía de la naturaleza fraudulenta de la contratación al no haber causa determinante del contrato, de lo que desprendería la inexistencia de valor liberatorio al recibo de finiquito.

Sin embargo, la sentencia de contraste mantiene el criterio opuesto y afirma que la voluntad de rescindir el contrato no ofrecía duda alguna en cuanto a su interpretación, "dada la claridad de los términos en que aparece formulada, en contra de lo que argumentó la recurrida sin base alguna. No se invoca la existencia de un vicio de la voluntad que impidiera que tal declaración surtiera el efecto que le es propio. Debe, en consecuencia surtir el efecto que expresa debiendo tenerse por extinguido el contrato entre las partes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.a del Estatuto de los Trabajadores".

La contradicción entre ambas sentencias es palmaria, pues en la sentencia recurrida se negó valor liberatorio al finiquito firmado tras la extinción de un contrato temporal por circunstancias de la producción en el que aparecían términos prácticamente idénticos a los de la de contraste, también con un contrato de trabajo temporal por acumulación de tareas, y sin embargo sí se le conce-

dió valor liberatorio. El hecho de que en la sentencia recurrida el contrato especificase en la causa que se suscribía por prever un aumento de trabajo durante ese periodo y en la de contraste se hiciera en una pura acumulación de tareas no tiene relevancia alguna, pues el núcleo, la base de la contradicción reside en los elementos antes puestos de relieve.

**TERCERO.-** A la vista de la contradicción existente, la Sala ha de unificar doctrina en el punto controvertido, tal y como antes ha quedado éste fijado, afirmándose aquí desde ahora que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste.

Son muchas las sentencias de la Sala que se han ocupado de supuestos en los que la discusión, el problema a resolver era el mismo que en el presente recurso, esto es, la determinación del valor que un recibo de finiquito puede alcanzar en relación con la extinción de una relación de trabajo, teniendo en cuenta que el artículo 49.1 a) del Estatuto de los Trabajadores. Todas ellas analizan de manera pormenorizada los términos en que está redactado el texto del recibo, en relación además con las obligaciones sobre las que pacta o transige. Por esa razón no resulta aplicable en el caso que ahora hemos de resolver la sentencia de esta Sala de 11 de junio de 2008 (recurso 1954/2007) cuyo texto transcribe parcialmente la resolución hoy recurrida y en cuya doctrina se apoya, pues en ese caso se trataba de un recibo de finiquito que se suscribió por diversos conceptos concretos, entre los que no aparecía el de horas extraordinarias -por nadie discutidas- que después se reclamaron judicialmente. La Sala rechaza el valor liberatorio de aquél documento porque no comprendía el concreto concepto reclamado, ni la cantidad se correspondía con tal liquidación de ese concepto. Tampoco resulta aplicable la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 1998 que cita la parte recurrida en su escrito de impugnación, porque el recibo que allí se analizó, aunque se trataba de despido, no expresaba, a diferencia de lo que ocurre en el caso que hemos de resolver, de forma concreta la voluntad del trabajador de dar por terminada su relación de trabajo.

Un resumen de la doctrina de la Sala en materia de valor del recibo de finiquito se contiene en nuestra sentencia de 21 de junio de 2007 (recurso 3314/2006), en la que se recoge también la de 18 de noviembre de 2004 (Recurso 6438/2003), que cabe aquí desarrollar en los siguientes términos:

a) El finiquito es, según el Diccionario de la Lengua española, "remate de cuentas o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas" (s. de 24-6-98, recurso 3464/97). No está sujeto a forma ad

solemnitatem y su contenido, que es variable, puede hacer referencia bien al percibo de una determinada cantidad salarial, bien a la liquidación de las obligaciones, principalmente de carácter patrimonial, que se realiza con motivo de la extinción de la relación laboral; o, por último, a la propia extinción de la relación contractual, a la que, usualmente, se une una manifestación de las partes de no deberse nada entre sí y de renuncia a toda acción de reclamación -STS. de 28-2-00 (rec. 4977/98) de Sala General, entre otras-.

b) Por lo que se refiere a la liquidación de obligaciones, se conceptúa el finiquito como aquel documento que incorpora una declaración de voluntad del trabajador expresiva de su conformidad de que mediante el percibo de la "cantidad saldada" no tiene ninguna reclamación pendiente frente al empleador (SSTS de 11-11-03 (rec. 3842/02) y 28-2-00, ya citada).

c) En lo que concierne a la extinción del vínculo laboral, el finiquito es la manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes -que constituye causa de extinción de la relación laboral, según el artículo 49.1.a) ET -; es decir, la expresión de un consentimiento, que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y manifestado -por lo tanto sin vicios que lo invaliden -y recaído sobre la cosa y causa, que han de constituir el contrato, según quiere el artículo 1.262 del Código Civil (STS. de 28-2-000). Y por ello, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción, o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario (STS 26-11-01, rec. 4625/00).

d) Por regla general, debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan.

e) Esa eficacia jurídica que con carácter general se atribuye a tales pactos, no supone en modo alguno que la fórmula de "saldo y finiquito" tenga un contenido o carácter sacramental con efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción. Al contrario, habrá de tenerse en cuenta:

1.- De un lado, que el carácter transaccional de los finiquitos (art. 1.809 del Código Civil en relación con los arts. 63, 67 y 84 LPL) exige estar a los límites propios de la transacción, de modo que los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de aquella; y aun

en ese marco, la ley ha establecido las necesarias cautelas para evitar que, casos de lesión grave, fraude de ley o abuso de derecho prevé el art. 84.1 LPL. (STS de 28 de abril de 2004, recurso 4247/02).

2.- De otro, que los vicios de voluntad, la ausencia de objeto cierto que sea materia del pacto, o la expresión en él de una causa falsa, caso de acreditarse, privarían al finiquito de valor extintivo o liberatorio (STS de 9-3-90, 19-6-90, 21-6-90 y 28-2-000), al igual que ocurrirá en los casos en que el pacto sea contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros (STS. de 28-2-00) o contenga una renuncia genérica y anticipada de derechos contraria a los arts. 3.5 ET y 3 LGSS. Para evitar, en lo posible, que se produzcan tales situaciones, el trabajador cuenta con los mecanismos de garantía que instrumentan los arts. 49.1 y 64.1.6 ET (STS. de 28 de febrero de 2000).

3.- Finalmente, es posible también que el documento no exteriorice de manera inequívoca una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes (STS de 13-10-86), o que su objeto no esté suficientemente precisado, como exige el art. 1.815.1 del C.Civil. De ahí que las diversas formulas que se utilizan en tales documentos están sujetas a las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil que, entre otros cánones, obligan a estar al superior valor que el art. 1.281 atribuye a la intención de las partes sobre las palabras, y a la prevención del art. 1.289 de que no deberán entenderse comprendidos aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar (SSTS de 30-9-92, 26-4-98 y 26-11-01).

**CUARTO.-** Para aplicar la anterior doctrina al caso que aquí hemos de resolver se ha de partir, por un lado, del texto literal del documento de finiquito que firmó el trabajador, para conocer el alcance de esa expresión de voluntad, y por otra, si el consentimiento prestado aparece viciado por alguna de las causas previstas en el artículo 1.265 del Código Civil, error, dolo violencia o intimidación.

En cuanto al primer punto, los términos literales del finiquito, antes transcrito, dan cuenta inequívoca de que la expresión literal de la voluntad era la de tener por extinguida la relación laboral hasta entonces vigente entre las partes. No cabe extraer otra cosa de la expresión "... el que suscribe... da por terminada su relación laboral con la empresa...". Sobre la segunda cuestión, la sentencia de instancia pone de manifiesto en el hecho probado segundo que el trabajador firmó voluntariamente el recibo, así se reitera en varios pasajes del fundamento jurídico segundo, y especialmente en su inciso final, en el que literalmente se dice, con evidente valor de hecho probado, que no se había acreditado por prueba al-

guna "que hubiera mediado vicio en el consentimiento, ni causa de error esencial, ni maniobra fraudulenta, engaño o coacción, ni dolo, violencia o intimidación...". Por su parte, la sentencia de suplicación que ahora se recurre simplemente afirma que el vicio en el consentimiento del demandante deriva de la utilización ilícita del contrato de trabajo por acumulación de tareas sin especificar de manera concreta cuáles fueran las que motivaron la necesidad de llevar a cabo la contratación temporal del demandante bajo la modalidad prevista en el artículo 15.1 b) ET.

Sin embargo, de los referidos términos del recibo de finiquito, que contiene la expresión libre de la voluntad del trabajador de tener por concluida la relación de trabajo, y de no hay constancia alguna, sino todo lo contrario, de que concurriera ninguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el antes citado artículo 1.265 del Código Civil, hay que concluir que el discutido recibo de finiquito debe producir el efecto liberatorio que en su texto se contiene, lo que supone, oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el de tal clase interpuesto por el trabajador demandante, confirmando la decisión de instancia que desestimó la demanda por despido. Sin costas.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ferrolezama S.L., contra la sentencia de 15 de octubre de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 5311/2008, interpuesto frente a la sentencia de 25 de abril de 2008 dictada en autos 19/2008 por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona seguidos a instancia de D. Feliciano contra Ferrero Lezama, S.L. sobre despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el de tal clase interpuesto en su día por el trabajador, confirmando la decisión de instancia. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- José Manuel López García de la Serrana.- Joaquín Samper Juan.

(...)



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2811

Madrid, 29 de marzo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

do a estar en posesión del título de Diplomado Universitario o equivalente.

## RESEÑA

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

### TS CIVIL

2009/307243

TS Sala 1ª, Sentencia 29 diciembre 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

#### Obligación de copropietario de abonar cantidades para evitar el embargo

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a la demandada a pagar a las actoras las cantidades reclamadas que habían satisfecho para evitar el embargo de la finca de la que eran copropietarios ambas partes por tratarse de un gasto de conservación y de levantamiento de dicha carga que pesaba sobre la finca.

2009/307245

TS Sala 1ª, Sentencia 18 diciembre 2009.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

#### Obligación de propietarios de responder por las obras realizadas por ocupantes del piso

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a los demandados a realizar, a su costa y cargo, las obras necesarias para suprimir las tres chimeneas que habían sido instaladas por los ocupantes en el muro posterior del edificio litigioso, dejándolo en el mismo estado que se encontraba anteriormente, al ser responsables legalmente como propietarios del edificio frente a la comunidad de los actos de sus ocupantes.

### TS PENAL

2009/265735

TS Sala 2ª, Sentencia 16 octubre 2009.  
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

#### Absolución del delito de estafa

Desestimando los recursos de casación interpuestos por la acusación par-

titular y el responsable civil subsidiario, la Sala acoge en parte el formulado por el acusado contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de uno de los delitos, por cuanto no hay base suficiente para inferir razonablemente que el contrato, del que derivaron luego estas peripecias jurídicas, fue desde el principio una mendaz puesta en escena dirigida a engañar a la víctima para provocar en ella un error, y con la ocultación de una inicial intención de no cumplir obtener las disposiciones patrimoniales en beneficio propio.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/300230

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 17 diciembre 2009. Ponente: D. Juan José González Rivas

#### Reclamación de diferencias retributivas por quienes realizando el mismo trabajo perciben diferentes complementos

El TS desestima el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña, que estimó en parte el recurso contencioso, reconociendo el derecho de los demandantes a percibir la diferencia retributiva correspondiente al complemento de destino y al complemento específico correspondientes al nivel 22 o 18, según se trate del Grupo C o D, en relación con la percibida en atención al nivel atribuido en la RPT al puesto de trabajo que ocupan, con efectos retroactivos de cuatro años a contar desde la fecha en que solicitaron individualmente el abono de las retribuciones. La Sala rechaza la tesis solicitada por la Administración, y consistente en que "las retribuciones a las que tienen derecho los funcionarios públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, son las que corresponden a los puestos de trabajo que ocupen, con independencia de las funciones por ellos realizadas".

2009/300244

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 17 diciembre 2009. Ponente: D. Juan José González Rivas

#### Denegación de la petición de extensión del fallo por ganar firmeza el acto administrativo denegatorio

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra los Autos del TSJ Madrid sobre reconocimiento de extensión de efectos a la sentencia que estimaba, en cuanto aquí interesa, el recurso interpuesto, reconociendo el derecho del actor a percibir la gratificación de permanencia por completar veinte años de servicios en el Cuerpo de la Guardia Civil, condenando a la Administración demandada a abonarle la cuantía correspondiente con efectos de la fecha en que cumplió el referido periodo de servicios.

La Sala considera que cuando el interesado formuló su solicitud de extensión de efectos a la Sala de Madrid, dentro del plazo del año desde la fecha de la sentencia cuyos efectos pretende se le extiendan, ya había ganado firmeza la resolución denegatoria de su petición y por tanto, se había producido el acto firme y consentido que determinaba, de forma taxativa, la necesaria desestimación del incidente.

2009/300254

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 16 diciembre 2009. Ponente: D. José Díaz Delgado

#### Exclusión del proceso selectivo por no poseer la titulación de diplomado universitario

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el TSJ de Madrid que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del tribunal calificador de las pruebas selectivas para ingreso en la escala ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía, al considerar que el recurrente presentó una fotocopia compulsada de un certificado académico personal de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en la que consta que el número total de créditos obtenidos de la Licenciatura de Derecho, es de 151,50, por lo tanto inferior al mínimo exigido de 180 créditos para ser equipara-

### TS SOCIAL

2009/283345

TS Sala 4ª, Sentencia 10 noviembre 2009.  
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

#### Falta de cotización durante la prestación del servicio militar

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado contra sentencia que consideró que el periodo de servicio militar obligatorio debe computarse como cotizado a efectos del cálculo de la pensión de jubilación.

La Sala señala que cabe declarar como situación asimilada al alta la del trabajador mientras presta servicio militar obligatorio, pero ninguna disposición establece que durante ese tiempo haya obligación de cotizar, por lo que se impone la estimación del recurso.

2009/283343

TS Sala 4ª, Sentencia 2 noviembre 2009.  
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

#### Derecho a mayor retribución por realizar funciones de superior categoría

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que rechazó su demanda de reclamación de cantidad por ejercer funciones de superior categoría.

La Sala indica que el presente caso es de movilidad funcional, ex art. 39 ET, a tenor del cual en los supuestos de encomienda de funciones de carácter superior el trabajador tiene derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones que efectivamente realice, que en este caso son las que corresponden al grupo 2, que define el art. 17,1 del Convenio Único para el Personal al servicio de la Administración General del Estado y cuya infracción se denuncia y, el que no se desarrollen únicamente las funciones propias de la categoría superior no altera esta conclusión, pues, como ha señalado el TS, lo decisivo no es una plenitud de la equivalencia funcional entendida en sentido absoluto, sino que hay que atender a la configuración funcional predominante del puesto desempeñado a través de una valoración empírica de las tareas realizadas.