



# 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 2876

Madrid, miércoles 29 de septiembre de 2010



## TS SOCIAL

2010/113437

TS Sala 4ª, Sentencia 18 mayo 2010. Ponente: D. Rosa María Virolés Piñol

No implica devolución de pensión de jubilación aun sin contratación de otro

### Cese de relevista por subrogación empresarial en empresa en que presta servicios el jubilado parcial

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa de transportes accionante contra sentencia que confirmó la resolución del INSS sobre reintegro de pensión de jubilación parcial.*

*Explica el Tribunal que si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa recurrente, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos el jubilado parcial y el relevista a distintas empresas, y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si, -en interpretación la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1131/2002, regulador de la jubilación parcial y de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial-, en el supuesto de cese del trabajador relevista en la empresa en la sigue prestando sus servicios el jubilado parcial, por haber sido traspasado aquél a una tercera empresa que se subroga en los derechos y obligaciones de la anterior, y tras tal cese no contratar la empresa originaria a otro trabajador relevista, puede o no el INSS acordar la devolución contra la empresa originaria del importe de la pensión jubilación correspondiente al tiempo de ausencia

de relevista, y durante el que no se cotizó por él.

2.- La sentencia recurrida, -dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Madrid en fecha 15 de abril de 2009 (rollo 762/2009), confirmatoria de la de instancia, dictada por el JS/Madrid núm. 2 en fecha 27 de octubre de 2008 (autos 662/2008)-, en un supuesto en el que la empresa no había procedido a contratar a otro trabajador relevista cuando el inicialmente contratado en el momento de la jubilación parcial, pasó a formar parte de otra empresa distinta a causa de la transmisión parcial de la concesión del servicio de transportes en el que venía trabajando, entiende que no existe responsabilidad empresarial por no haber efectuado la referida contratación al menos durante el tiempo que mediase hasta que el tra-

bajador sustituido alcanzase la edad que le permitiera acceder a la jubilación ordinaria o anticipada. Se argumenta en la sentencia recurrida, en esencia, que, no existe obligación alguna de la empresa de emplear a un nuevo relevista, puesto que la contratación del relevista, busca fomentar el empleo y que no se produzca reducción alguna del nivel de empleo ni de ocupación en la empresa y este fin se cumple en el caso, pues el primer trabajador relevista pasó a encuadrarse en otra empresa (la subrogada en el servicio transmitido) bastante tiempo después de tal relevo y como consecuencia de la cesión del servicio a la misma.

3.- La sentencia que invoca como de contraste la empresa recurrente, -dictada por la propia Sala de lo Social del TSJ/Madrid en fecha 9 de marzo de 2007 (recurso 6137/2006)-, en un supuesto de hecho análogo relativo a la misma empresa, llega a la solución contraria, al considerar que la empresa actora y recurrente en el caso, debió sustituir al relevista al producirse su cese, "aún cuando el trabajador relevista estuviese en esa segunda empresa (o acaso fuese posible que lo hiciese la nueva concesionaria del servicio) pero de cualquier forma, era obligado, conforme a dicho precepto (D.A. segunda del RD 1131/2002, de 31 de octubre), que se contratase un nuevo relevista pues en cualquiera de las situaciones posibles, el trabajador que cesaba, ostentaba la condición de relevista y ello al menos durante el tiempo que mediase hasta que el trabajador sustituido alcanzase la edad que le permitiera acceder a la jubilación ordinaria o anticipada".

4.- Concorre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias necesario para viabilizar el recurso de casación unificadora (art. 217 LPL), como pone de evidencia el Ministerio Fiscal, pues ante el mismo hecho de que el jubilado parcial permanezca en una empresa y el trabajador relevista pase a otra distinta, mientras que la sentencia recurrida entiende que no es necesaria la contratación de un nuevo relevista, así como que los objetivos de fomento de empleo fueron alcanzados y al mantener la nueva empresa el mismo puesto de trabajo con el mismo contrato y condiciones, no existe fraude alguno; la sentencia de con-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Nulidad de acuerdos comunitarios de anulación de servicio de portero automático 3

#### PENAL

La continuidad delictiva no excluye la agravante de los hechos que individualmente la componen 5

#### SOCIAL

Cese de relevista por subrogación empresarial en empresa en que presta servicios el jubilado parcial 1

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

traste razona que de cualquier forma, era obligado, conforme a dicho precepto (D.A. segunda del RD 1131/2002, de 31 de octubre), que se contratase un nuevo relevista pues en cualquiera de las situaciones posibles, el trabajador que cesaba, ostentaba la condición de relevista y ello al menos durante el tiempo que mediase hasta que el trabajador sustituido alcanzase la edad que le permitiera acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

5.- Como quiera que, además, el escrito a través del cual se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores, 166 de la LGSS, y Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido sobre dicho concreto extremo.

SEGUNDO.- 1.- La invocada Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002 contiene, en lo que interesa a la solución del caso, la siguiente regulación:

“1. Si durante la vigencia del contrato de relevo antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada...”

3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo.- En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese...

4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada”.

2.- La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala del Tribunal Supremo en doctrina unificadora, a la

que ha de estarse por razones de seguridad jurídica. Así, señala la STS. de 25 de enero de 2010 (recurso 1245/2009): “La jurisprudencia unificadora, -en especial en STS/IV 9-julio-2009 (rcud 3032/2008), en la que se entiende procedente la responsabilidad empresarial al abono a la entidad gestora del importe proporcional de la prestación de jubilación parcial por retraso en el cumplimiento de su deber de contratar a un relevista sustituto, en caso de cese por excedencia voluntaria del trabajador relevista anterior-, ya ha tenido ocasión de interpretar la citada Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002. Así, ha entendido que:

a) El apartado 1 de dicha disposición adicional 2ª establece un deber del empresario de sustitución del trabajador relevista que hubiera cesado en el trabajo por otro trabajador que se encuentre en situación de desempleo o en situación de trabajador temporal de la misma empresa.

b) El apartado 3 detalla el alcance del deber anterior mediante especificaciones por un lado de la modalidad contractual de la nueva contratación, que ha de ser también un contrato de relevo, y por otro lado del plazo para llevarla a cabo, que no puede exceder de quince días.

c) El apartado 4 determina la consecuencia desfavorable del “incumplimiento” de las “obligaciones establecidas” a cargo del empresario en los apartados anteriores, que es el abono a la entidad gestora del importe de la pensión por un período de tiempo delimitado por dos fechas precisas: la del “momento de la extinción del contrato” y la del acceso a la “jubilación ordinaria o anticipada” por cese en el empleo a tiempo parcial del jubilado parcial.

3.- Por su parte, precisa la STS/IV 8-julio-2009 (rcud 3147/2008) que “el citado apartado 4, calificado por las Sentencias de anterior cita como -de evidente contenido sancionador y antifraude- constituye asimismo un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste”.

4.- Ha destacado la jurisprudencia que los preceptos transcritos de la disposición adicional 2ª plantean numerosos problemas interpretativos, que han de ser resueltos con ayuda

de diversos instrumentos hermenéuticos; y a alguno de estos problemas interpretativos, distinto del que ahora nos ocupa, ha dado ya respuesta la doctrina unificada de esta Sala del Tribunal Supremo en sus SSTS/IV 29-mayo-2008 (rcud 1900/2007), 23-junio-2008 (rcud 2930/2007), 23-junio-2008 (rcud 2335/2007), 16-septiembre-2008 (rcud 3719/2007) y 19-septiembre-2008 (rcud 3804/2007), referidas todas ellas a determinar si es exigible o no la responsabilidad empresarial prevista en la citada disposición adicional en supuestos de extinción de los contratos conexos a tiempo parcial, el del jubilado y el del relevista, como consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo, llegando a la solución de inexistencia de responsabilidad empresarial dado que “al no existir relación laboral con el trabajador jubilado parcialmente tampoco existe obligación de contratar trabajador relevista, como se deduce a -sensu contrario- de lo dispuesto en el número 2, en donde si se mantiene la obligación de contratar solo cuando el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación y no se procediera a su readmisión, ya que la extinción de la relación laboral de este trabajador fue autorizada en el correspondiente expediente de regulación de empleo y no constituye por tanto despido improcedente, sino una figura próxima al despido procedente”.

5.- Existe, asimismo, una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la interpretación del término “cese” referido al trabajo a los efectos de la referida disposición adicional, como sintetiza la citada STS/IV 9-julio-2009, entendiéndose que “no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET. Puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el trabajador, por su propia voluntad, deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo con su decisión voluntaria, por el período de apartamiento del trabajo, una plaza vacante en el organigrama de la empresa.

La opción por una interpretación extensiva, que comprenda estos supuestos de cese temporal, o por una interpretación estricta, que limite el alcance de la expresión al cese definitivo, dependerá normalmente de la finalidad de la disposición en la que el término aparezca”; añadiéndose que “en el contexto de la DA 2ª RD

1131/2002 debe acogerse una interpretación amplia del término -cese-, que incluya los supuestos de cese temporal por excedencia voluntaria que constituyan un incumplimiento total o de larga duración del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista”.

Se concluye, destacando la finalidad de esta singular figura y las consecuencias de su aplicabilidad al concreto supuesto enjuiciado, que “la institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico, persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro, y por otra mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial. Este segundo propósito de mantenimiento del empleo vacante no se podría alcanzar de consentirse la excedencia voluntaria del trabajador relevista, una situación que en el caso enjuiciado se prolongaría por un largo tiempo de tres años y medio. De ahí que haya de entenderse que el relevista que pasa a excedente voluntario deba ser sustituido por el empresario en el tiempo de quince días previsto en la citada disposición adicional”. (...)

1.- Del análisis de la doctrina jurisprudencial expuesta se deduce que una de las finalidades de la normativa de jubilación parcial y contrato de relevo es la del mantenimiento del empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial, que, por ello, cuando se produce el “cese”, en una amplia interpretación de tal concepto, del trabajador relevista no se cumple con aquella finalidad normativa de mantenimiento de empleo de no contratarse por la empresa a un nuevo trabajador relevista, en el plazo reglamentariamente fijado, y que el incumplimiento del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista justifica la responsabilidad empresarial prevista a favor de la Entidad Gestora, partiendo de que dicha norma (núm. 4 Disposición Adicional 2ª RD 1131/2002) al tiempo que determina la responsabilidad civil derivada de tal incumplimiento, tiene un evidente contenido sancionador y antifraude.

2.- La norma analizada, por otra parte, a diferencia de otras modalidades de fomento de creación de empleo previstas legalmente, -como las reguladas en la ahora vigente Dispo-

sición adicional 10ª ET, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, en la que se dispone que dicha medida “deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”, que ha sido objeto de interpretación en dos SSTs/IV 22-diciembre-2008 (rcud 3460/2006 y 856/2007) dictadas en Sala General-, no se ha articulado de una manera genérica que luego pueda ser objeto de concreción para cumplir con unos “objetivos coherentes con la política de empleo”. Por el contrario, la normativa sobre jubilación parcial configura sus objetivos, en cuanto a creación de empleo se refieren, de una manera mucho más limitada, circunscribiéndolos, en principio, al ámbito de la concreta empresa en la que el trabajador jubilado parcial presta sus servicios e interrelacionando de forma directa el concreto contenido del contrato de éste y sus vicisitudes con las de la contratación del trabajador relevista; pretendiéndose que, como mínimo, el tiempo de trabajo que deja libre el jubilado parcial se cubra por el relevista para que no se pierda nivel de empleo en la concreta empresa, y estableciéndose en base a dicha interrelación los mecanismos de control de la regularidad de dichas figuras contractuales a los efectos laborales y de seguridad social.

3.- La singularidad del supuesto ahora enjuiciado consiste en que, por transmisión parcial de la concesión del servicio de transportes por parte de la empresa de transporte de viajeros demandada de una de sus diversas líneas de transporte, en concreto aquella en la que prestaba servicios el relevista, éste pasó a integrarse por subrogación en la nueva empresa a la que se cedió parte de la actividad empresarial, calificada de sucesión empresarial en la sentencia recurrida, manteniéndose en la plantilla de la empresa originaria el jubilado parcial y sin que por esta última empresa se contratara a ningún otro posible trabajador relevista en sustitución del trabajador subrogado por la tercera empresa. Ante tal singular realidad, cabe interpretar que:

a) El originario trabajador relevista ha consolidado su empleo en la nueva empresa, por lo que efectivamente se ha generado empleo y el puesto de trabajo creado se mantenía en la fecha de los hechos enjuiciados.

b) Dado que la transmisión de las concesiones de transporte comporta la de los medios materiales adscritos a la misma y debe estarse a la normativa laboral de subrogación de las

relaciones de los trabajadores de la anterior (arg. ex art. 75.4 Ley 16/1987 de 30-julio, de Ordenación de los Transportes terrestres, y art. 94.4 Real Decreto 1211/1990 de 28 -septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres), lo que no se cuestiona en este litigio, la nueva empresa se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones respecto al trabajador relevista subrogado tras la transmisión de la concreta concesión de línea de transporte por la empresa originaria, y la subrogación se produce en las mismas condiciones y presupuestos que el trabajador relevista tenía en este extremo contractual en la empresa originaria e incluso en las obligaciones de Seguridad Social del empresario anterior (arg. ex art. 44 ET redactado por Ley 12/2001 de 9-julio).

c) Si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas; y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria, lo que ahora no se resuelve.

d) Por último, no cabe entender que exista una conducta fraudulenta por parte de la empresa originaria que justifique la aplicación de la norma ex núm. 4 de la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1131/2002 que, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, “tiene un evidente contenido sancionador y antifraude”.

4.- La aplicación de la doctrina y razonamientos expuestos al supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, comporta entender que la doctrina jurídicamente correcta es la mantenida en la sentencia recurrida confirmatoria de la de instancia, en la que, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas no controvertidas, en que la empresa no había procedido a contratar a otro trabajador relevista cuando el inicialmente contratado en el momento de la jubilación parcial, pasó a formar parte de otra empresa distinta a causa de la transmisión parcial de la concesión del servicio de transportes en el que venía trabajando, entiende que no existe responsabilidad empresarial por no haber efectuado la referida contratación al menos durante el tiempo que mediase hasta que el trabajador sustituido alcanzase la edad que le permitiera acceder a la jubilación ordinaria o anticipada. Argumentándose que no existe obligación alguna de la empresa de emplear a un nuevo relevista, puesto que la contratación del relevista, busca fo-

mentar el empleo y que no se produzca reducción alguna del nivel de empleo ni de ocupación en la empresa y este fin solo se cumple si se mantiene al menos el empleo completo del jubilado parcialmente, lo cual se cumple en el presente caso atendiendo a que:

a) El originario trabajador relevista ha consolidado su empleo en la nueva empresa, por lo que efectivamente se ha generado empleo y el puesto de trabajo creado se mantenía en la fecha de los hechos enjuiciados.

b) Dado que la transmisión de las concesiones de transporte comporta la de los medios materiales adscritos a la misma y debe estarse a la normativa laboral de subrogación de las relaciones de los trabajadores de la anterior, la nueva empresa se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones respecto al trabajador relevista subrogado tras la transmisión de la concreta concesión de línea de transporte por la empresa originaria, y la subrogación se produce en las mismas condiciones y presupuestos que el trabajador relevista tenía en este extremo contractual en la empresa originaria e incluso en las obligaciones de Seguridad Social del empresario anterior (arg. ex art. 44 ET redactado por Ley 12/2001 de 9-julio.; respuesta acorde con la doctrina unificadora de esta Sala del Tribunal Supremo antes referida.

TERCERO.- Por cuanto precede, y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y la TGSS, y en consecuencia, la confirmación de la sentencia recurrida. Sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 15 de abril de 2009 (rollo 762/2009), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, que confirmaba la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid en fecha 27 de octubre de 2008 (autos 662/2008), en procedimiento seguido a instancia de la empresa Trap, S.A., contra el trabajador D. Gabino, el INSS y la TGSS. Confirmamos la sentencia recurrida confirmatoria de la de instancia, estimatoria de la demanda.

Sin imposición de costas. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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.- Jordi Agustí Julia.- José Manuel López García de la Serrana.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- Rosa María Viroles Piñol.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Dª Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certificado.



2010/113282

TS Sala 1ª, Sentencia 11 junio 2010. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

## Nulidad de acuerdos comunitarios de anulación de servicio de portero automático

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia recurrida y, en su lugar, repone la sentencia dictada en primera instancia que estimó íntegramente la demanda declarando nullos los acuerdos adoptados por la comunidad de propietarios demandada de anulación del servicio de portero automático, considerando dicha sentencia que

*cualquier acuerdo que autorizara el cierre con llave del portal implica la privación de efectividad del portero automático con que cuenta el edificio, y supone un grave perjuicio para el actor al no encontrarse justificada la necesidad de adoptar dichas medidas en base a la subjetiva sensación de falta de seguridad, y dado que dichos acuerdos adoptados son claramente contrarios a la normativa autonómica que es de aplicación ya que suponen el entorpecimiento de las puertas de salida al dificultar su utilización.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Augusto, abogado, es propietario de un piso destinado a oficina en la comunidad constituida en la calle DIRECCION000 núm. NUM000 de Madrid.

2º Por razones de seguridad, la comunidad tomó el acuerdo de cerrar con llave la puerta del portal, anulando el portero automático. En una Junta extraordinaria convocada al efecto y celebrada el 22 de abril de 2002 se acordó que no se cerrara con llave dicho portal, concediendo a cada propietario la facultad de cerrar o no. El 9 de mayo del mismo año 2002, la Junta General revocó por mayoría el acuerdo de la celebrada el 22 de abril, acordando que la puerta fuera cerrada o no por cada propietario en cada caso siguiendo la legalidad vigente.

3º D. Augusto se opuso a dicho acuerdo y demandó a la comunidad. Alegó que era contrario a las normas establecidas por la Comunidad de Madrid en la ley 19/1999, de 29 de abril, que modificaba la 14/1994 "por la que se regulan los servicios de prevención, extinción de incendios y salvamentos de la Comunidad de Madrid". Dicha norma establece que se considerarán infracciones graves (art. 45,a) o muy graves (art. 44, a) "el entorpecimiento de vestíbulos, pasillos, escaleras o puertas de salida, con instalaciones, muebles o cualquier clase de elementos que impidan su utilización".

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 63 de Madrid, de 21 julio 2003, estimó la demanda. Argumentó que cualquier acuerdo que autorizara el cierre con llave del portal a) "supone la privación de efectividad del portero automático con que cuenta el edificio y suponen un grave perjuicio para el actor(...) al no encontrarse justificada la necesidad de adoptar dichas medidas en base a la subjetiva sensación de falta de seguridad", y b) "(...) los acuerdos adoptados en la Junta de mayo de 2002, pese a la redacción dada a los mismos es claramente contraria a los arts. 44 y 45 de la Ley autonómica

19/1999 y al contenido del artículo 29 de la Ley autonómica 8/1993 de 22 junio, ya que supone el entorpecimiento de las puertas de salida al dificultar su utilización". De este modo se declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de 9 de mayo de 2002.

5º La Comunidad apeló dicha sentencia, que fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10, de 3 diciembre 2004. Se dice en dicha sentencia que: a) el sistema de mayoría para la adopción del acuerdo de cierre de la puerta era suficiente, al no exigirse la unanimidad, puesto que con el sistema acordado no se suprime el servicio de portero automático, sino que se altera; b) aunque el acuerdo adoptado pudiera suponer una infracción muy grave del art. 44 a) de la ley 19/1999, solo daría lugar a la incoación de un expediente sancionador por el organismo competente.

6º Contra esta sentencia interpone el demandante D. Augusto el presente recurso de casación, por interés casacional, que fue admitido por auto de esta Sala de 21 octubre 2008. No se han formulado alegaciones por la parte recurrida.

SEGUNDO. El primer motivo denuncia la infracción del art. 18.1,a) de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el art. 6.3 CC, y éste a su vez, con los arts. 44 y 45 de la ley 19/1999, de 29 de abril, de la Comunidad de Madrid, reguladora de los servicios de prevención y extinción de incendios y salvamentos, así como de la jurisprudencia de esta Sala, establecida, entre otras, en las sentencias de 25 noviembre 1988 y 6 febrero 1989. Se dice en el desarrollo del motivo, que los acuerdos adoptados infringen la ley de propiedad horizontal porque son contrarios a la ley, dado que la regla establecida en los arts. 44 y 45 de la ley 19/1999, impone una regla imperativa que prohíbe cerrar con llave la puerta del portal de edificio al dificultar la utilización de la única salida que tiene, para el caso de incendio o de otra catástrofe.

El motivo se estima.

El motivo plantea una cuestión previa que ha sido resuelta ya por la jurisprudencia de esta Sala y que consiste en la relación existente entre una norma administrativa que impone unas determinadas obligaciones de forma imperativa y la validez de acuerdos civiles que contradigan esta regulación.

La sentencia de 9 octubre 2007, con cita de otras, ha declarado que "Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (recurso núm. 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004, declara en relación con el art. 6.3, de un lado, que "el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma

legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentes razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público"; de otro, con cita de la STS 24-4-96, que "cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez"; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (recurso núm. 5670/00), citando las de 31-5-05, 2-4-02 y 26-7-00, declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma. Y la muy reciente sentencia de 27 de septiembre último (recurso núm. 3712/00) ratifica la doctrina general de la de 25 de septiembre de 2006, (...)"

Asimismo la sentencia de 22 diciembre 2009 señala que "No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007).

La Ley 19/1999 establece unas normas imperativas por razón de seguridad para evitar las graves consecuencias que pueden producirse en casos que ocurra un siniestro que requiera una actuación urgente de los servicios de salvamento. Estas normas deben ser cumplidas por los ciudadanos, por lo que no lleva razón la sentencia recurrida cuando afirma que el incumplimiento daría lugar únicamente a una sanción administrativa; esto no se excluye, pero a su vez la infracción afecta a la validez de un acuerdo que impida la efectividad de cualquier medida de seguridad y, por lo tanto, contrario a dicha norma.

TERCERO. Afirmada la vinculación que produce la norma administrativa imperativa, hay que examinar los acuerdos impugnados. El inmueble tenía un servicio de portero automático, que fue inutilizado por los acuerdos de los propietarios porque

se había generado una sensación de inseguridad a raíz de una serie de ataques a la propiedad acaecidos en el propio inmueble. La comunidad tomó el acuerdo de cerrar la puerta del portal con llave, con lo que se impedía el acceso, pero también la salida libre por el único paso que tiene el citado inmueble. Ello resulta contrario a lo establecido en los artículos 44 y 45 de la ley 19/1999, que imponen la obligación de dejar expedita la salida prohibiendo cualquier clase de elementos que impidan su utilización.

Resulta claro que si se impone una sanción es porque el tipo descrito incluye una norma imperativa, en virtud de lo que dispone el art. 18.1,a) LPH, que establece que los acuerdos son impugnables "cuando sean contrarios a la ley(...)". Ello debe integrarse con lo dispuesto en el art. 6.3 CC, por lo que los acuerdos tomados en contra de esta norma son nulos de pleno derecho por ser contrarios a la norma imperativa, contenida en la Ley autonómica 19/1999.

CUARTO. La estimación del primer motivo del recurso de casación excusa a esta Sala de entrar a examinar el segundo de los presentados.

QUINTO. La estimación del primer motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Augusto implica la de su recurso y la casación y anulación de la sentencia recurrida.

Asumiendo la instancia, esta Sala debe dictar sentencia por lo que procede reponer la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 63 de Madrid, de 21 julio 2003, estimando la demanda y declarando nulos los acuerdos adoptados por la comunidad de propietarios en la Junta celebrada el 9 de mayo de 2002, con imposición de costas a la parte demandada.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 398 LEC, no se imponen las costas del recurso de casación.

Se imponen a la parte apelante las costas del recurso de apelación.

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

#### FALLO

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Augusto, contra la sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de diciembre de 2004, dictada en el rollo de apelación núm. 855/03.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 63 de Madrid, de 21 de julio de 2003 en el procedimiento

to núm. 747/2002, cuyo Fallo dice: "Que estimando íntegramente la demanda promovida por la Procuradora D<sup>a</sup> Virginia Sánchez de León Herencia, en nombre y representación de D. Augusto, bajo su propia dirección Letrada, y seguidos contra Comunidad de Propietarios de C/ DIRECCION000 núm. NUM000 (Madrid), representada por el Procurador D. Carlos Gómez Fernando, debo declarar y declaro nulos los acuerdos adoptados por la Comunidad de Propietarios demandada en la Junta celebrada el 9 de mayo de 2002, en relación con los puntos 1º, 2º, 3º, 4º del orden del día, condenando a dicha comunidad de propietarios a estar y pasar por dicho pronunciamiento. Todo ello haciendo expresa imposición de las costas a la parte demandada".

4º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

5º Se imponen a la parte apelante Comunidad de propietarios de la calle DIRECCION000 núm. NUM000 las costas del recurso de apelación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Rios.- Roman Garcia Varela.- Francisco Marin Castan.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública en la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

ocupaba el cargo de jefe de almacén, por lo que era el responsable de las salidas y entregas de mercancía y tenía pleno acceso a las mercaderías y productos propios del objeto social y a los lugares, especialmente cámaras frigoríficas, en que estaban almacenados, tanto de una compañía como de la otra, ya que las cámaras eran comunes.

A su vez, el acusado Bernardo, nacido en Córdoba el 29 de marzo de 1958, con D.N.I. núm. 007, sin antecedentes penales, prestaba sus servicios para tales empresas, desde hacía más de diez años, como conductor y repartidor de los productos vendidos a los clientes, estándole permitida la conducción de los vehículos de dichas sociedades, incluyendo aquellos que tenían instalaciones frigoríficas.

El acusado Domingo, nacido en Córdoba el 1 de diciembre de 1968, con D.N.I. núm. 008, sin antecedentes penales, era socio y jefe de almacén de la entidad "Vilcasen, S.L.", dedicada a la venta de carnes, pescados y mariscos, domiciliada en esta capital. En su doble calidad de empresario y profesional ejerciente en la propia empresa, tenía plena capacidad de decisión sobre la disponibilidad de las cámaras frigoríficas y los productos almacenados en las mismas.

En fecha no determinada, pero anterior a 2002, los tres acusados se pusieron de acuerdo, con ánimo de lucro, para, aprovechando que Cirilo tenía pleno acceso a las mercancías depositadas para su venta en las empresas "Mariscor, S.L." y "Comercial Hermanos Aguilar, S.L.", ir adueñándose de grandes cantidades de productos, que envueltos en unos embalajes negros, aunque en la mayoría de las ocasiones con precintos de las empresas propietarias, eran seleccionados por el tal Cirilo y transportados por Bernardo hasta las dependencias de "Vilcasen, S.L." donde eran recibidos por Domingo, quien acordaba su almacenaje en las cámaras frigoríficas. De tales mercancías distraídas, algunas eran retiradas personalmente por el propio Cirilo de las instalaciones de "Vilcasen, S.L.", traficando con ellas en el mercado; mientras que otras eran comercializadas por "Vilcasen, S.L.", en provecho propio y de los tres acusados, vendiéndolas a precios substancialmente más baratos que los de mercado. Esta conducta se produjo de forma continuada durante los años 2002, 2003 y 2004, como mínimo con una periodicidad semanal. En cada envío clandestino de mercancía, generalmente mariscos (gambas, langostinos, cuerpos, pulpo...), se llevaban productos con un valor no inferior a 2000 euros.

Las sustracciones reiteradas de mercancía durante dicho periodo trienal causó a las empresas "Mariscor, S.L." y "Comercial Hermanos Aguilar, S.L." pérdidas evaluables en 312000 euros.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

Fallo: Que absolviendo a los acusados José Manuel y Luis María de los delitos de los que eran acusados, debemos condenar y condenamos a los imputados Cirilo, Domingo y Bernardo, como autores criminalmente responsables de un delito continuado de apropiación indebida, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación parcial del daño, a las siguientes penas:

A Cirilo y Domingo, a cada uno de ellos, dos años y cuatro meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo. Además, a Domingo, inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por el mismo tiempo.

A Bernardo, a la pena de veintidós meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Por vía de responsabilidad civil, condenamos a Cirilo, Domingo y Bernardo a que indemnicen a "Mariscor, S.L." y "Comercial Hermanos Garrido, S.L." en 312000 euros, más el interés legal de dicha cantidad incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia. De dichas sumas, Cirilo y Domingo responderán en un 40% cada uno de ellos, y Bernardo en un 20%. Declaramos la responsabilidad civil subsidiaria de "Vilcasen, S.L." respecto de la cuota correspondiente a su empleado, Domingo.

Así mismo, condenamos a los acusados condenados al pago de tres quintas partes de las costas, incluyendo las de la acusación particular. Declarando de oficio las dos quintas partes restantes.

Estése a la espera de la terminación y remisión a éste Tribunal de las piezas de responsabilidad civil correspondientes.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por el Ministerio Fiscal, Bernardo, Vilcasen SL. (responsable civil subsidiario), Cirilo y Domingo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes motivos de casación.

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal

Primero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del



2010/45220

TS Sala 2ª, Sentencia 24 marzo 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Inexistente vulneración del principio "non bis in idem"

## La continuidad delictiva no excluye la agravante de los hechos que individualmente la componen

*Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge el formulado por el Ministerio Fiscal contra sentencia que condenó a los primeros por un delito continuado de apropiación indebida. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir, que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250,1,6 CP 95, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la misma. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio "non bis in idem".*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 6 de Córdoba, incoó Procedimiento Abreviado con el número 195 de 2008, contra Bernardo, Cirilo, Domingo, y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, cuya Sección Tercera, con fecha 23 de febrero de 2009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

#### HECHOS PROBADOS

Apreciando conjuntamente y en conciencia la prueba practicada, se

declaran probados los siguientes hechos:

El acusado Cirilo, nacido en Córdoba el 1 de marzo de 1968, con D.N.I. núm. 006, sin antecedentes penales, era desde hacía más de quince años empleado de la empresa "Mariscor, S.L.", sita en las Avenidas de las Lonjas de esta capital, perteneciente a los mismos socios que la empresa "Comercial Hermanos Aguilar, S.L.", con la que compartía instalaciones, dedicándose ambas a la venta de marisco, pescado y carnes congeladas. En dicha empresa

art. 74.1 e inaplicación indebida del art. 250.1.6 CP.

Segundo.- Al amparo del art. 849 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 21.5 y 65 CP.

Recurso interpuesto por Cirilo

Primero.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho de las comunicaciones y al honor, intimidad y propia imagen, arts. 18.1 y 3 de la CE.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 74 y 66 CP.

Tercero.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de las pruebas.

Recurso interpuesto por Bernardo

Primero.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho de las comunicaciones art. 18 de la CE.

Segundo.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de las pruebas.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim.

Cuarto.- Al amparo del art. 851.1 y 3 LECrim.

Recurso interpuesto por Domingo

Primero.- Al amparo del art. 852 LECrim. por presunción de inocencia.

Segundo.- Al amparo del art. 852 LECrim por presunción de inocencia.

Tercero.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba.

Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 252 CP.

Quinto.- Al amparo del art. 852 LECrim. por infracción de la tutela judicial efectiva.

Sexto.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción del art. 66.1 CP.

Recurso interpuesto por Vilcasen SL.

Primero.- Al amparo del art. 852 LECrim. por presunción de inocencia.

Segundo.- Al amparo del art. 852 LECrim. por presunción de inocencia.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos el Ministerio Fiscal no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de

los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día diez de marzo de dos mil diez.

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal

PRIMERO.- el motivo primero por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 74.1 e inaplicación indebida del art. 250.1.6 CP.

Se argumenta en el motivo que la sentencia tipifica los hechos como delito continuado de apropiación indebida, pero aplica indebidamente el art. 74.1 en relación con el tipo básico de apropiación indebida del art. 252 e inaplica el subtipo agravado del art. 250.1.6 y el art. 74.2 que resultaban procedentes, llegando así a unos tramos de pena sobre los que efectúa la individualización que son incorrectos, con infracción del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 30.10.2007, sobre penalidad en los delitos continuados de carácter patrimonial.

El motivo debería ser estimado.

Respecto a la compatibilidad entre el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6, la jurisprudencia de esta Sala (SS. 1236/2003 de 27.6, 605/2005 de 11.5, 900/2006 de 27.9, 918/2007 de 20.11, 8/2008 de 24.1), tiene declarado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.6 CP, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio "non bis in idem".

Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.6.1, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 de octubre de 2007, tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción mas grave, sino al perjuicio total causado. Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6, cuando los delitos, aun inferiores a 36.060,73 E, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1º del art. 74, sino el segundo, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1, y no la del art. 249 CP.

En este sentido es significativa la STS. 950/2007 de 13.11, que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP. De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.060,73 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6 y si es inferior a esa cifra la del artículo 249, o en su caso, la correspondiente a la falta.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1.6, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

En el caso presente la suma total de las distintas defraudaciones, 312000 euros, es la que determina la aplicación del art. 250.1.6, conforme lo acordado en el referido Pleno "cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado", pero como es en consideración a esa

continuidad la que ha determinado pasar del tipo básico al cualificado, sin que ninguna de las acciones individualmente consideradas supere el límite jurisprudencial de 36.060,73 euros; deberá aplicarse el art. 74.2 que permite recorrer la pena en toda su extensión, sin que sea preceptiva aumentarla hasta la mitad superior, art. 74.1 CP.

Consecuentemente la calificación correcta sería la de delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252, 250.1.6 y 74.2 CP. con un marco penológico de 1 a 6 años prisión y multa de 6 a 12 meses (SSTS. 860/2008 de 17.12, 581/2009 de 2.6).

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 21.5 y 65 CP., por cuanto la sentencia aprecia de manera incorrecta la atenuante de reparación del daño causado, habida cuenta de la insuficiencia e irrelevancia de la reparación efectuada en relación con el total del perjuicio causado, y además extiende a los tres penados la atenuación, siendo así que solo uno de ellos Cirilo -es quien ha procedido a la entrega de una mínima parte de la indemnización debida.

Como ha recordado esta Sala en sentencias 225/2003 de 28.2, 1517/2003 de 28.11, 701/2004 de 6.5, 809/2007 de 11.10, 78/2009 de 11.2, 1238/2009 de 11.12, la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se contemplaba en el C.P. anterior en el ámbito de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento

del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS. 1112/2007 de 27.12.

Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003 de 28.2 entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y las ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

Nada obsta -precisa la STS. 398/2008 de 23.6- a que la reparación se produzca "ad cautelam" de ser condenado por la resolución judicial que ha de dictarse, pues la objetivación de la misma, no requiere acto alguno de arrepentimiento y constrictión, en la moderna jurisprudencia de esta Sala. Del propio modo, no es necesario que se exprese que se hace la consignación para que se produzca la entrega al perjudicado, pues es consustancial con dicha consignación.

La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm.

1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril).

Para valorar la cantidad de la que se debe partir, teniendo en cuenta que las apreciaciones de las partes sobre la valoración del daño suelen ser muy discrepantes, puede tomarse como referencia la petición del Ministerio Fiscal como órgano público independiente (Sentencia núm. 49/2003, de 24 de enero), si ya se ha producido la calificación provisional, siempre en relación con las cantidades que usualmente por estos conceptos suelen conceder los Juzgados y Tribunales.

En este sentido la STS. 536/2006 de 3.5, resume la doctrina jurisprudencial precisando que la aplicación de ésta atenuante no debe ser automática sino que el resultado de un cuidadoso análisis de la actitud y solvencia del acusado, así como de la proporcionalidad entre la cuantía de la reparación entregada con anterioridad a las sesiones del juicio oral y la del perjuicio causado a la víctima (STS. 1168/2005 de 29.11), pero lo decisivo es exteriorizar una voluntad de reconocimiento de la norma infringida, por lo que se excluye cuando se trata de una mera expresión de una voluntad carente de afectividad (STS. 1026/2007 de 10.12), y aunque se admite la reparación parcial habrá que determinar si el sujeto realiza todo lo que puede, o como se ha dicho se trata de una reparación voluntariamente parcial, por lo que se ha de tener en cuenta la capacidad económica del acusado, al repugnar a un principio de elemental justicia extender la atenuante a quien teniendo plena capacidad económica para reparar la totalidad del daño causado, escatime su contribución, dejando sin indemnizar a la víctima, aunque sea en una parte del perjuicio causado.

En el caso presente el condenado Cirilo ingresó en la cuenta de consignaciones del Juzgado el 17 mayo 2005 la cantidad de 3.000 euros, pero desde el 23.1.2008, fecha en que se le notificó la acusación del Ministerio Fiscal, tuvo conocimiento que la indemnización solicitada era de 358.589,24 E, cantidad coincidente con el informe pericial de fecha 8.11.2007, que le fue notificado el 23 del mismo mes y año, y ligeramente superior a la concedida en sentencia, 312000 E, y no obstante ello no efectuó acto alguno tendente a aumentar la cantidad consignada, que no representaba ni el 1% del total solicitado ni de la indemnización fijada en sentencia.

En este punto -como con acierto señala el recurrente- ningún análisis

se hace en la sentencia sobre la capacidad económica del condenado que justifique la entrega de tan exigua cantidad en comparación con el monto total de la indemnización, pero no cabe olvidar que el hecho de contar con trabajo y la importante cantidad apropiada durante esos tres años permite afirmar una capacidad económica del acusado muy superior a la manifestada mediante esa entrega tan mínima, más próxima al fraude de Ley que al restablecimiento del patrimonio dañado (SSTS. 487/2001 de 27.3, ATS. 1496/04 de 11.11).

Así las cosas, no existe soporte fáctico alguno para fundamentar la atenuante referida, por cuanto ese exiguu abono parcial ha carecido de la trascendencia que viene exigiendo esta Sala a favor de los perjudicados por una cantidad notoriamente superior.

■  
"Respecto la  
compatibilidad entre el  
delito continuado y la  
figura agravada del art.  
250.1.6, la  
jurisprudencia de esta  
Sala (...), tiene  
declarado que el delito  
continuado no excluye  
la agravante de los  
hechos que  
individualmente  
componen la  
continuidad delictiva."  
■

En consecuencia, el motivo deberá ser apreciado en el sentido de no estimar concurrente la atenuante núm. 5 del art. 21, lo que hace innecesario el análisis de la segunda cuestión planteada por el Ministerio Fiscal, en orden a su extensión a los otros dos acusados que no ingresaron cantidad alguna.

Recurso interpuesto por Bernardo

TERCERO.- El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del precepto constitucional que garantiza el secreto de las comunicaciones, art. 18 CE, en cuanto es desarrollado en el apartado a) del motivo segundo, al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de las pruebas, producido por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) a la libertad (art. 17.1 CE) y a la intimidad personal (art. 18.1 CE) deben ser estudiados con-

juntamente.

Se dice en el motivo que la prueba obtenida en la propia grabación que aportó Maximiliano de la "confesión" del recurrente, es nula por haberse obtenido ilícitamente, lo que implica infracción del art. 24.2 CE, al haber sido obtenida bajo presión con violación de los derechos o libertades fundamentales, y así lo manifestó en su declaración ante el juzgado de instrucción que se hallaba bajo una gran presión que la ejercía su jefe para que dijera en la grabación que ésta se producía con su consentimiento y sin coacción. Prueba ilícita que al afectar a derechos fundamentales es nula y por lo tanto, deviene nulo toda aquella prueba que tenga apoyo en ella, no existiendo prueba de cargo contra el recurrente.

Para desestimar la censura, no podemos dejar de sancionar y respaldar las acertadas consideraciones del Tribunal de instancia al tratar de esta cuestión, cuando señala, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala que es reiterada jurisprudencia del T.C., seguida por el T.S. e iniciada por la sentencia del T.C. núm. 114/1984 de 29 de noviembre, la que establece que el derecho al secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento anti-jurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto, como por el simple conocimiento anti-jurídico de lo comunicado. Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado. No hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 C.E. la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje.

Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aún considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunica-

ciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es secreto, en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genético sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional.

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera íntima del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 C.E. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica.

Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 C.E.).

Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 C.E.; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.

Añadiendo que si "se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo).

Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana".

Doctrina que ha sido seguida en sentencias como la del T.C. núm. 56/2003 de 24 de marzo y sentencias T.S. de 11 de mayo de 1994, 30 de

mayo de 1995 y 20 de mayo de 1997, exponiendo esta última que:

"a) Como es sabido los derechos fundamentales protegen al individuo frente al Estado, dado que son derechos previos a la existencia misma de éste. Por el contrario, los derechos fundamentales no producen una vinculación general de sujetos privados, o dicho técnicamente carecen, en principio, de un efecto horizontal o respecto de terceros.

Las excepciones a este principio requieren una fundamentación especial, dado que dicho efecto obligante de terceros no surge de la Constitución misma. La pretensión del recurrente, en consecuencia, sólo podría ser acogida si en el caso de los derechos que invoca fuera posible admitir una excepción a la exclusión del

■

*"...cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.6.1, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 de octubre de 2007, tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado."*

■

efecto horizontal de los derechos fundamentales.

b) Dicho esto, es claro, en primer lugar, que no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie.

Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás.

Pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, impor-

ta una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras: el art. 18 C.E. no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro.

c) Asimismo, el derecho al secreto de las comunicaciones, que, reiteramos, como todo derecho fundamental se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, tampoco puede generar un efecto horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos, que implique la obligación de discreción o silencio de éstos. Por lo tanto, pretender que la revelación realizada por el denunciante de los propósitos que le comunicaron los acusados vulnera un derecho constitucional al secreto, carece de todo apoyo normativo en la Constitución. De ello se deduce sin la menor fricción que la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente.

La Constitución y el derecho ordinario, por otra parte, no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 de la L.E.Cr., cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso".

En definitiva la grabación por uno de los interlocutores de la conversación no conculca derecho alguno impuesto por el art. 18.3 CE, quien graba una conversación "de otro" atenta independientemente toda otra consideración al derecho reconocido en el art. 18.3 CE, por el contrario quien graba una conversación "con otro" no incurre por este solo hecho en conducta contraria al precepto constitucional citado.

Por ello no constituye contravención alguna al secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación, que graba ésta - que graba también, por tanto, sus propias manifestaciones personales-, la grabación en sí, al margen de su empleo ulterior, sólo podría constituir un delito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz", que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que si pueda existir en algún derecho extranjero.

Esta doctrina está consolidada en la jurisprudencia de esta Sala Segunda en sentencias 11.5.94 y 30.5.95 que, tras aludir a la sentencia Tribunal Constitucional 114/84, precisan que "el secreto de las comunicaciones, recogido como derecho funda-

mental de la persona en el tan repetido art. 18.3 CE, en un caso como el aquí examinado, no alcanza a aquél con quien se conversa y a quien libremente el interlocutor ha decidido manifestarle lo que ha considerado oportuno, sino que se refiere al tercero que, ajeno a la conversación la intercepta de cualquier modo, que es lo que ahora constituye la conducta delictiva del art. 497 bis introducido por L.O. 7/1984 de 15 de diciembre y ampliado en cuanto a sus posibilidades de comisión y respecto de su penalidad por otra posterior, L. O. 18/1994 de 23 de diciembre, ante la alarma social que producen estos hechos y su cada vez más frecuente comisión... en el Código Penal vigente en el delito del art. 197).

Pero tal secreto no puede referirse a hechos como el presente en que un ciudadano obtiene una fuente de prueba respecto de un delito basado en la conversación que mantiene con el presunto autor...si hay obligación de denunciar los delitos de que un particular tenga conocimiento (arts. 259 y ss. LECr.) ha de considerarse legítimo que el que va a denunciarlo se provea de algún medio de acreditar el objeto de su denuncia, incluso aunque ello sea ocultando el medio utilizado respecto del delincuente a quien se desea sorprender en su ilícito comportamiento (salvo el caso del llamado delito provocado), siempre que el medio sea constitucionalmente lícito y no integre, a su vez, una infracción criminal".

Es cierto que esta misma Sala en sentencia de 1.3.96, declaró que la nulidad de una confesión contenida en una grabación, pero se trataba de una conversación no surgida espontáneamente y dichas manifestaciones se hicieron de manera provocada y con la exclusiva intención de presentarlas como prueba en las diligencias en curso y sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y de la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable.

Pero a pesar de ello si tuvo en cuenta las declaraciones de las personas que realizaron la grabación y comparecieron al acto del juicio oral e incluso en el Fundamento de Derecho Primero llegó a precisar que "la cuestión de la validez subjetiva de una conversación realizada por una de ellas sin advertírselo a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de sus intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético, pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto.

El contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los

asistentes recordaba fielmente lo conversado o mediante la entrega de la cinta que recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre todos los asistentes. Cuando una persona emite voluntariamente una opinión o secreto a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico”.

Postura ésta ya definitivamente consolidada en las SS. 27.11.97 y 18.10.98 en cuyo Fundamento de Derecho primero se destaca que “si la grabación de conversaciones telefónicas sostenidas por otros, no autorizada judicialmente, implica vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, protegido en el núm. 3 del art. 18 de la CE., la grabación de una conversación telefónica mantenida con otro por el que la recoge magnetofónicamente, no integra lesión del mencionado derecho fundamental”.

En conclusión la doctrina sentada por esta Sala, STS. 1.6.2001, explica que el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro.

Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto.

Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven.

Por lo tanto, en principio, puede afirmarse la aptitud probatoria del contenido de la grabación, sin perjuicio, claro está, de la valoración que pueda concedérsele al mismo y en particular, en relación sobre su autenticidad o sobre el valor incriminatorio de la conversación grabada.

Un problema diverso -como apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación de los recursos en el trámite del art. 882 LECrim.- es tal como señala la STS. 2081/2001 de 9.11- el que plantea la posibilidad de que, grabando subrepticamente unas manifestaciones que implican, con mayor o menor claridad, la confesión de una actividad delictiva, se vulneren los derechos, igualmente fundamentales, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que reconoce el art. 24.2 CE.

Riesgo que existirá si en los autos no hubiese mas prueba contra este recurrente que las declaraciones de signo inculpatario, contenidas en la cinta que grabó el otro interlocutor, pero que debe descartarse en el caso presente.

Así en primer lugar, la grabación no solo no fue subrepticia sino que consta en la propia conversación que el recurrente fue advertido por Maximiliano de que estaba siendo grabada y que la misma podría usarse en sede policial o judicial, sin que por aquel se hiciera oposición u objeción alguna, lo que permite racionalmente excluir la coacción denunciada sobre la que no existe indicio, ni siquiera sospecha, de su realidad.

Y en segundo lugar, porque el contenido inculpatario de la conversación está corroborado -y ello es un dato más para afirmar la voluntariedad de esas declaraciones- por el resto de las pruebas que la sentencia explícita y valora en el fundamento jurídico tercero, tal como analizaremos en el motivo siguiente.

CUARTO.- El motivo segundo aún cuando formalmente se articula al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de las pruebas, basados en documentos que obran en autos, en su desarrollo lo que realmente plantea es la inexistencia de prueba que desvirtúe la presunción de inocencia.

Así desestimada que ha sido la queja del apartado a) en orden a la ilicitud de la prueba de la grabación obtenida bajo presión, en el apartado b) cuestiona la existencia del pacto entre los tres condenados, pues por el carácter labil del recurrente fue elegido para realizar las entregas en Vilcasen SL. puesto que el coacusado Cirilo tenía ascendencia sobre él en lo personal y en lo laboral, pero sin que él se lucrara en la actividad, como se deduce de las declaraciones realizadas en el procedimiento, incluso de los otros coacusados.

Queja que no puede tener favorable acogida, por cuanto la sentencia impugnada, fundamento jurídico tercero, deduce ese acuerdo con los otros acusados no solo por el reconocimiento que de su actuación hizo este acusado en la mencionada grabación (“me has cogido con las manos en la masa” llega a decir), sino porque todos los testigos afirmaron

haber visto que era el quien hacia los portes, siendo impensable que desconociera el origen ilícito de su actividad. En este punto debemos recordar que a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menos cabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.

2) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

■

*“...el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.”*

■

3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y

111/2008 de 22.9, 109/2009 de 11.5). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el propio Tribunal Constitucional sentencia 229/2003 de 18.12, reconoce que se ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

Situación que no es la del caso presente en el que la Sala de instancia deduce ese conocimiento de la ilicitud de su actividad, y el concierto con los otros acusados pues por su propia condición de profesional del reparto tenía que saber que era excepcional que la mercancía no llevara sus embalajes normales y fuera oculta en unos envoltorios opacos, que no llevara albarán o factura y que no se pesara o se hiciera al margen del procedimiento normal, además de no ser una actuación puntual y aislada, sino con la continuidad y volumen que se destaca en la sentencia.

Razonabilidad de la inferencia a la que no cabe calificar de ilógica o de insuficiente, ni que sea excesivamente abierta o indeterminada, pues a la vista de los hechos que se han detallado, resulta conforme a las reglas de la lógica concluir que el recurrente conocía y estaba de acuerdo con los otros dos acusados, con el reparto de papeles que la sentencia considera probado, esto es sacar físicamente las mercancías del lugar del origen y llevarlas a las dependencias de Vilcasen, SL. la existencia de dicho elemento del supuesto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa, la cooperación culpable al lucro ajeno, al no ser preciso un lucro propio, hasta que sea para beneficiar a un tercero.

QUINTO.- El motivo cuarto a tenor del art. 851.1 y 3 LECrim. por quebrantamiento de forma.

El motivo debe ser desestimado.

El art. 851.1 recoge a su vez, tres diferentes causas o motivos. La primera de ellas se presenta “cuando en la sentencia no se exprese clara y ter-

minantemente cuales son los hechos que se consideran probados”, esto es el supuesto de falta de claridad, exigiéndose para que este motivo pueda prosperar que el recurrente señale los párrafos que resultan incomprensibles por su falta de claridad, por lo que una alegación en tal sentido sin precisar la frase en que se encuentra la oscuridad, carece de viabilidad”. (SSTS. 636/2004 de 14.5, 1253/2005 de 26.10).

La segunda se refiere a que “resulte manifiesta contradicción entre los hechos probados”. La esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos resultan incompatibles entre si, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos” (SSTS. 299/2004 de 4.3, 771/2006 de 18.7, 244/2007 de 27.3). Por último la tercera supone que “se consiguen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la pre-determinación del fallo”.

Esto es que en los hechos probados se incluyan conceptos jurídicos, es decir, cuando en la sentencia se reemplaza la descripción de los hechos por su sola significación jurídica (STS. 870/2004 de 12.7), por lo que este motivo debería apreciarse en los casos en los que al redactar el tribunal los hechos que declara expresamente probados, utilice términos propios de la técnica jurídica, asequibles únicamente a personas versadas en Derecho o utilice los mismos términos con los que el legislador haya definido o descrito la correspondiente figura penal, de tal modo que, en el “factum”, se vengan a sustituir los hechos, que es lo propio del mismo -por los conceptos jurídicos- que es lo propio del iudicium o fundamentación jurídica de la resolución judicial (STS. 161/2004 de 9.2).

Pues bien en el caso presente resulta evidente que las alegaciones del recurrente contenidas en el apartado a) cuestionando respecto al contenido de los hechos probados la fecha de inicio de las apropiaciones, su periodicidad y el importe de las pérdidas, no tienen encaje en ninguno de los supuestos de quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim. y son cuestiones a las que la sentencia da cumplida respuestas en los fundamentos jurídicos 3 y 8.

Con referencia a la incongruencia omisiva, del art. 851.3 el recurrente la concreta en el apartado b) en que la sentencia impugnada no resolvió “exactamente” la cuestión planteada por la defensa respecto a la impugnación que hacia de la grabación realizada por Maximiliano de la conversación mantenida con Bernardo, que no se refiere al secreto de las comunicaciones sino a la nulidad de la misma por lo referido en el motivo primero.

Argumentación que resulta insostenible.

Reiteradamente esta Sala (SSTS. 1059/2009 de 27.9, 1172/2005 de 11.10, 544/2006 de 23.5 y 794/2006 de 18.7), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) Que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho.

2) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno.

3) Que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implí-

■

*"El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante."*

■

cito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución.

En efecto, en cuanto a la resolución implícita, la jurisprudencia ha venido admitiendo la resolución tácita o implícita de las pretensiones propuestas, cuando exista un específico pronunciamiento decisorio sobre cuestiones contrarias y absolutamente incompatibles con la omitida o excluyente de esta.

El Tribunal Constitucional ha entendido que no cabe apreciar la incongruencia omisiva, cuando el silencio judicial razonablemente puede interpretarse como una desestimación implícita. Existen numerosas declaraciones jurisprudenciales en el sentido de que las sentencias que contienen una declaración genérica venían a dar una respuesta tácita a todas las cuestiones contrarias al pronunciamiento dictado.

Es cierto que una corriente jurisprudencial más rigurosa en la aceptación de resoluciones tácitas a las cuestiones planteadas, entiende que valen los pronunciamientos tácitos como contestación a las alegaciones, pero como respuesta a las pretensiones solo valdrán cuando del conjunto de las argumentaciones contenidas en la sentencia pueda inferirse razonablemente no solo que el Órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STS. 1661/2000 de 27.11).

Situación que sería la del caso presente en el que la sentencia impugnada no solo se rechaza la nulidad de la grabación de la conversación entre le recurrente Bernardo y Maximiliano, sino que declara expresamente que no hay ilicitud alguna puesto que según consta en la propia conversación grabada, el acusado fue advertido de que la misma estaba siendo grabada, e incluso que se haría uso de ella policial y judicialmente, sin que hiciera oposición u objeción alguna. Pronunciamiento que implícitamente está excluyendo cualquier tipo de presión o coacción.

Recurso interpuesto de Cirilo

SEXTO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional, a tenor de lo previsto en el art. 5.4 LOPJ. al considerar que la sentencia vulnera el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal, y a la propia imagen, así como al secreto de las comunicaciones, consagrados en el art. 18.1 y 18.3 CE, todo ello en relación con el art. 11.1 LOPJ. y 24.1 y 24.2 CE.

Se argumenta en el motivo que en la grabación entre el acusado Bernardo y Maximiliano en el que el primero refiere términos e incisos relativos a Cirilo, no hubo control judicial alguno, no hubo testigos que pudieran corroborar la existencia o no de una posible amenaza o coacción material, anterior o coetánea, tal como aquél manifestó en su declaración ante el Juez instructor, por lo que la grabación de las palabras del coacusado Bernardo realizadas por el denunciante Bernardo con el propósito de su posterior revelación, debió descartarse como medio probatorio por ilícito, al vulnerar el derecho al secreto, a la discreción y a la intimidad, no sólo del propio Bernardo sino también respecto al recurrente Cirilo.

El motivo en cuanto coincide con el ordinal primero del recurso interpuesto por el coacusado Bernardo debe seguir igual suerte desestimatoria, remitiéndonos al contenido del fundamento jurídico tercero que entiende, que se da por reproducido en aras de evitar innecesarias repeticiones, debiendo insistirse en que las consideraciones y valoraciones que se realizan en el motivo sobre los rasgos y personalidad de cada uno de los interlocutores o del tono imperativo o agresivo de las preguntas que hacia el jefe o de la poca espontaneidad en las contestaciones de Bernardo que se limitaba a contestar si o no, no tienen relevancia constitucional alguna y como tal prueba de carecer personal está sujeta a la valoración del tribunal que con intermediación la percibe.

SÉPTIMO.- El motivo segundo a tenor de lo previsto en el art. 849.1 LECrim. al entender que la sentencia infringe un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente por aplicación indebida del art. 74 y 66.1.1 CP. en relación al tipo del art. 252 y 249 CP, con la concurrencia de la atenuante 5ª del art. 21 CP.

Cuestiona el recurrente la pena impuesta: dos años y cuatro meses prisión (28 meses) en el límite alto de la que podría corresponderle: entre 21 meses y 28 meses y 14 días prisión, conforme los arts. 249 y 252, 74.1 y 66.1.1 CP. y sin embargo al coacusado Bernardo se le impone la pena de 22 meses por el mismo delito, pese a no serle aplicada la atenuante 21.5 CP. que sí se estima al recurrente.

Por ello y como no consta acreditada la razón por la que establece esa diferenciación: que el recurrente era el cerebro de la operación porque disponía de los bienes así como por su ascendencia sobre Bernardo que estaba a sus ordenes, considera que en base los principios de igualdad y proporcionalidad, la pena que se le debió imponer, debería haber sido como máximo, igual o inferior a la del coacusado Bernardo.

El motivo, al haber sido estimado los dos motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal relativos a la aplicación de los arts. 250.1.6 y 74.2 CP. y a la no concurrencia en ninguno de los acusados de la atenuante del art. 21.5 CP. que, en contra de lo sustentado en el motivo también se había aplicado al coacusado Bernardo, carece de efectos prácticos, al ser necesaria efectuar una nueva individualización penológica dentro del marco del art. 250 CP: 1 a 6 años prisión y multa de 6 a 12 meses.

No obstante si debe recordarse en orden a las distintas penas que la sentencia de instancia impuso al recurrente y al coacusado Bernardo que para que se produzca un desigual en la aplicación de la Ley es necesario que un mismo órgano judi-

cial, en supuestos substancialmente idénticos, resuelva en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de un cambio de criterio o sin que dicha motivación pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada, pues dicho valor constitucional de la igualdad en su versión de igualdad en la aplicación de la Ley protege fundamentalmente frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial e impidiendo que no se trata a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos.

Situación que en modo alguno puede predicarse del caso presenten el que la sentencia recurrida individualizó la pena que impuso a este recurrente, considerándole, el cerebro de la operación y que aprovechó tanto la disponibilidad de los bienes que sustraía como su ascendiente sobre el conductor que estaba a sus órdenes -el coacusado Bernardo al que impone una pena inferior-.

Esta motivación no puede entenderse irrazonable y contiene los elementos mínimos suficiente para verificar en este trance casacional, que los jueces de instancia no han obrado caprichosamente al establecer la respuesta punitiva a la acción delictiva de cada acusado.

OCTAVO.- El motivo tercero a tenor de lo dispuesto en el art. 849.2 LECrim. por infracción de Ley al considerar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba, por entender primeramente que, parte de las conclusiones a las que llega la sentencia no se corresponden con la prueba practicada en juicio, y, en segundo lugar porque no son objeto de fundamentación y valoración todos los hechos que son objeto de acusación.

En concreto que los tres acusados se pusieran de acuerdo en fecha anterior al 2002 para realizar la acción delictiva descrita en el "factum", que ésta conducta se produjo en los años 2002, 2003, 2004, con periodicidad semanal, y que las sustracciones reiteradas causaron pérdidas por importe de 312000 euros, cuestionando al efecto la valoración que la Sala realiza de la prueba testifical y la pericial realizada en juicio.

El motivo debe ser desestimado.

La denuncia de error de hecho permite la modificación, adición o supresión de un elemento fáctico del relato histórico cuando existe en los autos un documento "literosuficiente" o con aptitud demostrativa directa, es decir, que evidencia por sí sólo el error en que ha incurrido el tribunal y ello deba determinar la modificación de los hechos en alguna de las formas señaladas, siempre y cuando no existan otros medios probatorios que contradigan el contenido del mismo y además que sea relevante

para el sentido del fallo (SSTS. 99/2008, 103/2008, 24/2010 de 1.2).

Es reiterada la doctrina de esta Sala según la cual las declaraciones testificales y del acusado carecen de la condición de documentos a efectos casacionales ya que no garantizan ni la certeza ni la veracidad de lo manifestado por aquellos y lo propio ocurre con el acta del juicio oral, tratándose de pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de pruebas a la libre valoración del Tribunal de instancia (SSTS 171/2008 y 1035/2008).

Según esta misma doctrina tampoco constituyen documentos, a estos efectos casacionales, los dictámenes periciales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, con la única excepción de que la prueba pericial sea única e inequívoca y el Tribunal sentenciador la haya incorporado de modo incompleto o fragmentariamente o que tratándose de varios dictámenes periciales coincidentes la Audiencia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes o, incluso, diametralmente opuestas o contrarias a lo expuesto por los peritos.

En el primer caso se demuestra el error porque asumiendo el informe, al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial, sin explicación que lo justifique, lo hace de un modo que desvirtúa su contenido probatorio, y en el segundo, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la existencia de racionalidad del proceso valorativo (SSTS. 2144/2002 de 19.12, 1729/2003 de 24.12, 417/2004 de 29.3).

Por tanto, el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos lo que estaría bajo discusión sería la racionalidad del proceso valorativo, por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad en todo caso, aunque los efectos de su estimación fueran distintos.

En el caso presente el recurrente admitiendo incluso la existencia de testigos que acreditan la recepción en Vilcasen SL. de mercancías, les niega credibilidad en base a su personal y subjetiva valoración de otras testificales lo que es ajeno a este motivo casacional y en relación a la pericial se limita a impugnar las conclusiones del perito que para cuantificar la sustracción de las mercancías se ha procedido a valorar las diferencias de inventarios que se han producido en los años 2002, 2003 y 2004, examinándose para ello la información de los movimientos de compras y ventas proporcionados por las sociedades realizándose controles adicionales estadísticos de auditoría a fin de verificar que dicha

■

*"La reparación debe ser  
suficientemente  
significativa y relevante,  
pues no procede  
conceder efecto  
atenuatorio a acciones  
ficticias, que únicamente  
pretenden buscar la  
aminoración de la  
respuesta punitiva sin  
contribuir de modo  
eficiente y significativo  
a la efectiva reparación  
del daño ocasionado  
(...). De forma muy  
restrictiva y esporádica  
se ha admitido por esta  
Sala el efecto  
atenuatorio de la  
reparación simbólica  
(...)." ■*

información estuviese respaldada por las facturas de compras y ventas respectivas valorando la sustracción de las mercancías en un total de 358.589,24 euros, sin poder determinar si alguna pérdida podría achacarse a mermas naturales por caducidad de productos, pero olvida el recurrente que la Sala de instancia (fundamento jurídico 8) establece el perjuicio ocasionado en 312000 euros, reconociendo las propias limitaciones de la prueba pericial, cantidad que considera acreditada, admitiendo que la conducta de apropiación se extendiese durante tres años, con periodicidad semanal y con un valor de 2000 euros y teniendo en cuenta para ello la frecuencia de recepción de los

envíos ilícitos en Vilcasen SL. que fue expresada por todos los testigos "quienes declararon que era un secreto a voces en la empresa la existencia de la defraudación y la magnitud del palo, significativa expresión que fue utilizada por varios testigos, que le estaban dando a las empresas perjudicada".

El motivo por lo expuesto debe ser desestimado al no apreciarse error alguno de la Sala derivado de documento con valor autárquico, esto es, que por sí mismo evidencia aquel error.

Recurso interpuesto por Domingo

NOVENO.- El motivo primero por infracción de Ley al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5 y 7 LOPJ. por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia e infracción del art. 24.2 CE., por cuanto se ha condenado al recurrente como cooperador necesario de un delito de apropiación indebida, sin que dicha conclusión sea consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente razonablemente de cargo y revestida de las garantías constitucionales y procesales que la legitimen, que justifique el dolo en la ejecución de los elementos del tipo, al no existir el menor indicio de que el recurrente tuviese conocimiento de que la mercancía que se depositaba en las instalaciones de Vilcasen SL. tuviera un origen ilícito.

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

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

b) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción, a salvo de lo previsto en la prueba preconstituida en los casos permitidos en la Ley.

c) Constatación de la racionalidad de las deducciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de la mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria. Y el límite del control casacional en materia de presunción de inocencia está precisamente en el intento de nueva valoración de la prueba, lo que pertenece su exclusiva al Tribu-

nal sentenciador (STS. 1231/2000 de 3.7).

Por ello no cabe confundir la presunción de inocencia con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por la Sala.

Como recordó la STS. 36/83: "Cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por el órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del recurrente presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de *iuris tantum*, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el juzgador....".

En efecto lo que ocurre en muchos supuestos llegados a la vía casacional no es otra cosa que la simple disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador que, en uso de la función que le atribuye el art. 741 LECrim. y en consonancia con la misión jurisdiccional atribuida por el art. 117.3 CE., no hace sino asumir su propia competencia, quedando ésta extramuros de la propia del Tribunal de casación.

El auto 338/83 del Tribunal Constitucional, reitera la misma doctrina, al señalar que "no equivale (el derecho a la presunción de inocencia) a que en cualquier caso y situación el Tribunal Constitucional, y lo mismo puede decirse del Tribunal Supremo, cuando se analiza en vía casacional la vulneración de dicho principio constitucional, pueda valorar pruebas efectivamente practicadas, primando unas o menospreciando otras, hasta concluir un pronunciamiento concordante o dispar del aceptado por el Tribunal de lo Penal, ya que ello es atribución privativa de éste por mandato ex art. 741 LECrim. y esta vía constitucional -o casacional- ha de mantenerse distante de una nueva instancia o revisión de lo tratado y resuelto por la jurisdicción ordinaria.

En igual sentido la STC. 205/98 de 26.10, recuerda que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria, sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues "no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de la actividad probatoria directa respecto de los hechos objeto de condena y de la participación del condenado en los mismos (entre otras SSTC. 17/84, 150/89, 82/92, 70/94 y 82/95).

Ahora bien la presunción de inocencia se refiere a todos los elementos fácticos que integran la tipifica-

ción del delito. De ahí que inicialmente se mantuviera en la jurisprudencia el principio de presunción de inocencia estaba limitado al hecho objetivo en si y participación del autor, pero no se extendía ni a los juicios de valor, ni a los "ánimos", ni se proyectaba a la culpabilidad entendida en el sentido propio del vocablo. La presunción de inocencia abarcaba la demostración de la autoría del hecho delictivo y de la realidad mate-

■

*"...para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en el caso del art. 120.4 CP, es preciso, de un lado, que entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vinculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice, cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario;..."*

■

rial del acto que ha sido enjuiciado y que la concurrencia del elemento culpabilístico que autoriza la aplicación de los tipos delictivos pertenece a la libertad de criterio de la Sala siempre que actúe sobre bases fácticas que previamente lo configure.

Los elementos subjetivos culpabilísticos en el sentido técnico-penal del termino y la inferencia de los mismos pertenecen al ámbito de la

legalidad ordinaria y no están cubiertos por la presunción constitucional, más que en el concreto punto de que si han de estar probados los hechos o datos objetivos sobre los que las valoraciones actúen, sin que el principio constitucional sirva de cobertura a las circunstancias eximentes y atenuantes, por cuanto la concurrencia y prueba de las causas de justificación no corresponde a la acusación sino a la defensa que las alegan.

Es decir que el acusado viene obligado a probar los hechos impositivos de la responsabilidad penal que para él se derive de lo imputado y probado.

No obstante esta doctrina ha sido objeto de alguna matización, así si bien la jurisprudencia ha declarado en distintas ocasiones que "en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure* (por todas STC. 87/2001 de 2.4, FJ.8), recientemente viene afirmando (STC. 8/2006 de 16.1, FJ.2), que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria.

Pues si bien el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria requiere el art. 24.2 CE. ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad (STC. 87/2001 de 2.4), esto es, como dice la STS. 724/2007 de 26.9:

"Si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal animo tendencial o finalista.

Por ello únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia "aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por su parte, y por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabili-

dad" (SSTC. 33/2000 de 14.2, 171/2000 de 26.6).

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

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

En el caso que se examina la sentencia de instancia, fundamento jurídico tercero, detalla y examina: documental obrante en autos, la declaración de los acusados, las declaraciones testificales del dueño de las empresas perjudicadas, de varios empleados de las empresas de las que salía la mercancía y de la empresa donde la misma se recibía, destacando las de los empleados de ésta última en el sentido de que los paquetes venían envueltos en bolsas negras y sin facturas y las recepciones eran frecuentes, como mínimo una vez a la semana y que solían ocupar el volumen de un carro de cargo, declaraciones coincidentes con la declaración que consta en la conversación grabadas con su jefe por el coacusado Bernardo, destacándose en relación a este acusado la declaración del testigo José Miguel, trabajador de Vilcasen SL. en esa época en el sentido de que a veces solamente se depositaba en las cámaras, tal y como llegaba a la espera de que fuera negociada por el coacusado Cirilo y otras se abrían los paquetes y se colocaban en las estanterías de las instalaciones frigoríficas junto con el resto de los productos destinados a la venta, siendo en este extremo "muy ilustrativa" la testifical de Fabio, jefe de compras de un restaurante en Baena, quien declaró que de pronto por "Vilcasen SL." se le ofreció marisco a un precio sensiblemente más barato que el que le vendía

“Mariscal SL.”, alrededor de 10 euros menos por Kg., comprobando que eran exactamente los mismos productos de las mismas marcas y extrañado contactó con los distribuidores quienes les manifestaron que ellos no vendían a Vilcasen SL. e incluso llegó a comprar simultáneamente el mismo producto a ambas empresas, comprobando que tenían los mismos códigos y las mismas fechas de caducidad.

De las anteriores pruebas inferir que el recurrente conocía que las mercancías depositadas en las instalaciones de su empresa eran de procedencia ilícita, debe entenderse razonable tanto desde el punto de vista de su lógica y coherencia como desde la óptica del grado de solidez requerida.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

DÉCIMO.- El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5 y 7 LOPJ. por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia e infracción del art. 24.2 CE. impugnándose mediante el mismo la declaración como hecho probado que los tres acusados se pusieron de acuerdo con ánimo de lucro en la realización de la acción delictiva, y que parte de las mercancías eran comercializadas por Vilcasen SL. en provecho propio y de los tres acusados, vendiéndolos a precios substancialmente más baratos que los del mercado, al basarse exclusivamente en las testificales de José Miguel (antiguo trabajador de Vilcasen, SL. que fue despedido de la misma y que en la actualidad es trabajador de Mariscal SL.) y de Basilio, jefe de consignas del restaurante de Baena, “Bodegas Palacios”, testificales que no han sido valoradas de forma razonable y que son contrarias al resto de las testificales, dado que todos los testigos que depusieron en el acto del juicio señalaron que las mercancías entraban por la mañana para salir posteriormente recogidas por Cirilo sin que se aperturasen los bultos en las dependencias de Vilcasen SL. ni ésta comercializara con las mismas.

El motivo se desestima.

La garantía de inmediación y también las de publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena, cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso, a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo, la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena. “Reglas entre las que se encuentran, desde luego todas las que

rigen el proceso penal y la configuración como un proceso justo, con todas las garantías, las que inspiran el principio de presunción de inocencia y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado” (STC. 123/2005 de 12.5).

La íntima convicción, la conciencia del Juez en la fijación de los hechos no puede conformarse al margen de las reglas de la experiencia y de la necesidad de exteriorización.

Por ello si bien la credibilidad mayor o menor de los testigos, como las contradicciones entre pruebas de cargo o de descargo son cuestiones que pertenecen al ámbito valorativo que le corresponde al Tribunal de instancia, ello no arrastra, como consecuencia, que tales cuestiones no deban ser objeto de una exteriorización racional en términos justificativos. Precisamente, ésta constituye la esencia del deber de justificación externa de las premisas escogidas para la conclusión probatoria y en este punto adquiere similar importancia explicar por qué se cree a un testigo como dar cuenta del por qué no se cree al testigo que afirma hechos contrarios.

En resumen en las declaraciones personales (acusado, denunciante, testigos), como pruebas directas, se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba, y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos.

Esta estructura racional del discurso valorativo -dice la STS. 778/2007 de 9.10 - puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resultan ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio “nemo tenetur se ipsum accusare” reconocido en el art. 24.2 CE. cuando se reconoce el derecho a no declarar contra uno mismo.

Pues bien en el caso presente la Sala valora las declaraciones del resto de los testigos que se refiere el recurrente para entender acreditado esa entrada de mercancía, envuelta en embalajes negros y sin facturas ni albaranes, en las dependencias de Vilcasen, que consentía el recurrente en

su condición de socio y jefe de almacén de dicha empresa, así como su ulterior retirada por el coacusado Cirilo -persona ajena a Vilcasen-, declaraciones que en modo alguno pueden entenderse como de descargo, en cuanto evidencia esa entrada de mercancías ajenas fuera de los procedimientos normales, y que no están en contradicción con las de los otros dos testigos que sirvan a la Sala para entender, igualmente, acreditado que en otras ocasiones Vilcasen directamente comercializó parte de la mercancía en provecho propio y de los tres acusados.

Valoración, en consecuencia lógica y racional que impide la prosperabilidad del motivo.

DÉCIMO PRIMERO.- El motivo tercero por infracción del art. 849.2

■

*“...el requisito exigido para la aplicación de este art. 120.4 CP nada tiene que ver con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida se contrae a que el responsable penal ha de haber actuado con cierta dependencia en relación a la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones.”*

■

LECrim. por haber existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador, no contradichos por otros elementos probatorios, según resulta del informe pericial emitido por D. Héctor.

Se argumenta en el motivo que tal informe no debe ser tenido como prueba por cuanto se realizó con base a los inventarios facilitados por las propias entidades perjudicadas; no se han tenido en cuanto los datos oficiales (declaración de impuestos o cuentas del Registro; y dos peritos renunciaron anteriormente a la práctica de la pericia, y en base a ello impugna la validez de la prueba pericial.

El motivo en cuanto coincide con el articulado en tercer lugar por el

coacusado Cirilo debe ser también desestimado, dando por reproducido lo argumentado en aras de evitar repeticiones innecesarias, debiendo solo insistir en que la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 13.2.2008 y 5.12.2007, viene manteniendo que los informes periciales no son en realidad documentos sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba.

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

No otra cosa acaece en el supuesto que analizamos por cuanto, tal como se razonó ut supra la Sala cifró los perjuicios en 320.000 euros, cantidad algo inferior a la resultante del informe pericial, teniendo en cuenta la periodicidad semanal de las distracciones, el periodo de tiempo en que se produjeron, tres años, y el valor aproximado de cada una de ellas, 2000 euros - valor de la mercancía con que fue sorprendido el coacusado Bernardo en la última operación-.

Consecuentemente las circunstancias y la forma en que se practicó la pericia a que se refiere el motivo no tendrían incidencia en la determinación de los perjuicios realizada por la Sala, por lo que el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO SEGUNDO.- El motivo cuarto por infracción de Ley - la referencia que se hace en el motivo a quebrantamiento de forma debe entenderse como un mero error de transcripción- del art. 849.1 LECrim. al infringirse preceptos penales de carácter sustantivo, concretamente por inaplicación o aplicación indebida del art. 252 y 249 CP., al no existir en el recurrente el deseo de incorporar las mercancías que fueron depositadas en las instalaciones de Vilcasen a su patrimonio, con “ánimo de lucro” no existiendo “el elemento culpabilístico exigido”, considerado como “elemento subjetivo del injusto”.

Desestimados que han sido los motivos primero y segundo e incólume el relato fáctico del mismo se deduce una actuación conjunta de los tres acusados con ánimo de lucro, y si bien la revisión de los juicios de valor e inferencia que se refieren a los elementos internos del tipo - como el dolo, el ánimo que guía al acusado- al no ser propiamente hechos, sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisados vía art. 849.1 LECrim, por cuanto el relato de hechos probados es vinculante cuando expresa hechos,

acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, en estos casos esta Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos, y en el caso presente el juicio de inferencia sobre el ánimo de lucro es plenamente racional y lógico, a la vista de la conducta desplegada consintiendo el uso de las instalaciones de Vilcasen para que el acusado Cirilo pudiera trasladar allí las mercancías apropiadas para su posterior enajenación por éste o por la propia Vilcasen, máxime cuando - como ya hemos referido- no es necesario para que produzca un lucro personal o enriquecimiento del autor o cooperador, sino lisa y llanamente un perjuicio del sujeto pasivo, por cuanto el elemento subjetivo del tipo del art. 252 solo requiere que se haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial se ha dirigido a fines diversos de los que se tenía encomendados.

DECIMO TERCERO.- El motivo quinto, subsidiariamente se alega la infracción de Ley, al amparo del art. 852 LECrim. en relación con los arts. 5 y 7 LOPJ. por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de la igualdad ante la Ley de la Constitucional, al condenarse de forma distinta a los dos cooperadores necesarios, así al recurrente se le impone la pena de prisión de dos años y cuatro meses prisión, esto es 28 meses, y al acusado Bernardo la de 22 meses de prisión, diferencia penológica que carece de base razonable en tanto no está justificada por los hechos que han sido declarados probados.

El motivo deviene inadmisibles.

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

El principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991). Por lo demás, el principio de igualdad, por lo

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

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

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

En el supuesto de autos la Sala de instancia ha tenido en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en los hechos delictivos imputados al recurrente, sin incurrir en modo alguno su arbitrariedad ("tuvo una intervención principal en el delito por cuanto utilizó los medios de su empresa y facilitó los medios de comercialización, sin los cuales seguramente hubiera sido imposible dar salida a tanta mercancía") y teniendo en cuenta respecto del coacusado Bernardo las circunstancias de dicha índole concurrentes en el mismo ("cumplió una función subordinada y de menor importancia que los otros dos acusados; incluso la Sala en la intermediación propia del desarrollo del juicio, pudo comprobar su carácter apocado y tímido que hace pensar que fue utilizado por su encargado, Cirilo, de ahí que se le imponga una pena menor que a los otros dos"), de modo que no puede admitirse que se haya incurrido en la discriminación alegada en el motivo,

por cuanto la diferencia en la individualización de la pena, aún tratándose ambos de cooperadores necesarios, tiene una base explicitada y razonable.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo sexto, subsidiariamente, se alega la infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. al entender que la sentencia infringe por inaplicación o aplicación indebida del art. 74 CP. y 66.1 CP, en relación con al tipo arts. 252 y 249 CP.

El motivo se remite al motivo anterior dando por reproducidas sus alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación al Derecho de igualdad, por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria.

Recurso interpuesto por Vilcasen SL.

DÉCIMO QUINTO.- Dado que los dos motivos de su recurso se articulan al amparo del art. 852 LECrim. en relación con el art. 5 y 7 LOPJ. por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. pueden ser analizados de forma conjunta.

Se argumenta que no existe el menor indicio de que Vilcasen SL. tuviera beneficio o intervención alguna o bien que su empleado, interviniera en su nombre o que actuase en el ejercicio de su profesión de oficio dentro de la empresa, no habiéndose dirigido prueba alguna tendente a acreditar cuales eran sus funciones dentro de la misma, y en todo caso, no se deduce que Vilcasen, SL. tuviera enriquecimiento alguno, siendo imprescindible para imputarla responsabilidad civil, que se acredite y cuantifique directa o indirectamente, el importe en que la misma se benefició. Ambos motivos deben ser desestimados.

Como hemos dicho en STS. 1036/2007 de 12.12, el art. 120.4 CP. establece que son responsables civilmente, en defecto de los que sean criminalmente: "Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

La jurisprudencia de esta Sala a propósito de esta responsabilidad, por ejemplo STS. 1096/2003, señala que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio "cuius commodi, eius est incommodum"), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa "in vigilando" o "in eligendo" hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren los siguientes elementos:

a) Existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional.

b) Que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (S.S.T.S., entre muchas, 2422/01 o 1033 y 1185/02). "

A primera vista podría pensarse que la relevancia criminal de la conducta del empleado la aleja, normalmente, de las funciones que le son propias, pero ello no siempre es así, debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Pero también debe descartarse que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Relación que según los casos, habrá de atender al dato especial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa), temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con uniforme de la empresa) o final (la actividad delictiva se orienta al beneficio de la empresa). Por ello, tratándose de una responsabilidad objetiva, en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. (ver STS. 23.6.2005 en un caso de camarero de hotel que asistía a una fiesta organizada por la empresa para sus empleados, ausentándose de ella para cometer un delito de robo, violación y homicidio, argumentando que si bien es cierto que no se encontraba en el ejercicio de sus funciones en sentido estricto, su presencia en el lugar de los hechos y las facilidades para acceder a ese lugar, se derivan de la relación con la empresa).

En definitiva para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en el caso del art. 120.4 CP., es preciso, de un lado, que entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función

que realice, cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad, cometido a tener, confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.

Estos requisitos, dada la naturaleza jurídica privada de la responsabilidad civil, admite una interpretación extensiva, que no aparece limitada por los principios "in dubio pro reo" ni por la presunción de inocencia, propios de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito, la dependencia, se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en el de la funcionalidad, la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extraviase el ámbito o esfera de actuación que constituye entre el responsable penal y el civil subsidiario.

Como señalaba esta Sala en sentencia 1557/2002 "extralimitaciones siempre hay cuando se cometen infracciones penales", idea que viene pretendiéndose en las SS. 1491/2000, 1561/2002 y 1372/2003 entre otras muchas. En efecto son muy frecuentes las resoluciones del Tribunal Supremo que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria o vulnerando normas legales o reglamentarias.

Pero es más, el requisito exigido para la aplicación de este art. 120.4 CP. nada tiene que ver con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida se contrae a que el responsable penal ha de haber actuado con cierta dependencia en relación a la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones.

Por ello la interpretación de aquellos dos requisitos debe efectuarse con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo "en los pilares tradicionales de la culpa iu eligendo y la culpa iu vigilando", sino también sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio qui sentire commodum, dibet sentire incomodum" (SSTS. 525/2005 de 27.4, 948/2005 de 19.7), de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas

de orden civil respecto de esos terceros cuando resulten perjudicados. (ATS 1987/2000 de 14.7), admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal "bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener esta la posibilidad de incidir sobre la misma", lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba.

En el caso presente la recurrente de forma casi idéntica a los dos primeros motivos del recurso interpuesto por Domingo, cuya consideración de socio y jefe del almacén de la recurrente, con plena capacidad de decisión sobre la disponibilidad de las cámaras frigoríficas y los productos almacenados en las mismas se considera probada en el "factum" de la sentencia, intenta desvirtuar las conclusiones que la Sala de instancia obtiene de la totalidad de la prueba en orden a la actuación del responsable penal, socio y empleado de la recurrente, por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria.

Siendo así la responsabilidad subsidiaria de Vilcasen -con independencia de que algunas de las mercancías de las empresas "Mariscal SL." y "Comercial Hermanos Aguilar SL.", fuesen comercializadas directamente por aquella en provecho propio- se fundamenta en no impedir el uso de sus instalaciones, en general, y cámaras frigoríficas, en particular, para el depósito de las mercancías apropiadas a través de la participación delictiva de su socio y jefe de almacén, cuya actuación por tanto, se produzca en el ejercicio de sus funciones y en las propias dependencias de la empresa, debiendo insistirse en que este tipo de responsabilidad no tiene como presupuesto necesario la constatación de un lucro concreto que del acto ilícito del empleado hubiera podido derivarse para el empleado, no procediendo la responsabilidad civil subsidiaria solo en el caso de que los actos delictivos estuvieran desconectados del ámbito de las citadas actividades y servicios (STS. 1957/2002 de 16.11), lo cual aquí no sucedió pues el responsable penal actuó en la comisión de los hechos delictivos en su lugar de trabajo, cuyo control como jefe de almacén tenía encomendado, valiéndose de estas circunstancias en la forma de realización de los hechos.

DÉCIMO SEXTO.- Desestimándose los recursos las costas se imponen a los recurrentes, y estimándose el recurso del Ministerio Fiscal se declaran de oficio.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por El Ministerio

Fiscal, contra sentencia de 23 de febrero de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, en causa seguida por apropiación indebida y en su virtud casamos y anulamos mentada resolución dictando segunda sentencia más acorde a derecho, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación respectivamente interpuestos por Bernardo, Cirilo y Domingo y Vilcasen SL. contra la referida sentencia, condenando a cada recurrente a las costas respectivas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

#### SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Córdoba, y fallada posteriormente por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba; y que fue seguida por delito de apropiación indebida, contra Bernardo, con D.N.I. núm. 007, nacido en Córdoba el día 29/03/1958, hijo de Rafael y Francisca, cuya solvencia no consta, sin antecedente penales y en libertad provisional por ésta causa, representado por la Procuradora Sra. León Cabezas y asistido de la Letrada Sra. Ruiz de Julián, contra Domingo, con D.N.I. núm. 008, nacido en Córdoba el día 01/12/1968, hijo de Juan y de Manuela, cuya solvencia no consta, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Sra. Durán López y asistido del Letrado Sr. Cid Luque, contra José Manuel, con D.N.I. núm. 009, nacido en Córdoba el 26-11-1969, hijo de José y Joseva, cuya solvencia no consta, sin antecedentes penales y en libertad provisional por ésta causa, representado por la Procuradora Sra. Durán López y asistido del Letrado Sr. Cid Luque; contra Cirilo, con D.N.I. núm. 006, nacido en Córdoba, el día 01/03/1968, hijo de José y Carmen, cuya solvencia no consta, sin antecedentes penales y en libertad provisional por ésta causa, representado por el Procurador Sr. Escribano Luna y asistido del Letrado Sr. Aranda Ortega; y Luis María, con D.N.I. núm. 010, nacido en Córdoba, el día 13-01-1962, hijo de Pedro y María Dolores, cuya solvencia no consta, sin

antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Sr. Madrid Freire y asistido del Letrado Sr. de Torres Viguera, y como responsable civil subsidiario la entidad Vilcasen S.L., representada por la Procuradora Sra. Durán López y asistida del Letrado Sr. Cid Luque y como acusadores particulares las compañías mercantiles Mariscal S.L. y Comercial Hermanos Aguilar S.L., representado por el Procurador Sr. Franco navajas y asistidos del Letrado Sr. Aguilar Moral; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

#### ANTECEDENTES

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en los Fundamentos Jurídicos primero y segundo de la sentencia precedente los hechos probados constituyen un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252, 250.1 y 6 y 74.2 CP, sin que concurra la atenuante de reparación del art. 21.5 en ninguno de los acusados.

SEGUNDO.- En orden a la individualización penológica, partiendo de que en el nuevo marco punitivo 1 a 6 años y monta de 6 a 12 meses las penas privativas de libertad impuestas: 2 años y 4 meses a Cirilo y Domingo, y 22 meses a Bernardo, son perfectamente procedentes, esta Sala casacional considera que deben ser mantenidas atendiendo las circunstancias de la sentencia impugnada explícita de forma acertada en su fundamento jurídico séptimo, añadiendo a los dos primeros una pena de multa de 9 meses con cuota diaria de 6 euros y al tercero de 7 meses con la misma cuota.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera de fecha 23 de febrero de 2009, debemos condenar y condenamos a Cirilo, Domingo y Bernardo como autores de un delito continuado de apropiación indebida ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a dos años y cuatro meses prisión y multa de 9 meses con cuota diaria de 6 euros a los dos primeros y 22 meses prisión y multa 7 meses con cuota diaria de 6 euros al tercero.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

(...)



## RESEÑA

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



2010/101834

TS Sala 1ª, Sentencia 24 mayo 2010.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Falta de prestación de consentimiento en la toma de fotografías que lleva a apreciar intromisión ilegítima

El TS declara no haber lugar al rec. de casación manteniendo la condena impuesta a las editoriales demandadas por la intromisión en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los actores, modelo y cantante respectivamente unidos sentimentalmente, como consecuencia de la publicación en su revista y difusión en su página web de una fotografías de la actora sin la parte superior del bikini y del actor desnudo en una playa, declarando el TS que lo relevante en este caso es que los actores no prestaron consentimiento expreso o tácito ni a la obtención de las fotos ni a la publicación ulterior de las mismas, y que se captaron con teleobjetivo en una cala de difícil acceso sin que sea exigible un aislamiento espacial extraordinariamente gravoso de las personas con proyección pública para poder disfrutar de su privacidad.

2010/113277

TS Sala 1ª, Sentencia 17 mayo 2010.  
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

### Concurrencia de responsabilidades en colisión de buques

El TS desestima el rec. extraordinario por infracción procesal y estima los recursos de casación interpuestos por ambas partes litigantes, casando en parte la sentencia impugnada y, en su lugar, con parcial estimación de la demanda y de la reconvencción, teniendo en cuenta que la responsabilidad por la colisión de buques objeto del proceso de cada parte litigante frente a la contraria es de dos tercios en el caso de la demandada y de un tercio en el caso de la actora, ordena la Sala que ambas deudas se compensen y ordena pagar a la parte deudora el saldo resultante. Declara el TS que no puede mantener-

se la argumentación de la AP, que entendió que hubo solo un daño jurídicamente relevante que fue el recibido por quién había participado en menor medida en el resultado final derivado de la colisión, y que lo correcto es considerar que ambas litigantes fueron perjudicadas ya que ambas tuvieron culpa en la colisión en la proporción indicada y los dos buques sufrieron daños.



2010/78773

TS Sala 2ª, Sentencia 26 abril 2010.  
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

### La no devolución del préstamo recibido no constituye apropiación indebida

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de apropiación indebida y administración desleal. Señala el TS que la no devolución del préstamo recibido es incumplimiento de una obligación contractual, que en determinadas condiciones pudiera integrar una estafa, lo que no es objeto de este enjuiciamiento, pero en ningún caso puede ser apropiación indebida de lo ajeno, ya que el prestatario adquiere el dominio y disponibilidad del dinero recibido por efecto del propio título contractual de préstamo. Por otra parte, que los acusados percibieran salarios y efectuaran gastos de gestión sin llevar contabilidad, tampoco es por sí mismo apropiación indebida ni administración desleal cuando, como aquí sucede, no constan los acuerdos adoptados entre los socios con relación al funcionamiento operativo de la sociedad.

2010/78775

TS Sala 2ª, Sentencia 28 abril 2010.  
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

### Inexistencia de bases fácticas sólidas para establecer indemnización por daños morales

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el acusado y la acusa-

ción particular contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de robo con intimidación y de lesiones agravadas. Considera el TS que no existen bases fácticas sólidas para establecer una indemnización por daños morales, pues se está ante la alegación de unas circunstancias que no se duda que sean ciertas, pero se trata de dictaminar si son indemnizables sobre la base de su inclusión en el relato de hechos probados. La decisión tomada por la actora no se deriva de una absoluta necesidad que se conecte directamente con la causa originaria, que son las lesiones de su hijo. Para establecer esta causalidad se necesitaba una actividad probatoria que acreditase la imprescindibilidad y necesidad de la atención materna, la imposibilidad de cuidarle en extranjero -donde residía-, y, desde luego, no puede anudarse por falta de conexidad real las consecuencias morales derivadas de la no celebración del matrimonio.



2010/92288

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 21 mayo 2010.  
Ponente: D. Pilar Teso Gamella

### Deslinde de bienes de dominio público marítimo terrestre

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Orden del Ministro de Medio Ambiente que aprobaba el deslinde de los bienes de dominio público marítimo terrestre del tramo de costa comprendido desde el lugar de Leixa hasta el límite con el término municipal de Cariño. La Sala desestima los moitvos alegados por el recurrente relativos a la incongruencia y falta de motivación de la sentencia, e igual suerte desestimatoria corre la alegada infracción del art. 6.2 Reglamento de Costas, ya que el deslinde se sustentaba originariamente sobre la causa prevista en el art. 3.1.a) Ley de Costas, para la delimitación realizada en el año 1984, y sobre la causa prevista en el art. 4.5 de la misma Ley para mantener tal trazado en el deslinde de 2002.



2010/122403

TS Sala 4ª, Sentencia 29 abril 2010.  
Ponente: D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

### Aplicación del principio de automaticidad en pago de subsidio por IT

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el codemandado INSS contra sentencia que declaró su obligación de anticipar el pago del subsidio de IT impuesto a la empleadora por falta de afiliación. Explica el Tribunal que al tratarse de una situación asimilada al alta, pues si no, no habría justificación para el pago de cotizaciones a cargo de la empresa, se cumple el requisito de alta o asimilación al alta que se exige para que juegue el principio de automaticidad, es decir, la obligación de anticipo a cargo de la entidad gestora, y que si ello es así en los casos de nulidad o improcedencia del despido, con mayor razón lo es en un supuesto, como el de autos, en el que se declara la inexistencia del despido y la continuidad de la relación laboral, lo que determina la completa ilicitud de la baja en la seguridad social del trabajador activada por la empresa.

2010/122416

TS Sala 4ª, Sentencia 26 abril 2010.  
Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

### Reconocimiento de IPA a quien era receptor de pensión de jubilación

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el jubilado demandante contra sentencia que rechazó su reclamación de IPA derivada de la enfermedad profesional de asbestosis. Explica el Tribunal que la dicción del art. 138.1 LGSS, que niega el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, si deriva de contingencias comunes, cuando el beneficiario reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, permite interpretar la norma como destinada a establecer una excepción a la posibilidad de obtener la prestación de incapacidad permanente, excepción que se significaría en dos extremos no alternativos sino acumulativos, la edad y los requisitos para acceder a la jubilación, de una parte, y de otra, el origen común de las dolencias, consagrándose con esta restricción como regla general la posibilidad de acceder a la prestación por invalidez desde una situación de jubilación o de requisitos para obtenerla, siempre que el origen de la contingencia sea profesional.