



# 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 2854

Madrid, miércoles 7 de julio de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/45324

TS Sala 3ª, Sección 7, Sentencia 24 febrero 2010. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

### Lesión del derecho de huelga por servicio mínimo de emisión

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada contra la Orden por la que se establecían los servicios mínimos para el mantenimiento de los servicios esenciales con ocasión de la huelga convocada en el Ente Publico Radio Televisión Madrid, puesto que la calificación en este caso como servicio mínimo de "la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada" ha lesionado el derecho de huelga.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso de instancia, seguido por los trámites del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, fue iniciado por la Federación de Comunicación y Transporte de Madrid de Comisiones Obreras, mediante un recurso contencioso administrativo dirigido contra la Orden 2797/2006, de 30 de noviembre, de la Consejería de Empleo y Mujer de la Comunidad de Madrid por la que se establecían los servicios mínimos para el mantenimiento de los servicios esenciales con ocasión de la huelga convocada en el Ente Publico Radio Televisión Madrid y sus empresas Radio Autónoma Madrid y Televisión Autónoma Madrid para el día 5 de diciembre de 2006.

La parte dispositiva de la Orden recurrida decía, entre otras cosas, lo siguiente:

"Artículo 1.- El ejercicio del derecho de huelga por el personal del Ente Publico Radio Televisión Madrid y sus Sociedades Televisión Autónoma Madrid, S.A. y Radio Autonomía Madrid, S.A se llevara a cabo sin perjuicio del mantenimiento de los servicios esenciales en cada

uno de los centros y en jornada normal.

La prestación de estos servicios considerados como esenciales se efectuara con un máximo de 284 trabajadores, lo que representa un 19,37% del total de la plantilla.

Artículo 2.- A los efectos previstos en el artículo anterior se consideraran servicios esenciales para la comunidad aquellos que sean necesarios para la preparación, producción y emisión de la programación informativa, la emisión de programación grabada dentro de los horarios habituales de difusión, la emisión de avances informativos, la programación y difusión de las declaraciones o comunicaciones oficiales de interés publico a que se refiere el artículo 22 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión y aquellos que sean precisos para asegurar la continuidad de las emisiones.

En concreto, en cuanto a la emisión televisiva se consideran servicios mínimos los necesarios para la preparación y producción de los "Telenoticias", del informativo "Diario de la Noche", del informativo "Buenos Días" así como del programa informativo "Alto y Claro" y

el debate informativo "Madrid Opina".

En cuanto a la programación radiofónica, se consideran servicios mínimos los necesarios para la preparación, producción y emisión de la programación informativa, "Informativo Matinal", "Madrid en Comunidad", "El Rompeolas" así como todos los boletines informativos.

Además, en ambas programaciones, se consideran servicios mínimos los servicios técnicos necesarios para garantizar la continuidad de la emisión de la programación informativa descrita y de la programación pregrabada de emisión propia".

La sentencia que se recurre en esta casación estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló la Orden recurrida, "por vulnerar el artículo 28.2 de la Constitución "; pero no reconoció la indemnización de daños y perjuicios que también había sido reclamada por la parte actora.

Para justificar ese pronunciamiento, la sentencia de instancia invoca expresamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y de este Tribunal Supremo (TS) y, después de transcribir la sentencia de 24 de julio de 2007 de esta Sala (que, a su vez, se remite a la STC 183/2006, de 19 de junio), es en la parte final de su fundamento de derecho cuarto donde concreta el argumento principal que utiliza para apreciar esa vulneración del derecho fundamental finalmente declarada en su fallo, y lo hace en estos términos: "La reciente jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo concluyen que se vulnera el derecho fundamental de huelga de los trabajadores de los Entes Públicos de Radio- Televisión si se consideran servicios esenciales la emisión de los programas informativos de forma similar a un día en el que no hay convocatoria de huelga; e igualmente se produce dicha vulneración con la emisión de programas previamente pregrabados, como así se recoge en la Orden ahora examinada lo cual nos conduce a declarar su nulidad por infringir el ordenamiento jurídico así como su interpretación jurisprudencial".

SEGUNDO.- El actual recurso de casación lo ha interpuesto la Comu-

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Intervenciones telefónicas efectuadas en el seno de las diligencias previas 4

### TS

#### CIVIL

Exclusión de cobertura en accidente ocasionado por vehículo industrial 7

Ejecución de garantía bancaria instada por ayuntamiento contra constructora 9

#### PENAL

Delito de tenencia de útiles para la falsificación de tarjetas bancarias 10

Estafa mediante descuento de pagarés que obedecen a operaciones comerciales inexistentes 11

#### ADMINISTRATIVO

Lesión del derecho de huelga por servicio mínimo de emisión 1

#### SOCIAL

Responsabilidad subsidiaria del FOGASA en abono de indemnización por despido improcedente 14

Exención de servicio de salud del pago de costas 15

### RS

RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

nidad de Madrid, que invoca en su apoyo un único motivo, amparado en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en el que dirige dos clases de reproches a la sentencia recurrida, referidos. El primero pretende sostener, frente a la decisión contraria de la sentencia de instancia, la validez de lo que la Orden recurrida disponía sobre la "programación informativa"; y el segundo intenta defender, así mismo, de lo que en esa misma Orden acordaba sobre considerar servicio mínimo la "programación grabada".

En lo que hace a la "programación informativa", se viene a denunciar que la sentencia recurrida infringe la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 193/2006, de 19 de junio, cuando aprecia que la Orden controvertida incurrió en vulneración del derecho de huelga en lo que dispuso sobre esa concreta materia.

Lo que se argumenta para intentar sostener este primer reproche es lo siguiente: "(...) parece incuestionable que el supremo intérprete de la Constitución NO anuló el art. 2 b) del Real Decreto 527/2002, de 14 de junio (...), porque considerase que el ejercicio del derecho a la huelga no debiera respetar el derecho que tienen los ciudadanos a recibir la programación informativa que se emite por los medios televisivos y radiofónicos (artículo 20.1 d) CE), sino porque la autoridad gubernativa, a la hora de establecer los servicios mínimos en materia de la "normal programación informativa" que tienen derecho a recibir los ciudadanos (artículo 20.1 d) CE), no concretó qué programas o contenidos informativos deberían ser considerados como tales servicios mínimos; tarea de concreción que, en ningún caso, correspondería al propio Tribunal Constitucional, como consecuentemente se dice en la sentencia.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurrió en el supuesto analizado por la precitada sentencia, en el supuesto objeto del presente recurso de casación se observa que el artículo 2 de la Orden 2797/06, de 30 de noviembre, sí precisa con claridad que concretos contenidos o programas de la información televisiva y radiofónica tendrán la consideración de servicios mínimos.

En su virtud, resulta acreditado que en el caso de autos la autoridad gubernativa autonómica SÍ cumplió con la previsión de especificación o

concreción de contenidos Informativos exigida por la meritada Jurisprudencia".

Esa argumentación se completa invocando muy especialmente lo que se establecía en la Orden recurrida en su artículo 2 y en el párrafo segundo de su artículo 1 (cuyos contenidos fueron transcritos en el primer fundamento de esta sentencia).

El artículo 2 se trae a colación para poner de manifiesto que en él quedan concretados los concretos contenidos de la programación informativa que reciben la consideración de servicios mínimos; y el párrafo segundo del artículo 1 se cita con el fin de poner de manifiesto que el número de trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos era el 19,37 de la plantilla, por lo que los concretos contenidos informativos que se precisan en el artículo 2 de la Orden, en el criterio del recurso de casación, "no pueden equiparse, en ningún caso, a un funcionamiento normal o rendimiento habitual". En cuanto al reproche relativo a la "programación grabada", lo que el recurso de casación pretende es que esta Sala vuelva a la doctrina que sobre esta concreta cuestión sentó en sus sentencias de 2 de abril de 2004, 7 de noviembre de 2003 y 17 de enero de 2003.

TERCERO.- Para analizar lo que suscita en sus dos reproches ese único motivo de casación, conviene recordar la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 193/2006, de 19 de junio (coincidente con la STC 183/2006 de la misma fecha), de la que es de interés destacar aquí estas declaraciones:

"4. (...) Pues bien, para decidir si los servicios impugnados pueden calificarse como esenciales debemos partir de unas consideraciones previas.

5. En primer lugar debe resaltarse que la posible limitación del derecho de huelga de los trabajadores con la finalidad de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad está prevista en el artículo 28.2 CE como contenido necesario de la ley que regula el ejercicio de ese derecho. Deberá ser esa ley, y no otra, la que regule las referidas garantías. La falta en la actualidad de dicha ley lógicamente plantea múltiples problemas y en especial, y en lo que aquí nos ocupa, en orden a la determinación de cuáles puedan calificarse como servicios esenciales y cuál pueda ser el alcance de las ga-

rantías necesarias para asegurar su mantenimiento.

En todo caso no está de más observar que la cuestión planteada es una cuestión de límites de un derecho fundamental, en la que, en la relación entre el derecho y su límite posible, el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario (...).

A partir de esa consideración es evidente que la falta de la inexcusable ley postconstitucional no puede valer para adoptar actitudes de tolerancia respecto de la utilización de criterios restrictivos del ejercicio del derecho y de la laxitud de sus limitaciones establecidas por la autoridad gubernativa con base en una norma preconstitucional, el artículo 10.2 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, en el que los elementos del supuesto de hecho de la norma que permite el establecimiento de las limitaciones ni tan siquiera coinciden estrictamente con los del supuesto de hecho del artículo 28.2 CE.

Así las cosas, debe observarse que, debiendo ser la ley reguladora del ejercicio del derecho de huelga la que establezca, con los criterios que el legislador determine, el régimen de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, la calificación global de unos determinados servicios públicos como esenciales por una ley distinta de la reguladora del ejercicio del derecho de huelga (en el caso que nos ocupa la Ley 4/1980, de 10 de enero, derogada por la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, en cuyo artículo 2 se califica de servicio esencial el servicio público de radio y televisión del Estado), calificación realizada, por tanto, desde una óptica distinta de la del derecho de huelga, no puede suplir sin más y de principio la calificación del servicio como "servicio (s) esencial (es) de la comunidad", desde el prisma normativo y constitucional del derecho de huelga.

Baste observar que en el negado caso de que la Ley 4/1980, al hacer la calificación de la radiodifusión y la televisión como servicios públicos esenciales, estuviera haciendo una calificación global de conjunto de los servicios a efectos de eventuales huelgas, estableciendo así la base normativa para la ulterior limitación del ejercicio del derecho de huelga en tales servicios en otra norma, vendría a colisionar con nuestra doctrina

interpretativa del artículo 28.2 CE, citada en otro lugar, según la cual "no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial. Sólo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y en la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma" (SSTC 26/1981, de 17 de julio, FJ 10, y 51/1986, de 24 de abril).

Por ello debemos relativizar el dato de que la Ley 4/1980 califique la radiodifusión y la televisión como servicios públicos esenciales, que se utiliza en el preámbulo del Real Decreto impugnado y en la argumentación del Abogado del Estado en este recurso de amparo como presupuesto conceptual para la calificación como servicios esenciales de los concretos servicios aquí cuestionados. Deberán ser éstos directamente los que, en su caso, puedan calificarse o no como "servicios esenciales de la comunidad", a los efectos del artículo 28.2 CE en el marco de nuestra referida jurisprudencia, evitando el deslizamiento conceptual desde el dato normativo de la calificación del artículo 1.2 de la Ley 4/1980, a la calificación de los concretos servicios cuestionados.

Por otra parte, debe significarse que la norma preconstitucional que todavía en el momento actual sigue utilizándose como base para el establecimiento por la autoridad gubernativa de las limitaciones del concreto ejercicio del derecho de huelga en garantía del mantenimiento de los servicios esenciales, esto es, el artículo 10.2 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, establece elementos de rigor no siempre debidamente atendidos y, desde luego, no respetados en este caso. En efecto, el supuesto de hecho en que pueden imponerse medidas limitadoras se compone de dos elementos: uno, la calificación del servicio ("servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad") y otro, de carácter circunstancial ("y concurren circunstancias de especial gravedad"), que debe concurrir en ambos términos de la alternativa del primer elemento. No basta así con la calificación del servicio para justificar las medidas limitativas, sino que éstas, en su caso, deben ajustarse a las circunstancias, que deben ser no sólo graves sino de especial grave-

dad (en este sentido el FJ 18 de la STC 11/1981 tempranamente advirtió que, “en algún sentido, el artículo 10 del Real Decreto-ley 17/77 es más estricto que el artículo 28.2 de la Constitución”).

6.- En otro orden de consideraciones ha de significarse que la calificación de un servicio como esencial, como hace en esta ocasión el Real Decreto impugnado, “no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías para su mantenimiento, término éste que sin necesidad de acudir a otro canon hermenéutico que el que brinda la interpretación lexicológica excluye aquellas garantías ordenadas al funcionamiento normal, (pues) mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual”. Y, en estrecha relación con la anterior consideración, ha de recordarse también que el límite al derecho de huelga establecido en el artículo 28.2 CE trae causa en la correlativa satisfacción de otros derechos o libertades constitucionalmente protegidos y en la preservación de los bienes de idéntica significación (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3).

Al propio tiempo a la hora de relacionar el ejercicio del derecho de huelga con otros derechos o libertades constitucionales protegidos, en cuanto la preservación de éstos pueda operar como límite de aquél, debe ser factor importante a considerar el de la significación relativa del momento de ejercicio de cada uno de los derechos. En tal sentido si el derecho o libertad que, en su caso, pueda operar como limitativo del ejercicio del derecho de huelga puede ejercitarse en un momento no coincidente con el del ejercicio del derecho de huelga, sin afectar sensiblemente a su funcionalidad, no habrá ninguna razón para dar prioridad a aquél y para que deba operar como limitación del ejercicio del derecho de huelga en el momento elegido. La articulación de ambos derechos puede perfectamente hacerse, desplazando el momento temporal del ejercicio del derecho que eventualmente pudiera colisionar con el de huelga. Naturalmente, para la conciliación temporal del ejercicio de los diferentes derechos será factor importante el de la duración de la huelga, que deberá ser elemento inexcusable para un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad del límite.

No está de más advertir cómo ese elemento de la temporalidad está presente en el mismo Real Decreto-Ley 17/1977, base normativa del Real Decreto impugnado en este caso, cuando se refiere a servicios de “reconocida e inaplazable” necesidad, evidenciando que, de ser posible el aplazamiento de la prestación del servicio, no se da ya el supuesto

de la potestad de limitar el ejercicio de derecho de huelga.

7.- No cabe duda de que el derecho de huelga, como ya hemos señalado, no es un derecho ilimitado y que, en concreto, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, la salvaguarda del derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión -artículo 20.1 d) CE - puede operar como límite de aquel derecho a la hora de definir los servicios esenciales y los servicios mínimos en relación con una huelga concreta.

Pues bien, en este caso en relación con la calificación como servicio mínimo de “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada” (artículo 2 a) del Real Decreto 527/2002, de 14 de junio), ha de afirmarse, en aplicación de la doctrina constitucional expuesta que, aun admitiendo que pueda resultar concernido el derecho a comunicar y recibir información -artículo 20.1 d) CE - en aquellos supuestos en los que la programación previamente grabada revista un contenido o un interés primordialmente informativo, se restringe de manera desproporcional el derecho de huelga. En efecto, se trataría en todo caso de una información que obviamente puede ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, en esta ocasión de veinticuatro horas, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga. En otras palabras, la oportunidad del ejercicio del derecho a comunicar y recibir información durante la jornada de huelga respecto a una programación previamente grabada de posible contenido o interés informativo supone una restricción del derecho de huelga que, por la propia característica de la información que se quiere emitir, no encuentra justificación en la preservación del derecho a comunicar y recibir información.

Pero de inmediato debe advertirse, además, que no toda la programación de televisión tiene que ver con el referido derecho constitucional, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento. Por ello, el resto de la plural actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo contenido e interés informativo, aún respaldada por un evidente interés legítimo tanto del comunicador como de los receptores, en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información ex artículo 20.1 d) CE, no invocándose en el Real Decreto impugnado ningún otro derecho o libertad constitucionalmente reconocido ni ningún bien de idéntica significación cuya preservación requiera el sacrificio del derecho de huelga para la emisión de la referida programación previamente grabada.

A las precedentes consideraciones ha de añadirse, como el Ministerio Fiscal señala con acierto, que mediante la calificación como servicio mínimo de “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada” se persigue, como se indica en la exposición de motivos del Real Decreto recurrido, la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga.

Ha de concluirse, por tanto, que la calificación en este caso como servicio mínimo de “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada” ha lesionado el derecho de huelga (artículo 28.2 CE).

8.- La misma conclusión se impone en relación con la calificación como servicio mínimo de “la producción y emisión de la normal programación informativa” -artículo 3 b) del Real Decreto 531/2002, de 14 de junio -. Es evidente la directa implicación en la adopción de esta medida del derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión -artículo 20.1 d) CE -. Ahora bien, la obvia pluralidad, heterogeneidad y diversidad de contenidos que puede revestir y de hecho reviste la denominada en el Real Decreto impugnado, sin más concreciones, “normal programación informativa” no tiene por qué merecer, en razón de su distinto valor desde la perspectiva del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, un igual nivel de protección, de manera que sin una mayor precisión de lo que constituye la denominada “normal programación informativa”, cuya ausencia no corresponde determinar a este Tribunal, no puede considerarse justificada ni proporcionada la restricción que en este caso, atendiendo a la extensión y duración de la huelga convocada, se ha impuesto al derecho de huelga.

No puede dejar de recordarse a este respecto, como ya hemos señalado con anterioridad, que “mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual” (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3), lo que también resulta aplicable y extensible en este caso a la programación informativa durante la jornada de huelga, sin que pueda justificarse sin más la exigencia de una “normal programación informativa”.

Así pues, la calificación en este caso como servicio mínimo de “la

producción y emisión de la normal programación informativa” ha vulnerado también el derecho de huelga (artículo 28.2 CE).

9.- Parece también oportuno señalar que no resulta ocioso recordar como este Tribunal ha declarado que “el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10) y que esta cesación del trabajo es susceptible de provocar la interrupción de la actividad de producción y distribución de bienes y servicios si las características de la huelga y su seguimiento así lo determinan. Precisamente por ello, cuando los bienes y servicios resultan esenciales para la comunidad y su producción o distribución no puede verse interrumpida sin afectar a derechos y bienes constitucionalmente protegidos, resulta lícita la restricción del derecho de huelga mediante el establecimiento de unos servicios mínimos que garanticen su mantenimiento, servicios que deben ser los estrictamente requeridos para la garantía del derecho o bien sobre el que se proyecta. No es, por tanto, la pretensión de interrupción del servicio la que debe ser justificada por los huelguistas, apareciendo ésta como una consecuencia, en su caso, del ejercicio del derecho de huelga, sino la necesidad de su no interrupción, lo que obliga a motivar, según ya se ha señalado, las medidas que se adopten para garantizar su mantenimiento. La efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda tampoco del empresario una conducta específicamente dirigida a propiciar la divulgación de la situación de huelga, pero demanda, no ya del empresario sino de la autoridad gubernativa facultada para el establecimiento de los servicios mínimos, que aquellos que se impongan no restrinjan de forma injustificada o desproporcionada el ejercicio del derecho, incluida la faceta del mismo dirigida a lograr su proyección exterior”.

CUARTO.- La doctrina del Tribunal Constitucional que acaba de exponerse no permite compartir ninguno de los dos reproches que se dirigen a la sentencia aquí recurrida.

Comenzando por el reproche referido en concreto a la “programación informativa”, debe decirse que la validez de la que sea establecida con el carácter de servicio mínimo no depende tan sólo de que, por quedar paralizadas o canceladas otras programaciones de contenidos diferentes, la emisión de aquélla en las mismas condiciones de las habituales haga posible durante la huelga una disminución de la totalidad de la actividad televisiva o radiofónica en relación con la que sea emitida en circunstancias de normalidad, ni que el personal establecido para la prestación de los servicios mínimos sea notablemente inferior al contingente que integra la plantilla ordinaria.

Como tampoco será suficiente para declarar esa validez, según parece preconizar el recurso de casación, que hayan sido precisados los concretos contenidos o programas informativos que son mantenidos con el carácter de servicios mínimos.

La validez de la "programación informativa" que sea establecida con dicho carácter de servicio mínimo exigirá que queden debidamente expresadas o identificadas las singulares circunstancias o datos de hecho que demuestren en dicha "programación informativa" el cumplimiento de estas dos exigencias que siguen. Por un lado, su "necesidad" para garantizar, en el mínimo que resulta exigible, los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información del artículo 20 de la Constitución; y, por otro, su "proporcionalidad", esto es, que la actividad informativa mantenida como servicio mínimo comporta una disminución, no sólo de la total actividad televisiva o radiofónica de cualquier clase de contenido que es desarrollada en circunstancias de normalidad, sino también una apreciable reducción de la actividad informativa que es realizada en esas mismas circunstancias de normalidad.

Así debe ser considerado porque sólo así resultará visible a la ciudadanía la perturbación que provoca la huelga en la actividad donde es realizada, y sólo así, también, la huelga cumple esa virtualidad que le corresponde, según recuerda el Tribunal Constitucional, de actuar como un eficaz medio de presión a través de la exteriorización de los efectos que produce el paro laboral.

Esas circunstancias o datos de hecho cuya consignación siempre es necesaria, en el caso de la huelga aquí controvertida imponían a la Orden impugnada haber dejado constancia de lo siguiente: emisoras televisivas y de radiodifusión de titularidad pública existentes en la Comunidad de Madrid que tienen también una programación informativa; población residente en ese territorio que tiene acceso a dicha programación; y programación informativa que en circunstancias de normalidad emite el Ente público afectado por la huelga y sus sociedades, con expresión, en su caso, de sus contenidos informativos específicos y diferentes a los que difunden esas otras emisoras.

Por tanto, no figurando tales datos o circunstancias en la Orden impugnada, esa primera censura planteada en el recurso de casación sobre la "programación informativa" no merece ser acogida.

En cuanto al reproche sobre la "programación grabada", debe decirse que la anterior jurisprudencia que se invoca para intentar sostenerlo ha de considerarse superada por esa posterior doctrina del Tribunal Constitucional que contienen sus senten-

cias 183 y 193 de 2006 que antes se han mencionado (y también en las 184 y 191 del mismo año 2006), y cuya ponderación y aplicación por esta Sala procede en virtud de lo establecido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

QUINTO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, y no se aprecian circunstancias que justifiquen la no imposición de las costas correspondientes a esta fase de casación (artículo 139.2 de la LJCA de 1998).

Pero, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA de 1998, se señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios correspondientes a cada uno de los abogados de las partes recurridas la de 1.500 euros. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a que la cuestión planteada no presenta excesiva complejidad y tampoco ha exigido una especial dedicación para formular la oposición.

#### FALLO

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la sentencia de 5 de febrero de 2008 de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a esta fase de casación, con el alcance y límite que se establece en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

telefónica, por falta de control judicial de la medida, al no haber dispuesto el Juez instructor de la totalidad de las conversaciones, y, bajo la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse notificado al Ministerio Fiscal los Autos habilitantes. Se denuncia asimismo la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), considerando nula la prueba obtenida de las intervenciones telefónicas y alegando además que no podía ser tenida en cuenta para condenar porque no se procedió a la debida audición de las cintas originales en el juicio. A ello añade que tampoco cabe fundar la condena en su testimonio prestado ante la policía, porque guardó silencio en el acto del juicio y no pudo someterse a contradicción. El Ministerio Fiscal interesa la desestimación íntegra de la demanda.

SEGUNDO.- Abordaremos las citadas alegaciones siguiendo el orden de los motivos expuesto en la demanda. Sobre el derecho al secreto de las comunicaciones ha desarrollado este Tribunal un consolidado cuerpo de doctrina que es preciso exponer para el debido análisis del primer motivo de amparo.

a) Como recuerda la reciente STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4, este Tribunal viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2).

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. En este sentido, hemos reiterado que "la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser



2010/61524

TC Sala 2ª, Sentencia 27 abril 2010. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

En delito contra la Salud Pública

## Intervenciones telefónicas efectuadas en el seno de las diligencias previas

*El TC desestima la demanda de amparo interpuesta contra sentencia del TS que desestimó la de instancia, condenando a la recurrente como autora de un delito contra la Salud Pública. La recurrente aduce la vulneración de los derechos fundamentales de secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia. Indica la Sala, sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, que en el caso de autos, las intervenciones telefónicas se acuerdan en el seno de unas diligencias previas, que sí constituyen, indudablemente, un auténtico proceso judicial, y de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento. Sobre la presunción de inocencia, explica el Tribunal, que procede igualmente desestimar dicho motivo, puesto que la condena se fundó en el resultado de las intervenciones telefónicas, las declaraciones testimoniales de los policías actuantes, la ocupación de la sustancia y las propias declaraciones iniciales de la recurrente, confirmadas no sólo por lo relatado por los policías que la presenciaron sino igualmente por los datos objetivos aportados acerca de su participación.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2006, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de

Málaga (Sección Octava) de 30 de noviembre de 2005, que condenó a la recurrente como autora de un delito contra la salud pública. En la demanda se considera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por falta de motivación de los Autos que acuerdan y prorrogan la intervención

accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido” (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 220/2006, de 3 de julio, FJ 3). A este respecto, no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2).

Junto con tales datos objetivos, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 y siguientes; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

En todo caso, y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

b) Tales exigencias de motivación deben, además, ser igualmente obser-

vadas en las prórrogas y las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 c); 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4). Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediablemente las ulteriores de ella derivadas (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 c); 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 165/2005, de 20 de junio, FJ 6; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 5; STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

**TERCERO.-** En aplicación de la citada doctrina constitucional, podemos rechazar la primera vertiente del presente motivo de amparo, referida a la falta de motivación de los Autos habilitantes.

a) Por lo que respecta al primer Auto de 11 de agosto de 2004, recoge éste expresamente los datos aportados por la solicitud policial formalizada en oficio de la misma fecha, considerando que concurren serios indicios de la existencia de una red dedicada al tráfico de cocaína, de la que formaría parte la recurrente y la otra persona investigada, cuyo teléfono también es intervenido. Tales indicios se concretan en que la persona coimputada había ya sido investigada en ocasiones anteriores por su presunta dedicación a actividades relacionadas con el tráfico de drogas junto con su pareja sentimental, quien fue detenido en varias ocasiones por tal motivo y se halla ingresado en prisión, en que por investigaciones actuales efectuadas por el grupo policial solicitante se ha averiguado que aquélla continúa dedicándose de forma habitual y continuada a tales actividades ilícitas, manteniendo contactos con ciudadanos vinculados a cárteles colombianos radicados en territorio nacional y que se dedican al suministro en grandes cantidades de cocaína.

Asimismo, se describe en el oficio policial, tal como recoge el Auto cuestionado, la concreta forma de actuación de la coimputada, manteniendo contacto no sólo con las personas mencionadas, quienes serían

sus proveedores de la cocaína, sino también con otras que se dedican a la venta de dicha sustancia, a quienes vende la misma previa mezcla y adulteración del estupefaciente con la finalidad de incrementar el beneficio económico por su venta. Junto a tales datos fácticos, se recoge también en la resolución que la persona coimputada utiliza cotidianamente medidas de precaución propias de quienes se dedican a dicha actividad, tales como aceleraciones o deceleraciones con el vehículo que conduce, cambios de sentido, paradas en lugares no aptos para ello, etc.; así como la utilización de menores de edad que a bordo de ciclomotores se dedican a “peinar” el perímetro de la vivienda antes de realizar algún contacto o venta. Junto a ello, se refleja también en el Auto habilitante que carece de trabajo remunerado conocido que permita justificar su capacidad económica, poseyendo un patrimonio consistente, entre otras propiedades, en un chalet valorado en 200.000 euros, un local recientemente adquirido por valor aproximado de 72.000 euros y varios vehículos a motor. Por último, se concreta también en el oficio policial, recogiendo expresamente el Auto del Juzgado de Instrucción, que la recurrente, cuyo teléfono también es objeto de interceptación y de la que también se aportan datos concretos, era la encargada de guardar la droga y el dinero obtenido de su venta.

De la lectura de su contenido podemos concluir que el citado Auto satisface los requisitos constitucionalmente exigidos de motivación. De una parte, expresa con claridad las personas objeto de las pesquisas policiales, cuál es el delito investigado -tráfico de drogas- y cuáles son los números de teléfono cuya intervención se solicita; de igual modo, se fija el plazo de intervención -un mes-. De otra parte, y frente a lo manifestado por la recurrente en amparo, el Juzgado ha dispuesto de elementos fácticos suficientes para efectuar el pertinente juicio de proporcionalidad de la medida. En efecto, si bien no se concreta en qué han consistido las investigaciones previas, sí se aportan datos concretos y objetivos acerca de las relaciones de la demandante con personas relacionadas con el delito investigado, quienes actuarían unos como suministradores a gran escala de cocaína, y otros como compradores de la misma una vez sometida por la recurrente a la mezcla de la droga con otras sustancias. Junto a la descripción de tales relaciones, sin excluir asimismo el dato de que la pareja de la coimputada esté en prisión por hechos similares a los investigados, se expone también su concreta forma de actuación, detallando no sólo el citado proceso de compra, adulteración y venta de la sustancia, sino asimismo la utilización de varios vehículos, las medidas de precaución cotidianamente adoptadas para evitar ser descubierta, y la utilización de menores de edad para asegurar las zonas donde van a tener lugar las transacciones.

Tales elementos, junto con los referidos a la colaboración de la recurrente para guardar la droga y el dinero obtenido de su venta, y a la falta de correspondencia entre el patrimonio de la coimputada y la ausencia de dedicación laboral conocida permiten concluir que nos hallamos ante un conjunto de datos fácticos indiciarios de la existencia del delito, que van más allá de meras suposiciones subjetivas y que, por tanto, cumplen con la exigencia de motivación exigida por nuestra doctrina.

b) Y a la misma conclusión podemos llegar respecto de las prórrogas. Por lo que respecta al Auto de 20 de agosto, dictado once días después del que acuerda la intervención, su alcance es únicamente el de modificar la compañía telefónica de uno de los números de teléfono sobre el que se va a proyectar la medida, no habiendo variado el número de teléfono. Teniendo en cuenta que el titular de dicho número es el mismo que el teléfono para el que se autorizó la intervención por el Auto de 11 de agosto, así como el escaso tiempo transcurrido desde el inicio de la intervención telefónica, puede considerarse suficiente a efectos de motivación la referencia efectuada por el órgano judicial a que las circunstancias que legitimaron la primera decisión justifican la interceptación de ese nuevo número de teléfono.

En relación con el Auto de 9 de septiembre, se dicta atendiendo al oficio policial presentado el día anterior en el que se concreta el resultado de las investigaciones realizadas hasta ese momento, confirmándose los contactos mantenidos por la persona coimputada con distintos suministradores de cocaína y el modus operandi de aquélla en la distribución de la droga; y acompañándose el citado oficio de las transcripciones resultantes de las conversaciones interceptadas. En la medida en que el Auto que acuerda la prórroga, a partir de los datos proporcionados por el oficio policial, parte de la permanencia de los indicios que legitimaron la intervención inicial, ningún reproche con relevancia constitucional puede efectuarse al mismo.

**CUARTO.-** Denuncia también la demandante la falta de control judicial en el seguimiento de la intervención. Al respecto, hemos afirmado que para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 6), que sin lugar a dudas es lo que



acontece en el presente supuesto, en el que, como ya se ha afirmado, el oficio policial en el que se solicita la prórroga, además de contener la información referida a los resultados de la investigación, se acompaña de las transcripciones de las conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos. Por ello, puede afirmarse que por el órgano judicial se ha efectuado el pertinente seguimiento de la medida.

Por último, tampoco puede compartirse la alegación de que la llamada interceptada el 15 de septiembre efectuada por la coimputada desde el teléfono de la recurrente, y que dio lugar a la detención de ésta y al hallazgo de un paquete con cocaína, no estuviera amparada por autorización judicial. Parece dar a entender la demandante que ello se debería a que la efectiva interceptación de las comunicaciones comenzó catorce días después de la fecha en que se dictó el Auto inicial, de 11 de agosto, por lo que las llamadas interceptadas el día 14 de septiembre quedarían fuera del plazo de un mes por el que se autorizó la medida, debiendo ser la fecha en que se dicta el Auto, y no la fecha en la que materialmente comienza a ejecutarse la interceptación, la que deba fijar el dies a quo. Ciertamente, asiste la razón a la recurrente en que el cómputo del plazo debe iniciarse desde la fecha en que se dicta la resolución judicial, independientemente de cuándo comience a hacerse efectiva (SSTC 205/2005, de 18 de julio, FJ5; 26/2006, de 30 de enero, FJ 9); ahora bien, olvida que por el Juzgado de instrucción se dictó Auto de 20 de agosto en el que, dado el cambio de compañía telefónica del teléfono al que la alegación se refiere, se fija sobre el mismo un nuevo plazo de intervención por el periodo de un mes, estando por tanto la llamada realizada el 15 de septiembre dentro de ese nuevo plazo y, por ello, amparada por esa nueva resolución.

QUINTO.- Todavía dentro del derecho al secreto de las comunicaciones, aun cuando la demandante subsuma su alegación bajo el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), hemos de dar respuesta a la queja referida a la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos que acuerdan la intervención de las comunicaciones telefónicas, para lo que hemos de remitirnos a la doctrina sentada en la reciente STC 197/2009, de 28 de septiembre. Se afirma en la citada Sentencia que “desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, dictada por el Pleno de este Tribunal, venimos señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un

proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. Al desarrollarse la actuación judicial en el curso de un proceso es posible el control inicial por parte del Ministerio Fiscal -como garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos-, en el periodo en que se desarrolla la misma, sin conocimiento del interesado y, posteriormente, cuando la medida se alza, por el propio interesado, que ha de poder conocer e impugnar la medida. No obstante, hemos afirmado que tal garantía existe también cuando las diligencias indeterminadas se unen, pese a todo, sin solución de continuidad, al proceso judicial incoado en averiguación del delito, -satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello constitucionalmente inaceptable, secreto- (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 5).

Sobre la base de esa doctrina -y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas diligencias indeterminadas-, que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente- posteriores resoluciones han declarado contrario a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4). Ciertamente, en la STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 7, se afirma que, además de la falta de notificación al Fiscal de los Autos de intervención y prórroga dictados en el seno de las diligencias indeterminadas, también se aprecia la falta de notificación de los Autos de intervención y prórroga dictados ya en las diligencias previas que se incoaron posteriormente y a las que se incorporaron las diligencias indeterminadas, pero destacando que el Auto de incoación de las diligencias previas tampoco fue notificado al Fiscal, lo que impidió cualquier control inicial de la medida por parte de éste.

De lo anteriormente expuesto cabe concluir que lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica -tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto

constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese” (FJ 7).

Pues bien, en el presente caso -al igual que en el analizado por la citada STC 197/2009-, y a diferencia de los resueltos por la jurisprudencia anteriormente citada, las intervenciones telefónicas se acuerdan en el seno de unas diligencias previas -con número 2354-2004-, que sí constituyen, indudablemente, un auténtico proceso judicial, y de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento. Siendo así, y aunque no existe constancia en las actuaciones de la notificación al Fiscal de los Autos que autorizan y prorrogan las intervenciones telefónicas, la ausencia de dicho acto formal de notificación no constituye un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no ha impedido el control inicial de su desarrollo y cese y no consagra, por tanto, un “secreto constitucionalmente inaceptable”. Al haberse acordado en el seno de un auténtico proceso, de cuya incoación tuvo constancia el Ministerio Fiscal desde el primer momento, éste pudo desde entonces intervenir en las actuaciones en defensa de la legalidad y como garante de los derechos del ciudadano, quedando así garantizada la posibilidad efectiva de control inicial de la medida hasta su cese. Y posteriormente, cuando la medida se alzó, el propio interesado tuvo la posibilidad de conocerla e impugnarla, lo que no se ha puesto en cuestión en la demanda de amparo. De todo lo expuesto ha de concluirse que no cabe apreciar en el presente caso una vulneración adicional del art. 18.3 CE, derivada de la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención y prórroga de las intervenciones telefónicas.

SEXTO.- El motivo de amparo fundado en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) se argumenta en torno a dos cuestiones. En primer lugar, bajo el presupuesto del motivo anterior, se alega en la demanda que, dada la nulidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, el resultado probatorio obtenido de las mismas no puede utilizarse para fundar la condena; a ello añade que, de cualquier modo, tampoco podrían tales conversaciones erigirse en prueba de cargo pues, al no haber sido leídas en el acto del juicio, no fueron debidamente elevadas al juicio oral. En segundo lugar, aduce que, descartadas las intervenciones telefónicas, no existe prueba de cargo suficiente, pues la condena se sostiene sobre las declaraciones de la recurrente prestadas ante la policía y sobre su negativa a declarar en el acto del juicio, que no puede ser tenida en cuenta para fundar la condena.

El examen de la queja requiere traer a colación, aun sucintamente, la

reiterada doctrina de este Tribunal, reproducida, entre otras, en las recientes SSTC 117/2007, de 21 de mayo, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; y 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3, sobre el mencionado derecho fundamental. Al respecto, hemos venido afirmando desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (FJ 2).

En cuanto a los límites de nuestro control, constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia. De este modo hemos declarado con especial contundencia que el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de partir “de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad” (STC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

Partiendo de la citada doctrina, debemos desestimar la queja planteada por la recurrente en su demanda de amparo, pues las resoluciones recurridas han contado con prueba de cargo practicada con las debidas garantías y suficiente para enervar la presunción de inocencia. Por lo que respecta a la alegación referida a la indebida incorporación al juicio del resultado de las intervenciones telefónicas -que en puridad plantea la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)-, hemos afirmado que

la audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez como prueba, sino que el contenido de las conversaciones puede ser incorporado al proceso bien a través de las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas, bien a través de su transcripción mecanográfica -como documentación de un acto sumarial previo- (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 122/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 138/2001, de 18 de junio, FJ 8). Y también hemos concluido que para dicha incorporación por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado con las debidas garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma, no conlleve una merma del derecho de defensa.

Así nos hemos pronunciado ante supuestos similares al presente, tales como los resueltos en el ATC 196/1992, de 1 de julio; o en la STC 128/1988, de 27 de junio. En la primera de las resoluciones citadas afirmamos que "la no audición de las cintas en el juicio, así como que el Secretario no leyera la transcripción de las mismas, no supone, sin más, que las grabaciones no puedan ser valoradas por el Tribunal sentenciador. En efecto, las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico)... por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio puede hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y someterse a contradicciones por las partes -bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones- no significa, como pretende la hoy recurrente, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiera la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral" (FJ 1). Y ya en la citada STC 128/1988, FJ 3, llegamos a idéntica conclusión bajo el argumento de que "no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones.

No habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querrelado quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se de-

fiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido".

Sentado lo anterior, de la lectura de las Sentencias impugnadas, y del acta del juicio oral, puede constatar, de una parte, que -como destaca el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico primero de la Sentencia de casación- las cintas originales y las transcripciones, debidamente cotejadas por el Secretario judicial (según afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial, remitiéndose al folio 285 de las actuaciones), se encontraban a disposición de las partes, habiendo podido contrastar el cotejo, solicitar la audición o cuantas diligencias hubiera tenido por conveniente. De otra parte, que la defensa de la recurrente no sólo renunció a la audición de las cintas, sino que -como pone de relieve el Ministerio Fiscal- expresamente se opuso a la misma. Por ello, habiendo tenido oportunidad de someter a contradicción el contenido de tales transcripciones, y no oponiendo reproche alguno a la correspondencia de las mismas con las cintas originales, podemos concluir que no ha existido indefensión ni se ha producido vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Una vez resuelto el primer aspecto de la queja, debemos analizar la suficiencia y validez de la numerosa prueba de que han dispuesto los órganos judiciales. Como se desprende de la lectura de las resoluciones impugnadas, la condena se funda esencialmente en las declaraciones de los funcionarios policiales que habían participado en el proceso de investigación, detención de la acusada y ocupación de la droga oculta bajo su ropa, sometidas tales declaraciones a la debida contradicción en el acto del juicio oral y respecto de las que la recurrente no plantea óbice alguno de constitucionalidad. Junto a ello, la Audiencia Provincial ha tomado en consideración el propio silencio de la recurrente, considerando (en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia) que, ante el contenido de las grabaciones de las intervenciones telefónicas realizadas y el restante material probatorio, era exigible una explicación que la recurrente se negó a proporcionar, negándose a contestar las preguntas de la acusación formuladas en el acto del juicio. Por lo demás, frente a la relevancia que se otorga en la demanda a la declaración prestada por la demandante de amparo ante la policía, de la lectura de las Sentencias recurridas se puede inferir que tal testimonio no ha sido tenido en cuenta por el órgano judicial para fundar su condena, sino que le ha otorgado relevancia únicamente para enervar la presunción de inocencia de la otra persona coimputada en el proceso penal.

Por ello, no procede entrar a analizar aquí su validez como medio de

prueba. Junto a ello, pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentador del pronunciamiento condenatorio. A este respecto, hemos afirmado que "ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviere motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria" (SSTC 202/2000, de 24 de julio, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficiente, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC 155/2002, FJ

15, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6), tal como acontece en el presente caso.

A tenor de lo afirmado, procede desestimar la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues la condena se ha fundado sobre prueba de cargo suficiente y practicada con las debidas garantías.

#### FALLO

Desestimar la demanda de amparo presentada por D<sup>a</sup> María Paz.

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

Dada en Madrid, a veintisiete de abril de dos mil diez. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2010/62021

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 6 mayo 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Al no tener lugar con motivo de la circulación

## Exclusión de cobertura en accidente ocasionado por vehículo industrial

*El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de apelación que únicamente condenó al propietario del vehículo industrial con el que, en el curso de una tala de árboles, se causaron las lesiones al actor, y absolvió a la aseguradora codemandada. El TS confirma el criterio de la AP que apreció que el daño se produjo con ocasión de desarrollar actividades agrícolas o industriales y no como consecuencia directa de la circulación por lo que, tratándose de un riesgo excluido, y no siendo dicha cláusula limitativa de derechos del asegurado sino delimitadora del riesgo cubierto por el seguro, no cabe condenar a la aseguradora del vehículo.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Segundo sufrió diversas lesiones cuando el día 8 de septiembre de 2000, en el curso de una tala de árboles realizado con un vehículo industrial (carroceta), fue alcanzado con un cable de la misma. La demanda que formuló frente al propietario de la carroceta, D. José Ángel, y la aseguradora La Estrella, para reclamar los daños que le fueron ocasionados, fue desestimada en la primera instancia, que declaró prescrita la acción, y estimada parcialmente en apelación mediante la condena al propietario de la carroceta al pago de 763,80 euros y absolución de la aseguradora porque el daño se produjo con ocasión de de-

sarrollar actividades agrícolas o industriales -riesgo excluido- y no, por tanto, como consecuencia directa de la circulación.

Recorre la sentencia el Sr. Segundo.

#### RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL.

SEGUNDO.- Se articula en dos motivos. El primero con tres submotivos, al amparo del artículo 469.1.2 LEC: por vulneración de las reglas de la distribución de la carga de la prueba (artículo 217); por falta de motivación (artículo 218.2) y por extralimitación de la Audiencia al examinar una cuestión que no fue objeto

en el recurso de apelación (artículo 465.4 LEC). En breve síntesis, se argumenta en los dos submotivos primeros que la infracción del artículo 217 se produce al haberse declarado como hecho probado que las condiciones generales del seguro concertado por el Sr. José Ángel con la Estrella contienen la exclusión de las labores agrícolas o industriales del seguro voluntario, entendiéndose que hay pruebas concluyentes de lo contrario, conforme explica detalladamente en distintos apartados, mientras que la del artículo 218.2 surge por cuanto “el Tribunal a quo ha hecho una valoración de la prueba que adolece de error de derecho y resulta contraria a las normas de la lógica y de la razón”, al establecer que la carroceta estaba apagada aplicando el cable que portaba al árbol para, a medio de un denominado torniquete, y una vez tensado, quedar enganchado al árbol. Tras argumentar extensamente las razones que conducen a esta conclusión y explicar las consecuencias lesivas que a su juicio ha sufrido el actor, con cita de los artículos 317, 319, 385, 386 y 384, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera que el motivo tiene una evidente trascendencia para el resultado de la litis, “pues su estimación provocará una revisión de los hechos probados y del pronunciamiento de fondo postulado en la demanda”.

Ambos se desestiman. El artículo 217 LECiv, recoge el principio de la carga de la prueba por el que se determina que corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas que se deban aplicar a cada uno de ellos. En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba es preciso que la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el “onus probandi” según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba, (SSTS de 21 mayo y 8 de julio de 2009, entre otras). Nada de esto se ha producido en el caso.

La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho” y todo ello, “ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble fina-

lidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, 8 de octubre de 2009).

Sin duda la decisión judicial adoptada expresa de forma suficientemente motivada las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la misma. Y lo hace en un supuesto que no ofrece más complicación que la que el propio recurrente pretende crear a partir de la cita diversos preceptos relativos a las pruebas documental, pericial y de presunciones, que no tienen cabida en la infracción del deber de motivación que se alega, ni se sostiene a partir de una valoración de la prueba que tampoco es conjunta, sino particularizada de la documental y pericial, sin ninguna referencia a las presunciones judiciales admitidas por el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni resulta arbitraria, ilógica o irrazonable, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

TERCERO.- En el tercer submotivo denuncia que el Tribunal de apelación ha entrado a conocer de determinados aspectos que no fueron acotados por las partes procesales en sus respectivos escritos de apelación e impugnación. Al parecer, la infracción se origina por haber resuelto sobre la forma de producirse el accidente, señalando que no es lo mismo que el siniestro haya tenido lugar mientras estaba tirando de un árbol (esto es, autodesplazándose sobre el terreno), que si el siniestro se produjo mientras la carrozota estaba apagada (esto es, sin autodesplazarse sobre el terreno).

Se desestima por razones obvias de que, en ambas instancias de declara como hecho probado que la carroceta estaba quieta, y si la sentencia entró a resolver sobre esta cuestión es porque se había apreciado en la primera la excepción de prescripción, y de que, aunque lo hubiera hecho en la forma que se dice en el motivo, carece de interés en un supuesto en el que lo determinante para excluir la responsabilidad de la aseguradora es el trabajo agrícola que se estaba desarrollando cuando se produjo el daño causado por un cable procedente de la carroceta.

CUARTO.- Finalmente, el motivo segundo debe asimismo rechazarse, no solo porque se limita a reproducir lo expuesto en el anterior sobre los términos en que fue resuelto el recurso de apelación, sino porque con reiteración esta Sala ha dicho que “debe rechazarse la práctica, cada vez más extendida, de traer a colación, a modo de motivo o cajón de sastre, la cita con carácter subsidia-

rio o remanente del art. 24 de la Constitución, pues la importancia y trascendencia de esta norma invita a un rigor expositivo que debe vigilarse a efectos de la admisión preliminar para evitar consideraciones inútiles” (SSTS 10-5-93, 18-2-95, 27-3-95, 18-11-95 y 5-7-96), habiendo dicho tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional, acerca del alcance del art. 24 CE, que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y razonada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC 23-4-90 y 14-1-91); basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STC 5-4-90) (STS 30-3-96); y que lo reconocido en el art. 24.1 de la Constitución es el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso, pero no a obtener una sentencia de conformidad, y que la tutela judicial efectiva se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente (SSTS 16-3-96 y 31-7-96).

#### RECURSO DE CASACIÓN.

QUINTO.- El recurso de casación se argumenta sobre la base de que el accidente se produce como consecuencia de un hecho de la circulación y de que es inaceptable la exclusión de la cobertura que ha supuesto la desestimación de la demanda respecto de la aseguradora. Así resulta de los tres primeros motivos, que se desestiman.

En el primero, sobre infracción de la doctrina sobre los actos propios, hace supuesto de la cuestión para establecer sus propias conclusiones sobre la conducta de D. José Ángel y la entidad aseguradora, y la prueba que lo sustenta, con relación a la entrega de las condiciones particulares del seguro sin mención de las generales, como determinante de la confianza generada al perjudicado sobre la existencia de cobertura del siniestro. La póliza es lo que es y atiende a los riesgos expresamente pactados con fuerza de ley entre las partes a tenor de los arts. 1091, 1255 y 1256 del Código civil que también alcanza al tercero que ponga en ejercicio la acción directa contra el asegurador.

Con el segundo y tercero sucede lo mismo. Es hecho probado de la sentencia que la carroceta “se encontraba sin circular”, por lo que no es posible establecer conclusiones distintas sobre un hecho no aceptado. Pero es que, al margen de que así fuera, la aseguradora no sería responsable a la vista de la exclusión de cobertura pactada en la póliza, que

no es cláusula limitativa de derechos del asegurado sino delimitadora del riesgo cubierto por el seguro entre los que no incluye los derivados de las actividades de trabajo agrícola o industrial.

Por último, un suceso como el acontecido nada tiene que ver con la circulación. Ni la carroceta estaba circulando, ni era propulsada por el motor y, además, no estaba siendo utilizada con la finalidad de circulación, sino agrícola o forestal, lo que impide que pueda prosperar la acción directa contra la aseguradora tanto en el ámbito del seguro obligatorio como en el del voluntario puesto que es claro que no se trata de un hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil.

SEXTO.- La infracción del artículo 1902 es también inexistente. Lo que pretende la parte recurrente es una revisión de los hechos probados para procurar que se establezcan la relación que la sentencia niega entre los daños y perjuicios sufridos y el golpeo del cable, lo que no es posible por afectar a la valoración de la prueba que resulta vinculante en el recurso de casación.

SÉPTIMO.- Los principios pro damnato y de indemnidad del perjudicado tampoco han sido vulnerados. Acreditado el daño causado, ese principio de indemnidad que rige esta materia, exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse, como así hizo la sentencia en atención al perjuicio realmente acreditado (763,80 Euros), con más los intereses del artículo 576 de la LEC, que son los que la sentencia aplica, desde la fecha de la sentencia, por ser desde entonces líquida la cantidad objeto de la condena. Se desestiman, por tanto, los motivos quinto y sexto.

OCTAVO.- La desestimación de ambos recursos conlleva la imposición de las costas a la parte recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLO

Declarar no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la Procuradora D<sup>a</sup> Fe Eire Vázquez, en la representación que acredita de D. Segundo, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo en fecha 21 de noviembre de 2005; con expresa imposición de las costas causadas por el recurso.

Remítase testimonio de esta resolución a la citada Audiencia, con devolución de autos y rollo a su origen, interesando acuse de recibo.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Roman García Varela, Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Encarnación Roca Trias, Rafael Gimeno Bayon Cobos. Firmado y Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/71257

TS Sala 1ª, Sentencia 6 mayo 2010. Ponente: D. Francisco Marín Castán

Correcta interpretación del aval a primer requerimiento

## Ejecución de garantía bancaria instada por ayuntamiento contra constructora

*El TS desestima el recurso de casación confirmando la sentencia recurrida que rechazó la demanda por la que la empresa constructora pretende la declaración de que la entidad bancaria demandada, que le había avalado ante el ayuntamiento en garantía de la ejecución de las obras de un aparcamiento y una plaza, había accedido indebidamente a la ejecución de la garantía ante el requerimiento del ayuntamiento. El TS, además de recoger los numerosos defectos formales del escrito de interposición del recurso de casación, declara que se impone su desestimación con toda evidencia por razones de fondo, ya que la interpretación del contrato por el tribunal de instancia debe respetarse en casación salvo que resulte ilógica, arbitraria o irrazonable, lo que difícilmente puede reprocharse al tribunal sentenciador que tuvo conocimiento literal de la póliza de prestación de aval, contrato que era el que vinculaba a la hoy recurrente con el banco demandante, y que establecía con toda claridad que éste quedaba autorizado para entregar las cantidades requeridas al primer requerimiento formulado por escrito por el ayuntamiento sin necesidad de comunicarlo al afianzado.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante de este recurso de casación fue promovido por una empresa constructora

contra el Banco que la había avalado ante el Ayuntamiento de Cádiz, en garantía de la íntegra ejecución de las obras de un aparcamiento subterráneo y una plaza pública, alegando que el aval no era a primer requerimiento, que sin embargo el Banco había excidido al requerimiento de ejecución del aval hecho por el Ayuntamiento pese a existir ya acta de recepción de las obras y pese a las advertencias de la demandante de haber promovido un procedimiento judicial contra el Ayuntamiento solicitando la suspensión cautelar de la ejecución y, en fin, que tras la ejecución del aval el Banco había interpuesto a su vez demanda ejecutiva contra la ahora demandante y su garante en la póliza de prestación del aval, otra empresa constructora, exigiéndoles la cantidad pendiente de reintegro más intereses, por todo lo cual se solicitaba en la demanda la declaración de que el Banco demandado había incumplido los términos y condiciones del referido aval y accedido indebidamente a la ejecución de la garantía, la declaración de que por ello el Banco carecía de acción para exigir a la demandante las cantidades indebidamente abonadas por ejecución indebida del aval y, en fin, la condena del Banco demandado a restituir a la actora las cantidades que le hubiera cobrado como reembolso de lo abonado por ejecución del aval en concepto de principal e intereses y a pagarle los intereses de dichas cantidades desde la fecha de su cobro indebido hasta su efectivo reembolso.

Contestada la demanda por el Banco oponiéndose a todas sus pretensiones, con base principalmente en la calificación de la garantía como aval a primer requerimiento y en el exacto cumplimiento de todas sus obligaciones tanto frente al Ayuntamiento beneficiario de la garantía como frente a la demandante avalada, y seguido el juicio por sus trámites, la sentencia de primer instancia desestimó totalmente la demanda considerando que con arreglo a la condición general 4.1º de la póliza de prestación de aval suscrita por el Banco demandado y la constructora demandante el aval era a primer requerimiento; que no existía contradicción entre los términos del aval y la referida póliza ni entre condiciones generales y condiciones particulares; que cualquier duda al respecto quedaba despejada por la expresa referencia en el documento de aval a disposiciones reglamentarias de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la que la regla general es el aval a primer requerimiento, solidario, con renuncia expresa al beneficio de excusión, pagadero al primer requerimiento y de duración indefinida hasta que el órgano beneficiario resuelva expresamente declarar extinguida la obligación garantizada; que al Banco, tras ser requerido por el Ayuntamiento, no le quedaba más opción que proceder al pago, sin atender a las comunicaciones de la actora requiriéndole a su

vez para que se abstuviera de la ejecución instada por el Ayuntamiento; y en fin, que el acta de recepción de las obras no había determinado la extinción del aval porque en la propia acta se hacían salvedades y reservas mediante remisión a un informe adjunto en el que se ponía de manifiesto la necesidad de reparar los defectos detectados.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, el tribunal de segunda instancia lo desestimó y confirmó íntegramente la sentencia apelada razonando, en esencia, que la referencia en el documento de aval aportado por la actora al Real Decreto 390/1996 en vez de al Real Decreto 391/96 de la misma fecha era un mero error material; que en el ejemplar aportado por el Banco demandado la referencia se hacía ya al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, acorde con la fecha del aval, marzo de 2001; que en la normativa de los contratos de las Administraciones públicas el aval necesario para contratar con la Administración era pagadero al primer requerimiento; que en las condiciones generales de la póliza de prestación de aval suscrita entre las dos partes litigantes, con la garantía de otra constructora, se autorizaba al Banco a entregar las cantidades que le fueran requeridas por el Ayuntamiento al primer requerimiento, sin necesidad de comunicarlo al afianzado y quedando aquél exento de tener que recurrir contra las resoluciones administrativas o de cualquier otro tipo; que el Banco había procedido a ejecutar el aval, entregando el dinero, tras ser requerido por el Ayuntamiento previo Decreto dictado al efecto; que no existía contradicción alguna entre el aval y la póliza, quedando aquel integrado en ésta; que el aval no se había extinguido con el acta de recepción de las obras porque, según su propio clausulado, debía mantenerse hasta que el Ayuntamiento autorizara su cancelación; que, además, los integrantes del equipo técnico del Ayuntamiento firmantes del acta de recepción habían hecho salvedades y reservas, remitiéndose a un informe adjunto en el que se detallaron importantes defectos cuyas reparaciones necesitarían un año de comprobación; que la condición general 12ª de la póliza establecía su vigencia mientras el afianzado, o en su caso el garante, no hubiera cancelado totalmente sus obligaciones con el Banco, para lo cual habría de devolver a éste el documento original de aval o, en su defecto, carta del acreedor declarando haber sido satisfecha la obligación garantizada; y en fin, que el Banco no se había excedido porque los defectos de la obra señalados en el referido informe se centraban precisamente en el aparcamiento subterráneo y la plaza pública objeto de las obras.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la constructora demandante-apelante.

SEGUNDO.- El recurso de casación se compone aparentemente de seis motivos pero en realidad se reduce a dos: uno fundado en infracción de los arts. 1281, 1288 y 1287 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre el aval a primer requerimiento, que se enuncia así en el denominado motivo primero y se desarrolla en los numerados segundo al quinto, dedicándose esencialmente a impugnar la interpretación del contrato hecha por el tribunal sentenciador; y el otro, numerado sexto, que impugna el pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre las costas de la primera instancia citando, sólo al final de su desarrollo argumental, el art. 394 LEC pero sin ni siquiera aducir claramente su infracción.

Todo ello comporta un cúmulo de defectos formales, algunos de los cuales se remontan al escrito de preparación del recurso porque la parte recurrente nada indicó, como exige el art. 479.3 LEC, sobre la infracción del art. 394 de la misma ley ni tampoco manifestó impugnar el pronunciamiento de la sentencia de apelación sobre las costas de la primera instancia. Por eso este motivo, el numerado sexto en el escrito de interposición, incurre por partida doble en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.1º LEC, apreciable ahora como razón para desestimarlo: primero, por alegar una infracción no indicada en el escrito de preparación; y segundo, por no ser recurrible en casación el pronunciamiento de la sentencia de apelación sobre costas de la primera instancia, ya que según doctrina de esta Sala, constante y reiterada de la entrada en vigor de la LEC de 2000, por "normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", cuya infracción es el único motivo de casación contemplado en el apdo. 1 de su art. 477, hay que entender exclusivamente las sustantivas, categoría en la que no cabe encuadrar las contenidas en la propia ley procesal.

Por lo que se refiere al otro motivo, que como ya se ha indicado comprende los que el escrito de interposición numera como motivos primero al quinto, también adolece de patentes defectos formales. El primero se remonta también al escrito de interposición, en el que se acudió simultáneamente a dos vías casacionales incompatibles entre sí, según doctrina asimismo constante y reiterada de esta Sala, cuales son las de los ordinales 2º y 3º del art. 477.2, si bien este defecto puede salvarse teniendo el recurso por preparado e interpuesto al amparo de dicho ordinal 2º, ya que el pleito se tramitó por razón de la cuantía, y no de la materia litigiosa, y dicha cuantía era superior a 150.000 euros. El segundo defecto es propio del escrito de interposición, que al presentar como motivos los que materialmente no son tales ofrece la estructura de un escrito de alegaciones o de interposición de recurso de apelación en vez de casación, hasta el punto de ser constantes

las referencias en el recurso de casación al recurso de apelación interpuesto en su día por la misma parte. Todavía se detecta otro defecto más, de mayor relevancia si cabe, porque al hilo de esta formulación tal alejada de la que sería propia de un recurso de casación se incluyen impugnaciones de la valoración de la prueba hecha por el tribunal sentenciador, refiriéndose la parte recurrente no sólo a la documental sino incluso a la testifical del arquitecto autor del proyecto de la obra, materia totalmente excluida del recurso de casación y sobre la cual, por ende, no se cita norma alguna como infringida. Y aún cabe señalar otro defecto, éste referido a la cita de las normas infringidas, porque, en primer lugar, no se especifica cuál de los dos párrafos del art. 1281 CC se considera vulnerado, incumpliendo así otro de los requisitos siempre exigidos por la jurisprudencia de esta Sala, y en segundo lugar, al hilo otra vez de la peculiar estructura del escrito de interposición del recurso como un escrito de alegaciones, en éstas se alude a normas no mencionadas inicialmente, como el art. 1124 CC (pag. 18 del escrito de interposición) o el art. 6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

No obstante, y pese a que los señalados defectos formales tienen una especial relevancia, en aras del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva se entrará a conocer de este otro motivo de casación, si bien considerándolo como limitado a impugnar, mediante la cita como infringidos de los arts. 1281, 1288 y 1827 CC y de la jurisprudencia de esta Sala, la interpretación del contrato hecha por el tribunal sentenciador y, desde luego, prescindiéndose por completo de las cuestiones probatorias que la parte recurrente pretende plantear.

**TERCERO.-** Pues bien, así depurado este otro motivo, su desestimación se impone con toda evidencia, pues amén de ser doctrina de esta Sala, tan conocida que huelga la cita de sentencias concretas, que la interpretación del contrato por el tribunal de instancia debe respetarse en casación salvo que resulte ilógica, arbitraria o irrazonable, difícilmente puede reprocharse al tribunal sentenciador un desconocimiento de la literalidad del contrato cuando la póliza de prestación de aval, contrato que era el que vinculaba a la hoy recurrente con el Banco, establecía con toda claridad, en su condición general 4ª, que éste quedaba autorizado para entregar las cantidades requeridas “al primer requerimiento por escrito que reciba para ello, sin necesidad de comunicarlo al afianzado”, quedando “exento de la obligación de tener que recurrir contra las resoluciones judiciales, administrativas o de cualquier otro tipo que se adopten como consecuencia del asunto a que se contrae la garantía”, y cuando el propio aval entregado al Ayunta-

miento, documento que principalmente vinculaba frente a éste al Banco, establecía con no menor claridad que “este aval tendrá vigencia hasta el momento en que el Excmo. Ayuntamiento autorice su cancelación”; como difícilmente cabe asimismo reprochar al tribunal sentenciador infracción del art. 1288 CC, ya que no se alcanza a comprender por qué una condición general extremadamente clara no ha de vincular a la empresa constructora que negocia con un Banco un aval ante el Ayuntamiento precisamente en garantía de una obra pública, o del art. 1827 CC, ya que el carácter del aval como a primer requerimiento se estableció de forma expresa.

Si a todo ello se unen los hechos probados de que el acta de recepción de la obra no fue a satisfacción y, como no podía ser menos, el Ayuntamiento no autorizó la cancelación del aval sino que por el contrario requirió al Banco para que cumpliera su obligación como avalista, se descubre en seguida que el recurso carece de consistencia alguna y que en realidad es la propia parte recurrente la que pretende escapar de la jurisprudencia de esta Sala sobre el aval a primer requerimiento (STS 5-7-02, con cita de otras muchas, y STS 30-3-00, citada por la propia recurrente) mediante minucias como alguna errata evidente en las referencias del documento de aval a la normativa sobre los contratos de las Administraciones públicas o mediante alegaciones tan infundadas como que el acta de recepción determinaba sin más la extinción del aval e impedía al Banco atender el requerimiento del Ayuntamiento.

En definitiva, dado el régimen general de los contratos de las Administraciones públicas, dada la condición de la recurrente de empresa constructora y dados los términos de la póliza mediante la cual ella se obligó frente al Banco, resulta insostenible que éste hubiera de resistirse al requerimiento del Ayuntamiento, pues era la recurrente, y no el Banco, precisamente por la naturaleza y especial fortaleza de la garantía concertada, quien debía solventar las diferencias que tuviera con el Ayuntamiento y de las que el Banco, según lo expresamente pactado, quedaba exento, como por demás corresponde a un aval a primer requerimiento (STS 27-9-05, con cita de otras muchas).

**CUARTO.-** Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente.

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

#### FALLO

**1º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por

la compañía mercantil demandante PLAZA VICTORIA S.L., representada ante esta Sala por la Procuradora Dª Rosina Montes Agustí, contra la sentencia dictada con fecha 27 de marzo de 2006 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cádiz en el recurso de apelación núm. 84/05.

**2º.-** Confirmar la sentencia recurrida.

**3º.-** E imponer las costas a la parte recurrente.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Francisco Marin Castan.-José Antonio Seijas Quintana.-Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-FIRMADO Y RUBRICADO. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2010/21713

TS Sala 2ª, Sentencia 16 marzo 2010. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

## Delito de tenencia de útiles para la falsificación de tarjetas bancarias

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de tenencia de útiles para la falsificación de tarjetas bancarias. El TS descarta que se haya producido la vulneración del principio de presunción de inocencia, pues existe prueba en el juicio oral, que pasa por las declaraciones de los policías que procedieron a la detención, y la sentencia disecciona la declaración y analiza su versión en la que relatan cómo vieron la manipulación y cómo uno de ellos vigilaba mientras se realizaban maniobras inequívocamente reveladoras de la instalación en el cajero del sistema de captación de los “pin” de las tarjetas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurrente estructura su recurso de forma asistemática, por lo que lo ordenaremos comenzado por el motivo segundo que canaliza por la vía del quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1º y 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.- Denuncia la denegación de varias diligencias de prueba pertinentes, y a su juicio decisorias, que acreditarían que el acusado no participó en los hechos que se le imputan. Entre estas diligencias cita la aportación de la grabación del cajero automático, si la hubiere y, en su caso, que se solicite del banco dicha grabación. Con el carácter de prueba anticipada solicita una prueba pericial sobre las huellas que pudieran aparecer en el teclado del cajero. Afirma que esta prueba le fue denegada sin justificación.

2.- El segundo motivo de este apartado denuncia la denegación de preguntas que estima decisivas, por lo que se le ha causado indefensión.

La línea argumental seguida no puede ser más endeble. Se trataba de aclarar sí, después de haber sido detenido por esta causa, había vuelto a cometer algún hecho delictivo que hubiera motivado su detención policial. Resulta la cuestión tan inconsistente como motivo de nulidad de la sentencia que damos por buena la versión de la parte recurrente y no existe inconveniente en admitir que no se trata de un delincuente habitual, lo que no nos exime de valorar otras pruebas.

3.- En relación con la denegación de diligencias de prueba, a las que ya hemos hecho referencia, se trata de una cuestión que se ha canalizado también por la vía de la presunción de inocencia donde se hacen las reflexiones que se estiman adecuadas sobre la transcendencia de dichas pruebas. En relación con la grabación, no se ha podido acreditar la existencia de la misma y, por lo que se refiere a la pericial sobre las huellas, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, se solicitan en el escrito de calificación bastante tiempo después de haberse detenido al acusado.

4.- Es de señalar que la tramitación de esta causa tuvo una cierta duración en el tiempo, ya que en su momento se remitieron las actuaciones a la Audiencia Nacional, en virtud de la naturaleza del delito (falsificación de tarjetas de crédito). La causa se alarga todavía más al huir el acusado y ser declarado en rebeldía hasta que es detenido por ejecución de una orden de detención europea. Cuando se reabre la causa, la parte se considera instruida y, a la vista de que el Ministerio Fiscal solicita la apertura de juicio oral, se limita a solicitar el sobreseimiento. Es evidente que una prueba de estas características sobre un teclado de un cajero a disposición del público, no tenía sentido al haber pasado más de cuatro años desde la comisión de los hechos.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

SEGUNDO.- El motivo cuarto también debe merecer atención preferente ya que se canaliza por la vía del error de hecho y solicita la modificación del relato fáctico.

1.- Su desarrollo es más bien voluntarista tratando de imponer su criterio probatorio pero olvidando que la modificación de los hechos probados sólo es posible si aportan documentos que, teniendo tal naturaleza a efectos casacionales, evidencien el error del juzgador. En realidad es más bien una mezcla de lo expuesto con anterioridad y la negación del esquema probatorio utilizado por la sentencia que se recurre.

2.- Como señala el Ministerio Fiscal, no se menciona documento alguno. El atestado, las declaraciones testificales y otros que existen en las actuaciones, no alcanzan la categoría de documentos de naturaleza casacional. Del mismo modo debe ser rechazada como tal el acta del juicio oral, tal como se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

TERCERO.- El motivo primero denuncia la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva.

1.- De forma correcta, si nos atenemos a la naturaleza del Recurso de Casación, a partir de las objeciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos encargado de velar por la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, introduce el tema de la presunción de inocencia con dos vertientes, una que niega la existencia de prueba de cargo suficiente para enervar la tutela de la presunción de inocencia y, por otro lado, argumentar que la existente ha sido valorada de forma irracional e ilógica, lo que le priva de la obtención de una resolución motivada en el aspecto probatorio.

2.- Existe prueba en el juicio oral que pasa por las declaraciones de los policías que procedieron a su detención, las que cuestiona por encontrarse lejos del cajero, ser de noche, porque los sujetos van de espaldas y porque los detienen a trescientos metros del lugar. Añade que, además, la declaración de uno de los policías fue dubitativa y no reconoció al recurrente, confundiendo con otras diligencias de detención.

3.- La sentencia disecciona la declaración de los policías y analiza su versión. En ellos se describen los pasos dados por el acusado y el otro condenado que lo había sido con anterioridad. Relatan como vieron la manipulación y como uno de ellos vigilaba mientras se realizaban maniobras inequívocamente reveladoras de la instalación en el cajero del sistema de captación de los pin de las tarjetas. Las objeciones que se refieren a la denegación de diligencias de prueba, ya han sido examinadas, por lo que nos remitimos a lo anteriormente expuesto.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado

CUARTO.- El motivo tercero se canaliza por la vía del error de derecho.

1.- Se trata de una impugnación admisible por esta vía pero incuestionablemente atípica. En realidad, vuelve a cuestionar los hechos, ya que alega que el recurrente no portaba, en el momento de su detención elemento alguno que permitiera la clonación de tarjetas de crédito. Vuelve a insistir en que la versión de los policías es imprecisa e incoherente.

2.- Es evidente que el motivo debió ser inadmitido. Para que pueda entrarse a valorar la concurrencia o no del elemento subjetivo del hecho delictivo, es necesario admitir su existencia en cuanto a una realidad incuestionable que no se puede desvirtuar por esta vía. Como la parte recurrente rechaza esta premisa, es imposible entablar un debate con su propuesta. Nos remitimos a lo dicho sobre la existencia del delito y a la participación conjunta con reparto de papeles de ambos acusados, el primer condenado y el actual recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

#### FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal Isaac, contra la sentencia dictada el día 8 de octubre de 2009 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª en la causa seguida contra el mismo por delito de tenencia de útiles para la falsificación de tarjetas bancarias. Condenamos al recurrente al

pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Julian Sanchez Melgar Perfecto Andres Ibañez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro José Antonio Martin Pallin

Publicación.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Antonio Martin Pallin, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2010/26460

TS Sala 2ª, Sentencia 2 marzo 2010. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

## Estafa mediante descuento de pagarés que obedecen a operaciones comerciales inexistentes

*No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito de estafa. El TS constata que el acusado, en acción conjunta con los otros dos imputados, engañó al representante de la entidad querellante al aparentar que existían operaciones económicas reales y solventes detrás de los dos pagarés bancarios y que, por lo tanto, no iba a surgir ningún problema con el cobro de ambos efectos. Generó así, continúa la Sala, un error lógico y razonable en el administrador-representante de la querellante, quien descontó los pagarés engañado por la conducta embaucadora de los acusados, idónea y adecuada en todo caso para producir el desplazamiento patrimonial.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, el 12 de marzo de 2009, en la que condenó a Edemiro, Adrián y Vicente como autores de un delito de estafa, con la concurrencia de la agravante de reincidencia en Vicente y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas en relación a los tres acusados, a la pena de 18 meses de prisión y una multa de 6 meses, con una cuota diaria de 6 euros, a Edemiro y Adrián, y para Vicente la pena de 2 años de prisión y una pena

de multa de 6 meses, con una cuota diaria de 6 euros. Además absolvió a los tres acusados del delito continuado de falsedad en documento mercantil que también se les imputaba. Por último, fueron condenados a que abonaran a la entidad perjudicada la suma de 150.044,53 euros, con la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades Dicersa y Conibersa.

Los hechos objeto de condena se resumen en que los acusados Edemiro, como empleado y apoderado de Dicersa (Distribuciones Cármicas de Cerdo), y Vicente, en representación de Conibersa, de la que es Administrador único el también acusado Adrián, en el mes de noviembre de 1996, puestos de común acuerdo, con el fin de obtener una cantidad de dinero determinada, hacen creer a "San Telmo Consulting SL" que Dicersa es propietaria de un terreno en la Avda. de Madrid s/n, de Brihuega (Guadalajara), en el que Conibersa está realizando unas obras consistentes en la construcción de varios edificios de viviendas, locales y garajes.

Los acusados convencieron a la entidad querellante (San Telmo Consulting, SL) de que Dicersa le entregaba como medio de pago a Conibersa pagarés con vencimiento a 90 días con el fin de abonar las certificaciones de obra, y le propusieron entonces a la referida sociedad perjudicada el descuento de los pagarés con el fin de tener efectivo para ejecutar la obra.

Ante la apariencia de solvencia de Dicersa como propietaria del inmueble y de la realidad de la obra, y dada la documental con contenido mendaz que se le exhibió, San Telmo Consulting aceptó la operación y entregó a Conibersa la cantidad de 12.642.310 Ptas., correspondiente al pagaré del Banco Caja de Cataluña núm. 7020517-0, de fecha 3 de noviembre de 1996 y vencimiento 3-02-1997, y la de 12.323.000, correspondiente al pagaré del Banco de Caja de Cataluña núm. 7020517, de fecha 3 de diciembre de de 1996 y vencimiento de 3-3-1997, cantidades que no fueron reintegradas, habiendo desaparecido ambas sociedades de sus respectivos domicilios sociales.

Dicersa resultó no ser propietaria del inmueble en cuestión, cuya titularidad correspondía, a dicha fecha, a la entidad UPISA, y tampoco se había iniciado obra alguna de construcción de viviendas cuando se entregaron los pagarés.

Contra esta resolución recurrieron los tres acusados.

A) Recurso de Vicente

SEGUNDO.- 1. Como clarificación previa al examen del recurso, conviene subrayar que el Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, pone de relieve que tanto en el recurso de este acusado como en el de Adrián se sobrepasan todos los máx-

genes y holguras de generosidad en la admisión a trámite de un recurso de casación. Pues se incumplen en este caso de forma palmaria los requisitos del art. 774 de la LECr., convirtiéndose el recurso en una amalgama de alegatos sin un denominador común. Se mezclan de tal forma las alegaciones, sin ni siquiera un desarrollo sistemático, que se desbordan -dice el Ministerio Público- los límites de lo permisible en un recurso de esta índole.

Tiene razón el Ministerio Fiscal en las quejas que formula sobre la exposición y redacción del escrito de recurso. Y es que la parte recurrente enumera cuatro apartados que, en principio, debieran ser cuatro motivos, pero que en la práctica no lo son, ya que se trata de unas meras alegaciones sobre la presunción de inocencia, sin que se encabecen cada una de ellas de una referencia relativa al cauce casacional que se utiliza ni tampoco de un argumento específico que justifique la exposición de los teóricos cuatro motivos.

En las dos únicas páginas del recurso que se dedican realmente a recoger los argumentos relativos a fundamentar los teóricos cuatro motivos, se alega, prácticamente sin solución de continuidad, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque se estaría ante un mero negocio civil sin relevancia penal; se dice también que la querellante se dedica al descuento de pagarés, actividad en la que obtiene grandes beneficios en virtud de altas comisiones, por lo que no puede arruinarse con unas operaciones como las enjuiciadas; y concluye después la parte recurrente afirmando que se trata, por tanto, de un negocio fallido cuya ejecución no cabe en la vía penal porque supondría regresar a la denostada prisión por deudas.

2. Dejando a un lado las incorrecciones procesales del recurso, lo cierto es que la tesis exculpatoria de la parte recurrente - formulada en unos términos tan genéricos que dificulta una respuesta concreta- no puede asumirse en esta instancia.

En efecto, una cosa es conseguir el descuento de unos pagarés que aparecen apoyados en una operación comercial real y unos documentos que la avalan, y otra muy distinta es la obtención del descuento merced a una información comercial espuria y a una documentación que describe datos inciertos que generan el error en la entidad descontante.

En este caso, la sentencia acoge como probado con base en prueba testifical y documental que los tres acusados, actuando de común acuerdo, hicieron creer al representante de la entidad querellante que Dicersa era propietaria de un terreno en el que Conibersa estaba realizando una obra, y ninguna de las dos cosas eran ciertas. El terreno no era de propie-

dad de Dicersa sino de UPISA, y la obra de construcción de viviendas tampoco había sido iniciada, ya que UPISA, auténtica propietaria del terreno, se la encargó al arquitecto Hipólito y fue iniciada con posterioridad a las fechas que figuran en los pagarés. Estos fueron emitidos a finales de 1996 y vencían en febrero y marzo de 1997, y la construcción se inició en abril de 1997. Era entonces imposible que los pagarés obedecieran a las certificaciones de obra que se le dijo y se le documentó a la entidad querellante.

En coherencia lógica con lo anterior, y tal como se reseña en la sentencia recurrida, la documentación que se le presentó al representante de la entidad querellante (factura de Conibersa a Dicersa de 28 de octubre de 1996, carta de Dicersa a Conibersa, contrato de ejecución de obra, presupuesto entre Dicersa y Conibersa, y certificado de fecha 3 de diciembre de 1996, en el que se hace constar que en el día de la fecha han dado comienzo las obras para la realización del edificio de viviendas sito en la Avda. de Madrid de Brihuega) era falsa.

Las dos sociedades, Dicersa y Conibersa, desaparecieron después de sus respectivos domicilios sociales.

Frente a todo ello, y al margen del alegato ya mencionado sobre la tesis de la ejecución de un negocio mercantil y de que la querellante gana mucho dinero descontando pagarés, poco más aduce la parte recurrente en su deslavazado escrito de recurso. Se limita a referir que Upisa y Conibersa son "prácticamente" la misma empresa, cosa que no acredita, constando todo lo contrario en la certificación del registro mercantil, según se reseña en la resolución recurrida. También manifiesta que se habían realizado algunas labores de limpieza del terreno, en ningún caso desde luego labores de construcción. Y, por último, que el verdadero culpable "del tema" no se ha presentado, referencia genérica que en ningún caso eximiría de responsabilidad al recurrente.

Concurren, pues, todos los elementos del delito continuado de estafa en el presente caso, según quedó descrito en el relato fáctico y razonado en su motivación. El acusado, en acción conjunta con los otros dos imputados, engañó al representante de la entidad querellante al aparentar que existían operaciones económicas reales y solventes detrás de los dos pagarés bancarios y que, por lo tanto, no iba a surgir ningún problema con el cobro de ambos efectos.

Generó así un error lógico y razonable en el administrador-representante de la querellante, quien descontó los pagarés engañado por la conducta embaucadora de los acusados, idónea y adecuada en todo caso para producir el desplazamiento patrimonial. Desplazamiento del que se

derivó un perjuicio para las víctimas, que ha de verse como la materialización del riesgo ilícito que conllevaba la conducta engañosa del autor encausado.

Se dan por tanto en el comportamiento del recurrente los elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa en la modalidad agravada del art. 250.3º del C. Penal, delito que ha de apreciarse en la calidad de continuado. Pues fueron dos las acciones defraudatorias realizadas, cada uno por medio de un pagaré que no obedecía a negocio real alguno, concurriendo también el elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido con dolo conjunto y unitario, homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito, el elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal, y una cierta conexidad espacio-temporal ((SSTS 1038/2004, de 21-9; 820/2005, de 23-6; 309/2006, de 16-III; 553/2007, de 18-6; y 8/2008, de 24-1, entre otras).

Y en cuanto a la autoría del acusado, era el apoderado de Conibersa y el que llevaba todas las negociaciones, suscribiendo incluso el contrato de obra. El representante de la querellante manifestó que mantuvo las conversaciones con ambos hermanos, quienes se presentaron en su despacho con la única intención de realizar la operación de descuento de los pagarés.

A tenor de lo que antecede, el motivo ha de ser desestimado.

#### B) Recurso de Adrián

TERCERO.- Los argumentos que el Ministerio Fiscal expuso con respecto al confusiónismo, falta de rigor expositivo e incumplimiento de la normativa procesal del recurso de Vicente (art. 774 de la LECr.), los extendió a este otro recurrente, pues en su lacónico escrito ni siquiera cita un solo precepto de la LECr. para apoyar su heterodoxo y atípico recurso.

Hace referencia, como el anterior recurrente, a Nicanor como el auténtico responsable de la inversión realizada por la entidad querellante, ya que fue él -dice- quien recomendó la inversión.

Afirma que la supuesta víctima tiene una condena en vía penal, como si éste fuera un dato que legitimara la conducta de los ahora acusados. Y también afirma que la empresa querellante ha desaparecido, por lo que no va a ser fácil entregar una indemnización a alguien que no existe.

Como puede fácilmente comprobarse, se trata de alegaciones vagas y sin un contenido jurídico, mediante las que más que rebatir los funda-

mentos fácticos y jurídicos de la condena se pretende devaluar y cuestionar las condiciones de la empresa querellante y de su administrador, al mismo tiempo que se desvía hacia una tercera persona la responsabilidad del descuento de los pagarés, cuando lo cierto es que fueron los acusados quienes los emitieron y se beneficiaron de su importe bajo la apariencia de un negocio causal inexistente.

Poco más cabe decir ante un recurso que no entra en el debate jurídico sino que se limita a exponer datos más bien sociológicos y personales que en modo alguno cuestionan el "factum" de la sentencia de instancia y su fundamentación jurídica.

El motivo ha de ser, en consecuencia, desestimado, con imposición a la parte recurrente de las costas correspondientes (art. 901 de la LECr.).

#### C) Recurso de Edemiro

CUARTO.- Distinto es el caso de este recurrente, cuando menos desde la perspectiva de la técnica procesal, dado que al menos concreta los motivos de impugnación y cita las disposiciones que abren el cauce procesal y las normas que considera vulneradas, si bien, como se verá, su endeble argumentación carece de virtualidad para enervar las tesis acogidas en la sentencia de instancia.

Con el fin de examinar el recurso con cierta coherencia metodológica desde la perspectiva procesal, se alterará el orden de estudio de los motivos, comenzando por los que atañen al quebrantamiento de forma (los tres últimos), para analizar después los referentes a la presunción de inocencia y la infracción de ley sustantiva (motivos segundo y primero, respectivamente).

Comenzando, pues, por el motivo tercero, en él alega el recurrente la infracción del art. 851.1 de la LECr. por no expresar la sentencia de manera clara y terminante la existencia de concierto defraudatorio, el engaño precedente y el beneficio económico obtenido por el recurrente.

La alegación carece, sin embargo, de todo fundamento, toda vez que en la narración fáctica se especifica que, actuando de mutuo acuerdo con los otros dos coimputados, y con el fin de obtener una cantidad de dinero, hicieron creer al representante de la empresa perjudicada que Dicersa era propietaria de un terreno en el que Conibersa estaba construyendo varios edificios de viviendas, locales y garajes, hechos que, según ya se ha expuesto no eran ciertos. También se dice en el relato fáctico que el ahora recurrente era el apoderado de Dicersa que intervino en los hechos, y que el engaño al administrador de la entidad perjudicada se produjo mediante la aportación de una documentación relativa a las relaciones entre Dicersa y Conibersa que no se ajustaba en

absoluto a la realidad, pues los pagarés carecían de un sustrato comercial extradocumental que justificara su emisión.

Así las cosas, ha quedado probado que el ahora impugnante fue quien intervino en esos hechos como apoderado de Dicersa, suscribiendo además la documentación y los pagarés, extremo que él tampoco niega, concretándose en los fundamentos de derecho ese dato lógico que está claramente implícito en la descripción fáctica y que, además, consta debidamente evidenciado con la prueba practicada.

Y otro tanto debe decirse en cuanto a la constatación del beneficio económico obtenido por los acusados y el consiguiente perjuicio de la sociedad querellante, pues en el "factum" de la sentencia se afirma que el dinero de los pagarés ya no le fue reintegrado a la perjudicada. La forma en que se lo repartieron los tres acusados e incluso la posibilidad de que no le entregaran cantidad alguna al ahora recurrente, es algo totalmente indiferente para la ejecución del delito por parte de Edemiro, ya que no se precisa que el lucro obtenido con su intervención le beneficiara personalmente, sino que el delito existe igualmente aunque el hecho lo cometiera con el único fin de beneficiar a los otros dos coacusados.

El motivo ha de ser por tanto desestimado.

QUINTO.- Bajo lo que podemos considerar como motivo cuarto, denuncia el recurrente, con cita del art. 851.3 de la LECr., que no se expresó de manera clara y terminante en los hechos declarados probados la existencia de conductas del acusado que pudieran incardinarse en los tipos penales por los que se le condena.

Pues bien, tal como reconoce la propia parte impugnante, este motivo viene a ser una especie de reiteración y refundición de los tres anteriores, mezclando razones probatorias con otras de subsunción jurídica y de redacción de la sentencia.

Por lo tanto, nos remitimos a lo expuesto en el motivo anterior y a lo que se dirá sobre los dos primeros. Y desde luego tampoco cabe acoger esta tesis impugnativa del recurrente.

SEXTO.- En el que puede entenderse como quinto motivo vuelve a ampararse en el art. 851.3 de la LECr., si bien esta vez denuncia que no se han resuelto en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de la acusación y la defensa. Y refiere en concreto como tales la cantidad correspondiente a la responsabilidad civil, la liquidación de la sociedad querellante, la credibilidad de las distintas versiones, la demanda en vía civil de la querellante reclamando el importe de los pagarés con anterioridad a la querrela y la credibili-

dad del representante de la entidad perjudicada (San Telmo Consulting).

Como fácilmente puede comprobarse, la parte recurrente alude en todo momento a aspectos fácticos de la sentencia recurrida que considera que no han sido resueltos o que lo han sido de forma incompleta o no fundamentada.

Pues bien, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos fácticos que las partes quieran ver reflejados en la sentencia. En la sentencia de este Tribunal 728/2008, de 18-11, que a su vez se remite a otras precedentes (23-3-96, 18-12-96, 29-9-99, 14-2-2000, 27-11-2000, 22-3-2001, 27-6-2003, 12-5-2004, 22-2-2006 y 11-12-2006), se exige para que pueda apreciarse la incongruencia omisiva que la omisión padecida venga referida a pretensiones de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

La aplicación al caso de esta doctrina jurisprudencial excluye de plano la procedencia del motivo alegado, toda vez que no se está ante un supuesto en que se haya omitido una respuesta a pretensiones jurídicas, sino ante el cuestionamiento de extremos fácticos que propugna la parte recurrente. Visto lo cual, resulta obvio que el motivo no puede acogerse.

SÉPTIMO.- En el motivo segundo, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ, se invoca la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Sin embargo, la parte recurrente se limita a formular una serie de argumentos generales y a exponer la teoría general sobre el referido derecho fundamental sin concretar las razones por las que ha sido vulnerado en este caso concreto, omisión que dificulta enormemente la labor de esta Sala de Casación para dirimir una vulneración que se plasma con una ostensible imprecisión.

En cualquier caso, los dos hechos nucleares relativos a la conducta punible del recurrente no los cuestiona ni él mismo: que firmó el contrato como apoderado de Dicersa y que firmó también los dos pagarés que sirvieron de instrumento mercantil para perpetrar el delito de estafa. Visto lo cual, y sin perjuicio de lo que se añadirá en el fundamento siguiente, el motivo no puede acogerse.

OCTAVO.- Por último, y por el cauce de la infracción de ley del art. 849.1 de la LECr., invoca el recu-

rente en el motivo primero la vulneración de los arts. 250.1.6 y 74.2 del C. Penal, al entender que no cabe apreciar en el presente caso el delito de estafa por el que ha sido condenado.

El impugnante comienza su alegación recogiendo los elementos constitutivos del delito de estafa, y después se queja de que en la sentencia no se describan hechos concretos atribuibles al recurrente que pudieran subsumirse en el tipo penal de la estafa, ya que la firma del contrato y de los pagarés las extendió en su condición de apoderado como hacía en otras ocasiones, sin que ello le supusiera un beneficio para él, siendo además práctica habitual que las obras se inicien sin que esté la licencia concedida, por lo que no entiende que se le otorgue relevancia inculminatoria a este dato.

Para dirimir este motivo, comencemos por desglosar los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia:

1) La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o inteligencia del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto.

2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción.

3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro.

5) De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).

Pues bien, tras proyectar la doctrina precedente sobre el caso concreto se constata sin dificultad que el acusado sí incurrió en el tipo penal. En primer lugar, porque intervino en la conducta engañosa, toda vez que, en connivencia con los otros dos acusados, suscribió un contrato de ejecución de obra, en su condición de apoderado de Dicersa, con la entidad Conibersa que, según se ha expuesto anteriormente, no se ajustaba en modo alguno a la

realidad, dado que la primera entidad ni siquiera era la propietaria del terreno, por lo que difícilmente podía construir en él, circunstancia que, como se dice en la sentencia recurrida, el acusado conocía.

También suscribió los dos pagarés que operaron de forma determinante como instrumentos para materializar el engaño de la estafa.

Por lo demás, no concurren dudas de que toda esa apariencia documental, más algún otro documento que se cita en la sentencia, fueron decisivos para generar el error en el representante de la sociedad perjudicada, error que llevó a ésta a entregar el dinero de los pagarés a los acusados, materializándose así el nexo causal entre la conducta engañosa y el perjuicio, tanto desde la perspectiva estrictamente naturalística como desde la relación de riesgo propia de la imputación objetiva, al ser el riesgo ilícito que comportaba la conducta engañosa el que trascendió en el resultado en forma de perjuicio para la víctima.

Sobre este aspecto carece de todo fundamento la alegación que más enfatiza la parte recurrente: que no actuó con ánimo de lucro ni se benefició en modo alguno de la operación. Pues bien, en torno a esta cuestión, insistimos de nuevo en que, dejando a un lado el tema concreto de cómo se repartieron el dinero los acusados, que por supuesto no consta, resulta irrelevante que el ahora impugnante se quedara o no con una parte del dinero, ya que es indiferente a los efectos de catalogar su conducta como punible que actuara con ánimo de lucro propio o para que se lucraran sólo los restantes coautores.

Por último, y en lo que hace referencia al delito continuado, nos remitimos a lo argumentado en el fundamento de derecho segundo con respecto al recurso de Vicente, pues la intervención de Edemiro se extendió a la expedición de ambos pagarés y por lo tanto a los dos actos defraudatorios subsumibles en el delito continuado.

Así las cosas, se rechaza también este motivo de impugnación.

NOVENO.- En consonancia con lo anterior, se desestiman los tres recursos de casación y se le imponen a los tres recurrentes el pago a partes iguales de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

#### FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la representación de Vicente, Adrián y Edemiro contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, de fecha 12 de marzo de 2009, dictada en la causa seguida por un delito continuado de estafa, y condenamos a los recurrentes al pago a partes iguales de las costas causadas.



Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso, solicítense acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Ramón Soriano Soria-

no.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Alberto Jorge Barreiro.- Siro Francisco García Pérez.

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

de los trabajadores sólo puede derivar de una sentencia de despido y no de aquella que resuelve una reclamación de cantidad. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso y, confirmando la sentencia de instancia, razonó que era indiferente a los efectos de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA que la sentencia hubiese recaído en un proceso ordinario si en éste se parte de la constatación del reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de la empresa. Traída a la casación unificadora, por ser contradictoria dicha tesis con la mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (Valladolid) en su sentencia de 26 de septiembre de 2007, esta Sala confirmó la tesis de la Sala de Madrid.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, el requisito de la contradicción, como presupuesto esencial de la casación para la unificación de doctrina, exige que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, la sentencia recurrida y aquella que se aporta como contraste hubieran dado lugar a pronunciamientos distintos. Se cumple la exigencia de contradicción en el presente caso, dado que en los procesos puestos en comparación se da igualdad sustancial tanto de hechos, como de pretensiones, que, no obstante, obtienen respuestas opuestas. Puesto que, a pesar de que el caso de la recurrida se trata de un pleito suscitado tras la declaración de insolvencia, mientras que en el caso de la de contraste la cuestión se suscita ya en el proceso en que se declara la eventual responsabilidad subsidiaria del FOGASA, lo cierto es que el debate no se altera por esta circunstancia, manteniéndose ceñido en ambos supuestos al alcance de dicha responsabilidad en relación a débitos indemnizatorios por despido no impugnado judicialmente. Aunque la Abogacía del Estado sostiene la inadmisibilidad del recurso por falta de contradicción, hemos de poner de relieve que en los dos supuestos comparados el título al que el FOGASA niega virtualidad es una sentencia declarativa del débito empresarial, sentencia dictada en procedimiento ordinario en el que la condena a la empresa halla su fundamento en el reconocimiento del despido efectuado por ésta extrajudicialmente. De ahí que el único dato fáctico no coincidente carezca de relevancia para romper la apreciación de la contradicción existente.

Existe, pues, la contradicción necesaria para que la Sala resuelva sobre la unificación de doctrina, como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe previo.

TERCERO.- El art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores cuya infracción se denuncia establece que el Fondo de Garantía Salarial en los casos de insolvencia o concurso del empresario, “abonará las indemnizaciones reconocidas como consecuen-

cia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme al art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan”.

La cuestión de la interpretación que ha de hacerse del citado art. 33.2 en relación a las indemnizaciones por despido improcedente ha sido analizada de forma ya reiterada por esta Sala IV.

Ya en la 22 de enero de 2007 (rcud. 3011/2005) se razonaba que “el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos”.

Por ello, se ha afirmado que “en casos como el presente, en que no hay controversia alguna sobre la improcedencia de despido, si el trabajador acepta la decisión adoptada por el empresario y comunicada por escrito con determinación y oferta de pago de la indemnización correspondiente, es claro que no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar una acción de tal clase con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la parte demandada; y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda la indemnización establecida por ley” (STS de 2 de julio de 2009, rcud. 1952/2008).

Es cierto que dicha doctrina se matiza para decir que “no basta, por tanto, a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del FOGASA con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que esa indemnización esté reconocida por alguno de los títulos habilitantes que puntualiza el citado art. 33-2”, sino que “es preciso disponer de un título habilitante que la norma exige. Para los salarios es suficiente con una conciliación, previa o judicial. Para las indemnizaciones por despido u



2010/62131

TS Sala 4ª, Sentencia 13 abril 2010. Ponente: D. Mª Lourdes Arastey Sahún

Es válida la sentencia dictada en proceso ordinario

## Responsabilidad subsidiaria del FOGASA en abono de indemnización por despido improcedente

*Frente a sentencia que rechazó la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, por insolvencia de la empresa, en abono de indemnización por despido improcedente, recurre en casación para la unificación de doctrina el trabajador siendo estimado el recurso por el TS. Según la Sala, el hecho de que el actor considerara su cese conforme a la ley y no reclamara por despido, no puede suponer que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para los ceses lícitos, ya que la exigencia de que la indemnización sea reconocida por sentencia, se cumple en el caso de autos al haber recaído resolución en ese sentido en procedimiento ordinario de reclamación de cantidad, no siendo, por tanto, obligatorio, como alegaba el recurrido, que la sentencia hubiera recaído en el procedimiento por despido que no existió.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador recurre en casación para unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada el 22 de junio de 2009 (rec. 684/2008), por la que se estimó el recurso de suplicación del Fondo de Garantía Salarial. Se revocaba así la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de los de Barcelona que, en sentencia de 28 de septiembre de 2007 (autos 392/2007), había estimado la demanda del trabajador frente a la resolución administrativa que denegó su solicitud, de 11 de julio de 2006, relativa a indemnización por despido. El objeto del litigio versa sobre el derecho del trabajador a percibir del FOGASA, como responsable subsidiario por insolvencia de la empresa, el importe de la indemnización por despido, derivada de un despido cuya improcedencia fue reconocida por la empresa en la propia carta, sin que el trabajador impugnara judicialmente el mismo. Planteada en su día demanda contra la empresa en recla-

mación de cantidad, se estimó la demanda por sentencia de 22 de junio de 2005 del mismo Juzgado de lo Social (autos 211/2005), en cuya ejecución recayó Auto de insolvencia el 7 de abril de 2006. La resolución administrativa fundó la denegación en el hecho que la indemnización no había sido reconocida ni por sentencia, ni por resolución administrativa.

El trabajador denuncia ahora la infracción del art. 33.2 del Estatuto de los trabajadores y propone como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV el 4 de mayo de 2009 (rcud. 2062/2008). En ella se trataba del asunto planteado por cuatro trabajadores que fueron despedidos mediante comunicación escrita en la que la empresa ponía a su disposición la indemnización por despido, la cual no fue abonada. Reclamada judicialmente la misma, recayó sentencia en que se condenaba a la empresa al abono, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA. Fue éste el que recurrió en suplicación sosteniendo que la responsabilidad subsidiaria del art. 33.2 del Estatuto

otras modalidades extintivas, se precisa una sentencia o una resolución administrativa"; debiéndose de añadir a estos "títulos habilitantes", como se ha precisado, los autos y conciliaciones judiciales, en base a las reformas de este precepto llevadas a cabo en los últimos años" (STS de 31 de enero de 2008, rcud. 3863/2006).

De ahí que se haya admitido como título habilitante para poner en marcha el mecanismo de garantía y la responsabilidad del FOGASA tanto la propia sentencia de despido, como la dictada en el procedimiento ordinario posterior incluyendo la condena al pago de la indemnización por despido improcedente, como los acuerdos alcanzados en conciliación judicial. Respecto de éstos la Sala había venido sosteniendo que, si bien para los salarios era suficiente con una conciliación, previa o judicial, para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, era precisa una sentencia o resolución administrativa. Y esta doctrina, traía como consecuencia, que el Fondo de Garantía Salarial no se hiciese cargo de las cantidades por indemnización por despido y liquidación de partes proporcionales, reconocidas en concepto de saldo y finiquito en acto de conciliación judicial; y así se dijo expresamente en las sentencias ya citadas de 17 de enero de 2000, 17 de marzo de 2003 y 22 de enero de 2008. Ahora bien, tras la reforma operada en el art. 33.2 del Estatuto de los trabajadores por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre de Mejora del crecimiento y del empleo, se incluye expresamente la conciliación judicial (STS de 9 de julio de 2009, rcud. 3286/2008). Por tanto puede decirse que la doctrina jurisprudencial excluye sólo la conciliación administrativa y el reconocimiento extrajudicial de la improcedencia del despido efectuado por la empresa, cuando no va seguido de conciliación judicial o sentencia posterior (STS de 13 de octubre de 2008 - rcud. 3465/2007- y 2 de julio de 2009 -rcud. 1952/2008-).

En suma, la doctrina sentada en la sentencia de contraste es la que sigue la línea jurisprudencial consolidada, ya expuesta en la STS de 3 de febrero de 2009 (rcud. 2226/2008). A tenor de esta doctrina "es evidente que ni el art. 33.2 del Estatuto ni el art. 19.2 del Real Decreto 505/1985, exigen que la sentencia que sirva de base a la reclamación al Fondo haya de ser dictada en causa por despido, sino únicamente que la cantidad haya sido reconocida en sentencia" (STS de 6 de julio de 2009, rcud. 1477/2008), que ha sido seguida por las STS de 10 de junio (rcud. 2761/2008), 22 de junio (rcud. 1960/2008), 12 de junio (rcud. 3175/2008), 6 de octubre (rcud. 358/2009) y 27 de octubre de 2009 (rcud. 582/2009).

CUARTO.- En suma, habiendo nacido la indemnización de una sen-

tencia judicial dictada en un proceso en que, además, pudo intervenir el FOGASA como parte, ha de concluirse que la sentencia recurrida contiene doctrina errónea y, por ello, debe ser casada y anulada y, resolviendo el debate planteado en suplicación, ha de desestimarse el recurso de dicha clase y confirmarse la sentencia de instancia, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal y sin que proceda pronunciamiento sobre las costas.

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

#### FALLO

Que, estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Virgilio contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 684/08, casamos y anulamos la misma y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de dicha clase y confirmamos la sentencia de instancia, dictada el 28 de septiembre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 14 de los de Barcelona, en los autos núm. 392/07, seguidos a instancias del ahora recurrente contra FOGASA sobre reclamación de cantidad. Sin imposición de costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Jesús Souto Prieto.- María Lourdes Arastey Sahun.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Mariano Sampedro Corral.

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

2010/62126

TS Sala 4ª, Sentencia 16 marzo 2010. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

## Exención de servicio de salud del pago de costas

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado Servicio Madrileño de Salud, contra sentencia que le condenó en costas en autos sobre diferencias

salariales por realización de funciones de superior categoría.

Explica la Sala que aun cuando es cierto que el recurrente no figura como entidad gestora de la seguridad social, no es menos cierto que, por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria, los diferentes servicios de salud constituidos en cada una de ellas, han recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el indicado Instituto, con lo que de hecho y de derecho han pasado éstos a ocupar a nivel de cada comunidad autónoma el mismo lugar que aquél tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina es de carácter procesal, y ya ha sido resuelta en numerosas ocasiones por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Se trata de determinar si una entidad pública encargada de la organización y prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social - en el supuesto enjuiciado el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) - puede ser condenada en costas en caso de ser desestimado su recurso de suplicación. La sentencia recurrida las ha impuesto, incluidos los honorarios del letrado impugnante, mientras que la sentencia aportada para comparación, que ha sido dictada por esta propia Sala - STS 15-2-2005 (rcud 3043/2003) —, ha llegado a la conclusión contraria en un caso sustancialmente igual, estimando la pretensión del SERMAS, que también había sido condenado en suplicación en litigio donde fue parte vencida en dicho segundo grado jurisdiccional.

La solución correcta de la cuestión controvertida es la contenida en la sentencia de contraste, que sigue doctrina unificada en otras muchas anteriores (entre ellas, STS 23-1-1995, rcud 1802/1994; STS 10-11-1999, rcud 3093/1998; STS 17-7-2000, rcud 1969/1999; STS 3-7-2001, rcud 3509/2000; STS 30-4-2003, rcud 3931/2002; STS 24-5-2003, rcud 2975/2002; STS 3-3-2004, rcud 3834/2002; STS 25-5-2004, rcud 2946/2003; STS 10-11-2004, rcud 316/2004). La misma jurisprudencia se ha mantenido en otros varios pronunciamientos posteriores (STS 28-2-2007, rcud 2859/2005; STS 19-12-2008, rcud 337/2008).

El fundamento de la decisión en la sentencia de contraste, que hacemos nuestro en la presente sentencia, se puede resumir en el siguiente párrafo, que la propia sentencia de contraste toma de STS 10-11-2004 (citada): "aun cuando es cierto que dicho Instituto (el SERMAS) no figura como entidad gestora de la Seguridad Social en la relación de las mismas

que se contiene en el artículo 57 de la Ley General de la Seguridad Social, no es menos cierto que, por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria llevada a cabo desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud a las distintas Comunidades Autónomas, los diferentes Servicios de Salud constituidos en cada una de ellas han recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el indicado Instituto, con lo que de hecho y de derecho han pasado éstos a ocupar a nivel de cada Comunidad Autónoma el mismo lugar que aquél tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado, y por cuya razón tenía reconocido por el artículo 2 b) de la Ley 1/1996, el beneficio de justicia gratuita", beneficio que en el caso normal lleva aparejada, de acuerdo con el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, la exclusión de la condena en costas que ha de imponerse como regla general a la parte vencida en los recursos de suplicación y casación.

La interpretación extensiva del concepto de entidad gestora que, a efecto de beneficios procesales, lleva a cabo la doctrina jurisprudencial expuesta comporta, como informa el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso en este concreto tema. A su vez, la sentencia estimatoria de unificación de doctrina nos obliga a resolver en suplicación con arreglo a doctrina unificada, absolviendo al SERMAS respecto al pago de las costas, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD, contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2009 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Madrid, en autos seguidos a instancia de Dª Adriana, contra dicho recurrente, sobre RECLAMACION DE CANTIDAD. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo en suplicación con arreglo a doctrina unificada, absolvemos al SERMAS respecto al pago de las costas, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

(...)



## RESEÑA

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



TS  
CIVIL

2010/71250

TS Sala 1ª, Sentencia 28 abril 2010.  
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

### Maquinación fraudulenta al ocultar el domicilio la esposa

El TS declara procedente el rec. de revisión presentado por el esposo al considerar que se produjo un comportamiento fraudulento de la actora con la finalidad de dificultar que el demandado fuera hallado, cuya consecuencia fue la obstaculización de su defensa, ya que la actora conocía el domicilio del demandado como lo demuestran los documentos aportados con la demanda de revisión -incluidas las cartas que se habían cruzado los abogados de los esposos- y, además, las hijas comunes conocían el domicilio de su padre, tanto en España como en el extranjero, por lo que considera la Sala que se ha producido la maquinación que permite la revisión de la sentencia y ordena que se expida certificación del presente fallo para que se devuelvan los autos al tribunal de procedencia y puedan las partes usar de su derecho en el juicio que corresponda.

2010/71253

TS Sala 1ª, Sentencia 5 mayo 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Inexistente intromisión ilegítima por las expresiones empleadas contra propietario de local

El TS declara no haber lugar al rec. de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que, al igual que la de primera instancia, rechazó la acción de protección del derecho al honor interpuesta por los propietarios del local ejercitada frente a la demandada que, en presencia de la policía local, afirmó que la cartera que su esposo había olvidado en dicho establecimiento se encontraba en poder de los propietarios. El TS ratifica la calificación que hace la sentencia recurrida y declara que las expresiones empleadas y la conducta o comportamiento de la demandada no alcanzan la categoría de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de los actores.



TS  
PENAL

2010/60483

TS Sala 2ª, Sentencia 11 mayo 2010.  
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

### Competencia para instrucción y enjuiciamiento para ex-parlamentarios

El TS, decide mediante auto declarar su incompetencia para la instrucción y el enjuiciamiento de la presente causa. En su consecuencia, ordena remitir las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, para su unión a las diligencias previas que allí se siguen para la investigación de los mismos hechos. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que la inmunidad parlamentaria, como privilegio procesal que es, habrá de ser interpretada y aplicada con carácter taxativo y restrictivo, como ha declarado reiteradamente esta Sala. Acreditada en este caso la renuncia a su condición de parlamentarios de los imputados, esta Sala deja de ser el órgano jurisdiccional competente para la instrucción y el enjuiciamiento de la causa. En consecuencia, procede declararlo así y ordenar la remisión de las actuaciones al órgano que se estime competente para ello.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2010/53615

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

### Criterio de actividad desarrollada para determinar el horario aplicable a funcionario

El TS no ha lugar al recurso de casación en interés de la Ley interpuesto contra la sentencia dictada en relación al horario de trabajo de un funcionario público de la Administración ahora recurrente. La Sala considera que el cri-

terio que para determinar el horario aplicable, han seguido las sentencias recurridas ha consistido, por un lado, en no tomar en consideración el cuerpo del funcionario sino el tipo de actividad desarrollada y el centro en que se lleva a cabo y, por otro, en aplicar el patrón constitucional del principio de igualdad, y dicho criterio no sólo es razonable sino el que más se ajusta al principio constitucional de igualdad, y lo es porque revela que advierten una laguna o duda en la normativa aplicable y buscan para ella la solución que juzgan más acertada, en términos constitucionales, para evitar la discriminación que significaría aplicar un distinto trato horario a situaciones de actividad profesional que son realizadas en circunstancias de sustancial identidad.

2010/53604

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 23 abril 2010.  
Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

### Prevalencia del interés público ante el cambio de titularidad de los poderes públicos

Se desestima el rec. contencioso administrativo interpuesto contra el decreto por el que se modifica la demarcación territorial de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, puesto que los poderes públicos no pueden dejar de ejercitar sus competencias ante la hipótesis de un cambio de titularidad, cesión o transferencia de las mismas, pues prevalece el interés público afectado, esto es, la debida prestación de un servicio público, que puede exigir el adecuado y puntual ejercicio de los poderes y competencias constitucionales y legalmente atribuidas.



TS  
SOCIAL

2010/62121

TS Sala 4ª, Sentencia 12 abril 2010.  
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

### Paga de productividad no abonable a personal laboral temporal

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formu-

lado por el demandado SERMAS contra sentencia que declaró el derecho del peluquero temporal accionante a la paga de productividad fija a cuenta del nuevo sistema de promoción profesional.

Señala la Sala que el concepto que se reclama, con independencia de su denominación, tiene la función retributiva vinculada a la cuenta de un nuevo sistema de promoción profesional no aplicable al personal temporal.

2010/53625

TS Sala 4ª, Sentencia 23 marzo 2010.  
Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

### Reclamación de cantidad en concepto de fondo de compensación de modificaciones normativas

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la entidad demandada, FEVE, contra sentencia que reconoció a los trabajadores accionantes, adheridos a convenio extraestatutario, las cuantificaciones económicas pendientes de abono respecto del concepto de fondo de compensación de modificaciones normativas y los complementos de disponibilidad y experiencia. Explica la Sala que en el caso enjuiciado los trabajadores adheridos al convenio extraestatutario no tienen derecho a cobrar una cantidad superior a la que perciben el resto de los trabajadores por el concepto objeto de discusión.

2010/45343

TS Sala 4ª, Sentencia 5 abril 2010.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

### Improcedente revisión salarial por incremento anual del IPC inferior al previsto

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la empresa de alimentación demandada contra sentencia que declaró el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto al incremento de un 2% sobre los conceptos salariales fijos previstos convencionalmente. Considera la Sala que inequívocamente se afirma en el pacto litigioso que la cláusula de revisión salarial será operativa en el caso de que el IPC real supere el previsto al final del año, sin mencionar para nada el supuesto contrario, y, aunque también se indica más ambiguamente que la regularización tiene por objeto garantizar que el incremento anual sea equivalente al IPC nacional más la ganancia del poder adquisitivo pactada, entiende el Tribunal que garantizar y ganancia son vocablos que apuntan a la revisión al alza.