



# 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 2840

Madrid, lunes 7 de junio de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/16490

TS Sala 3ª, Sección 8, Sentencia 22 febrero 2010. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

No contrarias a las previsiones legales

### Sustituciones entre jueces no profesionales

*El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de La Rioja que confirmó diversos actos de la Decana de los Juzgados de Logroño, de la Secretaria del Decanato, del Presidente y de la Sala de Gobierno del TSJ de La Rioja relativos al llamamiento de jueces sustitutos y de magistrado suplente no profesionales, en el primer caso, en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Logroño y en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de aquella capital y, en el segundo, en la Sala de lo Contencioso Administrativo mencionada. La Sala revoca la sentencia en cuanto la remisión que hace a los fundamentos del auto del TC que sirven para rechazar la cuestión principal planteada por la demanda, sin embargo, no sirven para responder a la pretensión subsidiaria, la que sostiene la incompatibilidad con el marco legal y constitucional de las sustituciones entre jueces no profesionales ya que el Tribunal no examina ese extremo. Entrando a resolver el recurso contencioso, entiende la Sala que las consideraciones desarrolladas en el auto del Tribunal Constitucional, que la recurrente conoce, sirven para desestimar la pretensión principal de ésta desde el momento en que ha establecido que no son contrarias a los arts. 117, 122 y 24 CE las figuras del juez sustituto y del magistrado suplente; y respecto de la pretensión subsidiaria, circunscrita a las sustituciones en los Juzgados, no se advierten infracciones a la legalidad con trascendencia constitucional en lo sucedido, si se tiene en cuenta que no hay norma que prohíba que al término de la actuación de un sustituto profesional intervenga otro, ni parece contrario a las previsiones legales que así suceda cuando no sea posible arbitrar una sustitución ordinaria y, sobre todo, si se tiene presente que el nombramiento como juez sustituto habilita para ejercer la potestad jurisdiccional en cualquiera de los Juzgados a los que se refiere ese nombramiento.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Alcohola de La Rioja, Ebro y Duero, S.A. pretende que anulemos la sentencia núm. 113 dictada el 16 de marzo de 2007 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en el recurso 106/2004, al que se le acumuló el recurso 140/2004. Esa sentencia falló en contra de las pretensiones de la

recurrente que había impugnado diversos actos de la Decana de los Juzgados de Logroño, de la Secretaria del Decanato y del Presidente y de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja relativos al llamamiento de jueces sustitutos y de magistrado suplente no profesionales, en el primer caso, en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Logroño y en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de los

aquella capital (recurso 106/2004) y, en el segundo, en la Sala de lo Contencioso Administrativo mencionada (recurso 140/2004). La demanda mantenía la tesis de fondo de que la figura del juez no profesional no es conforme a los artículos 117, 122 y 24 de la Constitución y, por eso, pidió a la Sala de instancia que planteara cuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos 298.2, 212 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, solicitaba que se declarasen nulos los llamamientos efectuados a esos sustitutos y suplente. Para el caso de que no se aceptara por la Sala la prejudicialidad constitucional que apuntaba y no promoviera la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, aducía que no era legalmente admisible que un sustituto no profesional fuera sustituido por otro que tampoco perteneciera a la Carrera Judicial y que no se había explicado por qué fueron llamados los jueces sustitutos que intervinieron desde los Juzgados mencionados en los procesos en que era parte la recurrente. La cuestión de inconstitucionalidad fue efectivamente planteada por la Sala de Logroño e inadmitida a trámite por el auto 465/2006 del Pleno del Tribunal Constitucional que la juzgó notoriamente infundada. La sentencia se remitió a los fundamentos de ese auto para desestimar en su totalidad las pretensiones de La Alcohola de La Rioja, Ebro y Duero, S.A.

SEGUNDO.- El escrito de interposición del recurso de casación formula los motivos que, seguidamente, resumimos. En primer lugar, en relación con el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con infracción de las normas que rigen los actos y las garantías procesales y la indefensión sufrida por la recurrente, afirma que la sentencia ha infringido diversos preceptos de la Ley de la Jurisdicción (120 y 60.3) y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (216, 217.2 y 6 y 281.1) e incurre en la nulidad radical del artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en vulneración del artículo 24 de la Constitución por la denegación del recibimiento a prueba del proceso de instancia. Además, reproduce fragmentos de diversas sentencias en apoyo de sus alegaciones. En segundo lugar, a propósito del quebrantamiento de las formas esenciales del

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Carácter privativo de inmueble una vez producida la separación 6

#### PENAL

Delitos de falsedad de documento mercantil y estafa en grado de tentativa 8

#### ADMINISTRATIVO

Sustituciones entre jueces no profesionales 1

Reconocimiento de gastos deducibles 3

#### SOCIAL

Conflicto colectivo sobre ordenación del tiempo de trabajo del personal sanitario 14

### RS

#### RESEÑA DE SENTENCIAS

16

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia sostiene que la dictada por la Sala de Logroño vulnera diversos preceptos legales: así, el artículo 209.2, 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 67.1 de la Ley de la Jurisdicción; ese mismo artículo 67.1 en relación con los artículos 5.2, 216 y 218.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y, también, en relación con los artículos 218.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución; además, el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concordante con los artículos 120.3 y 24 de la Constitución. También aquí incluye el escrito de interposición numerosos fragmentos de sentencias.

En tercer lugar, aduce la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable al caso, si bien no llega a concretar ninguna, limitándose a criticar a la sentencia recurrida por remitirse a los razonamientos con los que el Tribunal Constitucional inadmite la cuestión de inconstitucionalidad cuando, a su entender, el objeto principal del juicio era diferente y debía resolverse en virtud de argumentos procedentes, que la Sala de Logroño, a su entender, no ofrece.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado, que llama la atención sobre la circunstancia de que la recurrente no invoque en ninguno de los motivos el apartado del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción al que se acoge, propugna que desestimemos este recurso. Explica sobre el primero, después de referirse a la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, que para que prospere el reproche de indefensión por no haberse recibido el pleito a prueba es preciso que el recurrente señale los hechos concretos que quería probar y de qué modo la prueba de esos hechos era relevante para lo que se discutía en el proceso. Ahora bien, continúa, en la medida en que la controversia giraba en torno a la constitucionalidad misma de la figura del juez sustituto no profesional, el debate era estrictamente jurídico y, por eso, la denegación del recibimiento a prueba no supuso indefensión alguna para la actora.

Del segundo motivo dice que, "como ocurre con el recurso en su conjunto, se articula de manera farragosa y no siempre fácil de comprender" aunque deduce que quiere afirmar la incongruencia omisiva de la sentencia. Sostiene que debe ser desestimado porque, correspondiendo a la recurrente poner de manifiesto

en qué consiste la omisión denunciada, el escrito de interposición no identifica con precisión ese extremo. En todo caso, mantiene que la brevedad y concisión de la sentencia no la hace incongruente por defecto y, apoyándose en sentencias de esta Sala, afirma que la remisión al auto del Tribunal Constitucional no conlleva falta de motivación.

En fin, del tercer motivo apunta que vuelve a insistir en la incongruencia de la sentencia y que, como los anteriores, debe ser desestimado.

**CUARTO.-** Por su parte el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión del recurso o, subsidiariamente, la del motivo tercero y la desestimación de los otros dos. Entiende que el recurso es inadmisibile porque no invoca la recurrente los apartados del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción a los que se acogen e incumple así la carga procesal que cae sobre ella e incurre en defecto de articulación del recurso. Por lo demás, defiende la desestimación de los motivos primero y segundo. En efecto, por lo que se refiere a la denegación del recibimiento a prueba, considera que no se dan los requisitos que la jurisprudencia exige para reprochar a la Sala de instancia la infracción de los preceptos invocados por la actora.

Y, respecto de la alegada incongruencia, rechaza que exista porque la sentencia fundamenta y motiva debidamente la desestimación del recurso contencioso-administrativo pues la remisión al auto del Tribunal Constitucional sirve para dar respuesta a lo que se discutía. En cambio, dice que el tercer motivo ha de ser inadmitido de plano pues no precisa las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que habrían sido infringidas por la sentencia.

**QUINTO.-** Debemos rechazar, en primer lugar, la pretensión del Ministerio Fiscal de que declaremos inadmisibile este recurso de casación por estar defectuosamente interpuesto. Ciertamente, ni el escrito de interposición ni, tampoco, antes el de preparación identifican expresamente en cuál de los apartados del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción se fundamenta cada uno de los tres motivos, lo que no deja de llamar la atención dada la insistencia con que la recurrente ha venido reclamando a lo largo de todo el proceso el más estricto cumplimiento de todas las disposiciones legales que ha considerado aplicables. No obstante, es

evidente que en el encabezamiento de los dos primeros motivos se enuncia el texto correspondiente del apartado c) de ese precepto y en el del cuarto se hace lo mismo con el del apartado d). Por tanto, no hay duda de cuál es el encaje legal de los mismos y de que, sustancialmente, se ha cumplido con los requisitos exigidos por la Ley de la Jurisdicción al escrito de interposición.

Despejado este extremo y entrando ya en el examen de los motivos, hemos de decir que la sentencia no infringe los preceptos invocados en el primer motivo de casación porque, efectivamente, la prueba no era relevante para dirimir la controversia planteada por el recurso ante la Sala de Logroño. El examen de la demanda revela que el objeto central de la controversia era, no las condiciones de concretos sustitutos no profesionales llamados a intervenir en las actuaciones procesales civiles y contencioso-administrativas que afectaban a la empresa ni el modo en que fueron llamados ni su actuación, sino la misma figura de ese juez sustituto o magistrado suplente no perteneciente a la Carrera Judicial.

O, subsidiariamente, la improcedencia de que un sustituto no profesional sustituya a otro que tampoco lo sea. Por eso, la denegación del recibimiento a prueba fue correcta. En efecto, las cuestiones a resolver eran esencialmente jurídicas: la conformidad con la Constitución del juez no profesional y la procedencia de que un sustituto no profesional sea sustituido por otro que tampoco lo es. La prueba pretendida no era, en efecto, relevante para decidir si es conforme o no a la Constitución el ejercicio de la potestad jurisdiccional por jueces no profesionales ni para resolver la pretensión subsidiaria sustentada en la ilegalidad de las sustituciones entre no profesionales. En consecuencia, no apreciamos las infracciones denunciadas por la recurrente.

**SEXTO.-** No sucede lo mismo con el segundo motivo, que ha de prosperar. No por las vicisitudes de la notificación de la sentencia, ni por su concisión o por la remisión que hace al auto del Tribunal Constitucional. No hay en ello vulneración alguna de los preceptos de las Leyes de la Jurisdicción y de Enjuiciamiento Civil y de la Constitución que alega la recurrente. Que no recibiera por fax inicialmente la sentencia íntegra, que una de sus páginas figurase al dorso de la anterior o que se numerase a mano no tienen consecuencias de relieve porque no han supuesto inde-

fensión para la actora, que ha dispuesto del texto completo de la misma y ha podido recurrirla. Tampoco plantea dificultades la remisión a los fundamentos del auto del Tribunal Constitucional pues, es verdad que sirven para rechazar la cuestión principal planteada por la demanda. Sin embargo, no sirve para responder a la pretensión subsidiaria, la que sostiene la incompatibilidad con el marco legal y constitucional de las sustituciones entre jueces no profesionales ya que el Tribunal Constitucional no examina ese extremo.

Es verdad que la recurrente solamente enuncia esa pretensión para el caso de que no se planteara la cuestión de inconstitucionalidad y que ésta sí fue promovida con el resultado conocido. No obstante, entendemos que el correcto cumplimiento de los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción, así como el más pleno respeto al derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente requerían de la Sala de Logroño una respuesta a este planteamiento. De ahí que debamos acoger el segundo motivo y anular la sentencia sin que sea preciso detenernos ahora en el tercero.

**SÉPTIMO.-** Llegados a este punto, de acuerdo con el artículo 95.2 c) y d) de la Ley de la Jurisdicción, debemos resolver el pleito en los términos en que está planteada la controversia. Para ello hemos de confirmar el criterio de la Sala de Logroño y decir que las consideraciones desarrolladas en el auto del Tribunal Constitucional, que la recurrente conoce, sirven para desestimar la pretensión principal de la recurrente desde el momento en que ha establecido que no son contrarias a los artículos 117, 122 y 24 de la Constitución las figuras del juez sustituto y del magistrado suplente que contempla la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 212 y 298 y concordantes. Por tanto, los recursos contencioso-administrativos deben ser desestimados en ese punto. En cuanto a la pretensión subsidiaria, circunscrita a las sustituciones en los Juzgados, ha de correr la misma suerte desde el momento en que, en primer lugar, la actora no ofrece explicaciones mínimamente articuladas de por qué contraviene la Ley Orgánica del Poder Judicial u otra disposición que se hagan llamamientos a sustitutos como consecuencia de los cuales deban intervenir en procesos en los que se han producido anteriormente sustituciones por otros jueces no profesionales. Simplemente, se li-

mita a afirmar que se trata de un supuesto no contemplado por las normas y que el carácter excepcional de la sustitución del juez de carrera por otro no profesional exige seguir un criterio restrictivo que impide su extensión. Además, alude a la inamovilidad temporal de los sustitutos no profesionales.

Desde luego, no sirve para sostener la ilegalidad que denuncia la demanda la referencia a la inamovilidad de estos juzgadores ya que el Tribunal Constitucional, en el auto de referencia, explica que, aun de forma temporal, estos jueces no profesionales también gozan de ella y que se hace efectiva mediante la regulación que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial de las causas de remoción que les afectan y no se ha dicho ni sugerido que fueran removidos ilegalmente los que actúan.

Más bien lo que pone de manifiesto el expediente es que los sustitutos fueron llamados, más que para sustituirse entre ellos, cuando fue preciso y sólo mientras esa necesidad se mantuvo. Y que habían sido nombrados debidamente y que el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja ratificó los llamamientos. Así resulta de la certificación de la Secretaria del Decanato (folio 259) y del Acuerdo de la Decana de los Juzgados de Logroño (folios 275 a 281).

De su nombramiento poca duda hay pues se produjo por acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial publicados en el Boletín Oficial del Estado (acuerdos de 9 de julio de 2002 (BOE del 17), 26 de noviembre de 2002 (BOE del 29) y 2 de julio de 2003 (BOE del 9)) y, por tanto, de general conocimiento y tampoco hay duda de que fueron nombrados para efectuar sustituciones en los Juzgados de Logroño. Por otro lado, de la certificación y acuerdo mencionados se desprende que uno de los jueces sustitutos a los que se refiere la demanda solamente actuó en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de los de esa capital y que la otra llevó a cabo sus sustituciones en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1, excepto en una ocasión en la que lo hizo en el de Primera Instancia núm. 8; entre el 1 de septiembre y el 21 de octubre de 2003.

También consta que las distintas sustituciones fueron debidas a enfermedad o pruebas médicas de los titulares respectivos y que, entre esta última sustitución y la anterior actuación del otro juez sustituto, medió el mes de agosto.

Si se tiene en cuenta que no hay norma que prohíba que al término de la actuación de un sustituto profesional intervenga otro, no para sustituirle a él sino al titular del Juzgado, ni parece contrario a las previsiones legales que así suceda cuando no sea posible arbitrar una sustitución ordi-

caria y, sobre todo, si se tiene presente que el nombramiento como juez sustituto habilita para ejercer la potestad jurisdiccional en cualquiera de los Juzgados a los que se refiere ese nombramiento, no se advierten infracciones a la legalidad con trascendencia constitucional en lo sucedido.

OCTAVO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación. En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

#### FALLO

1º Que ha lugar al recurso de casación núm. 2241/2007, interpuesto por La Alcohola de La Rioja, Ebro y Duero, S.A., contra la sentencia núm. 113, dictada el 16 de marzo de 2007, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que anulamos.

2º Que desestimamos los recursos 106/2004 y 140/2004 acumulado.

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. 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 Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

2010/16413

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 8 febrero 2010. Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

## Reconocimiento de gastos deducibles

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por la entidad mercantil, anula la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, y estima el recurso contencioso-administrativo, ordenando la anulación del acto administrativo de liquida-

ción en concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1994, dictado por la AEAT. La Sala considera que la empresa recurrente no dispone de personal dedicado a la venta de la máquina conocida con el nombre de "Rainbow", sino que se realiza a través de las empresas minoristas, de ahí la necesidad de promocionar el producto a través de convenciones a las que asiste el personal de estas últimas y en las que se incurre en los gastos discutidos cuya deducibilidad, por tanto, se ha de reconocer.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna, mediante este recurso de casación en unificación de doctrina, la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo 498/02, interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de noviembre de 2001, desestimatoria del recurso de alzada deducido por la entidad ahora recurrente frente al Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Asturias de 6 de noviembre de 1998, confirmatorio del Acuerdo liquidatorio dictado por el Inspector Regional en fecha de 3 de febrero de 1998, de conformidad con la propuestas de liquidación derivada del acta de disconformidad extendida en concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1994 e importe de 71.443,84 euros.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en la Sección Cuarta, Capítulo III, Título IV (arts. 96 a 99) de la Ley procesal de esta Jurisdicción, se configura como un recurso excepcional y subsidiario respecto del recurso de casación propiamente dicho, que tiene por finalidad corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero sólo en cuanto constituyan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. "Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación -siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia-, sino "sólo" cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las

resoluciones judiciales específicamente enfrentadas... No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido. Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir" (S.15-7-2003).

Esa configuración legal del recurso de casación para la unificación de doctrina determina la exigencia de que en su escrito de formalización se razone y relacione de manera precisa y circunstanciada las identidades que determinan la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia (art. 97).

Por ello, como señala la sentencia de 20 de abril de 2004, "la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones. No cabe, en consecuencia, apreciar dicha identidad sobre la base de la doctrina sentada en las mismas sobre supuestos de hecho distintos, entre sujetos diferentes o en aplicación de normas distintas del ordenamiento jurídico.

Si se admitiera la contradicción con esta amplitud, el recurso de casación para la unificación de doctrina no se distinguiría del recurso de casación ordinario por infracción de la jurisprudencia cuando se invocara la contradicción con sentencias del Tribunal Supremo. No se trata de denunciar el quebrantamiento de la doctrina, siquiera reiterada, sentada por el Tribunal de casación, sino de demostrar la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta."

Sobre el alcance de la exigencia o carga procesal impuesta al recurrente de reflejar en el escrito de interposición la relación precisa y circunstanciada de las referidas identidades, se pronuncia la sentencia de 3 de marzo de 2005, señalando que "Como decían muy expresivamente las sentencias de 29 de septiembre de 2003 (recurso núm. 312/2002) y 10 de febrero de 2004 (recurso núm. 25/2003), no es la primera vez que

nuestra Sala ha tenido ocasión de comprobar que quienes hacen uso de este recurso de casación excepcional centran su discurso casi exclusivamente en la demostración de que la doctrina de la sentencia impugnada está en contradicción con las sentencias de contraste y prestan, en cambio, muy escasa e incluso ninguna atención a los requisitos de identidad sustancial entre hechos, fundamentos y pretensiones de una y otra sentencia (art. 96.1 de la L.J.C.A.).

Y el art. 97.1 dispone imperativamente que el recurso de casación para la unificación de doctrina se interpondrá mediante escrito razonado que deberá contener relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida. Y es que, precisamente porque ésta modalidad de recurso de casación es un recurso contra sentencias no susceptibles de recurso de casación ordinario y cuya cuantía sea superior a tres millones de pesetas (art. 96.3), ha de ponerse particular cuidado en razonar que esos presupuestos efectivamente se dan en el caso que se somete al Tribunal de casación.

Queremos decir con esto que, al conocer de este tipo de recursos, nuestra Sala tiene que empezar por determinar si existe igualdad sustancial entre los hechos, fundamentos y pretensiones (art. 96.1), para lo cual el Letrado de la parte recurrente ha de poner un exquisito cuidado en razonar, de forma “precisa y circunstanciada”, que se dan las tres clases de identidades sustanciales que exige ese precepto: en los hechos, en los fundamentos y en las pretensiones. Y esa argumentación demostrativa ha de someterla el Letrado a la Sala en su escrito de interposición del recurso (art. 97.1), sin que basten meras afirmaciones genéricas de que esos presupuestos concurren en el caso.

Y es éste Tribunal el que luego, y a la vista de esos razonamientos y de las sentencias de contraste que, testimoniadas con expresión de su firmeza, se acompañen, decidirá si, tal como dice la parte recurrente, se dan esas identidades en cuyo caso pasará a analizar si hay o no contradicción en la doctrina.

En resumen, en el recurso de casación para la unificación de doctrina es tan importante razonar con precisión las identidades cuya concurrencia exigen los arts. 96.1 y 97.1 (presupuestos de admisión) como la identidad de doctrina (cuestión de fondo). Sin la concurrencia de esas identidades sustanciales en los hechos, en los fundamentos y en las pretensiones no hay lugar a entrar a analizar el problema de fondo, o sea, la contradicción de doctrina.

Y ésta doble exigencia vincula en primer lugar al Letrado de la parte recurrente, sin que éste Tribunal

pueda suplir lo no hecho por aquél, y ello porque el principio de la tutela judicial efectiva protege tanto a la parte que recurre como a la que se opondrá”.

En el mismo sentido las sentencias de 21 y 28 de febrero y 23 de mayo de 2005.

**TERCERO.-** El análisis de la Sentencia de 16 de diciembre de 2004 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, objeto de recurso, y de la sentencia de 24 de septiembre de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, una de las que se citan como contraste, pone claramente de manifiesto que tanto los hechos como los razonamientos jurídicos que fundamentan el fallo en las citadas Sentencias son análogos y, por tanto, sería posible apreciar la contradicción de doctrinas denunciada, siempre y cuando se acredite que la doctrina de la sentencia combatida no es la correcta.

Así, como hemos señalado, la Sentencia de 16 de diciembre de 2004 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, asumiendo íntegramente la tesis mantenida por la Inspección de los Tributos, fundamenta el fallo desestimatorio de la determinación como “gasto deducible” fiscalmente de las cantidades satisfechas por los conceptos “Gastos Convención”, “Regalos y premios de Convenciones” y “Otros gastos conexos Convenciones”, sobre la base de la debatida definición de “gastos necesarios” derivada de la regulación disímil efectuada en las Leyes sobre Sociedades de 1978 y 1995.

Asimismo, la sentencia impugnada cita abundante jurisprudencia de esta Sala para llegar a la conclusión de que los importes satisfechos por la entidad recurrente consistentes en gastos de hospedaje en hoteles, manutención en hoteles y restaurantes, gastos de recreo como excursiones turísticas, cursos deportivos de esquí o piragüismo, paseos en barca, etc., tanto de determinados empleados como de sus cónyuges, y de distribuidores minoristas, no responden a gastos tendentes a la promoción de los productos elaborados por la entidad o de captación de nuevos clientes, de forma que la repercusión de los mismos en la obtención de rendimientos sea, directa o indirectamente, patente, considerando por el contrario que dichos gastos constituyen en realidad atenciones sociales, al margen de la verdadera finalidad o “ratio legis” de la “deducibilidad” que el legislador pretende, al beneficiar o bonificar a aquellas sociedades que “invierten” en la promoción de sus productos o servicios con el fin de obtener un mayor número de ventas o de clientes potenciales.

Las conclusiones de la Sala vienen a confirmar los argumentos esgrimidos por el TEAC, que a su vez corroboró el Informe de la Dependencia Regional de Inspección de Asturias de 23 de diciembre de 1997, en el que subraya el carácter eminentemente lúdico de estas “Convenciones” más allá de su tangencial incidencia en beneficio de la actividad empresarial, sobre la base de una serie de circunstancias que relaciona en su informe tales como: el lugar de desarrollo de las reuniones -localidades de singular atractivo turístico-, los gastos conexos con la celebración de las mismas - actividades de esparcimiento, excursiones, folclore o el perfil de los asistentes a las convenciones - distribuidores minoristas, cónyuges de empleados-

No obstante, debe señalarse que en la sentencia de contraste aportada dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 1 de octubre de 1997, la cuestión planteada difiere notablemente de la que ahora se sustancia, pues en aquel supuesto, los gastos pretendidamente deducibles sometidos a litigio tienen una naturaleza diferente a los que se discuten en el presente, pues se trata de “atenciones a terceros y otros pagos sin contraprestación” como almuerzos, cenas y otras invitaciones a persona ajenas a la empresa; o bien “servicios profesionales independientes satisfechos a determinadas personas jurídicas y físicas o “relaciones públicas”.

En segundo lugar, también ha de ponderarse las notables diferencias que se manifiestan en cuanto a la naturaleza de la actividad económica desarrollada por aquellas entidades recurrentes de contraste -Agencia Efe, Acciona, Ramilo, S.A.- con las peculiaridades que la sociedad recurrente tiene en su trato comercial, al ser una organización mercantil de perfil multinivel, de forma que un único distribuidor es el que suministra las mercaderías a minoristas y a cualquier persona capaz de cerrar una venta, aspecto que no resulta baladí a la hora de catalogar los gastos promocionales en los que incurre.

Esta praxis comercial, es también conocida como Network Marketing o marketing multinivel, y puede definirse como aquella modalidad de distribución de productos en el mercado basada en una estructura en red de representantes independientes que además de vender a otros, compran los productos para sí. Esta estructura permite que cada representante obtenga beneficios, a su vez, por las ventas de los representantes que él incorporó al sistema. Debe no obstante diferenciarse lo que es marketing multinivel de las pirámides, esquemas piramidales o cadenas, que nuestro ordenamiento prohíbe merced al artículo 23 de la Ley 7/1996, de 15 de enero del Comercio Minorista.

Por el contrario, este tipo de venta multinivel si viene contemplada en

el citado texto sectorial, disponiendo su artículo 22: “La venta multinivel constituye una forma especial de comercio en la que un fabricante o un comerciante mayorista vende sus productos o servicios al consumidor final a través de una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes, pero coordinados dentro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público, que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los consumidores y de los comerciantes y/o distribuidores independientes integrados en la red comercial, y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado.”

El Network Marketing, al basarse en la red de contactos de cada representante independiente, no requiere de grandes gastos de promoción ni de mantenimiento de locales comerciales, por lo que la única vía de promoción y distribución de los productos son precisamente este tipo de convenciones y eventos lúdicos de los que estamos hablando.

Ahora bien, la sentencia también invocada de contraste dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 24 de septiembre de 2004, sí que reúne los requisitos previstos en el artículo 96 de la Ley Jurisdiccional, teniendo en cuenta que además, la recurrente en aquella es también la entidad Picassa. Los fundamentos que la referida sentencia articula para estimar el recurso son los siguientes:

“Primero.- Constituye el objeto de este proceso determinar la conformidad a Derecho de la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Asturias en sesión celebrada el día 28 de mayo de 1999, desestimatoria de la reclamación de igual naturaleza ante el mismo formulada impugnando el acuerdo dictado por la Inspección de los Tributos de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Asturias con fecha 1 de julio de 1998, relativo al acta de disconformidad incoada el 29 de mayo anterior por el concepto tributario Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1996, ascendiendo la deuda tributaria a 2.932.283 pesetas, incluidos intereses de demora, como consecuencia de incrementarse la base imponible comprobada con gastos contables que se consideran liberalidades, alegándose en apoyo de la pretensión anulatoria deducida que el desembolso efectuado cumple los fines de promoción que le otorgan el carácter de deducible, por cuanto la promoción se dirige, por un lado, al mantenimiento de los actuales clientes y, por otro, a la captación de otros nuevos, siendo estos últimos, aquellos respecto de los cuales la Inspección no ha podido establecer

la relación con la empresa, lo que no podía ser de otra manera, pues tal relación no existía en ese momento.

Segundo.- La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, establece en su artículo 14.1.e) que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles los donativos y liberalidades, matizando que “no se considerarán comprendidos en esta letra los gastos por relaciones públicas con clientes y proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestaciones de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos”.

La resolución recurrida al analizar si los gastos de organización y asistencia a convenciones, en las que se tratan determinados aspectos relacionados con la actividad comercial de la entidad y de los distribuidores de su producto, pueden tener o no la consideración de gastos deducibles a los efectos del Impuesto sobre Sociedades, señala que por parte de la Inspección, y en base al precepto citado, se admite la deducción de la parte de gasto de organización de estas convenciones relacionado con trabajadores, distribuidores y proveedores de la entidad; no obstante, no se admite la deducibilidad de la parte del gasto relacionado con personas ajenas, como son los cónyuges y el resto no relacionado con la entidad.

En consecuencia el criterio seguido por la Inspección, que la resolución impugnada confirma, al practicar la regularización de la situación tributaria de la entidad por este impuesto y ejercicio, consiste en no considerar como deducibles los gastos lúdicos realizados al margen de estas convenciones, como los de gymkhana, competición de karts, alquiler de trajes regionales, etc., por no estar relacionados con la promoción del producto y aumento de sus ventas.

Criterio que la Sala no comparte al no tener en cuenta que los gastos considerados como no deducibles en el Impuesto no son auténticas liberalidades, aunque no estén del todo exentos de animus donandi, sino que en el marco de la actividad desarrollada por la empresa revelan la intención de obtener un beneficio futuro que compense el desembolso efectuado con la única finalidad de promocionar las ventas de los productos que aquella comercializa, por cuanto como se indica en la demanda su organización comercial es piramidal, de manera que un único distribuidor suministra a minoristas y a cualquier persona que consiga una venta, realizándose las demostraciones, a falta de centros de venta, en el domicilio del posible cliente a cargo del vendedor; de ahí que en las convenciones se entreguen trofeos a los mejores vendedores y con fines de promo-

ción del producto se convoque a los potenciales clientes y a sus cónyuges o familiares más allegados cuya concurrencia puede ser determinante en la promoción.

En consecuencia, excluido el carácter de liberal de los desembolsos que la Inspección no acepta como deducibles, los mismos encuentran encaje en los que el artículo 14 de la Ley del Impuesto considera como deducibles por estar relacionados con la promoción del producto y aumento de sus ventas, con la consiguiente incidencia en la determinación de la base imponible.”

El pronunciamiento de la Sala de Asturias entra de lleno en contradicción con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional que se combate, en cuanto a la deducibilidad de los gastos presentados. No obstante, y como también se avanzaba anteriormente, la concurrencia de la contradicción resulta elemento necesario pero no suficiente para estimar la pretensión casacional de la recurrente, pues debe asimismo acreditarse que la doctrina de la sentencia impugnada es incorrecta.

Y en este sentido, se advierte que la doctrina de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 7 de octubre de 2004 no es la correcta. Y ello porque en la Sentencia de esta Sala y Sección de 6 de febrero de 2008 (rec. 7125/2002) se aborda la cuestión de la deducibilidad de los gastos enmarcables en la partida “Convenciones” en sentido contrario a lo resuelto en la instancia, como a continuación se reproduce, por lo que en virtud del principio de unidad de doctrina habrá de estarse a la doctrina ya establecida por esta Sala:

“Cuarto.- En el segundo de los motivos, que afecta exclusivamente al ejercicio de 1990, y en el que el Abogado del Estado alega la infracción por la sentencia, del artículo 14.f) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, al considerar deducible “determinados gastos denominados convenciones con clientes, consistentes en un viaje turístico a Canarias, pagado a los concesionarios como premio a los objetivos alcanzados”.

El Defensor de la Administración entiende en esta ocasión que no se trata de gastos necesarios para los ingresos y, en consecuencia, deben ser calificados como “liberalidades”, sin posibilidad de deducción, según el precepto legal antes indicado.

Por último, afirma el Abogado del Estado que aún cuando la sentencia requiere el requisito de que el gasto sea “necesario”, sin embargo, en el caso presente, aludiendo a la finalidad de la empresa, que es la venta de productos, entiende que los gastos consistentes en meras convenciones, tienen aquél carácter y no el de mera liberalidad. Y frente a ello aduce que

ello “no es así: todos los gastos se dirigen con la finalidad de fomentar y de incentivar las ventas, pero unos tienen el carácter de necesarios para la obtención de los ingresos, y de otros, son liberalidades, a los concesionarios que, a modo de premio, incentivan a estos, como es el caso”.

Para resolver este motivo, debemos partir de que el artículo 13 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, establece: “Para la determinación de los rendimientos netos se deducirán, en su caso, de los rendimientos íntegros obtenidos por el sujeto pasivo los gastos necesarios para la obtención de aquéllo”, alumbrando así un concepto jurídico indeterminado, que permite siempre distintas interpretaciones del caso concreto y que es fuente de controversias y, en definitiva, de inseguridad jurídica.

Especial aplicación tiene ello, en el caso de los “gastos de promoción”, porque el artículo 14.f) de la Ley 61/1978, de 15 de octubre, del Impuesto de Sociedades, considera que no son deducibles: “Las liberalidades, cualquiera que fuere su denominación, salvo lo dispuesto en el epígrafe m) del artículo anterior.

A estos efectos no se considerarán liberalidades aquellas prestaciones en las que haya contraprestación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de esta Ley. Asimismo, tampoco se considerarán liberalidades las cantidades que las Empresas dediquen a la promoción de sus productos.”

Por ello, la Sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1997, acogió con júbilo la concreción contenida en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, aún cuando allí, como aquí, no fuera directamente aplicable, al señalar en su artículo 14, que no tendrían la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

“... e) Los donativos y liberalidades. No se entenderán comprendidos en esta letra los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos. De esta forma parece que el nuevo precepto viene a decirnos que son gastos necesarios para la obtención de los ingresos:

1.º Los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores.

2.º Los gastos que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa.

3.º Los gastos realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes o la prestación de servicios.

4.º Los gastos que se hallen correlacionados con los ingresos. De esta manera, y aunque no destierra por completo la licencia de acudir a conceptos jurídicos indeterminados, evidentemente cierra mucho más el concepto”.

De acuerdo con ello, en la referida Sentencia, y utilizando el criterio interpretativo derivado de la Ley 43/1995, se consideraban deducibles los gastos derivados de “atenciones a clientes que consistieron en pagar comidas de éstos y su estancia en hoteles”, cuya realidad había sido aceptada en el acta de Inspección.

Por tanto, lo que hizo la Ley de 1995 fue suprimir la exigencia de prueba del carácter de “necesarios” a los gastos enumerados, atribuyéndoles el carácter de deducibles, pero exigiendo, como es lógico, justificación de la realidad de los mismos, así como su efectiva contabilización.

Pues bien, la Sala anticipa su criterio de rechazar el motivo alegado por el Abogado del Estado, pues la Sala ha apreciado que los gastos declarados deducibles “han sido dirigidos a la finalidad de fomentar y de incentivar a los concesionarios”, a lo que ha añadirse que, efectivamente, se trata de gastos admitidos como deducibles por la nueva legislación y que derivan de prácticas habituales de las empresas para promocionar las ventas de bienes y servicios prestados por aquellas.”

En el mismo sentido, las sentencias de 25 de junio de 2009 rec. 9897 / 2004 y 9 de octubre de 2009 rec. 9187/2003.

Como dice esta última sentencia “Deben, pues, admitirse incluso antes de la vigencia de la Ley de 1995, que los gastos de relaciones públicas y de promoción, y en general, todos los gastos en que efectivamente incurren las empresas no son liberalidades, en cuanto los mismos son dispendios que hacen falta o conviene realizar con el fin de incentivar las ventas y de obtener mayores rendimientos o beneficios económicos.”

En este caso, la necesidad del gasto, deriva de la estructura piramidal de la empresa recurrente que asume la distribución al por mayor en exclusiva en España de un determinado producto, la máquina conocida con el nombre de “Rainbow” a través de unos distribuidores minoristas en diferentes provincias españolas que son los que venden a los consumidores finales.

En realidad, la empresa recurrente no dispone de personal dedicado a la venta que se realiza a través de las empresas minoristas, de ahí la necesidad de promocionar el producto a través de Convenciones a las que asiste el personal de estas últimas y en las que se incurre en los gastos discutidos cuya deducibilidad, por tanto, se ha de reconocer.



CUARTO.- Procede, por tanto, la estimación del recurso, sin hacer imposición de costas ni en casación, ni en la instancia.

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

#### FALLO

1º) Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por la entidad Promotora Industrial y Comercial Arias Sánchez, S.A. (Pí-cassa).

2º) Que debemos anular y anulamos la sentencia impugnada de 16 de diciembre de 2004 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

3º) Que estimamos el recurso contencioso-administrativo número 498/02, ordenando la anulación del acto administrativo de liquidación en

concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1994, dictado por al Delegación Especial de Asturias de la AEAT de fecha 3 de febrero de 1998, por importe de 11.887.254 pesetas, con devolución de las cantidades que en virtud de lo razonado resulten procedentes con los intereses legales que correspondan. 4º) No hacemos imposición de las costas causadas ni en casación ni en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Micó.- Emilio Frías Ponce.- Ángel Aguillo Avilés.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido, la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Rafael Fernández Montalvo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario Certifico.

cia declaró la separación legal de los cónyuges y la disolución del régimen económico matrimonial. El marido apeló, impugnando los pronunciamientos relativos a la atribución del uso de la vivienda conyugal y la pensión compensatoria; la apelación fue estimada parcialmente por sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 febrero 1999.

3º El procedimiento de liquidación del régimen de gananciales se inició a continuación y la esposa demandante en este litigio, recurrida en casación, presentó propuesta de cuaderno particional, sin que hiciese ninguna alusión a la inclusión de dos apartamentos en Benidorm, cuya ganancialidad se discute en el presente procedimiento.

4º El marido falleció de muerte violenta en el año 2000. Había nombrado heredera a su hija Dª Camila.

5º Lo que se discute en el presente procedimiento es si dos apartamentos situados en Benidorm tienen la cualidad de bienes gananciales. A los efectos de una mejor comprensión se van a denominar EDIFICIO000 y APARTAMENTO000. Los hechos probados en relación a la adquisición de estos dos apartamentos son los siguientes:

a) EDIFICIO000. De los documentos aportados se deduce que D. Justiniano adquirió el apartamento mediante un contrato privado de compraventa el 7 octubre 1998. Figura en los autos una carta del comprador a los vendedores en la que les comunica que lo cede a su hija Dª Camila.

b) APARTAMENTO000. El apartamento fue puesto a la venta a finales de 1998; los propietarios vendedores confirmaron que la venta se concertó con D. Justiniano en un documento privado, otorgado el mes de diciembre de 1998, que se elevó a público el 3 de marzo de 1999. En la actualidad figura inscrito a nombre de la hija y heredera.

6º Dª Elena demandó a su hija, Dª Camila. En la demanda pidió que los apartamentos descritos se declararan gananciales por considerar que en el momento de la compra aun estaba vigente la sociedad constituida por el matrimonio, al no haber sido firme la sentencia de separación hasta el 22 de febrero de 1999. Se opuso la demandada, para quien tales adquisiciones tuvieron lugar una vez disuelta ya la sociedad de gananciales.

7º La sentencia del juzgado de 1ª instancia núm. 3 de Burgos, de 29 julio 2005, desestimó la demanda, reservando expresamente a la actora las acciones de las que se crea asistida respecto a los bienes que supuestamente integren la sociedad de gananciales. Dice que se produjo una especial relevancia de la fecha de la disolución del régimen. Señaló que:

a) de los hechos probados se deduce que la esposa no tuvo ninguna intervención en la adquisición de los dos apartamentos, puesto que los cónyuges ya estaban separados; b) utilizando las sentencias de esta Sala sobre los efectos que deben atribuirse a la separación de hecho, entiende que la separación de los cónyuges ya estaba decretada con el auto de medidas provisionales, siendo además incuestionable que desde hacía 16 meses se encontraban separados de hecho, "por lo que carecía de todo sentido pretender que el primer y esencial paso para liquidar la sociedad conyugal(...), se hiciera tomando como fecha de referencia la de la firmeza de la sentencia de separación"; c) la sociedad de gananciales se encuentra sin liquidar, y d) el régimen había quedado ya extinguido tiempo atrás, siendo sustituido por el de separación.

8º Apeló la demandante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, de 17 febrero 2006, estimó el recurso de apelación. Los argumentos son: a) especial relevancia del momento de la disolución del régimen y en base a la STS de 30 enero 2004, concluye que la sentencia de separación quedó firme después de dictada la de apelación, por lo que la disolución de la sociedad de gananciales no se produjo hasta febrero 1999; b) partiendo de lo anterior, considera que los apartamentos adquiridos por el marido en 1998 eran gananciales; c) la cesión efectuada por el padre a favor de la hija del EDIFICIO000 era nula.

9º Contra esta sentencia interpone Dª Camila recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, admitidos ambos por auto de 4 noviembre 2008.

1º RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO. Van a examinarse conjuntamente el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, juntamente con los motivos segundo y cuarto, por razones de sistematización.

El primer motivo denuncia la infracción de los Arts. 806 a 811 de la LEC en relación con el artículo 416.1.4ª LEC, al acusar la inadecuación de procedimiento, mientras que el segundo expone la existencia de una incongruencia omisiva, por falta de pronunciamiento de la sentencia impugnada sobre la referida inadecuación de procedimiento. Los motivos primero y segundo deben ser examinados conjuntamente con el cuarto, al referirse éste a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que la resolución recurrida le ha producido al no pronunciarse sobre la inadecuación de procedimiento.

Los motivos primero, segundo y cuarto se desestiman.



2010/21695

TS Sala 1ª, Sentencia 17 marzo 2010. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Por sentencia firme

## Carácter privativo de inmueble una vez producida la separación

*El TS desestima el recurso extraordinario de infracción procesal y declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada que consideró bienes gananciales los apartamentos adquiridos por el marido de la actora, uno de ellos cedido a su hija demandada por la madre y el otro inscrito a nombre también de la hija y heredera.*

*La Sala acuerda se reponga la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia que absolvió a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra sobre declaración de gananciales de dichos apartamentos. La sentencia recurrida atribuye a la sociedad de gananciales la titularidad de los inmuebles, pese a que la comunidad no puede ser la de gananciales que quedó disuelta por la muerte, sino una comunidad post-ganancial. Las razones para su estimación se basan en la firmeza de la disolución del régimen producida en la sentencia de separación, porque esta parte no fue recurrida por el marido, por lo que desde quel momento los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges no gozaban de la presunción de ganancialidad, luego la esposa demandante y ahora recurrida debería haber probado que los bienes cuya ganancialidad reclama, fueron adquiridos con dinero ganancial y al no haberlo hecho, corresponde declarar privativos del marido los apartamentos cuya ganancialidad se reclama.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Justiniano y Dª Elena habían contraído matrimonio en 1962. Tení-

an una hija, Dª Camila, demandada en este pleito.

2º Los cónyuges se separaron el 2 abril 1998, en que se dictó sentencia en el procedimiento de separación instado por la esposa. Dicha senten-

1º Respecto de la incongruencia omisiva denunciada por la recurrente en el segundo motivo, si bien es cierto que, efectivamente, la Sentencia de Apelación no se pronunció sobre la excepción de inadecuación de procedimiento oportunamente interesada, sobre la que sí lo hizo la sentencia de primera instancia, el motivo no puede ser estimado, por incurrir en la causa de inadmisión prevista en el artículo 469.2 LEC, que, en este momento procesal, se convierte en causa de desestimación. Exige el legislador que, para que pueda considerarse procedente el recurso extraordinario por infracción procesal contra una resolución que adolezca de un determinado defecto de naturaleza adjetiva, dicha infracción debe ser denunciada en la instancia.

Pues bien, con carácter previo a la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, ante la omisión de pronunciamiento sobre la inadecuación de procedimiento, pretensión que podría entenderse tácitamente desestimada, la parte recurrente en casación, demandada en el procedimiento y que adujo la mencionada excepción, debió interesar el complemento de sentencia como requisito previo a la interposición del presente recurso, puesto que la Sala de Apelación hubiera podido complementar la resolución con el pronunciamiento interesado, sin que pueda ser admisible que la parte, obviando dicha posibilidad, acuda directamente al recurso extraordinario con la finalidad de anular la sentencia por incongruencia omisiva.

2º En relación con el motivo primero, esto es, la denuncia de inadecuación de procedimiento por entender que se había vulnerado lo dispuesto en los artículos 806 a 811 LEC las razones de la desestimación son las siguientes:

a) el procedimiento escogido es el adecuado, toda vez que el objeto del pleito era la declaración de naturaleza ganancial de unos bienes concretos y la petición de determinadas consecuencias derivadas de tal declaración, por tanto, no la liquidación de la sociedad de gananciales, con los trámites previstos en las disposiciones que se consideran infringidas.;

b) aún en el supuesto de que el procedimiento seguido no hubiese sido el adecuado, la estimación del recurso extraordinario únicamente podría tener lugar si dicha inadecuación hubiera producido la indefensión de la parte que lo alega, que debe ser cierta, real y efectiva y probada por la parte a quien afecta (SSTC STC 217/98, 205/91, 139/94 y 164/96, 198/97, 100/98 y 218/98, entre otras).

Si bien la parte recurrente en el motivo cuarto expone que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al habersele privado de la respuesta a la citada excepción pro-

cesal, en ningún momento argumenta de qué forma se le ha ocasionado dicha indefensión y qué trascendencia tiene la misma en orden a la resolución de la controversia (asimismo, la sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2008, entre otras), y c) Además, el procedimiento seguido en este caso fue el del juicio ordinario, procedimiento con mayores garantías procesales para las partes, sin que la resolución que pone fin al pleito impida la presentación de la pertinente demanda de formación de inventario, de acuerdo con el art. 806 LEC, limitado, por el carácter de cosa juzgada que la naturaleza de los bienes litigiosos determinada en este procedimiento tenga en el ulterior proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

TERCERO. El tercer motivo del recurso extraordinario denuncia nuevamente infracción del artículo 218.1 LEC así como de los artículos 216 y 222 del mismo texto legal, ya que, según manifiesta la recurrente, la sentencia infringe también el principio de la justicia rogada y el de cosa juzgada material.

Entiende que en la demanda se solicitaba la declaración de nulidad radical de la cesión efectuada por D. Justiniano a Dª Camila, de los inmuebles en el EDIFICIO000 de Benidorm e igualmente la nulidad radical de la compraventa otorgada sobre dichos inmuebles el día 12 de mayo de 1999 y sin embargo, en el fallo de la Sentencia se declara la rectificación de la escritura sobre dichos inmuebles en la que deberá figurar como comprador la sociedad de gananciales formada por D. Justiniano y Dª Elena.

El motivo debe ser desestimado.

El suplico de la demanda, en su apartado segundo, establece que «se declare la nulidad radical, por ilicitud de la causa, de la cesión efectuada por D. Justiniano a Dª Camila de los inmuebles en el EDIFICIO000 de Benidorm (Alicante) descritos en el apartado anterior, e igualmente se declare, por la misma causa de la que es consecuencia, la nulidad radical de la compraventa otorgada sobre dichos inmuebles el día 12.5.99 ante el Notario de Valencia con residencia en Benidorm, Sr. Planelles Chapulí, al núm. 1.385 de su protocolo, por D. Olegario, Dª Elsa y D. Virgilio a favor de Dª Camila».

Pero también es cierto que en el apartado 3º del mismo suplico se solicita que «Se acuerde la cancelación de las inscripciones de dominio causadas a favor de Dª Camila, a resultas del otorgamiento expresado en el epígrafe anterior, sobre el apartado letra NUM000 de la NUM001 planta alta, con su garaje anejo núm. NUM002 y cuarto trastero en planta de NUM003 núm. NUM002, del EDIFICIO000 de Benidorm (Alicante), inscritos en el Registro de la Propiedad núm. 3 de Benidorm, al

Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006, finca NUM007 y al Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM006, finca NUM007 y al Tomo NUM004, libro NUM005 de la Sección Segunda, folio NUM008, finca NUM009, respectivamente, acordándose a su vez la inscripción del dominio sobre las mismas a favor de la extinta Sociedad de Bienes Gananciales, disuelta pero no liquidada, de Dª Elena y D. Justiniano».

Así las cosas, resulta que ambos pedimentos, tomados literalmente, son contradictorios, porque en el punto segundo se solicita la nulidad radical de la compraventa del inmueble sito en el EDIFICIO000, en cuyo negocio jurídico aparecía como parte compradora la demandada. Sin embargo, en el punto tercero se pide que se acuerde la cancelación de las inscripciones de dominio causadas a favor de la hija sobre la referida vivienda y anejos, acordándose a su vez la inscripción del dominio de éstos a favor de la sociedad de gananciales formada por el fallecido Sr. Justiniano y la actora. La defectuosa redacción del suplico de la demanda lleva a la Audiencia a estimarla parcialmente, por incompatibilidad de solicitudes, puesto que, para acordar la nulidad de la compraventa, se debería haber llamado al proceso al resto de partes intervinientes en el negocio cuya nulidad se pretende, esto es, los vendedores D. Olegario, Dª Elsa y D. Virgilio por constituir su presencia un litisconsorcio pasivo necesario.

Es más, de la lectura del conjunto de la demanda y del suplico se concluye fácilmente que la parte actora no busca la anulación de la compraventa, sino que pretende que los inmuebles litigiosos figuren a su nombre y al del ex marido fallecido, no al de su hija. Además, las consecuencias de la nulidad radical no son otras que la reposición de la realidad jurídica al momento en que el negocio anulado fue celebrado, con obligación de las partes de restituirse en las cantidades y bienes entregados. Por ello, de haberse estimado la pretensión de nulidad, que no podría acogerse en ningún caso por falta del litisconsorcio antes referido, se habría anulado la compraventa con reposición de la titularidad a los vendedores y obligación de entregar a la compradora el precio entregado en 1999, pero, en ningún caso, podría haberse accedido a lo solicitado en el punto tercero del suplico, por incompatibilidad con el anterior pronunciamiento.

Al rechazarse dicha nulidad y acordarse solamente la de la cesión, la Audiencia decidió que «no es necesaria la nulidad total (de la escritura de compraventa), lo que obligaría a los compradores (quizá quiso decir vendedores) a otorgar una nueva escritura, pudiendo decir estos que ya cumplieron con su obligación de es-

criturar a nombre de quien les dijo el comprador.

Basta con proceder a la rectificación de la escritura en la forma que autoriza el artículo 153 del Reglamento del Notariado según el cual «los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter vivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en el protocolo, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiera originado o sufrido (...)», estimando solo parcialmente la demanda, pues, aunque se rechaza la pretensión de nulidad, se acuerda la rectificación de la escritura de compraventa, cuya consecuencia directa es la del asiento registral correspondiente en los términos pretendidos por la demandante.

De ahí que deba ser desestimado el motivo, toda vez que la Sentencia acuerda el medio idóneo para acceder a la pretensión de la parte lo que no supone una alteración sustancial del petitum ni implica otorgar algo diferente de lo pedido.

CUARTO. El motivo quinto denuncia la infracción del artículo 217 LEC, que regula las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil. Se argumenta que la Sentencia impugnada establece que la supuesta adquisición de los inmuebles por la demandada carece de toda prueba, cuando tal valoración es errónea a tenor de los medios probatorios aportados al proceso que prueban la titularidad de los fondos entregados para la compra.

El motivo ha de ser desestimado.

La valoración de la prueba documental y de testigos efectuada por la Sala de Apelación, si bien por realización de un análisis partidista e interesado, dirigido a intentar la convicción de esta Sala de que la prueba escogida debe ser estudiada bajo el prisma de la propia recurrente, obviando otros medios probatorios que impiden llegar a la conclusión que ella pretende y pasando por alto que la Sala de Apelación ha realizado una valoración conjunta de la prueba que no resulta arbitraria, ilógica ni contraria a derecho y, por tanto, inatacable para la Sala, aunque dicha valoración sea contraria a los intereses de la parte. (SSTS 20 de abril, 18 de junio y 28 de noviembre 2009 y 4 de febrero de 2010, de entre las más recientes). Ninguna de estas circunstancias se produce en el presente caso, sino que estamos ante un intento de convertir el recurso en una tercera instancia tratando de sustituir la apreciación probatoria que ha realizado la Audiencia por la sin duda parcial de la recurrente.

2º RECURSO DE CASACIÓN.

SEXTO. El Primer motivo denuncia la infracción de los Arts. 1392 y

85 CC. La sentencia recurrida atribuye a la sociedad de gananciales la titularidad de los inmuebles, pese a que la comunidad no puede ser la de gananciales que quedó disuelta por la muerte, sino una comunidad postganancial.

El motivo se estima.

A pesar de una argumentación no demasiado clara, lo que se deduce de lo dicho por la recurrente es que la disolución del régimen devino firme y, en consecuencia debería en este motivo haberse aplicado el art. 1392 CC que considera causa de disolución de la sociedad de gananciales la sentencia firme de separación de los cónyuges.

Las razones para su estimación se basan en la firmeza de la disolución del régimen producida en la sentencia de separación, porque esta parte no fue recurrida por el marido y ello de acuerdo con lo que dispone el artículo 95 CC. La sentencia dictada en 1ª Instancia resultó firme en la declaración de separación y en la de disolución porque esta parte de la decisión no se recurrió, por lo que la separación de los cónyuges no se produjo el 4 de febrero de 1999, como afirma la esposa demandante, sino el 2 de abril de 1998, fecha de la sentencia de 1ª Instancia, firme en este aspecto.

Como afirma la sentencia de 18 marzo 2008, sentencia firme es aquella contra la que no procede recurso alguno, ya sea por su propia naturaleza, ya sea por haberlo consentido las partes (arts. 369 LECiv en relación con el art. 245.3 LOPJ) y en el presente litigio, ambas partes consintieron las decisiones de la sentencia de 1ª Instancia relativas a la causa de separación y a la disolución del régimen económico matrimonial, porque solo se recurrió lo relativo a la pensión compensatoria y a la atribución del uso de la vivienda conyugal.

Devino firme, por tanto, la declaración de disolución del régimen como consecuencia de la separación (art. 95 CC) y a partir de aquel momento los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges no gozaban de la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Por ello, la esposa demandante y ahora recurrida debería haber probado que los bienes cuya ganancialidad reclama, fueron adquiridos con dinero ganancial y al no haberlo hecho, corresponde declarar privativos del marido los apartamentos cuya ganancialidad se reclama. (SSTS 20 enero 2004, 27 febrero 2007, 18 marzo y 28 mayo 2008).

SÉPTIMO. La estimación del primero de los motivos del recurso de casación exime a esta Sala de entrar a examinar los restantes.

OCTAVO. La estimación del primer motivo del recurso de casación

determina su estimación y la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, de 17 febrero 2006, reponiéndose en su lugar la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Burgos de 29 de julio de 2005.

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas del mismo a ninguna de las litigantes; procede no imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal por haber sido estimado el de casación.

Procede imponer las costas de la 1ª Instancia a la demandante Dª Elena, así como las del recurso de apelación.

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

#### FALLO

1º Se estima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Camila contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª de 17 febrero 2006, dictada en el rollo de apelación núm. 489/2005.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Burgos, de 29 julio 2005, cuyo fallo dice: "Que DESESTIMANDO COMO DESESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Prieto Casado, en representación de Dª Elena, contra Dª Camila, representada por el Procurador Sr. Gutiérrez Moliner, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, reservando expresamente a la actora las acciones de las que se crea asistida respecto a los bienes y derechos supuestamente integrantes de la sociedad de gananciales, para su ejercicio ante el Organismo Judicial que conoció del proceso de separación y a través del correspondiente procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, y todo ello, con expresa imposición a la demandante de las costas procesales causadas".

4º No se estima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Camila contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 17 febrero 2006.

5º No se imponen las costas causadas por ambos recursos a ninguna de las litigantes.

6º Se imponen a la demandante Dª Elena las costas de la 1ª Instancia y de la apelación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Rios.- Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Firmado y rubricado. Publicación.- Le-

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



TS Sala 2ª, Sentencia 4 febrero 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

## Delitos de falsedad de documento mercantil y estafa en grado de tentativa

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de falsedad de documento mercantil y estafa en grado de tentativa. Afirma el TS que en relación a trabajos que, según el acusado, había encargado a terceros, no se ha aportado ningún tipo de factura o justificante, ni concretado qué profesionales habían sido los encargados de dichos trabajos, y tampoco se ha acreditado el pago efectivo de los trabajos que se dicen realizados en la vivienda, por lo que se puede afirmar la racionalidad de la inferencia del órgano judicial, a la que no cabe calificar de ilógica e insuficiente, ni excesivamente abierta o indeterminada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por María Inés y Martín.

PRIMERO.- Habiéndose articulado en el recurso distintos motivos por infracción de Ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por razones metodológicas y conforme a lo preceptuado en el art. 901 bis a y b LECrim. procede el análisis preferente del motivo cuarto por quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim. por contradicción en los hechos probados, siguiendo por el motivo quinto por vulneración de derechos constitucionales del art. 24.2 CE y 35.4 LOPJ. para finalizar con los motivos por infracción de Ley, el segundo por error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim. y el primero y tercero, por aplicación indebida, respectivamente de los arts. 390, 392 y 250.1.2 CP.

El motivo cuarto por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 851.1 LECrim. dado que consignándose en los fundamentos de derecho hechos probados -por lo que no dejan de ser relato fáctico y sujetos a revisión como tales- de la lectura de los mismos resulta grave contradicción, que se afirma existente cuando:

- La sentencia afirma "sospechando que la arrendataria ya no ocupaba la vivienda desde hacía muchos años", mientras que en la documentación aportada con la querrela -copia de la demanda civil de resolución del contrato- se sostiene que "desde hace algo más de un año" que la demandada no vivía en la casa, extremos que no están acreditados por prueba alguna.

- La sentencia omite cualquier referencia a un hecho que consta acreditado documentalmente cual es que la vivienda fue cedida al hijo de la recurrente, cesión que fue comunicada notarialmente al propietario querrelante, el cual nada opuso a dicha cesión del contrato.

- La sentencia afirma que "Martín no se limitó a reconstruir la facturación que teóricamente había cobrado su hermano...", cuando en los folios 143, 145 y 226 y acta de la vista oral se reconoce que las facturas fueron reconstruidas por su hijo Felipe, limitándose aquel a firmarlas en la confianza de la veracidad de las mismas.

- La sentencia recurrida afirma que los trabajos de la cocina los realizó Isaac y no el hermano de Martín, cuando en el juicio oral el Sr.



Isaac manifestó que el había hecho obra y ha ayudado haciendo chapuzas, en concreto que “ayudó a hacer en la cocina y parte del salón”, sin afirmar nunca que él hubiese hecho sólo la cocina.

- La sentencia afirma en su fundamento de derecho segundo que “no nos cabe duda de que ante la inminencia de la interposición de la demanda, María Inés encargó a Martin que se confeccionara una nueva facturación de conveniencia...”, y tanto en la declaración de la Sra. María Inés como la del Sr. Martin, así como la testifical de Daniela confirman que el encargo de rehacer las facturas, no confeccionar unas nuevas, se realizó años antes de la interposición de la demanda. El motivo debe ser desestimado.

Como la jurisprudencia ha recordado en sentencias 121/2008 de 26.2, 754/2007 de 2.10 y 253/2007 de 26.3, la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resultan incompatibles entre sí, de suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 259/2004 de 4.3). La doctrina jurisprudencial reiterada 717/2003 de 21.5, 2349/2001 de 12.12, 776/2001 de 8.5, 1661/2000 de 27.11, señala para la prosperabilidad de este motivo los siguientes requisitos:

a) Que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada.

b) Debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma no pueda subsanarse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato. Por ello la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato.

c) Que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, esto es, no puede ser denun-

ciada la contradicción que se advierte o crea advertirse entre el “factum” y la fundamentación jurídica de la resolución. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del Fundamento Jurídico que tengan su indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre los fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) La contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma. Por ello debe ser esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la material exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En definitiva, como decíamos en la STS. 1250/2005 de 28.10 “como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el “iudicium”, lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas”. En el caso actual no se constata contradicción alguna en el relato fáctico, sino que el motivo pretende deducir aquella de lo que la Sala considera probado y lo afirmado en declaraciones y documentos existentes en las actuaciones sumariales, valorado desde su subjetiva apreciación, lo que nada tiene que ver con el vicio iu iudicando denunciado.

SEGUNDO.- El motivo quinto por infracción de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ. por cuanto la sentencia ha basado exclusivamente el relato fáctico y por consiguiente el fallo condenatorio, en un soporte probatorio meramente indiciario, a falta de verdaderas pruebas directas de cargo, que incriminan a los acusados, contando con simples suposiciones construidas en base a indicios no probados frente a otras alternativas fácticas, desechando pruebas directas presentadas por la defensa y trasladando una excesiva carga probatorio de descargo al acusado. El motivo debe ser desestimado.

Como venimos afirmando -por todas STS. 1142/2009 de 24.11- 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 ellos.

De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 “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 insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”.

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 (y el de casación añadimos nosotros) no es un recurso de apelación, ni éste Tribunal una tercera instancia. Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas STS. 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal “a quo” contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y su práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad,

contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio “nemo tenetur” (STS. 1030/2006 de 25.10). Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. “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 ellos.

En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino única-

mente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5). Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006). Por otro lado, como venimos sosteniendo de forma reiterada -por todas STS. 23.12.2009 - a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

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

2) Los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

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

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de

octubre, (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003 de 18.12, FJ. 24).

En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007, partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probado hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

TERCERO.- En el presente caso, la sentencia de instancia considera probado que las facturas que la acusada María Inés presentó al contestar en el procedimiento ordinario

736/2004 instado por el querellante para la resolución del contrato de arrendamiento, y formular reconvencción, reclamando su importe de 46.883,70 E, correspondiente a las obras realizadas en la vivienda desde junio 1985, fueron expedidas por el otro acusado, Martín, por encargo de aquella, sin que fuera éste quien realizó las obras ni se haya aportado documentación original alguna o algún otro soporte, recibo de pago de las verdaderas que fueron inutilizadas por éste. Conclusión ésta: tratarse de documentos relativos a gastos no desembolsados y correspondientes a reparaciones con imposibilidad de haberse llevado a cabo, esto es, que se trata de facturas simuladas que no se ajustaban a la realidad, que la Sala infiere (Fundamento primero), desechando la versión de los acusados de que María Inés iba guardando las facturas en una caja y cuando se acercaba el pleito, por consejo de su abogada, comenzó la búsqueda de la documentación, resultando que ésta, a causa de la humedad, se había deteriorado, por lo que decidió reconstruirla ex novo puesto que devenía inservible, acudiendo a Martín para su reconstrucción y porque además era hermano de quien presuntamente había efectuado las obras, que además había fallecido, de las pruebas testifical, documental y pericial, resaltando las siguientes irregularidades:

- Aparición de las facturas del DNI. de María Inés en unas fechas en las que era imposible, puesto que todavía no lo había conseguido.

- Existencia de facturas por trabajos realizados en la cocina, que fueron realmente ejecutados por un tercero, Isaac, que las cobró sin extender recibo.

- Factura de bañera que no se corresponde con la instalada.

- Facturación de construcción y reparación del porche de la puerta, cuando éste era más antiguo.

- Gastos de pulido de baldosas, cuando por su fábrica era imposible a causa del material empleado.

- Instalación eléctrica deficitaria y cable eléctrico de baja calidad y de precaria instalación y mecanismos los cuales no se ajustan al precio indicado en la factura.

- Empleo de distintos bolígrafos y tintas para dar apariencia de veracidad a las facturas y destrucción de los originales que, según los acusados, se habían reproducido, evitando de esa forma su posible cotejo.

Y si a esto se añade que en relación a trabajos que según el acusado Martín había encargado a terceros, no se ha aportado ningún tipo de factura o justificante, ni concretado qué profesionales habían sido los encargados de dichos trabajos y tampoco se ha acreditado el pago efectivo de

los trabajos que se dicen realizados en la vivienda, podemos concluir afirmando la racionalidad de la inferencia del órgano judicial, a la que no cabe calificar de ilógica e insuficiente, ni excesivamente abierta o indeterminada. Prueba por tanto, racionalmente valorada, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, suficiente para enervar la presunción de inocencia en cuanto al relato fáctico declarado probado.

CUARTO.- El motivo segundo por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, dado que la sentencia ha basado exclusivamente el relato fáctico y por consiguiente, el fallo condenatorio, en un soporte probatorio meramente indiciario e inferido a falta de verdaderas pruebas directas de cargo, que incriminen a los acusados, contando con simples suposiciones construidas en base a indicios no probados frente a otras alternativas fácticas desecando pruebas directas presentadas por la defensa y trasladando una excesiva carga probatoria de descargo al acusado. Impugnación que no puede merecer favorable acogida.

Los recurrentes en el desarrollo del motivo plantean cuestiones -ya suscitadas en otros motivos- como que la sentencia afirma "sospechando que la arrendataria ya no residía en la vivienda hacia muchos años, afirmación que considera errónea y no ajustada a la realidad; la omisión de cualquier referencia a que la vivienda fue cedida al hijo de la acusada, cesión que fue comunicada notarialmente; la afirmación de que Martín no se limitó a reconstruir la facturación que teóricamente había cobrado su hermano; que los trabajos de la cocina los realizó Isaac y no el hermano Martín, que ante la eminencia de la interposición de la demanda María Inés encargó a ose Martín que le confeccionara una nueva facturación a su conveniencia; y a impugna las irregularidades que la sentencia destaca en las facturas y de los que declara su falsedad, olvidando que con arreglo a este motivo, tal como hemos dicho en sentencias 30.12.2009, 24.11.2009, 13.2.2008, 19.6.2007, 8.6.2006, y 30.9.2005 entre otras, solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos en la interpretación de los hechos. Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de

manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiene este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, y siempre que tal error sobre un extremo fáctico sea grave y con relevancia causal respecto del fallo y quede evidenciado en algún documento o documentos genuinos obrantes en autos y no contradichos por otras pruebas de la causa (SSTS. 1662/2003 de 5.12, 728/2001 de 3.5), esto es que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación.

De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim. como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios.

La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación. En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02, la finalidad del motivo previsto en el

artículo 849.2 LECrim. consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98). Igualmente ha de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Previsiones éstas omitidas por los recurrentes que no señalan concretos particulares los documentos que revelen esa equivocación evidente del Juzgador, limitándose a señalar su subjetiva interpretación de las declaraciones de los acusados, testigos y peritos y a analizar el contenido de las facturas y los trabajos y obras que contienen, lo que no es propio de este motivo casacional.

QUINTO.- El motivo primero por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 390 y 392 CP, dado que las pruebas acreditan que no hubo alteraciones en los documentos, sino que se reprodujeron los mismos ante el deterioro de los originales, no existiendo falsedad documental, al no existir pretensión económica ni perjuicio real ni animus de causarlo, ya que los documentos presentados tenían el carácter de simple petición alternativa, para el caso de ser denegada la cesión del arrendamiento, no concurriendo los elementos del tipo penal al tratarse de facturas y un supuesto de falsedad ideológica no punible al recaer sobre extremos intrascendentes o inocuos, no concurriendo el dolo falsario como elemento subjetivo ineludible del tipo, y aplicación indebida del art. 250.1.1 CP que no fue solicitada ni por el Ministerio Fiscal, ni por la acusación privada,

con vulneración del principio acusatorio, constando en autos que los hechos no recaen en un bien de primera necesidad ya que el querellante nunca ha reclamado la vivienda para utilidad propia:

a) Es necesario partir de la naturaleza mercantil de las facturas presentadas y su inclusión por tanto, entre los documentos mencionados en los arts. 390 y 392 CP. En efecto es consolidada jurisprudencia que, al analizar el concepto jurídico-penal de documento mercantil, ha declarado ya desde la STS. 8.5.97, seguida por muchas otras, de las que son muestra las SSTS. 1148/2004, 171/2006 y 111/2009, que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales "no solo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad. Como documentos expresamente citados en estas leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos; también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial, finalmente, se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes (STS. 788/2006 de 22.6).

En este sentido la STS. 111/2009 de 10.2, con cita en la STS núm. 900/2006, de 22 de setiembre, señala que "son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmado la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades".

La STS. 1209/2003 también declara expresamente esta calificación de las facturas como documentos mercantiles, que se da por supuesta en multitud de otras resoluciones en las que ni siquiera se cuestiona tal calificación. Así e modo genérico la STS. 1634/2003 de 16.10 en su caso que trataba justamente la falsedad de fac-

turas que reflejaban operaciones inexistentes.

b) Respecto a la posible comisión del delito de falsedad que la sentencia de instancia inculpa de forma genérica en el art. 390.1 CP. sin precisa qué ordinal de los distintos apartados de dicho precepto es el que admite los hechos probados como típicos, debemos señalar previamente que estas modalidades comitivas no constituyen compartimentos estancos, por cuanto es perfectamente posible que un mismo hecho sea susceptible de ser inculcado en más de una de las modalidades típicas del art. 390 C.P. (STS. 28.10.97 y 3.3.2000), careciendo de trascendencia el cambio o mutación de la incriminación dentro de los números del art. 390.1, siempre que no exista mutación fáctica esencial, ya que no se altera la unidad del objeto normativo ni la conceptualización penal del hecho, y la aplicación de distintos números del art. 390 como elemento tipificador no infringe el principio acusatorio, por el hecho de que el tribunal sentenciador estime técnicamente procedente subsumir la conducta en una u otra modalidad falsaria, ya que todas ellas integran la misma figura delictiva (STS. 29.1.2003). En efecto resulta evidente que los términos jurídicos pueden ser modificados, sin que con ello se vulnere el principio acusatorio, si lo que se realiza es una subsunción técnicamente más correcta o acorde con lo que el Tribunal estime realmente acreditado, siempre que se trate de una infracción de igual o menor entidad y sea homogénea ala que ha sido objeto de acusación, ya que el principio acusatorio no veda la subsunción del hecho en la calificación jurídica más correcta, siempre que se respeten los límites a los que acabamos de referirnos y no se introduzca un elemento o dato nuevo al que las partes por su desconocimiento no hubieran podido referirse para, en su caso, contradecirlo.

Siendo así la subsunción en el art. 390.1.1 de la conducta típica ("alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial") debe ser rechazada, por cuanto tal tipo hace referencia a las "alteraciones" en un documento. Esa producción de un "otro" exige una "previo" contenido que, a consecuencia de la acción falsaria, se ve mudado (añadir cláusulas antes no existentes, interlinear contenidos inexistentes antes, borrar materialmente expresiones, etc...). También se viene considerando alteración, aunque coetánea con el nacimiento del documento a la vida jurídica, la acción material de fingir letra de suerte que se busque aparentar que ha sido escrita por otro, o situar la firma de éste como autor del documento o poner una fecha diversa de aquella en la que el documento efectivamente es confeccionado (STS. 5.10.2007). Así, entre muchas, la sentencia de este Tribunal de 3 de abril de 2001 que indica que la fór-

mula sintética del núm. 1 del apartado 1 del art. 390 del Código Penal "alterar un documento" incluye las conductas descriptivas que en el anterior Código Penal se encontraban en las expresiones tales como contra-hacer o fingir letra, firma o rúbrica, alteraciones de fechas, hacer intercalaciones..., bien entendido, que la alteridad entendida como diversidad, entre el contenido documentado y la realidad, que aparece tipificada en ese ordinal no puede acoger toda falta de coincidencia, por esencial que sea, entre lo que se enuncia en el documento y la realidad.

De ser así la descripción típica abarcaría toda mendacidad del contenido del documento, sin más límite que la esencialidad de la materia sobre la que tal contenido falso verse, haciendo los demás tipos inútiles. Supuestos distintos del analizado en el que las facturas expandidas lo fueron por quien no había realizado las obras, sin que se correspondiesen con las originales que fueron inutilizadas por éste y con la realidad de lo efectuado.

Consecuentemente la cuestión debe reconducirse a la falsedad ideológica en lo relativo a determinadas modalidades de aquella en el tipo del art. 390.1.2, cual es el supuesto de las denominadas facturas falsas. Dos eran las posiciones recogidas en la jurisprudencia de esta Sala hasta la celebración del Pleno de jurisdicción de esta Sala de 26.2.99.

Así, en las Sentencias de 13 de junio de 1997 y 28 de octubre de 1997 (caso "Filesa"), se declara que se produce la simulación del documento que induzca a error sobre su autenticidad cuando se crea "ex novo" un documento mercantil, por algo que nunca ha existido; no es que las declaraciones que se contienen falten a la verdad, se trata sencillamente que tales declaraciones jamás se han producido, cuando el documento en su totalidad representa una falacia, constituyendo un soporte falso, no meramente intelectual. Por el contrario mantienen una posición diferente las Sentencias de 30 de enero y de 26 de febrero de 1998.

En la primera se dice, entre otras cosas, que "si se tiene en cuenta que la ley exige que la simulación del documento pueda inducir a error sobre la autenticidad, es preciso dejar en claro que auténtico es un documento en el que lo declarado pertenece realmente a quien lo suscribe asumiendo la declaración. Por lo tanto la simulación del documento en el sentido de los arts. 302.9º CP/1973 y 390.1.2º CP debe afectar la función de garantía del documento (STS de 18-3-1991), es decir, debe consistir en la atribución a otro de una declaración que no ha realizado o en la alteración de un documento auténtico de tal manera que lo declarado por quien lo suscribe asumiéndolo ya no sea lo que en realidad declaró". Y en la Sentencia de 26 de febrero de

1998 (caso *Argentina Trust*) se expresa que "la factura para cuyo pago se efectuó la transferencia de fondos que ya ha quedado jurídicamente calificada no fue, simulada sino auténtica -así hemos de considerarla al menos- en tanto fue reconocida como tal por quien la autorizó con su firma. Aunque no era verdad que la misma respondiese a los trabajos que en ella se referían, esta circunstancia no convertía en "simulada" a la factura sino, sencillamente, en mendaz".

Tras la celebración del Pleno citado, la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado la falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2º del Código penal de 1995, en correspondencia con lo dispuesto en el art. 302.9º del Código penal de 1973.

En esta dirección la S. 867/2002 de 29.7, distingue los que llamaba los supuestos clásicos y genéricos de la falsedad ideológica, faltar a la verdad en la narración de los hechos, manifestando a un tercero encargado de la redacción del documento datos inexactos, de otros supuestos, substancialmente distintos, en los que se mantiene la punición, que son aquellos casos en los que la verdad, incide sobre bienes jurídicos trascendentales que el legislador ha querido tutelar de una manera específica. En igual sentido la S. 1590/2003 de 22.4.2004 (caso *Intelhorce*), recuerda que "el art. 302.9 recoge un supuesto de falsedad que no ha sido despenalizado, pues subsiste en el núm. 2 párrafo 1º del art. 390 CP. 1995.

En efecto, entre las modalidades falsarias que el legislador, de modo expreso estima deben subsistir como punibles, se encuentra la definida en el art. 390.1.2 del Código Penal 1995: "simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Es claro que dicha modalidad debe tener un contenido autónomo, como ya ha señalado esta Sala en su sentencia de 28-10-2000, núm. 1649/2000, y 22-4-2002, núm. 704/2002, entre otras, por lo que no puede referirse únicamente como pretende en el sector doctrinal, a supuestos en los que se supone en un acto la intervención de personas que no la han tenido, es decir que se hace figurar como firmante del documento a otra persona diferente de su autor real, pues en tal caso la conducta típica ya estaría cubierta por la modalidad falsaria prevenida en el número 3 del art. 390.1.

En consecuencia, los supuestos específicos en que resulta típica de for-

ma autónoma esta modalidad falsaria, "simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad", son necesariamente los de simulación de un documento por el propio autor del mismo, aunque no se haga figurar a personas que no han tenido intervención, es decir aunque el firmante del documento sea el propio autor de la falsedad.

En efecto como señalan las S.S.T.S. 1647/1998, de 28 de enero de 1999 y 1649/2000, de 28 de octubre, la diferenciación entre los párrafos 2º y 4º del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del art. 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, como ocurre con una factura confeccionada, simulando que se trataba de un auténtico documento acreditativo de trabajos que ni se habían realizado en el montante o concepto consignado, ni se habían realizado por importe o concepto alguno, no existiendo en absoluto la relación u operación jurídica que se pretendía acreditar simulando una documento que la reflejase.

En igual dirección SSTS. 1302/2002 de 11.7, 1536/2002 de 26.9, 2028/2002 de 2.12, 325/2004 de 11.3, 145/2005 de 7.2, 37/2006 de 25.1, 900/2006 de 22.9, 63/2007 de 30.1, 641/2008 de 10.10. Supuesto que sería el analizado en el que lo mendaz no es la inclusión en la factura de algunas partidas que no corresponde a la realidad junto a otras operaciones facturadas y sí realizadas en una relación verdaderamente existente, modalidad falsaria que no sería típica, pues la factura sí se correspondería a una efectiva reparación y no parecería alteradas en sus contenidos y solo faltaría a la verdad en un concreto apartado de su contenido, por el contrario nos encontramos con unas facturas confeccionadas por persona que no intervino en la realización de obra o reparación alguna de las reflejadas en las mismas y que resultaron inexistentes.

No estamos por tanto ante una falsedad ideológica, sino ante facturas ajenas a cualquier relación jurídico-negocial para dar cobertura a una reclamación de 46.883,70 E, esto es, ante un supuesto de confección completa de una factura que incorpora una secuencia inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, reflejando operaciones que no existieron en la realidad, lo que supone una completa simulación del documento que debe ser considerada la falsedad

que se disciplina en el art. 390.1.2 CP.

SEXTO.- Con referencia a la inexistencia de dolo falsario e intención de causar un perjuicio económico, el delito de falsedad documental requiere la voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que requiere trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no es, y a la vez atacando la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, se logren o no los fines perseguidos (STS. 349/2003 de 3.3). Intención maliciosa que ha de quedar acreditada y probada, rechazándose la imputación falsaria cuando esa supuesta falsedad no guarda entidad suficiente para perturbar el tráfico jurídico, ni idoneidad para alterar la legitimidad y veracidad del documento.

El dolo falsario no es sino el dolo del tipo del delito de falsedad documental, que se da cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo. En este delito el conocimiento de la relación de causalidad nunca ofrece dificultades hasta el punto que tal conocimiento se confunde con el de saber que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos.

El dolo falsario requiere el conocimiento en el agente que altera conscientemente la verdad por medio de una mutación o suposición documental y ataca también la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, como reflejo verdadero de lo que contienen, expresan o prueban (STS. 1235/2004 de 25.10).

Ahora bien, a diferencia de cuando se trata de documentos privados, no es menester que concurra el ánimo de lucro ni otro especial, el aspecto subjetivo viene constituido por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que el daño llegue a causarse o no. Así la STS. 19.2.2003, recuerda que la falsedad documental en documento mercantil no requiere perjuicio efectivo ni intención de causarlo y se satisface con la mera alteración de la eficacia probatoria, de constancia o perpetuación del documento, a través de cualquiera de las conductas descritas en su día en el artículo 390 del Código Penal. Asimismo -como precisa la STS. 204/2008 de 8.5- la cuestión de la inocuidad de la falsificación se refiere a la insignificante alteración de la función probatoria del documento.

Consecuentemente, será de apreciar cuando el documento alterado no permita probar un hecho diverso del contenido en el documento original o cuando la alteración del hecho constatado no determine la constatación de un hecho diverso del que se quiere constatar a los efectos de la prueba que el documento debe satisfacer. Desde esta perspectiva es erró-

neo el punto de vista del recurrente en tanto pretende que la cuestión depende o puede depender del tipo subjetivo del delito.

En efecto, no se trata de si el autor tuvo o no "ánimo dañoso" o de si pretendía causar perjuicio, sino, como se dijo, de si la falta de veracidad altera o no la función probatoria del documento. El tipo subjetivo se dará, a su vez, cuando el autor haya sabido del riesgo concreto que su acción generaba respecto de la alteración de dicha función del documento.

En el caso presente difícilmente puede cuestionarse la existencia de este elemento subjetivo en quien, como la acusada María Inés, encarga al también acusado Martín, la confección de una nueva facturación a su conveniencia, esto es, que no se ajusta a la realidad, y en éste último, aviniéndose a esa realización cuando él no había ejercitado las obras reflejadas, y podía presumir que no se correspondían con la realidad, empleando distintos bolígrafos y tintas para una mejor simulación. Alteración de ambos encuadrable en la autoría, que el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, entre otras razones, por cuanto se admite la posibilidad de la autoría mediata.

De lo indicado se deduce que, aunque normalmente, el autor será el que materialmente ha confeccionado (alterado o dañado) el documento, sin embargo, es posible admitir la autoría (no sólo por la vía de la autoría mediata o la inducción) en casos en los que la persona no ha sido quien materialmente confeccionó el documento. Son los supuestos de coautoría en los que existe un dominio funcional del hecho conforme al plan trazado por los autores.

En este sentido la S. 146/2005 de 7.2, recuerda que la autoría en el delito de falsedad no se limita a la persona concreta que realice la materialidad de la imitación de la firma, u otro elemento mendaz en que tal falsedad consista, sino que cabe la coautoría siendo reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala que afirma que en supuestos de falsedad documental no se impide la condena por autoría, aunque se ignore la identidad de quien ejecutara materialmente la confección falsaria del documento, siempre que conste la intervención del acusado en el previo concierto para llevar la misma o haya dispuesto del "dominio funcional del hecho", bastando el concierto y reparto previo de papeles para la realización, de modo que tanto es autor, quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción, con tal que ostente o tenga el condominio del hecho (SSTS. 27.5.2002, 7.3.2003, 6.2.2004), recordando esta última que "a estos efectos resulta indiferente que el artífice material sea el propio acusado o una persona a la que se encarga esta misión".

SÉPTIMO.- En relación a la aplicación indebida del art. 250.1.1 e infracción del principio acusatorio al no haber sido solicitada tal aplicación ni por el Ministerio Fiscal, ni por la acusación privada, ciertamente como tiene declarado el Tribunal Constitucional por todas sentencias 302/2000 de 11.12, "el derecho a ser informado de la acusación y el principio acusatorio implican que nadie puede ser condenado en un proceso penal si no se ha formulado previamente contra él una acusación suficientemente determinada, por quien puede iniciar el proceso y mantener la pretensión acusatoria...", que es por lo que, consecuentemente, el juzgador no puede excederse de los términos en que la acusación ha sido formulada, ni puede apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma".

Así pues el principio acusatorio constituye un presupuesto básico del enjuiciamiento penal, aún cuando no esté proclamado con tal denominación en el art. 24 CE, pues lo que establece este precepto es únicamente la manifestación de su contenido esencial, consistente en el derecho a ser el sujeto "informado" de la acusación formulada, si bien este derecho de información implica necesariamente la debida congruencia entre la acusación de la que se informa y el fallo que pueda dictarse.

Por ello, el contenido esencial del principio acusatorio se concreta en la necesidad de que se formule acusación por parte ajena al órgano jurisdiccional y que éste se mantenga, en su enjuiciamiento, dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por la acusación o los introducidos por la defensa, lo que implica que no se pueda condenar por unos hechos substancialmente distintos de los que han sido objeto de acusación, ni por un delito más grave, ni por circunstancias agravantes, grados de ejecución o de participación más severos.

En el caso presente el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de estafa en grado de tentativa con empleo de fraude procesal, en concurso con el delito continuado de falsedad en documento mercantil, de los arts. 248 y 250.2 CP. (cuando el delito de estafa "se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal"), 392, 74 y 16 CP. La sentencia de instancia tanto en el Fundamento jurídico segundo como en el fallo se refiere al delito de estafa procesal en grado de tentativa, por lo que la cita del art. 250.1.1ª, es un mero error mecanográfico irrelevante. El motivo, por lo razonado, debe ser desestimado.

OCTAVO.- El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del delito de estafa procesal del art. 250.1.2 CP. Se cuestiona en el motivo la existencia de simulación

de pleito o empleo de fraude procesal ya que el pleito no fue instando por la recurrente, sino por el querrelante y el motivo de oposición fue la cesión del contrato de arrendamiento, teniendo el carácter de alternativa de presentación de las facturas por obras ejecutadas; y en todo caso, la concurrencia de los requisitos de la estafa procesal.

Ciertamente la estafa procesal presupone la concurrencia de los requisitos configuradores del delito básico con la matización de que el engaño característico de la estafa se produce a través de un fraude procesal, cuando el error lo sufre el órgano jurisdiccional que dicta una resolución provocadora de un desplazamiento patrimonial concreto y un correlativo enriquecimiento para el autor del hecho. Por ello esta Sala, en sentencias de 23.5.2006 y 21.7.2004, tiene establecido que resultaría jurídicamente imposible la comisión de una estafa procesal por el demandado en razón de la posición previa que ostenta en el procedimiento.

El demandado el resultado más favorable que puede esperar en el litigio civil es que le absuelvan y una sentencia absolutoria no puede suponer ese acto de disposición exigido por la estafa, al no producirse un desplazamiento patrimonial, a lo sumo se produciría el mantenimiento de una situación injusta con el acto engañoso, un "status quo" que nunca puede equipararse a un empobrecimiento del afectado y correlativo enriquecimiento del sujeto agente.

Existirá falsificación si a través de un documento falaz se trata de consolidar judicialmente una situación injusta precedente, pero no estafa procesal, concluyendo que "una sentencia absolutoria, conseguida con maniobras torticeras no podría poseer jamás la virtualidad para provocar un acto traslativo, solo alcanzable a medio de una condena con atribución patrimonial al actor. Ahora bien esta doctrina no es aplicable en la hipótesis de reconvencción.

En efecto ésta como tal representa el ejercicio de una acción independiente o autónoma frente a la ejercitada por el actor inicial, hasta el punto de que pudiera ser materia de una demanda en un proceso separado donde no cupiese alegar litispendencia, tal equiparación entre reconvencción y acción independiente es algo admitido de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SS. 15.11.2005 y 8.4.97) y supone un cambio en la situación de las partes, en la que el demandado -único que puede proponerla pase a ser actor, admitiéndose la reconvencción subsidiaria o eventual, que sirve exclusivamente como un medio de defensa en el caso de que no prosperasen las excepciones opuestas a la acción principal y ésta fuese estimada.

Situación ésta que sería la contemplada en las presentes actuaciones, en la que la hoy recurrente al contestar a la demanda de resolución de contrato no se limitó a oponerse a tal petición alegando la existencia de un cesión del arrendamiento, sino que de forma alternativa o subsidiaria, planteó reconvencción reclamando -caso de estimación de la demanda- el pago de 46.883,70 E correspondientes a las obras realizadas en la vivienda.

Siendo factible, en este caso, la comisión por el demandado-reconveniente del delito del art. 250.1.2, sobre el llamado fraude procesal, hemos señalado en SSTS. 670/2006 de 21.6, 758/2006 de 4.7, 754/2007 de 2.10, 603/2008 de 10.10, 1015/2009 de 28.10, como la jurisprudencia de esta Sala en SS. 5.10 y 19.12.81 ya establecía que se refiere a aquel engaño que se sirve del proceso como medio vehicular o que dentro de él trata de obtener un lucro con daño ajeno, a través de la resolución injusta que por error dicta el Juez. Es necesario que las maniobras fraudulentas preparatorias del proceso y las que se realicen en su ámbito, posean un grado de verosimilitud suficiente para producir el error razonable del Juez.

Como hemos declarado en S. 530/97 de 22.4, "la denominada doctrinalmente estafa procesal tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte"; debiendo reconocerse que "las posibilidades de inducir a engaño a un Juez aparecen más realizables en el proceso civil en el que tiene que permanecer inactivo y neutral ante las aportaciones de las partes y dejar que ellas decidan sobre el objeto del litigio" (S. de 9 de marzo de 1992).

"La peculiaridad de estas estafas radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición (el juez) con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado), dualidad personal que aparece expresamente prevista en el propio texto del art. 528 (ahora art. 248.1), cuando nos habla de "perjuicio propio o ajeno" (SS. de 4 de marzo de 1997, 14 de enero de 2001, 21 de febrero de 2003). Puede darse la "estafa por omisión" "cuando determinadas relaciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar..." (S. de 22 de septiembre de 1993).

Incluso, puede también existir fraude procesal cuando el engañado no es el Juez sino la parte contraria,



a la cual, por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción, (S. de 25 de octubre de 1978), o en cualquier caso determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia (SSTS. 18.4.2005, 1980/2002).

En igual sentido la S. 878/2004 de 12.7, recuerda que la llamada estafa procesal (subtipo de estafa especialmente agravado en el actual art. 250.2 CP.) ha sido ya tratada con reiteración por la jurisprudencia de esta Sala, siendo incorporada por primera vez a nuestra legislación en el año 1983, que se trataba como una figura más de la estafa, pero con una agravación específica (arts. 528 y 529.2), porque el daño que supone al patrimonio del particular se une el atentado contra el Poder Judicial que se utiliza como instrumento al servicio de finalidades defraudatorias, al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del Juzgador y las garantías del procedimiento (SSTS. 794/97 de 30.9, 457/2002 de 14.3). Particular explícita es esta última sentencia al señalar que han de concurrir los siguientes elementos:

1º. Ha de existir un engaño bastante, requisito esencial que caracteriza a toda clase de estafa, que en estos casos ha de producirse en el seno de un procedimiento judicial.

2º. Tal engaño bastante ha de tener por finalidad producir error en el juez o tribunal que ha de conocer del proceso.

3º. El autor de este delito ha de tener intención (en las estafas procesales propias) de que el órgano judicial que conoce del procedimiento dicte una determinada resolución (acto de disposición) favorable a sus intereses.

4º. Tal intención ha de abarcar la producción de un perjuicio a un tercero, perjuicio que obviamente ha de ser ilícito en correspondencia con el ánimo de lucro, también ilícito, que constituye el motor de toda esta conducta delictiva (en el mismo sentido la STS. 1980/2002 de 9.1).

Asimismo la S. 1267/2005 de 28.10, con referencia a la S. 21.2.2003, confirmaba la condena por ese tipo delictivo declarando que el carácter fraudulento de la actuación procesal del demandante depende de la presencia del ánimo de lucro en la conducta de quien, consciente de que el demandado nada le adeuda, pretende obtener un beneficio económico ilícito mediante una resolución judicial provocada por aquél amparado en un contrato inválido o inexistente, de suerte que la presentación de demanda con apoyo en un contrato invalidado..... constituye la

puesta en escena suficientemente engañosa para suscitar el error del Tribunal civil al que iba dirigida, y por tanto, la tentativa de estafa por la que se ha condenado al recurrente.

En efecto en relación a la consumación, la STS. 172/2005, que si la conducta estuviera encajada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y además se considerase como un delito de falsedad, no existirían problemas de consumación, ya que la acción quedaría perfeccionada por la puesta en marcha del procedimiento o la presentación del documento falso en juicio, tanto si la pretensión era la de iniciar el procedimiento, como cuando éste ya se está tramitando. Pero al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado.

Por ello, lo que verdaderamente consume el tipo delictivo en la estafa procesal es la producción de una decisión de fondo respecto de la cuestión planteada, pudiendo en los demás casos, integrar la conducta modalidades imperfectas de ejecución. En este caso, dice la STS. 595/99 de 22.4, el proceso civil iniciado no culminó con la sentencia de fondo que de haber sido estimatoria de la demanda podría haber determinado el desplazamiento patrimonial, ya que con la presentación de la querrela se provocó la paralización del juicio de cognición.

Así las cosas, el grado de ejecución delictivo no ha pasado de la tentativa al no haber alcanzado la fase decisoria del proceso civil.

En el caso presente, desestimados que han sido los motivos precedentes, los documentos mercantiles falsificados crearon el engaño de que la arrendataria, que en base al contrato de arrendamiento, una vez terminado el contrato, tenía derecho a que todas las obras realizadas se liquidaran con la propiedad, a quien correspondía sufragarlas, había realizado las obras y reparaciones que se reflejaban en las facturas, cuyo pago reclamó en el pleito civil mediante la correspondiente demanda reconvenencial, sustentada en las facturas mencionadas, cometiendo así el delito de estafa procesal, en grado de tentativa, pues utilizó un procedimiento judicial para obtener un beneficio ilícito, el abono de unas cantidades por obras que no habían sido ejecutadas, para cuyo reconocimiento utilizó una maniobra engañosa de naturaleza procesal, cual fue la presentación de documentos mercantiles falsificados.

NOVENO.- Desestimándose el recurso las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim.).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Martín y María Inés, contra sentencia de 12 de

febrero de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que les condenó como autores de un delito de falsedad en documento mercantil y estafa; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso. Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legisla-

tiva lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallín.- Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.- Juan Saavedra Ruiz.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

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



2010/19311

TS Sala 4ª, Sentencia 11 febrero 2010. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

De la red pública de hospitales de Cataluña

## Conflicto colectivo sobre ordenación del tiempo de trabajo del personal sanitario

*Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato demandado contra sentencia que acogió la demanda de conflicto colectivo formulada por la asociación sanitaria accionante sobre ordenación del tiempo de trabajo del personal sanitario de la red pública de hospitales de Cataluña. Explica la Sala que del cumplimiento de las normas sobre jornada no se puede deducir el de las normas sobre descansos, y tampoco cabe la deducción inversa, limitándose la sentencia recurrida a decir que los calendarios compensados que han dado origen a la controversia, donde se tienen en cuenta todos los factores y aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, pueden ser un instrumento válido de fijación de descansos compensatorios.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantean los presentes recursos de casación común o genérica, interpuestos separadamente por UGT y por la Asociación de Médicos y Enfermeras de Cataluña, se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo del personal sanitario de la red pública de hospitales de esta Comunidad Autónoma. En concreto, la controversia que debemos resolver versa sobre el alcance del derecho a descanso compensatorio de días "festivos intersemanales", regulado en el art. 24.c) del VII Convenio Colectivo de los Hospitales de la Red Hospitalaria de Utilización Pública y Centros de Atención Primaria de Cataluña (años 2005-2008, DOGC, 4/10/2006).

La citada disposición convencional dice así: "1. De acuerdo con lo que se ha pactado en los artículos anteriores se garantiza que todos los

trabajadores han de tener como mínimo los siguientes días de descanso: a) 30 días naturales de vacaciones (artículo 22 del convenio); b) un día y medio de descanso semanal (artículo 21.2 del convenio); c) 14 días festivos intersemanales del calendario oficial (art. 37.2 del Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo del Estatuto de los Trabajadores) que, de no poderse disfrutar, tendrán descanso compensatorio; d) dos días festivos (art. 23 del convenio). 2. Las empresas han de garantizar que de estos días de descanso dos de cada mes han de coincidir en domingo (artículo 21.3 del convenio)".

Las representaciones colectivas de las entidades empleadoras demandaron por la vía del conflicto colectivo una determinada interpretación y aplicación del referido precepto de convenio, reaccionando así - según se afirma expresamente en los fundamentos de la sentencia recurrida -

frente a “numerosas reclamaciones plurales” de empleados interpuestas ante Juzgados de lo Social en las que reclamaban una interpretación jurídica distinta. Han sostenido en la instancia las demandantes que los “calendarios” de trabajo elaborados por las entidades empleadoras representadas, en los que el personal “disfruta de un número de días igual o superior al que garantiza el convenio colectivo”, contienen ya el “descanso compensatorio de los festivos intersemanales trabajados”, por lo que no ha lugar a la asignación de días de libranza adicionales.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida ha estimado la demanda, viniendo a decir que, efectivamente, los calendarios laborales controvertidos son ya calendarios compensados, en cuanto que incluyen en su distribución de días y horas de trabajo las garantías contenidas en el art. 24 del convenio colectivo aplicable, y en particular la garantía del “descanso compensatorio” de los “festivos intersemanales”. El siguiente pasaje de la resolución impugnada proporciona una exposición de síntesis del fundamento de la decisión: “Cuando (como sucede en el caso) el número total de días de descanso previstos en el convenio resultan disfrutados habrá de concluirse que concurre el descanso compensatorio convencionalmente previsto, y de esta manera el trabajo en dichos días no deberá determinar otra consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 32.3 de dicho convenio, que el derecho a percibir el plus salarial previsto en este particular precepto”. Se trata (s.e.u.o.) del llamado “plus de festivo”, calculado a un tanto “la hora de festivo intersemanal” compensada en otro día, cuyo importe varía según el grupo profesional de adscripción.

El recurso que interpone la Asociación de Médicos y Enfermeras de Cataluña contra la referida sentencia, articulado en dos motivos, alega en el primero infracción de nuestra jurisprudencia, en concreto infracción de la doctrina sentada en STS Social 21-1-2006, en relación con el art. 33.4 del convenio colectivo de la red pública de hospitales de Cataluña, mientras que el segundo motivo sostiene que la interpretación realizada en la instancia de los ya citados artículos 24.1 y 33.4 del propio convenio colectivo son contrarios a lo dispuesto en la regulación legal (art. 34.8 ET) y reglamentaria (art. 47 RD 2001/1983) de la materia.

En cuanto al recurso de UGT, las infracciones denunciadas son también dos, que dan lugar a otros tantos motivos. El primero denuncia incongruencia, defecto procesal en que incurrió la sentencia recurrida, según el sindicato recurrente, al no haber atendido a la excepción de falta de acción planteada en la instancia. El segundo motivo aduce vulneración de diversos preceptos sustantivos sobre ordenación del tiempo de trabajo; concretamente, los contenidos en

los preceptos legales, reglamentarios y convencionales que se indican, a saber, el art. 37.1 y 2 ET, el art. 47 RD 2001/1983 y la Disposición Final 3ª RD 1561/1995, y los artículos 23, 24 y 34.2 del VII Convenio Colectivo de los Hospitales de la Red Pública de Cataluña.

TERCERO.- De conformidad con el detallado informe del Ministerio Fiscal, ambos recursos deben ser desestimados. El razonamiento de desestimación que se expone a continuación distinguirá la respuesta a los argumentos de las partes recurrentes en la parte en que son netamente distintos, mientras que dará en cambio una respuesta conjunta a aquellos otros que versan sobre el contenido de la normativa sustantiva aplicable al punto concreto de ordenación del tiempo de trabajo objeto de la controversia.

La imputación de incongruencia formulada en el primer motivo del recurso de UGT no merece favorable acogida. Es cierto que la sentencia recurrida no ha dado respuesta explícita a la excepción de falta de acción esgrimida en la contestación a la demanda. Pero no es menos verdad que dicha sentencia sí expresa, al mencionar las numerosas reclamaciones judiciales a que había dado lugar la disposición convencional controvertida, una convincente razón que prueba la existencia de un interés real de las demandantes en la interposición de la demanda. En efecto, existía y existe un interés empresarial legítimo en disponer, en una situación litigiosa, de una solución judicial uniforme para una cuestión relativa a la interpretación y aplicación de la norma controvertida. Acreditado este interés como soporte real de la acción ejercitada, la respuesta judicial a la excepción planteada por el sindicato es suficiente, de acuerdo con muy reiterada jurisprudencia constitucional y ordinaria, según la cual sólo la omisión o falta de respuesta a las pretensiones de las partes, pero no la respuesta genérica o global a sus alegaciones o argumentaciones entraña la vulneración a la tutela judicial efectiva en que consiste el vicio de incongruencia (entre otras muchas, STC 100/2004 y las que en ella se citan).

Para la desestimación del motivo de infracción de jurisprudencia expresado en el recurso de la Asociación de Médicos y Enfermeras de Cataluña basta con señalar que la doctrina jurisprudencial supuestamente infringida se contiene en una sentencia (STS 21-1-2006, rcud 502/2005) en la que se dirimió una cuestión distinta a la que hoy nos ocupa. Lo que resolvimos entonces concierne a la retribución especial del trabajo en festivo intersemanal, de acuerdo con el art. 23.2 del convenio aplicable, consistente en un “incremento del 75 % sobre el valor retributivo de la hora ordinaria”. Lo que debemos resolver ahora versa, como ya se ha dicho y repetido, no

sobre la cuantía de la retribución correspondiente al trabajo del festivo intersemanal, sino sobre la duración del tiempo de trabajo y sobre los modos jurídicamente posibles de hacer efectiva la garantía del descanso compensatorio del trabajo en festivo.

CUARTO.- Para la cuestión de fondo las entidades recurrentes han esgrimido (hay que reconocer que de manera no muy clara) los siguientes argumentos: 1º) que la petición de la demanda acogida en la sentencia supone reconocer la validez del “calendario anualizado” de la dirección de los hospitales, calendario que ha de ser negociado con los representantes de los trabajadores (motivo 2º del recurso de UGT); 2º) que “un calendario anual no es instrumento eficaz ni válido para alterar la regla general de disfrute del art. 24 del convenio y del art. 37.2 ET” (motivo 2º del recurso de UGT); 3º) que la “presunción de que del cumplimiento de la jornada se presume el cumplimiento de los descansos y festivos, o a la inversa, que del disfrute de los descansos mínimos se presume el cumplimiento de la jornada anual no es una premisa correcta” (motivo 2º del recurso de UGT); y 4º) que la finalidad del “festivo intersemanal” es “celebrar determinadas solemnidades laicas o religiosas... con independencia de la empresa donde presten sus servicios”, por lo que deben ser disfrutados “en las fechas que señala la ley” con la excepción prevista en el art. 47 RD 2001/1983 (2º motivo del recurso de la Asociación de Médicos y Enfermeras de Cataluña).

Estos argumentos no tienen fuerza para desvirtuar la solución adoptada en la sentencia recurrida. Es cierto que los festivos deben disfrutarse en principio en la fecha de la solemnidad celebrada; pero no es menos verdad que la legislación prevé excepciones a la regla de la libranza en festivo “por razones técnicas y organizativas” (art. 47 RD 2001/1983, rehabilitado en su vigencia por la Disposición Derogatoria Única del RD 1561/1995), resultando evidente que tales razones concurren en el trabajo hospitalario. Es cierto que la Disposición Final 3ª del propio RD 1561/1995 reconoce a los representantes de los trabajadores derechos de consulta y de información “con carácter previo a la elaboración del calendario laboral”; pero es verdad también que el modo de elaboración de dichos calendarios no ha sido el objeto litigioso del presente conflicto colectivo, referido exclusivamente a la compatibilidad de los calendarios ya existentes con una disposición convencional sustantiva sobre ordenación del tiempo de trabajo. Y es cierto que la decisión adoptada a nivel de empresa de elaborar el calendario laboral ha de respetar las normas legales y convencionales de carácter imperativo; pero, desde luego, ello no es obstáculo para, como se ha hecho en los hospitales de la Red Hospitalaria de Cataluña, elaborar un calendario compensado, don-

de se establezcan por anticipado, una vez respetados los mínimos de derecho necesario, los días festivos intersemanales que han de ser atendidos por el personal para una adecuada prestación del servicio público encomendado.

En fin, del cumplimiento de las normas sobre jornada no se puede deducir el de las normas sobre descansos, y tampoco cabe la deducción inversa; pero no es ésta la operación interpretativa que realiza la sentencia recurrida, que se limita a decir que los calendarios compensados que han dado origen a la controversia, donde se tienen en cuenta todos los factores y aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, pueden ser un instrumento válido de fijación de descansos compensatorios. Como dice el informe del Ministerio Fiscal, “los días festivos intersemanales no disfrutados generan un descanso compensatorio”, pero en la regulación del convenio colectivo objeto de controversia “tal descanso carece de un período de referencia para su efectividad”, por lo que puede ser fijado o especificado ex ante mediante un “calendario de trabajo” siempre que éste “no sobrepase la jornada contratada” y cumpla las restantes prescripciones sobre ordenación del tiempo de trabajo.

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

#### FALLO

Desestimamos los recursos de casación, formulado por el Letrado D. Luis Ezquerro Escudero, en nombre y representación de UNION GENERAL DE LOS TRABAJADORES y el formulado por el Letrado D. Jesús Carlos García Reig, en nombre y representación del SINDICATO AGRUPACION DE MEDICOS Y ENFERMERAS DE CATALUÑA (AMIC), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de noviembre de 2008, en actuaciones seguidas por CONSORCI ASSOCIACIÓ PATRONAL SANITARIA I SOCIAL y UNIO CATALANA D'HOSPITALS, contra dichos recurrentes y COMISIONES OBRERAS DE CATALUÑA (Federación de Sanidad), sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Devuélvanse 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.

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



## RESEÑA

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

### TS CIVIL

2010/14200

TS Sala 1ª, Sentencia 4 marzo 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

#### Obligación del vendedor de otorgar escritura pública de compraventa

El TS declara no haber lugar al recurso extraordinario de infracción procesal y haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, acuerda confirmar la demanda sobre la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes y estimó la demanda reconvenzional del comprador demandado considerando que procede el cumplimiento del contrato y la obligación de otorgar escritura pública. Se ha dado un incumplimiento de las dos partes, por lo que no procede la resolución del contrato sino el cumplimiento del mismo, tal como ha interesado la parte compradora. La vendedora no puede pretender que quedó resuelto el contrato por la incomparecencia del comprador, pues la resolución por incumplimiento, si no es aceptada extrajudicialmente precisa declaración judicial.

2010/16369

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

#### Vicio en el consentimiento en el contrato de compraventa al mediar engaño

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que declaró la nulidad del contrato de compraventa suscrito entre las partes y de la escritura posterior otorgada, al considerar la sentencia recurrida que en el contrato medió dolo y vicio del consentimiento dado que la vendedora demandada conocía la existencia de un grave defecto en la finca que transmitía hasta el punto de que resultaba inidónea para el fin al que iba destinada, que era la edificación, y condena a la demandada a la indemnización fijada en concepto de cantidad

debida incluidos los gastos reclamados e impuestos pagados por dicha transmisión.

### TS PENAL

2009/307313

TS Sala 2ª, Sentencia 23 diciembre 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

#### Delito de insolvencia punible: cooperador necesario

Se estiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de insolvencia punible. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, absuelve al recurrente del expresado delito, ya que los actos, que como probados se describen en la sentencia recurrida, excluidos los que lo son en virtud de inferencia que, por ilógica, es incompatible con la garantía constitucional invocada, son atípicos. No solamente a título de autor, dado que se trata de un delito especial propio, sino también como mero cooperador necesario o partícipe como cómplice.

2009/307318

TS Sala 2ª, Sentencia 4 diciembre 2009.  
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

#### Reducción de la pena impuesta por delito de lesiones al concurrir dilaciones indebidas

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a reducir la pena impuesta al recurrente en dos grados, ya que la sala estimó con razón que las dilaciones de que se trata fueron de una entidad que justifica la especial cualificación de la atenuante, pues carece de toda justificación que una causa por hechos tan simples como los de ésta, haya precisado el transcurso de más de ocho años para ser enjuiciada.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/31743

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 24 febrero 2010.  
Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

#### Inadmisión de recurso por falta de legitimación activa

El TS declara la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ que, asumiendo las razones y la propuesta del informe del servicio de inspección, acordó archivar la información previa tramitada como consecuencia de las denuncias que habían sido presentadas en relación con la actuación seguida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción frente a las solicitudes y recursos que presentó frente a la situación de prisión provisional de que había sido objeto en un proceso penal. La Sala declara la falta de legitimación del actor al considerar que el único interés de la pretensión ejercitada en la demanda, como claramente resulta de la lectura del "suplico", es que se haga un pronunciamiento sobre si la Magistrada denunciada ha incurrido en determinadas faltas disciplinarias y, como consecuencia de ello, se haga pronunciamiento sobre la procedencia de imponerle la sanción correspondiente a una falta muy grave.

### TS SOCIAL

2010/19296

TS Sala 4ª, Sentencia 17 febrero 2010.  
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

#### Incompetencia del orden social para acreditar méritos a efectos de concurso

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por le demandada Xunta de Gali-

cia contra sentencia que acogió la pretensión del veterinario accionante sobre declaración de relación laboral.

Señala la Sala que lo que el demandante pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar mediante una sentencia laboral un mérito a efectos de la puntuación en un concurso administrativo, es decir, obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal, que no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción.

2010/19319

TS Sala 4ª, Sentencia 28 enero 2010.  
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

#### Falta de competencia de la AN en autos sobre conflicto colectivo en materia de clasificación

Estima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato demandado contra sentencia que rechazó las excepciones formuladas a su instancia en autos sobre conflicto colectivo en materia de clasificación profesional.

Acoge la Sala las excepciones de falta de competencia y falta de interés real y actual, pues los problemas que pueden derivarse del sistema de clasificación profesional de los convenios colectivos que rigen las relaciones laborales en ambas empresas demandantes no son homogéneos, ni afectan de igual modo a centros de trabajo de más de una comunidad autónoma.

2010/19301

TS Sala 4ª, Sentencia 23 febrero 2010.  
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

#### Denegación a teleoperadores del disfrute de dos fines de semana al mes

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato demandante contra sentencia que rechazó el derecho de los teleoperadores afectados por el conflicto al disfrute de dos fines de semana de descanso al mes, con independencia de la forma fraccionada de los días de vacaciones que se hayan disfrutado.

Explica la Sala que el art. 24 del III Convenio Colectivo estatal para el sector de Telemarketing establece una cierta acumulación del descanso semanal en periodos de catorce días, de forma que el trabajador ha de disponer de un día de descanso en cada semana, pero puede disfrutar de dos días de libranza a la semana en la semana siguiente, artículo indisociable de lo que dispone el art. 26 del propio convenio, en el que se está regulando un aspecto normativo concreto y determinado del derecho al descanso semanal, que es el de la determinación de los días en que el derecho se hace efectivo.