



# 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 2802

Madrid, lunes 8 de marzo de 2010



## TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/275697

TC Sala 1ª, Sentencia 26 noviembre 2009. Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde

En materia de extranjería

### Expulsión proporcionada por no acreditar arraigo familiar

*El TC deniega el amparo solicitado por ciudadano ecuatoriano, al no entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Los sucesivos instructores del expediente, en respuesta a las alegaciones presentadas por el recurrente en anteriores instancias, señalaron que no se aportaba documento alguno que acreditase lo alegado, que las solicitudes de permiso de residencia y de trabajo habían sido denegadas y que le constaban diversas detenciones por delitos graves, demostrativas de una conducta antisocial en España. El citado expediente finalizó con la resolución en la que se imponía al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en España por un periodo de diez años, posteriormente ratificada judicialmente. La contradicción en los datos, denunciada por el recurrente no se aprecia por el Alto Tribunal, y considera igualmente, que la expulsión es proporcionada sin que el apelante haya acreditado la concurrencia de circunstancias especiales que en su caso permitan llegar a otra conclusión.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la resolución administrativa por la que se acuerda la expulsión y prohibición de entrada en España del recurrente y las resoluciones judiciales que posteriormente confirman dicha resolución han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que en la demanda se pone en conexión con el derecho a la familia consagrado en el art. 39 CE.

Ello habría sucedido, de conformidad con lo argumentado en la demanda de amparo, al no haberse ponderado su arraigo familiar y laboral en España, lo que determinaría la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada.

En su caso, también debe ser objeto de análisis si la resolución judicial que resolvió el recurso de apelación

ha incurrido en una nueva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la medida en que desestima dicho recurso al no considerar acreditada la situación de excepcionalidad alegada, lo que resulta contradictorio -según la demanda de amparo- con lo resuelto en cuanto al arraigo por la resolución judicial que estimó la suspensión cautelar solicitada ponderando precisamente el arraigo familiar como circunstancia excepcional.

No procede, por el contrario, entrar en el examen de la solicitud de restablecimiento de los derechos "a la defensa, al debido proceso (y) a la instancia plural", al no explicitarse argumentación alguna al respecto (por todas, entre otras muchas, SSTC 21/2001, de 29 de enero, FJ 3; 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 2; 57/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3; y 23/2005, de 14 de febrero, FJ 2).

De lo anteriormente expuesto se desprende que nos encontramos ante un amparo de los denominados mixtos, toda vez que junto a la vulneración que se imputa autónomamente a la resolución judicial que pone fin al proceso, existen otras que se imputan tanto a la resolución administrativa sancionadora, como a las resoluciones judiciales que la confirman.

En estos casos, tal como ha reiterado este Tribunal, "el carácter prioritario de la impugnación del acto administrativo, origen y fin del proceso judicial posterior, y la facilitación de una solución más temprana al amparo impetrado, aconsejan que examinemos primero las quejas referidas a aquel acto" (por todas, SSTC 113/2008, de 29 de septiembre, FJ 2; 140/2009, de 15 de junio, FJ 1).

SEGUNDO.- El Abogado del Estado denuncia que el recurso es, en todo caso, inadmisibles por extemporáneo, al entender que el escrito de la Abogada que había asistido al demandante en la vía judicial previa interesando que se designaran Abogado y Procurador de oficio para formalizar la demanda de amparo no supone la interposición del recurso mediante la presentación de la demanda, por lo que la presentación de la misma mucho después hace que el amparo devenga extemporáneo.

Sostiene que con arreglo al art. 3 del Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional (BOE núm. 174, de 19 de julio de 1996), cuando la resolución que agote la vía jurisdiccional previa al recurso de amparo haya sido dictada por un órgano judicial con sede en Madrid, quienes pretenden promover un recurso de amparo y ya tuvieren reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en dicha vía jurisdiccional, deberán interponer la demanda de amparo en el plazo previsto en los arts. 43 y 44 LOTC, salvo en el caso de que el Letrado designado de oficio para asistir al interesado en la vía judicial previa, en los seis días posteriores a la notificación de aquella resolución, oponga reparos a las sostenibilidades del recurso en los términos previstos en los arts. 32 a 35 de la Ley de asistencia jurídica gratuita.

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Expulsión proporcionada por no acreditar arraigo familiar 1

### TS

#### CIVIL

Incumplimiento de instrucciones de entidad bancaria en la comunicación sobre emisión de títulos 4

#### PENAL

Tipicidad en el delito de incendio 7

#### ADMINISTRATIVO

Defectos de elaboración de la Orden impugnada al no dar audiencia a las organizaciones sindicales 10

#### SOCIAL

Premio abonado a tirador selecto como remuneración individualizada 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

El demandante de amparo, que litigó con el beneficio de asistencia jurídica gratuita ante órganos judiciales con sede en Madrid, parece encontrarse en el caso que contempla el art. 3 del Acuerdo antes citado. Tal como hemos declarado en el ATC 38/2007, de 12 de febrero, en ese supuesto es a la representación procesal del demandante ante el órgano que puso fin a la vía judicial a quien compete presentar la demanda de amparo en el plazo previsto legalmente, sin que tenga incidencia alguna para ampliar el plazo legal la solicitud de designación de nuevos profesionales.

Rige en tal caso en plenitud la regla general de que es improcedente dividir la interposición del recurso de amparo en dos actos diversos, uno de anuncio y otro de formalización de demanda.

Si el art. 4 del Acuerdo de 18 de junio de 1996, al regular el supuesto de que se pretenda interponer un recurso de amparo por quien tuviera reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita en la vía jurisdiccional cuando ésta se hubiese agotado ante un órgano judicial que no tenga su sede en Madrid, prevé, a diferencia del art. 3, que el interesado se dirigirá a este Tribunal interesando que se le nombre Procurador de oficio (y, en su caso, también Abogado), es porque en tal hipótesis el interesado en recurrir no dispone en su plenitud de la asistencia forense que exige la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su art. 81.1, que requiere que se comparezca mediante la representación de un Procurador.

Es obvio, como dijimos ya en el ATC 1007/1987, de 16 de septiembre (FJ único), que la representación deberá ostentarla "un Procurador de los habilitados para actuar en los Tribunales que tienen su sede en Madrid... pues la propia función del Procurador sólo puede asumirse, por otro lado, actuando en la sede del Tribunal. La falta de representación por Procurador de Madrid comporta como resultado la carencia de un requisito legal".

Ahora bien, en nuestro caso el demandante había comparecido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid representado por su Abogada, pues, como es sabido, el art. 23.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) no exige la comparecencia mediante Procurador ante los órganos unipersonales de ese orden jurisdiccional; además, el recurso de

apelación contra la Sentencia del Juzgado fue interpuesto y tramitado ante este órgano (art. 85.1 LJCA), sin necesidad de personarse -ni, por tanto, de hacerlo mediante Procurador de los Tribunales, como requiere el art. 23.2 LJCA- ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

Por tanto, pese a haber litigado acogido al beneficio de asistencia jurídica gratuita en la vía judicial previa al amparo y a que ésta se había desarrollado ante órganos con sede en Madrid, el recurrente no podía presentar válidamente la demanda de amparo, al no disponer de Procurador que le representara.

Estaba justificada, pues, dadas las especiales circunstancias concurrentes, la solicitud de nombramiento de un Procurador (art. 27 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita), pues la Abogada que le había representado ante los órganos judiciales ordinarios no podía asumir la representación procesal del demandante ante este Tribunal por exigencia del art. 81.1 LOTC, y que, por ello, no se iniciara el presente proceso constitucional con la presentación de la demanda, como es regla general (ATC 514/2005, de 19 de diciembre, FJ 3).

Tal solicitud se registró en el Tribunal Constitucional dentro de los veinte días siguientes al de notificación de la Sentencia que ponía fin a la vía judicial (art. 43.2 LOTC), de modo que no cabe imputar extemporaneidad alguna al recurso de amparo.

Por lo demás, si bien es cierto que la voluntad de recurrir no fue expresada personalmente por el legitimado para ello, no lo es menos que lo fue por quien había sido tenida por su representante en la vía judicial.

Como esa representación no constaba acreditada ante el Tribunal Constitucional se requirió la ratificación del recurrente. La ratificación no se produjo mediante comparecencia personal del interesado ante el Secretario judicial, comparecencia personal que no exige el art. 4.1 del Acuerdo reglamentario de 18 de junio de 1996, sino mediante la presentación de un escrito firmado por aquél, acompañado de un segundo escrito en el que manifestaba que estaba ingresado en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Carabanchel, y en el que nombraba Abogado a D. César Wilmer Maldonado Quis-

que, solicitando la designación de un Procurador del turno de oficio.

De la autenticidad de dichos escritos ninguna duda cupo al citado fedatario público, que dictó la diligencia de ordenación de 13 de junio de 2006, por la que se continúa la tramitación del procedimiento, solicitando el nombramiento de Procurador del turno de oficio y teniendo por designado al Abogado por él nombrado.

Si el Abogado del Estado no compartía esta apreciación del Secretario pudo interesar la revisión de dicha diligencia (art. 224 de la Ley de enjuiciamiento civil: LEC) una vez personado en las actuaciones, de modo que, al no haberlo hecho, no cabe volver ahora sobre esa cuestión.

TERCERO.- Alega también el Abogado del Estado que concurre la causa de inadmisión del art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC (en su redacción anterior a la que ha dado a esos preceptos la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), por no haber denunciado el demandante en la vía judicial la vulneración de ningún derecho fundamental susceptible de amparo.

Conforme a reiterada jurisprudencia, la exigencia de invocación formal en el proceso judicial del derecho constitucional vulnerado tiene una doble finalidad: por una parte, la de que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y restablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, la de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se haya dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente.

Igualmente se ha destacado que el cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su nomen iuris, siendo suficiente que se efectúe de manera que se cumpla la finalidad perseguida con aquel requisito, lo que significa que ha de someterse el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, delimitando y acotando su contenido (por todas, SSTC 55/2006,

de 27 de febrero, FJ 2; 71/2007, de 16 de abril, FJ 2).

La aplicación de esta jurisprudencia al presente caso nos lleva a concluir que el óbice procesal no puede acogerse. Ciertamente en la vía judicial ordinaria el recurrente no hizo mención concreta y numérica de los derechos fundamentales en cuya vulneración fundamenta la demanda de amparo; sin embargo, como se expuso con mayor amplitud en los antecedentes de esta resolución, tanto en el recurso contencioso-administrativo como en el recurso de apelación se alegó que la sanción de expulsión era improcedente al no haber tenido en cuenta las circunstancias personales y familiares del afectado (su convivencia con una ciudadana ecuatoriana y con un hijo común), entendiéndose que vulneraba el principio de proporcionalidad, en la medida en que no se justifica en el caso concreto su imposición en lugar de la sanción alternativa de multa y que la Administración debe razonar en cada caso concreto si procede una o otra.

Es más, en la demanda contencioso-administrativa se señala que ello vulnera su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, al haberse dictado una resolución carente de toda motivación, recordando el deber constitucional de motivar las resoluciones, máxime cuando se trata de Derecho sancionador; queja que se reitera en el recurso de apelación, afirmando que la resolución recurrida no justifica la sanción de expulsión.

En definitiva, y aunque sin invocación expresa de los arts. 24.1 y 39 CE, lo planteado por el demandante como tema central de su impugnación contencioso-administrativa de la expulsión se corresponde sustancialmente con lo alegado en la demanda de amparo, esto es, la deficiente motivación de la expulsión frente a la sanción alternativa de multa y la falta de consideración del arraigo alegado, determinantes de la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada, por lo que no puede apreciarse que concorra la causa de inadmisibilidad que opone el Abogado del Estado.

CUARTO.- Despejados los óbices procesales, y comenzando el análisis de fondo por la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que el recurrente imputa a la resolución administrativa sancionadora, hemos de recordar, en primer lugar, que este derecho fundamental,

por su conexión con la garantía de la dignidad humana, ha sido reconocido expresamente por este Tribunal como perteneciente a las personas en cuanto tales y que, por tanto, de él han de gozar también los extranjeros, con independencia de su situación jurídica en España, en condiciones equiparables a los españoles (por todas, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

Y en esta misma Sentencia, el Pleno de este Tribunal recordaba que del derecho a la tutela judicial efectiva se deriva no sólo el deber de motivación de las resoluciones judiciales, sino también de los actos administrativos cuando éstos limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales o impongan sanciones (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12) y que la expulsión del territorio prevista en el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), en cuanto consecuencia de una conducta tipificada como infracción administrativa, se impone en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, al que son aplicables los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 16).

Sentado lo anterior, hemos de recordar que en la reciente STC 140/2009, de 15 de junio, FJ 3, afirmamos que ese deber de motivación en el ámbito sancionador, incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la sanción a imponer, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad.

Deber de motivación que se satisface con una motivación por remisión, siempre que queden debidamente exteriorizados los elementos de juicio sobre los que se basa la decisión y su fundamentación jurídica resulte una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad.

En concreto, y por lo que se refiere al régimen sancionador en materia de extranjería y a la posibilidad prevista legalmente en el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se puede imponer, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio nacional, este Tribunal ha puesto de manifiesto que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada como infracción grave y, por otra, por la concurrencia de los criterios para la aplicación de las sanciones, establecidos tanto en el art. 55.3 de la Ley Orgánica

4/2000, como en el art. 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000 (SSTC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4; 140/2009, de 15 de junio, FJ 3).

QUINTO.- En el presente caso, y a diferencia del resuelto en la STC 140/2009, de 15 de junio, no podemos concluir que la resolución administrativa haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente, pues -como también destaca el Abogado del Estado- de la consideración del expediente administrativo en su conjunto se puede concluir que la resolución sancionadora, por remisión a todo lo actuado, sí justifica la decisión de imponer la sanción de expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional frente a la de multa, ponderando las circunstancias del caso y lo alegado por el afectado en el trámite de audiencia.

Como se expuso con más detalle en los antecedentes, tras haber sido detenido por la presunta comisión de un delito de robo con violencia o intimidación, se acordó incoar contra el recurrente un procedimiento preferente de expulsión por una infracción prevista en el art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al no disponer de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España.

En dicho procedimiento se alegó que el Sr. Bolívar había solicitado permiso de trabajo y residencia hacía más de dos años, sin que por parte de la Administración se hubiera resuelto tal expediente, y que llevaba residiendo en España más de diez años y desde hacía seis convivía con su pareja de hecho, que tiene residencia legal en España, con la que tiene un hijo en común, así como que estaba empadronado y disponía de tarjeta sanitaria.

Los sucesivos Instructores del expediente, en respuesta a dichas alegaciones, señalaron que no se aportaba documento alguno que acreditase lo alegado, que las solicitudes de permiso de residencia y de trabajo habían sido denegadas y que le constaban diversas detenciones por delitos graves, demostrativas de una conducta antisocial en España.

El expediente finalizó por Resolución del Delegado del Gobierno en Madrid, de 25 de marzo de 2004, en la que se imponía al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada

en España por un periodo de diez años, posteriormente ratificada judicialmente.

En definitiva, la lectura de la resolución sancionadora, integrada con el conjunto del expediente al que implícitamente se remite, permite concluir que se exteriorizan las razones que conducen a la adopción de la decisión y que éstas no son incoherentes con los presupuestos objetivos y subjetivos, así como con los criterios de aplicación legalmente previstos para la aplicación de la sanción, quedando excluida la arbitrariedad de la decisión.

En efecto, la procedencia de la expulsión se afirma tras tomar en consideración las alegaciones del recurrente (a las que se responde destacando que el alegado arraigo familiar no se acreditó en modo alguno en vía administrativa y que las solicitudes de permiso de residencia y de trabajo habían sido denegadas) y las restantes circunstancias concurrentes en el caso (su conducta antisocial, evidenciada por la múltiples detenciones por delitos graves), efectuando un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, respetuoso con los criterios de graduación de la sanción a aplicar en un procedimiento administrativo sancionador.

SEXTO.- Finalmente, hemos de abordar la denunciada vulneración del art. 24.1 CE que en la demanda se imputa a la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por cuanto ésta habría desestimado la apelación por no considerar acreditada la circunstancia excepcional alegada, lo que entiende que contradice lo resuelto por la misma Sala del mismo Tribunal, si bien en su Sección Primera, al acordar la suspensión cautelar de la expulsión, precisamente por considerar acreditado el arraigo familiar del recurrente.

Como recordábamos en la reciente STC 62/2009, de 9 de marzo, FJ 2, con abundante cita de jurisprudencia, este Tribunal ha afirmado que “desconoce el derecho a la tutela efectiva el órgano judicial que dicta una resolución contrapuesta en lo esencial a la que había dictado anteriormente para un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica, siempre que no exprese o no se infieran las razones para tal cambio de orientación.

En esta conducta, que se subsume bajo la perspectiva prioritaria del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley cuando son distintos los sujetos implicados, pasa a un primer plano el defecto de tutela judicial cuando no se da tal alteridad, cuando es un solo ciudadano el implicado en las resoluciones opuestas”.

Ahora bien, en el presente caso no nos encontramos ante dos resolucio-

nes contradictorias respecto de un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica.

Por una parte, no se aprecia la contradicción en los datos denunciada, pues -como señala el Ministerio Fiscal- la Sentencia de apelación toma en consideración expresamente la situación familiar del recurrente, si bien considerando que no es “dato suficientemente relevante, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren” y, tras efectuar la ponderación con las restantes circunstancias concurrentes, se concluye que la expulsión es proporcionada “sin que el apelante haya acreditado la concurrencia de circunstancias especiales que en su caso permitan llegar a otra conclusión”.

Por tanto, esta última afirmación no puede ser sacada de su contexto y, en dicho contexto, no significa -como pretende el recurrente- que el órgano judicial no considere acreditado el arraigo familiar de forma contradictoria con lo resuelto en el mismo procedimiento al acordar la suspensión cautelar de la expulsión; lo que afirma el órgano judicial es que tal arraigo, a la vista del conjunto de circunstancias del caso, no puede valorarse como una circunstancia especial que determine la desproporción de la expulsión.

Por otra parte, resulta patente que el dato del arraigo familiar puede ser valorado de forma distinta por los órganos judiciales al adoptar una medida cautelar de suspensión de la expulsión -medida que proporciona una tutela cautelar de los intereses del demandante, tendente a asegurar la efectividad de la sentencia (art. 129.1 LJCA), tras ponderar ante todo los intereses en conflicto (art. 130 LJCA)- y posteriormente en la Sentencia que realiza el enjuiciamiento de fondo que resuelve el recurso contencioso-administrativo, pues los datos con relevancia para tal enjuiciamiento de fondo no son necesariamente los mismos, ni la misma ha de ser necesariamente la ponderación del arraigo familiar a unos y otros efectos.

Procede, pues, un pronunciamiento denegatorio del amparo (art. 53 b) LOTC).

### FALLO

Denegar el amparo solicitado por D. Bolívar.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.



TS Sala: 1ª, Sentencia: 7 diciembre 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

En contrato de agencia

## Incumplimiento de instrucciones de entidad bancaria en la comunicación sobre emisión de títulos

*El TS acuerda estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la entidad bancaria recurrente. La actora acusa a la otra entidad bancaria de no haber anunciado, mediante la publicación correspondiente, y de conformidad con las instrucciones comunicadas por fax, a los tenedores o titulares de obligaciones, la decisión de la entidad emisora de amortización anticipada prevista en la emisión y contratos de suscripción de los títulos. La Sala falla a favor de la recurrente, indicando que al existir una devolución del fax sellado como confirmación, en la que se recababa y encomendaba una prestación de hacer, la demandada asumió el compromiso de colaboración consistente en dar cumplimiento a lo que solicitaba.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre una reclamación de responsabilidad contractual traducida en una indemnización de daños y perjuicios que se formula por una entidad bancaria -Banco de Desarrollo del Consejo de Europa-, por una cantidad de 16.210.201 euros, contra otra entidad bancaria -Banco Urquijo S.A., actualmente Banco de Sabadell, S.A.- con base en el incumplimiento por parte de la demandada del contrato celebrado el 18 de noviembre de 1996, calificado de Agencia de Emisión y de Pagos, a la que reprocha no haber anunciado, mediante la publicación correspondiente, y de conformidad con las instrucciones comunicadas por fax, a los tenedores o titulares de Obligaciones la decisión de la entidad emisora de amortización anticipada prevista en la Emisión y contratos de suscripción de los títulos.

Por el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa (BDCE) se dedujo demanda contra el Banco Urquijo, S.A. (actualmente Banco de Sabadell, S.A.) en la que solicita:

1º.- Declare que Banco Urquijo incumplió las obligaciones contractuales asumidas frente a BDCE en su condición de Agente de Emisión y Pagos, en relación con la emisión de obligaciones realizada en noviembre de 1996, al no seguir sus instrucciones sobre notificación a los obligacionistas de la amortización anticipada de dichas obligaciones.

2º.- Declare que Banco Urquijo es responsable de los daños y perjuicios

causados a mi representada como consecuencia de los anteriores incumplimientos.

3º.- Condene a Banco Urquijo a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

4º.- Condene a Banco Urquijo a pagar a la entidad actora la cantidad de 16.210.201,- euros,- ptas. más los intereses legales, incrementados en dos puntos, contados desde la fecha en que fuera dictada sentencia, conforme a lo previsto en el art. 576 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

El esquema del relato fáctico se resume en que el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa (BDCE) realizó en noviembre de 1996 una emisión de Obligaciones por importe de veintidós mil millones de pesetas con previsión de amortización final en el año 2.011 y posibilidad de amortizaciones anticipadas en los años 2001 y 2003, concertando en fecha 18 de noviembre de 1996 contratos de suscripción con diversas entidades financieras, y de agencia de emisión y pagos con Banco Urquijo, S.A. Habiendo decidido la entidad emisora ejercitar la facultad de amortización anticipada prevista para el 25 de noviembre de 2001, no pudo llevarse a cabo al no haberse realizado las obligatorias publicaciones para ponerlo en conocimiento de los tenedores de las obligaciones, cuya emisión se imputa por la actora BDCE a la entidad demandada -Banco Urquijo, S.A.-, por incumbirle la obligación al respecto.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 20 de Madrid el 22 de julio de 2003 en los autos de juicio ordinario número 5 de 2002 desestimó la demanda. Los argumentos básicos se sintetizan en que:

a) En el contrato de agencia de 28 de noviembre de 1996 no se establece ninguna concreta estipulación de la que resulte que el Banco Urquijo S.A. debía llevar a cabo la publicación precisa para que los tenedores de Obligaciones tuvieran conocimiento de la amortización anticipada decidida por el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa.

b) Tampoco resulta de la asimilación a otros contratos -comisión mercantil y mandato-, ni de la normativa del mercado de valores, ni se obtiene de una conversación telefónica que se califica de irrelevante y nada aclaratoria de la cuestión sometida a debate.

c) Que la pretensión de basar el incumplimiento contractual en el fax de 19 de octubre de 2001 no es consistente -por la generalidad de sus términos; el agente no tenía por qué entender que debía hacer algo distinto de lo que el contrato recogía, ni así se dice en el fax, y no cabe admitir que hubo un requerimiento porque no se pactó la obligación de comunicación, y con toda probabilidad el Banco Urquijo S.A. no hubiese guardado silencio ante una comunicación o requerimiento expreso-.

d) Finalmente, en relación con la invocación de un uso mercantil en el mercado de valores de que el agente de emisión y pagos realice las publicaciones de la notificación de la amortización anticipada, se responde que la prueba practicada revela que no hay una práctica uniforme.

La Sentencia dictada por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 28 de febrero de 2005, en el Rollo número 876 de 2003, desestima el recurso de apelación de la entidad Banco de Desarrollo del Consejo de Europa y confirma la resolución del Juzgado de 1ª Instancia.

La resolución de apelación se apoya en dos grupos de argumentos. En el primero desecha la existencia de una obligación de notificación o comunicación que quepa derivar del contrato instrumentado en documento privado de fecha 18 de noviembre de 1996. Señala al respecto que no comprendía cualquier acto u operación relacionada con la Emisión de Obligaciones, sino que se concretaba esencialmente a la administración y ejecución de los pagos de la Emisión y que entre las obligaciones asumidas por la entidad agente no se encontraba la de realizar las publicaciones precisas para que los tenedores de la Obligaciones tuvieran conocimiento de la decisión de la emisora de amortizar anticipadamente conforme a las condiciones de la

propia emisión, a lo que añade: "extremo éste que ya no resulta controvertido en esta alzada, como evidencia el propio contenido del recurso de apelación".

En el segundo acervo argumentativo se alude a la pretensión de la entidad apelante de derivar la existencia de una nueva convención del fax remitido por la misma a la demandada en fecha 19 de octubre de 2001, la que se rechaza con base, en síntesis, que se trata de una cuestión nueva en apelación, y que, en todo caso, del tenor de dicho fax no cabe inferir la intención clara, inequívoca y concluyente por parte de la entidad emisora de establecer un nuevo obligacional en su relación contractual, ni una ampliación de las funciones de la demandada, encomendándole una nueva comisión, que no se especifica ni concreta suficiente y adecuadamente, ni tampoco cabe inferir aceptación o asunción de obligación adicional alguna -distinta de las ya derivadas del contrato litigioso- por el mero hecho de haber reenviado el fax con su sello estampado a la entidad actora, pues tal hecho sólo es indicativo de un mero acuse de recibo de su recepción.

Por la entidad actora y apelante Banco de Desarrollo del Consejo de Europa se interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que fueron admitidos, salvo el motivo quinto del recurso de casación, por Auto de esta Sala de 6 de marzo de 2007. El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en tres motivos: en el primero se aduce infracción del art. 216 LEC (al amparo del art. 469.1.3 LEC); en el segundo, infracción de los arts. 218.1 y 218.2 LEC y la jurisprudencia que los interpreta; y en el tercero infracción del art. 426.2 LEC y la jurisprudencia que lo interpreta en relación con la aplicación indebida por el Tribunal del art. 456 LEC. En el recurso de casación se denuncia vulneración de los arts. 1.278 en relación con el 1.281.1 y 1.282 del CC (motivo primero); 3.1, 1.088, 1.089, 1.281.1, 1.282 y 1.287 en relación con los arts. 1.254, 1.258 y 1.262, todos del Código Civil (motivo segundo); 3.1, 1.088, 1.089, 1.281.1, 1.282 y 1.287 en relación con los arts. 1.710 y 1.727, todos ellos del CC (motivo tercero); 3.1, 1.088, 1.089, 1.281.1, 1.282 y 1.287 del CC en relación con el art. 326.1 LEC y 54, 248 y 254 del C. de Comercio (motivo cuarto); y del art. 1.283 del CC (motivo sexto).

1º. Recurso extraordinario por infracción procesal formulado por el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa

SEGUNDO.- Los tres motivos del recurso tratan de combatir desde perspectivas procesales diferentes la apreciación de la sentencia recurrida de que la entidad apelante altera en el recurso de apelación el objeto del proceso con infracción del art. 456

LEC, en el sentido de que, si bien en la primera instancia ya se invocaba el fax del 19 de octubre de 2001 para fundar la responsabilidad por incumplimiento contractual de la demandada -como quedó determinado a medio de Auto de fecha 17 de febrero de 2003-, tal invocación se sustentaba en el hecho de que en dicha comunicación la actora remitía instrucciones claras y precisas de actuación a la demandada dentro del propio contrato de agencia suscrito por las partes en fecha 18 de noviembre de 1996 -esto es, dentro del ámbito propio del concreto mandato conferido en el mismo-, y, por el contrario, en el recurso de apelación se atribuye al repetido fax -apartado 3.8 de la Alegación Tercera, folio 887- el carácter de un "complemento del contrato de Agencia de pagos, una modificación del mismo por introducción de una nueva obligación para el agente, aceptada por ambas partes".

La argumentación de la sentencia recurrida, que se basa en una de las múltiples alegaciones del recurso de apelación, en cuyo escrito hay otras muchas consideraciones en sentido diferente, no es coherente:

a) Con el contenido de la demanda, y singularmente su "petitum".

b) Con el fundamento de derecho segundo del Auto que cita de 17 de febrero de 2003, en el que claramente se dice (f. 437) que "la fundamentación de la responsabilidad contractual exigida a Banco Urquijo, S.A. tanto en el contrato de 18 de noviembre de 1996 como en el fax de 19 de octubre de 2001 es admisible, pues esto último, el basar esa responsabilidad también en el referido fax, que fue lo aclarado en la audiencia previa, se encuentra razonado y afirmado expresamente en el Fundamento de Derecho VII de la demanda, de modo que no se introduce (en la Audiencia Previa) ninguna pretensión nueva y la aclaración es admisible al amparo del art. 426.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

c) Con la Sentencia del Juzgado, que examina separadamente, como fundamentos -fuentes- del incumplimiento determinante de responsabilidad, el contenido del documento contractual de 18 de noviembre de 1996 (fundamentos de derecho segundo y tercero) y el fax de 19 de octubre de 2001 (fundamento de derecho cuarto); ni (d), en definitiva, con el propio contenido del recurso de apelación, en el que se abandona el primer fundamento -el del clausulado documental, y singularmente la estipulación décima (X)-, para circunscribir el ámbito del recurso "a la interpretación realizada por el Juzgado "a quo" de los efectos jurídicos derivados del fax de fecha 19 de octubre de 2001".

Sucede que en el escrito del recurso de apelación se acumulan alegaciones de diversa índole, con expresiones que suponen en ocasiones

conceptos jurídicos disímiles e incluso contradictorios, pero la logomaquia de las palabras no debe enturbiar el fondo de la cuestión. El contrato entre las partes denominado de Agencia de Emisión y Pago no se reduce al documento escrito y su contenido, sino que (sea de comisión o de colaboración atípica, que aquí no importa) se prolonga en el tiempo -tractu sucesivo-, lo que supone que en su "iter" se puedan añadir, o surgir por derivación, otras obligaciones. Esto significa que no cabe reducir el contenido del contrato al contenido del documento. Y en esta línea se manifiesta el recurso de apelación, por lo que, con independencia, ahora, de si el planteamiento tiene o no soporte de fondo, lo cierto es que no se separa del objeto del proceso, pues no lo supone reconocer que en el contenido escriturado no se hallaba expresamente establecida una estipulación de la que resulte la obligación de la entidad demandada de hacer el anuncio -publicidad- de la amortización y centrar la exigencia de responsabilidad en el incumplimiento de las instrucciones posteriores, tal y como se solicitó explícitamente en el apartado primero del "suplico" de la demanda.

Por lo expuesto, y habida cuenta que no hay introducción de cuestión nueva y que no se contradijo el art. 456 LEC, procede estimar los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal (sin que obste que el primero debió haberse formulado por el cauce del ordinal segundo, y no el del tercero, del art. 469.1 LEC, dado que no se afecta a ningún condicionante del recurso).

TERCERO.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal no es óbice a que se pase a estudiar el recurso de casación, tanto más que la Sentencia recurrida examina plenamente el tema de fondo en el último párrafo del fundamento de derecho sexto.

2º. Recurso de casación formulado por el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa -BDCE-.

CUARTO.- En el mes de noviembre de 1996 el Fondo de Desarrollo Social del Consejo de Europa -a partir del 1 de noviembre de 1999 Banco de Desarrollo del Consejo de Europa- acordó una emisión de obligaciones por importe de 22000.000.000 ptas. para ser colocadas en inversores en España con amortización final para el año 2.011 y previsión de amortizaciones anticipadas en los años 2001 y 2003, celebrándose contratos como Director de la Emisión con J.P. Morgan, Sociedad de Valores y Bolsa, S.A. y el 18 de noviembre de 1996, en documento privado, como Agente de Emisión y de Pagos con el Banco Urquijo -actualmente, Banco de Sabadell-.

En el año 2001, el BDCE decidió ejercitar la facultad de vencimiento anticipado previsto para el 25 de no-

viembre de 2001, para cuya validez era preciso un preaviso de al menos treinta días y la notificación a los titulares de Obligaciones mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado, en un diario de difusión nacional y en un diario de difusión internacional. A este fin, el 19 de octubre de 2001, el BDCE envió al Banco Urquijo un fax con el siguiente contenido (en inglés): "Ref: Banco de Desarrollo del Consejo de Europa, 22000.000.000 pesetas 5,25% 25 de noviembre/2.011. Por la presente se confirma que ejercemos nuestro derecho de amortización anticipada de las obligaciones referida el 25 de noviembre de 2001 al precio de 113,992. Por favor realicen los trámites necesarios para informar a los tenedores de esta amortización anticipada. Por favor confirme la recepción de estas instrucciones mediante la devolución del fax".

La entidad Banco Urquijo confirmó la recepción del fax mediante su devolución sellado; y el 22 de octubre de 2001 comunicó por escrito al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, S.A. el deseo del emisor de amortizar anticipadamente la emisión identificada con el Código ISIN ES 023 8836151. Al no haberse hecho la notificación a los Obligacionistas en los términos de Emisión, antes expresados, el vencimiento anticipado no se efectuó válidamente, por lo que se le produjeron daños y perjuicios a la entidad Emisora que evalúa en la cantidad de 16.210.201 euros.

El problema litigioso se resume en si cabe atribuir a Banco Urquijo una obligación derivada del fax -instrucciones- para efectuar el anuncio notificación a los tenedores de Obligaciones, e imputarle una omisión culposa o negligente por su inactividad determinante de la responsabilidad contractual exigida.

Del examen de las alegaciones de las partes y las circunstancias concurrentes, en relación con la fundamentación jurídica expresada en el recurso de casación y ya anticipada en la demanda (arts. 1.258 y 1.281 y 1.282 CC, singularmente), resulta que no se comparte el juicio jurídico de las sentencias dictadas en instancia sobre el alcance jurídico de los hechos, respecto de cuya constancia no existe discrepancia trascendente, y, por consiguiente, procede dar una respuesta afirmativa a la estimación del recurso y la pretensión de responsabilidad contractual ejercitada por la entidad actora Banco de Desarrollo del Consejo de Europa. La respuesta se resume en que el Banco demandado aceptó cumplir las instrucciones si bien se equivocó en su desarrollo, y, en todo caso, creó en la otra parte contractual la confianza razonable de que se comprometía a realizar el encargo concretado en el fax.

El argumento básico en que se basa la decisión de este Tribunal radica en el que Banco Urquijo recibió

el fax de instrucciones -no tiene sentido atribuirle otra finalidad diferente-, y adoptó un comportamiento acorde con la percepción de su contenido y la asunción del compromiso de colaboración consistente en dar cumplimiento a lo que se le solicitaba. En esta situación deviene irrelevante si la obligación de colaboración formaba parte, o no, del contenido originario contractual; si el Banco Urquijo estaba, o no, de acuerdo con una hipotética exigencia de tal colaboración; o si era, o no, una actuación que se asumía como una nueva prestación, siempre desde la perspectiva de la vigencia de una relación contractual continuada que versaba sobre la misma materia a la que se refería la instrucción recibida. La apreciación de que el Banco Urquijo observó una conducta que revela que asumió actuar consecuentemente con la instrucción es inequívoca en el terreno de los actos concluyentes ("facta concludentia"), según la regla de la normalidad de las cosas en los comportamientos humanos ("quod plerumque accidit"; "quod plerisque contingit"), e incluso, además, en las relaciones entre entidades financieras.

La conclusión expresada se evidencia, en primer lugar, por la respuesta al fax recibido. No hay una simple firma de recepción; no se trata de un mero acuse de recibo. Hay una devolución del fax sellado como confirmación, tal y como se había solicitado en el texto del mismo: "Por favor confirme la recepción de estas instrucciones mediante la devolución del fax". En el fax no se inquiría sobre la posibilidad de la gestión, ni la disposición de hacerla, sino que se recababa y encomendaba una prestación de hacer. Se daba una instrucción, y se solicitaba la conformidad con su realización (y en tal sentido los textos del fax no presentan la más mínima incertidumbre interpretativa) mediante la devolución del fax, y esto tuvo lugar. Si el Banco Urquijo no estuviera dispuesto a asumir la realización de la instrucción, la conducta coherente no era la de efectuar la confirmación expresada, aparte de que le fuera exigible contestar de algún modo al Banco remitente pidiendo aclaraciones o simplemente mostrando su desacuerdo o discrepancia.

Frente a lo expuesto no basta con restar importancia a la devolución del fax y discurrir acerca de la falta de valor jurídico del silencio. Lo primero porque choca con la univocidad de la conducta en relación con los hechos. Y lo segundo porque el silencio (que no lo hubo dada la devolución sellada del fax), como tantas veces ha dicho esta Sala, tiene significación jurídica de consentimiento o conformidad cuando se puede y se debe hablar ("qui siluit qum loqui et debuit et potuit consentire videtur", SS., entre otras, 10 de junio de 2005, 2 y 24 de marzo de 2006, dos de 20 de julio de 2006, 31 de enero y 21 de febrero de 2008), y



se debe responder cuando entre las partes existe una relación de negocios (SS. 14 de junio de 1963, 13 de febrero de 1978, 18 de octubre de 1982, 17 de noviembre de 1995, 10 de junio de 2005, 20 de julio de 2006, 31 de enero de 2008), y lo mismo cuando es lo normal y natural según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe (SS. 30 de junio y 17 de noviembre de 1995; 29 de febrero de 2000; 9 de junio de 2004; 10 de junio de 2005; 5 de julio y 10 de octubre de 2006; 31 de enero de 2008; 13 de mayo de 2009). En tales casos, con la comunicación de la discrepancia se evita que la otra parte se pueda formar una convicción equivocada derivada del silencio con daño para su patrimonio.

Con la conducta observada de evolución del fax, que implica conformidad con el mismo dado el texto final del propio fax, y, en cualquier caso, con la falta de queja o de manifestación de discrepancia con la realización de la instrucción recibida, resulta incuestionable que se creó en el remitente BDCE la confianza razonable en que se observaría un comportamiento acorde con dicha confianza, es decir, consecuente con la instrucción enviada, de modo que al no cumplirse el encargo en forma adecuada, se conculcó la buena fe objetiva plasmada en el art. 1.258 CC. Como tiene reiterado la doctrina de esta Sala (SS., entre otras, 23 de noviembre de 1962, 16 de septiembre de 1979, 9 de octubre de 1993, 26 de octubre de 1995, 17 de febrero de 1996, 10 de octubre de 1997, 10 de octubre de 2001, 16 de marzo de 2009), este precepto (y ello es aplicable también al art. 57 del Código de Comercio) posibilita la heterointegración del contrato completándolo con la exigencia de otras obligaciones que constituyen derivaciones necesarias o naturales de las pactadas; se proyecta sobre lealtades y fidelidades recíprocas; supone una exigencia de coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales; impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención del fin propuesto, comprendiendo las obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento; no solo es complemento de lo convenido, sino que regula los efectos que durante la vigencia del pacto, puedan y deban producir determinados acaecimientos y la reacción ante los mismos; pero, sobre todo, debe destacarse que lo fundamental de la buena fe objetiva es proteger la confianza.

Así lo viene repitiendo la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de los arts. 7.1 y 1.258 CC que hace hincapié en la exigencia de una conducta coherente en el tráfico jurídico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás (SS. 9 de mayo de 2000; 25 de enero y 26 de julio de 2002; 13 de marzo y 23 de mayo de 2003; 8 de marzo y 6 de abril de 2006; 9 de

abril y 31 de octubre de 2007); protección de la confianza que el acto o conducta de una persona suscita objetivamente en otra u otras (SS. 20 de febrero y 22 de mayo de 2003); confianza fundada en un comportamiento futuro coherente (SS. 10 de mayo, 15 y 30 de diciembre de 2004; 4 y 28 de febrero y 26 de mayo de 2009); cuando se han creado en otra persona expectativas razonables (SS. 27 de septiembre y 28 de octubre de 2005; 28 de julio y 17 de octubre de 2006; 15 de junio de 2007).

Resulta difícilmente comprensible que, dadas las circunstancias expuestas, y especialmente en el ámbito mercantil, y más en el financiero, en el que se manifiesta la cuestión litigiosa, se discuta el alcance jurídico de los hechos concurrentes, aunque la verdad es que en el escrito de contestación a la demanda el tema del fax apenas se cuestionó, y, posteriormente, se hace más hincapié en la perspectiva de una deficiencia en el planteamiento procesal de la entidad actora-recurrente (que no se comparte) que en la faceta sustantiva. Y ello es tanto menos entendible si se tiene en cuenta un segundo argumento que corrobora de modo definitivo la tesis que se viene sosteniendo.

Se alude a que el Banco Urquijo no permaneció inactivo en el "iter" del cumplimiento de las instrucciones, lo que excluye la defensa construida en torno a la inexistencia de obligación contractual o legal, o la excusa, absolutamente inconsistente e infundamentada, de incumbirle la tarea controvertida a la entidad directora de la Emisión de Obligaciones J. Morgan. Efectivamente, el BU trató de cumplir el encargo -instrucción-, pero lo hizo defectuosamente. No de otra forma puede ser interpretada la comunicación escrita que dirige al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores el 22 de octubre de 2001 (f. 816 y ss) de la decisión de BDCE de ejercitar la facultad de amortización anticipada con fecha 25 de noviembre de 2001. Tal actuación no se explica más que en la perspectiva de cumplimiento de las instrucciones del fax de 19 de octubre de 2001. Otra cosa diferente es si el Banco Urquijo entendió, equivocadamente, que con tal comunicación cumplía con el fax.

Es evidente que el BU no realizó el cumplimiento esencial de las instrucciones, que era el aviso, mediante la publicación de la notificación en el BOE y en los dos diarios, de la decisión de amortización anticipada, y no es difícil advertir que ello obedeció, bien a un descuido, o bien por desconocer que no tenía que hacerse la publicación y resultaba suficiente con la comunicación al SCLV. Pero, tal omisión, en cualquier alternativa, no excusa la negligencia del BU. Si lo primero, porque el olvido o la desatención conforman actuación negligente en sintonía con la naturaleza de la obligación, y no resultan mínimamente explicables en el contexto de que se trata -en terminología legal

"circunstancias de personas, tiempo y lugar", art. 1.104 CC-. Y si lo segundo, porque el Banco Urquijo no desconocía cual era la actuación acorde con las instrucciones (toda vez que ya había gestionado otras situaciones similares), ni en cualquier caso puede alegar desconocimiento al serle imputable, tanto porque la conducta a seguir resultaba del contenido de la documentación de la emisión (folleto y contratos de suscripción), como porque la hipotética ambigüedad del fax le exigía adoptar como conducta coherente la de la consultar al Banco emisor, al que le unía un vínculo negocial, interesando las aclaraciones precisas al respecto.

Por lo expuesto, se estiman los motivos del recurso de casación en los aspectos que coinciden con las razones expuestas, y suponen infracción de los arts. 1.258, 1.262, 1.281 y 1.282 del Código Civil y 57 del Código de Comercio.

QUINTO.- La estimación del recurso de casación supone:

- La casación de la Sentencia recurrida -de la Audiencia Provincial-, y la revocación de la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia.
- La asunción de la instancia para resolver el fondo del asunto en los términos que se dirán.
- La no imposición de las costas causadas en el recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el art. 398.2 LEC.

SEXTO.- En funciones de instancia procede acordar la estimación sustancial de las dos primeras peticiones del suplico de la demanda sin necesidad de ninguna otra motivación que la ya expresada anteriormente. La tercera petición -relativa "a estar y pasar por las anteriores declaraciones"- carece de interés jurídico alguno por tratarse de una mera cláusula de estilo que nada aporta a la decisión del asunto. Y en lo que se refiere a la cuarta solicitud, relativa a la determinación de los daños y perjuicios, este Tribunal estima aceptables los dos conceptos que integran la petición resarcitoria relativos a la diferencia del precio de amortización de cada obligación entre la fecha pretendida y la siguiente fecha de posible amortización y la diferencia del precio de interés de mercado y del de la emisión que se deberá pagar en la siguiente fecha de posible anticipación de amortización, y por lo que respecta a la cuantificación se considera plenamente justificada la suma reclamada por la prueba pericial, sin que proceda acoger las objeciones de la parte demandada, pues los conceptos postulados por la actora se ajustan al daño real y efectivo, y, por otro lado, nada se ha acreditado, ni intentado, respecto al hipotético descuento de comisiones y gastos iniciales.

SÉPTIMO.- Por lo que hace referencia a las costas de las instancias,

las de la primera instancia se imponen a la parte demandada de conformidad con lo establecido en el art. 394.1 LEC, y en cuanto a las de la apelación no se hace especial pronunciamiento con arreglo al art. 398.2 LEC.

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

#### FALLO

Que estimamos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de Banco de Desarrollo del Consejo de Europa -BDCE- contra la Sentencia dictada por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 28 de febrero de 2005, en el Rollo núm. 876 de 2003, y acordamos:

Primero.- Casar la Sentencia recurrida y revocar la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 20 de Madrid el 22 de julio de 2003, en los autos de juicio ordinario núm. 5 de 2002.

Segundo.- Estimar la demanda formulada por el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa, declarando que Banco Urquijo (actualmente Banco de Sabadell) incumplió las obligaciones contractuales asumidas al no seguir sus instrucciones sobre notificación a los obligacionistas de la amortización anticipada de dichas obligaciones y es responsable de los daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento, y condenando a dicha entidad demandada a pagar a la actora la cantidad de 16.210.201 Euros, más los intereses legales, incrementados en dos puntos, contados desde la fecha de esta Sentencia, conforme a lo previsto en el art. 576 de la LEC.

Tercero.- Condenamos a la parte actora a pagar las costas de la primera instancia, y no se hace especial pronunciamiento respecto de las de la apelación, y de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación porque se estiman.

Publíquese esta Sentencia con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia el rollo de apelación y autos originales con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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 Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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



TS Sala 2ª, Sentencia 18 noviembre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Modalidad delictiva de riesgo o peligro

## Tipicidad en el delito de incendio

*No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y el acusado contra sentencia dictada en causa seguida por delito incendio. Señala el TS que en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos, continúa la Sala, la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por José Daniel.

PRIMERO.- El motivo primero por infracción del art. 24.2 CE. relativo a la presunción de inocencia en relación con el art. 5.4 LOPJ. por cuanto de la prueba practicada en el plenario y sobre todo de la declaración del testigo Fidel y demás testigos que observaron el fuego a través de las ventanas del edificio, Policía local que acudió al lugar del siniestro, Guardias Civiles que patrullaban por la zona, así como del informe pericial sobre la hora en la que pudo producirse el fuego, no ha quedado demostrado que el recurrente se encontrara en el lugar del suceso en dicha hora, por lo que no quedó enervada la meritada presunción de inocencia.

El motivo no debe merecer favorable acogida.

A) Como venimos afirmando el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que 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

fringir 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 inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional 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 inmediación, 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 he-

chos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitable, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

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, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

B) Por otro lado, a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria, puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

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

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

3) Para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que

están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008).

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 cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia 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. 300/2005 de 21.11).

SEGUNDO.- A la luz de esta doctrina ha de ser examinada la impugnación del recurrente basada en que la hora del inicio del fuego tuvo que ser pasadas las 4 de la mañana -hora en que el vecino del piso de abajo, oyó ruido de arrastre de muebles en el piso superior-, siendo notorio el incendio entre las 4,20 y 4,30 horas, cuando el recurrente ya había abandonado la vivienda, dado que los Guardias Civiles que patrullaron la zona toda la noche, vieron un vehículo aparcado en las inmediaciones de la puerta del edificio a las 3,30 horas, y no a las 3,40 horas, de donde puede inferirse que en ese lapso de tiempo se marchó del domicilio.

La Sala de instancia descarta esta posibilidad, partiendo de que todas las indicaciones de los vecinos y servicios de emergencia son aproximadas sin que ninguno de ellos pueda precisar con exactitud la hora en que tuvieron noticia del suceso -excepto las fijadas por los agentes de la Guardia Civil sobre la permanencia del vehículo del recurrente en las inmediaciones de la puerta del inmueble-, por cuanto todos los indicios apuntan a la autoría de José Daniel, tal como explícita y razona en el Fundamento Jurídico segundo.

Así parte de que el procesado reconoció que estuvo sólo en la vivienda en horas cercanas al incendio y que su vehículo permaneció aparcado en las inmediaciones, que el incendio fue provocado, que los bomberos tuvieron que forzar la puerta de la vivienda porque estaba cerrada, lo fuera o no con llave, y que la salida de la casa por parte de José Daniel tuvo que producirse entre las 3,30 y 3,40 horas; tomando como referencia estas horas, si la detección externa del incendio, salida de llamas y humo por el balcón y la propagación del mismo por el interior del edificio, se produjo una media hora aproximadamente más tarde -esto es cuando el recurrente ya se había ausentado de la vivienda- ello no excluye su autoría dado el margen de tiempo necesario para que la combustión del sofá, papeles y fotografías, colocadas en el centro de la sala de estar, se extendiera por el interior de la vivienda y saliera fuera de ella.

Asimismo valora el comportamiento posterior del recurrente desatendiéndose absolutamente de lo ocurrido cuando su mujer le llamó a casa de su madre en Elda para decirle, tratando de evitar que hablara con su madre y no presentándose en la casa quemada a pesar de que, según sus propias manifestaciones, había en ella objetos suyos de valor, cuya destrucción debiera presumirse.

Por último, la Sala analiza las hipótesis apuntadas por la defensa que atribuye la ignición bien a un tercero desconocido, hipótesis que la sentencia califica de increíble por cuanto aquel tercero tendría que haber estado vigilando al acusado y al verlo salir, entrar en la casa, sin forzar la puerta, y prender fuego, sin razón o motivo aparente, bien a alguien muy cercano a la pareja con el fin de perjudicar al procesado y usando sus propias llaves, insinuación que la sentencia considera aún más atrevida y que no le merece ninguna credibilidad, por cuanto que esa tarde el acusado no llevara consigo las llaves de la vivienda no implica que carecería permanentemente de ellas, la lógica y el sentido común en su vida matrimonial, en la que aún no se había producido la ruptura matrimonial apunta a que el acusado tenía sus propias llaves y si la tarde-noche anterior al incendio su suegro tuvo que abrirle la puerta, ello sucedió sobre las 20,45 horas, observándose por éste que en una mesita de noche había una llaves, y está acreditado que con posterioridad a esta hora, el acusado en dos ocasiones se presentó en el lugar donde su mujer estaba cenando con unas amigas, comportándose con maneras impertinentes, por lo que resulta razonable pensar que utilizó las llaves que su suegro vio en el interior de la vivienda.

Pues bien desde la perspectiva limitada que corresponde a esta vía casacional debemos afirmar el carácter no irrazonable de la inferencia llevada a cabo por el órgano judicial

de instancia tanto desde el punto de vista de su lógica y coherencia como desde la óptica del grado de solidez requerido.

Desde el primero de los puntos de vista apuntados hemos de afirmar la razonabilidad de la inferencia alcanzada por el tribunal "a quo", a la que no cabe calificar de ilógica o de insuficiente. El engarce entre los hechos inicial y directamente probados y los hechos final e indiciariamente acreditados que sustenta: en ser el acusado la única persona conocida que estuvo sola en la vivienda, que el fuego fue provocado, y el incendio se detectó a los pocos momentos de ausentarse el acusado de la vivienda, que los bomberos tuvieron que forzar la puerta por estar cerrada y el posterior comportamiento del acusado, puede ser susceptible de crítica, pero ello no desdice sin embargo su carácter lógico, pues no cabe afirmar que de los hechos directamente probados no puedan lógicamente inferirse en modo alguno los hechos indiciariamente probados de acuerdo con las reglas del criterio humano o de las reglas de la experiencia común. En otras palabras, resulta conforme a las reglas de la lógica concluir a partir de los indicios declarados probados -e incluso del comportamiento agresivo que tuvo en relación a su esposa la tarde-noche anterior de los hechos que motivó que ésta avisara a la Guardia Civil en dos ocasiones- que el acusado fue el autor del incendio por el que ha sido condenado.

Desde la óptica del grado de solidez de la inferencia hemos de concluir también que la inferencia del Tribunal sentenciador no es excesivamente abierta o indeterminada, al no ser significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos, si se tiene en cuenta, tal como se razona en la sentencia, de la falta total de credibilidad de las hipótesis aducidas por el recurrente sobre la autoría de la ignición.

TERCERO.- El motivo segundo por infracción del art. 849.1 LECrim. en relación con el art. 351 párrafo 2º CP. y en relación con el art. 266 de la misma norma, por cuanto la conducta enjuiciada no se correspondería, como recoge la sentencia, en la modalidad atenuada del inciso final del párrafo 1º del art. 351 sino que los hechos deberían ser calificados por remisión del párrafo 2º a la conducta descrita y penada en el art. 266 CP., puede y debe ser analizado conjuntamente en el motivo único del recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, también al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de la modalidad atenuada del art. 351, párrafo 1º, inciso 2º, dado que debió ser aplicable el art. 351, párrafo 1º, inciso 1º, al existir peligro grave para la vida e integridad física de las personas.

Debemos recordar, por tanto, la doctrina de esta Sala en relación al

delito del art. 351 CP. que ha considerado (SSTS. 1280/2000 de 7.7. 932/2005 de 14.7. 1021/2007 de 3.12. 560/2009 de 27.5), que los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal del art. 351 (incendio) son tanto el patrimonio de las personas, como la vida e integridad física de las mismas, y ha precisado (SSTS. 2201/2001 de 6.3.2002, 724/2003 de 14.5) que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego a que se refiere el art. 351 CP. no es el necesario y concreto (exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 346 CP. sino el potencial o abstracto, SSTS. 1263/2003 de 7.10). Según se argumenta en la sentencia 1457/99 la consideración de delito de peligro abstracto se ha acentuado en la medida en que en el inciso segundo del art. 351 CP. se prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del peligro sea menor (STS. 449/2007 de 29.5).

Conforme a la doctrina expuesta en la sentencia 381/2001 de 31.3, el tipo del art. 351 CP. no exige la voluntad de causar daños personales. La intención o del agente en este delito ha de abarcar sólo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él (dolo eventual, SSTS. 142/97 de 5.2. 724/2003 de 14.5). En nuestra STS. 3.12.2007, reiteráramos que el delito de incendio del art. 351 CP. "ha sido configurado por esta Sala como un delito de peligro abstracto (SSTS. 1342/2000 de 18.7. 1581/2001 de 12.9. 753/2002 de 26.4), aunque más modernamente se ha precisado su conceptualización como delito de peligro hipotético o potencial.

Como se dice en la STS. 1263/2003 de 7.10 "en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero si lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro". En consecuencia, el delito debería considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aún cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos.

Desde esta perspectiva el recurso interpuesto por el condenado en cuanto postula la aplicación del art. 351, párrafo 2º con remisión al art. 266 CP, no puede ser estimado.

En efecto el origen de este nuevo párrafo se encuadra en la LO. 7/2000 de 22.12 que modificó el Código Pe-



nal y la Ley de Responsabilidad penal del menor.

Este párrafo, como ha puesto de relieve la doctrina científica se enmarcó en la línea de endurecimiento del Código Penal en materia de terrorismo, y respondía a dotar a los Tribunales de un mecanismo que permitiera un ajuste de las penas y en definitiva un respeto al principio de proporcionalidad que limitase la exasperación penal de artículos como el 577, también modificado por dicha Ley.

Este nuevo tipo que bien pudiera calificarse nos dice la STS. 977/2006 de 11.10, de hiper-privilegiado se vértebra por dos notas:

a) No debe concurrir riesgo para la vida o la integridad de las personas físicas; y

b) La respuesta penal se deriva a las previsiones del art. 266 -delito de daños-, lo que es tanto como decir que, de acuerdo con el tipo que se comenta, cuando el *modus operandi* del sujeto sea de naturaleza incendiaria, pero no haya existido riesgo para la vida o integridad física de las personas, los hechos deben derivarse al delito de daños, que supone una penalidad menor, y por tanto una respuesta más proporcionada a la real gravedad de los hechos.

Hay que tener en cuenta que el núcleo del nuevo tipo es la ausencia de riesgo, dato de naturaleza objetiva y que debe objetivarse a la vista singularmente del medio incendiario empleado, y a su limitada capacidad de propagación, con independencia de que el sujeto conozca la existencia de moradores en el interior de la vivienda. En esta dirección la STS. 1021/2007 de 3.12, precisa que cuando no se aprecie peligro para la vida o integridad física de las personas pero sí riesgo de propagación a otros bienes materiales (peligro para la seguridad general) el delito sigue siendo "de incendio" pero se castiga como delito de daños, art. 351.2 CP. en relación con el art. 266.1 CP, porque el incendio llegó a iniciarse,....en condiciones de propagación, extendiéndose no sólo a la puerta, sino también a los canalones situados en la parte superior de ésta, lo que permite apreciar la concurrencia de peligro potencial respecto a otros bienes materiales, propio del incendio (consumación) aún cuando fuera extinguido de forma prácticamente inmediata y por ello no existiera peligro para la vida o integridad física de las personas.

Conforme a la doctrina expuesta, la argumentación del procesado de que en ningún momento pretendió poner en peligro la vida de ninguna persona, pues provocó el incendio a sabiendas de que no había nadie en la vivienda, ni tampoco de personas de las viviendas colindantes al no ser el medio empleado acorde para ello pues solo hubo un foco de ignición y

no se emplearon medios aceleradores del fuego, por lo que la ausencia de dolo de causar ese daño a las personas y solo la posibilidad de haber previsto esa puesta en peligro de la integridad física de las mismas, debió determinar la aplicación de la penalidad del art. 266 CP, no puede ser asumida.

El delito del art. 351 CP. -como ya hemos indicado- no precisa para su consumación la existencia de un peligro concreto, y se caracteriza por un elemento objetivo, consistente en la acción de aplicar fuego a una zona espacial, que comporta la causación de un peligro para la vida e integridad física de las personas, y por un elemento subjetivo que estriba en el propósito de hacer arder dicha zona espacial, y en la conciencia del peligro para la vida y para la integridad física de las personas originado.

Todos estos elementos se cumplen en el caso sometido a nuestra consideración casacional. El hecho de prender fuego a una habitación de una vivienda, marchándose a continuación, evidencia un total desprecio y una absoluta desocupación sobre la evolución del mismo, que hipotéticamente podría propagarse a las zonas comunes del edificio y afectar a las viviendas colindantes, siendo conocedor el acusado -por vivir en el bloque- que tales viviendas estaban ocupadas. Y es también un hecho acreditado e incontestable que los ocupantes de las viviendas tuvieron que abandonarlas, saliendo a la calle todos los habitantes del bloque, ante el riesgo de quedarse en ellas. Se cumplen, pues, todos los elementos del tipo penal aplicado por el Tribunal de instancia.

El acusado obró, al menos con dolo eventual, por cuanto (como dicen las SSTs de 16 de septiembre de 2002 y 20 de octubre de 2008), "debe conocer (mediante tal dolo eventual) que el incendio que ha provocado puede afectar a las personas", de modo que cuando se provoca un incendio en uno de los pisos de un edificio habitado, "debe tener conocimiento o representación de que en ese edificio habitan personas cuyas vidas o integridad física se pueden poner en peligro cierto".

El motivo del condenado en la instancia, debe, por ello, ser desestimado.

Las sentencias que se citan en el motivo que aplicaron el art. 266 contemplan supuestos distintos.

En la de 29.6.2005, el procesado mantuvo una discusión con su tía por la negativa de ésta a darle 10.000 ptas., y cuando ésta se metió en su dormitorio y se echó a dormir, en represalia por la actitud mantenida por su tía y con objeto de atemorizarle y vencer su negativa, prendió fuego al salón de la vivienda, pero cuando aquella se despertó fue el propio procesado quien la auxilió, abrió la

puerta de la vivienda y la sacó a la calle, por lo que la Sala excluyó la intención de atentar contra su vida e integridad física.

La STS. 7.10.2005, la vivienda afectada se hallaba vacía en ese momento y se trataba de una vivienda unifamiliar, sin que se determinara el grado de proximidad de las viviendas contiguas que habría sido fundamental como parámetro para evaluar las consecuencias previsibles de la acción enjuiciada, contando con la eventual propagación, en su caso, dentro del entorno, y por otra parte el perjuicio ocasionado se cifró en solo 204,8 euros.

En la STS. 11.10.2006 la recurrente desde el exterior en la puerta de entrada roció dos ventanas de la fachada de la vivienda con una mezcla de gasolina y aceite mineral, sustancia que hizo arder, y al ser sorprendida por el matrimonio que habitaba la casa, se retiró apresuradamente a su domicilio -en la casa colindante-. Dicho matrimonio sofocó inmediatamente el incendio resultando dañadas solo las dos ventanas, siendo su coste de reparación 300 euros. El propio Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas eliminó la intención de atentar contra los moradores, lo que unido a los daños mínimos causados, llevó a esta Sala a concluir que no existió riesgo para la integridad física de aquéllos, no sólo por la rápida acción de éstos por la limitada capacidad de combustión de la sustancia utilizada.

En el caso presente se trata, por el contrario, de un incendio que causó daños considerables: en el mobiliario y enseres de la vivienda incendiada por valor de 35.226,94 euros, y en esa misma vivienda y en los elementos comunes -al propagarse el mismo por la fachada e interior de dependencias comunes -por valor de 56.539,80 euros, y daños de menor entidad en las viviendas más próximas, en la superior núm. 002 por importe de 1.809,64 euros, y en la inferior núm. 003 de 2.777,14 euros, precisando la intervención de bomberos, todo ello en zona totalmente urbana, por lo que habría de concluirse -como dice la STS. 259/2009 de 17.3- con la afirmación de que sí existió riesgo para la vida o integridad de las personas, riesgo ciertamente objetivo y existente aunque menor, según la sentencia impugnada calificando el incendio en el inciso segundo del párrafo 1º del art. 351, y por ello debe rechazarse la tesis del recurrente de calificar los hechos como constitutivos de un delito de daños porque esta figura superprivilegiada se vértebra alrededor de la ausencia de riesgo y en el caso presente sí existió tal riesgo.

Consecuentemente apreciándose ese peligro para la vida o integridad física de las personas y habiéndose iniciado el fuego en condiciones de propagación -como así ocurrió- ha sido bien aplicado el art. 351 CP, sin

prejuicio de que por el Ministerio Fiscal se cuestione la aplicación del inciso segundo del párrafo primero efectuado por la sentencia de instancia.

CUARTO.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debe ser igualmente desestimado.

En efecto la afirmación que se recoge en el desarrollo del motivo de que la sentencia recurrida aplica el tipo atenuado al no apreciar peligro para la vida y la integridad física de las personas no es acertada por cuanto lo que la sentencia explica es que "el riesgo potencial o abstracto para los habitantes del inmueble fue evidente a pesar de que ninguno de ellos resultara personalmente afectado por el fuego.." y aplica el art. 351.1, aunque en la forma atenuada "porque el elemento diferenciador que distingue el inciso 1º del inciso 2º del art. 351.1 CP. "no es la existencia o no de peligro "real" o "efectivo" para la indemnidad física de las personas generado por el incendio pues el elemento del peligro es común a ambos incisos, sino la mayor o menor entidad del peligro causado por la acción incendiaria para la integridad física de las personas".

Argumentación correcta por cuanto la declarada concurrencia del riesgo contra el bien jurídico protegido por el tipo no empece que en el ámbito de la censura casacional, esta Sala puede valorar la entidad de ese peligro producido por la acción incendiaria del acusado y determinar si pudiéramos estar en el subtipo atenuado de "menor peligro" que prevé el mismo apartado 1 del art. 351 (STS. 449/2007 de 29.5).

Así la STS. 616/2008 de 8.10, recordaba que la STS. 2037/2000 de 26 de diciembre de 2000, ya decía que "... el apartado final del art. 351 contempla una cláusula concreta de individualización para este delito. Como tal cláusula individualizadora, el Tribunal puede emplearla para adecuar la responsabilidad penal a la situación real de peligro enjuiciada. Esta cláusula no es una facultad discrecional del Tribunal..., sino sometida a los presupuestos que la permiten, esto es, la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho y, por ello, necesitados de una específica motivación que permita el control casacional por esta Sala comprobando la utilización racional de la facultad".

Menor entidad, precisa la STS. 560/2009 de 27.5 que tiene un alcance esencialmente objetivo y debe indagarse a la vista de las circunstancias presentes teniendo en cuenta singularmente la intensidad del riesgo de propagación y consiguiente peligro para la vida o integridad física de las personas, siendo ello consecuencia de los medios empleados para causarlo, lugar de aplicación de los mismos, incluso naturaleza de los materiales.

En el caso presente, partiendo de que el acusado conocía que en la vivienda en la que provocó el incendio no había en esos momentos persona alguna, la Sala de instancia valora como datos objetivos concurrentes:

-Que aunque todos los ocupantes del edificio, en numero aproximado de 60, fueron desalojados, ninguno de ellos sufrió daños personales.

-Que la expansión de los efectos del fuego fuera del perímetro delimitador de la vivienda incendiada, hacia los elementos comunes del inmueble y las viviendas colindantes, se redujo fundamentalmente al humo.

-Las características del foco de ignición centrado en una habitación en la que se acumuló los materiales a los que se prendió fuego, sin utilizar ningún producto acelerador de la combustión, lo que implica un menor riesgo de propagación que disminuyó objetivamente el potencial peligro para los habitantes del inmueble.

-La rápida intervención de las fuerzas del orden que evacuaron a los vecinos, lo que también coadyuvó a disminuir objetivamente ese peligro potencial.

-El informe pericial del Laboratorio de Criminalística de la Guardia Civil que calificó el incendio de intensidad mediana, con un foco de actuación comprensivo de una extensión de 4 a 10 metros cuadrados.

-La menor trascendencia del incendio que se infiere asimismo de los daños causados en el edificio a que, salvo los producidos en la vivienda incendiada, no fueron cuantiosos, ni derivados de la distinción por el fuego sino debidos fundamentalmente al humo.

Todos estos datos no excluyen la realidad del peligro típico causado, pero sin duda lo mitiga, y por ello, permite la aplicación del subtipo atenuado del párrafo 1 art. 351 CP, como realizó la sentencia recurrida.

QUINTO.- La desestimación del recurso interpuesto por el condenado implica la condena de las costas devengadas en su tramitación (art. 901 LECrim.).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por el Ministerio Fiscal y José Daniel, contra sentencia de 10 de marzo de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, que condenó al acusado como autor de un delito de robo incendio; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efec-

tos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Ber-

dugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

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.



TS Sala: 3ª, Sección: 4, Sentencia: 10 noviembre 2009. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

## Defectos de elaboración de la Orden impugnada al no dar audiencia a las organizaciones sindicales

*El TS estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid frente a la STSJ que anuló la Orden de la Consejería de Educación, para la selección de colegios públicos de educación infantil y primaria de la Comunidad en los que se llevará a cabo la implantación de la enseñanza bilingüe español-inglés en el curso 2005/2006. La Sala revoca la sentencia en cuanto del contenido de la Orden no puede deducirse que haya de ser objeto de negociación entre la Administración que la dictó y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública de la Comunidad de Madrid, no obstante, procede declarar su nulidad al considerar que si bien la negociación no era necesaria, sí por el contrario la Orden debió ser consultada mediante la audiencia pertinente con las Organizaciones sindicales, puesto que su contenido podía afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios que por ella resultaban concernidos, es decir, aquellos que prestaban sus servicios en los centros seleccionados o a quienes en el futuro accedieran a ellos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone este recurso de casación por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Madrid frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de once de diciembre de dos mil siete, pronunciada en el recurso contencioso administrativo núm. 792/2004, que estimó el recurso contencioso administrativo deducido por la representación procesal de la Federación Regional de Comisiones Obreras de Madrid contra la Orden de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid de dos de noviembre de dos mil cuatro, para la selección de Colegios Públicos de Educación infantil y primaria de la Comunidad en los que se llevará a cabo la implantación de la enseñanza bilingüe español-inglés en el curso 2005/2006.

SEGUNDO.- La Sentencia en el fundamento de Derecho segundo

plantea las posiciones de las partes acerca de la cuestión a dirimir y expresa lo que a continuación se transcribe: "Dos alegaciones vertebran la demanda. La primera argumenta que la Orden impugnada no ha sido sometida a previa negociación o audiencia de las organizaciones sindicales, tal y como exigen los arts. 32 y 34 de la Ley 9/1987 de 12 de junio de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, a pesar de que afecta a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos de educación, en la medida en que en ella se abordan aspectos tales como las retribuciones, en la medida en cuanto se prevé un concreto complemento; la formación, ya que se prevé un plan de formación específico para el profesorado de los centros seleccionados para la enseñanza bilingüe; así como ampliaciones, modificaciones y transformaciones de

las plantillas de dichos centros que repercutirán, tanto en la posible pérdida de destino de los funcionarios no especialistas en lengua inglesa como en el número de centros a los que poder optar por aquellos funcionarios no especialistas en inglés que verán reducidas el número de vacantes a cubrir en los sucesivos concursos de traslado. En segundo lugar, considera que se ha omitido también el dictamen preceptivo del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, al amparo del art. 2 de la Ley 12/1999, de 29 de abril, de Creación del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid. Por todo ello, solicita la anulación de la Orden impugnada.

La representación procesal de la Comunidad de Madrid efectúa, con carácter previo, en su contestación a la demanda, diversas consideraciones sobre si el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se encuentra o no amparado por el derecho fundamental a la libertad sindical, concluyendo en sentido negativo. Ya en cuanto a las concretas alegaciones contenidas en la demanda, entiende que la Orden impugnada no tiene repercusión alguna sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos ni aborda materias que deban ser sometidas a la previa negociación colectiva de acuerdo con el art. 32 de la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990. En cuanto a las retribuciones, porque tan sólo prevé una futura norma reglamentaria sobre un complemento de especial dedicación docente, de modo que lo que requerirá negociación colectiva será dicha norma reglamentaria futura; en cuanto a la formación, porque las previsiones contenidas en la Orden lo son en beneficio de los funcionarios por ella concernidos y no pueden calificarse de materia incluida en el apartado e) del art. 32 de la Ley 9/1987; y en cuanto a la modificación de plantillas, porque los temores que expresa el sindicato demandante son infundados y además, según expresamente se prevé en la Orden, tales modificaciones se realizarán con pleno respeto a los derechos adquiridos por los funcionarios afectados. Entiende además, que en la medida en que la Orden impugnada supone beneficios para los funcionarios afectados, el sindicato demandante carecería de legitimación activa. Y en fin, en cuanto a la omisión del dictamen del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, entiende que su consulta no era preceptiva, por no tener encaje la materia abordada por la Orden impugnada en los supuestos previstos en el art. 2 de la Ley autonómica 12/1999, ya que ni se trata de una disposición de carácter general que deba ser aprobada por el Consejo de Gobierno ni la implantación de la enseñanza bilingüe en un reducido número de centros puede calificarse como una actuación general de innovación o renovación educativa encaminada a la mejora de la calidad educativa globalmente considerada. Y en fin, aunque se considera que di-

cho dictamen es preceptivo, se trataría de un mero vicio formal no invalidante. Por último, considera que el sindicato actor vulnera la doctrina de los actos propios porque no consta que haya impugnado la convocatoria anterior de centros bilingües aprobada por Orden 796/2004. Por todo ello, solicita la desestimación de la demanda y la confirmación de la Orden impugnada”.

Además la Sentencia de instancia para la mejor comprensión de la cuestión debatida expone parte del contenido de la Orden y así transcribe que “La Orden 4.902/2004, de 2 de noviembre, de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, como su propio enunciado pone de relieve, tiene por objeto “la selección de colegios públicos de Educación Infantil y Primaria de esta Comunidad en los que se llevará a cabo la implantación de la enseñanza bilingüe español-inglés en el curso 2005/2006”.

Su apartado Primero define el “objeto y las características de la convocatoria” de selección, en los siguientes términos:

“1. Objeto. La Consejería de Educación, mediante la presente convocatoria, se propone realizar la selección de colegios públicos de Educación Infantil y Primaria de la región para implantar de forma gradual la enseñanza bilingüe español-inglés. El Programa se ha iniciado en el presente curso escolar en 26 centros y durante el curso 2005/2006 se extenderá a otros 50 centros y llegará posteriormente a 110 colegios públicos. Dicha selección tendrá en cuenta los criterios de equilibrio territorial.

Se entiende por enseñanza bilingüe la que permite impartir, al menos, un tercio del horario lectivo semanal en lengua inglesa. Para ello, los centros seleccionados incrementarán hasta cinco horas semanales el tiempo dedicado al Área de Lengua Extranjera y se posibilitará la impartición en inglés de otras Áreas curriculares, con la excepción de las Áreas de Matemáticas y Lengua Castellana. Durante el año académico 2005/2006, segundo del desarrollo de la experiencia, el Programa irá dirigido a los alumnos del Primer curso de Educación Primaria de los colegios que resulten seleccionados en esta convocatoria, extendiéndose progresivamente al resto de los cursos de la etapa. Los centros seleccionados en la convocatoria anterior desarrollarán la enseñanza bilingüe en el primer y segundo cursos de Educación Primaria. Asimismo, y en función de la disponibilidad de profesorado especialista en inglés, el desarrollo del Programa podrá incluir el incremento del tiempo dedicado a Lengua Inglesa en Educación Infantil.

2. Características de la convocatoria. La convocatoria contempla la

participación, con carácter voluntario, de los colegios públicos de la misma, así como la existencia de medidas específicas de apoyo que la Administración Educativa concede a los centros que sean seleccionados.

Entre dichas medidas cabe destacar:

-Ampliación del personal del centro mediante Auxiliares de Conversación de lengua inglesa, que contribuirán favorablemente al desarrollo del Programa.

-Orientaciones didácticas y plan de formación específica para el profesorado de los centros seleccionados e implicados en el desarrollo del Programa.

-Incremento del presupuesto para gastos de funcionamiento en los centros seleccionados.

-Equipamiento con tecnologías de la información y la comunicación para el desarrollo del Programa.

-Posibilidad de que el alumnado del centro pueda obtener un título homologado por el Consejo de Europa.

-Fomento de la participación en proyectos e intercambios de carácter internacional.

-Percepción del complemento de especial dedicación docente, según se determine reglamentariamente.

Las modificaciones y transformaciones que, en su caso, puedan experimentar las plantillas de dichos centros en el futuro se llevarán a cabo respetando los derechos adquiridos por el profesorado definitivo actualmente destinado en los mismos.

El órgano instructor del expediente de selección será la Viceconsejería de Educación”.

Tras determinar el apartado Segundo que “podrán participar en esta convocatoria todos los colegios públicos de Educación Infantil y Primaria pertenecientes al ámbito de gestión de la Comunidad de Madrid”, y establecer los requisitos para dicha participación, el apartado Tercero regula las solicitudes, documentación y plazo de presentación, y el apartado Cuarto, se refiere a los criterios y procedimiento de selección de los centros.

El apartado Quinto, se refiere a la formación del profesorado en los siguientes términos: “Formación En el curso 2004-2005 se impartirá una formación destinada al profesorado de los centros seleccionados. Para que un colegio puede participar en el Programa Bilingüe, será necesario que en él exista un número mínimo de maestros que presenten una solicitud individual de participación y realización del Plan de Formación establecido por la Consejería de Educación (Anexo V). En cada centro habrá también, el menos, un ma-

estro propuesto para este puesto (anexo VI).

Número mínimo de maestros que deberán realizar formación específica:

-Colegios de hasta 12 unidades: 2 maestros.

-Colegios de entre 13 y 18 unidades: 3 maestros.

-Colegios de más de 18 unidades: 4 maestros.

Para determinar el nivel de conocimiento de los maestros que deseen participar en los cursos de formación se realizará una prueba acreditativa (“placement test”). Partiendo de los resultados de esta prueba inicial se plantearán dos tipos de programas: a) Dirigidos a maestros cuyos conocimientos de inglés se correspondan con los apartados C) y D) del Anexo V. Estos maestros recibirán formación en un país de habla inglesa durante cuatro semanas distribuidas de la siguiente manera: Dos semanas como “observador” en un colegio y otras dos dedicadas a la realización de un curso sobre metodología de la enseñanza del idioma inglés y bilingüismo. Para su desarrollo, este curso requiere aproximadamente, además del horario lectivo de veinticinco horas, una dedicación de diez horas semanales para realizar los trabajos y ejercicios propios del curso.

b) Dirigidos a maestros cuyos conocimientos se correspondan con los apartados A) y B) del Anexo V. Estos maestros, desde el momento que sean seleccionados, recibirán la formación siguiente: Formación permanente: Los maestros realizarán en los CAPS un curso de formación permanente que constará de tres horas repartidas en dos tardes semanales, fuera del horario lectivo que cumplen en el centro.

Formación específica: Consiste en dos meses de formación intensiva durante los cuales los maestros serán sustituidos en las tareas correspondientes a su puesto de trabajo. El desarrollo de este curso intensivo requerirá que los maestros dediquen, además de las veinticinco horas lectivas, diez horas no presenciales para la elaboración de trabajos. Se considerarán días lectivos los mismos que establece el calendario escolar.

Formación en el Reino Unido: Consta de cuatro semanas y será fundamentalmente de lengua inglesa. Se incluirán además contenidos sobre la cultura y las instituciones del país, tratados desde la perspectiva propia de la enseñanza del idioma. Asimismo, se realizarán visitas culturales y conferencias sobre temas igualmente relacionados con el bilingüismo y la enseñanza del idioma. Este curso constará de cinco horas diarias de clase. Los maestros deberán dedicar alrededor de diez horas semanales

para realizar trabajos y ejercicios derivados del desarrollo del curso.

Los maestros que participen en estos cursos de formación deberán someterse a los procesos de evaluación de conocimientos que se establezcan en cada caso. Asimismo, deberán realizar una memoria del curso de formación recibido, la cual enviarán por correo electrónico a la Dirección General de Ordenación Académica y a la Unidad de Adaptación de Procesos antes del día 10 de septiembre de 2005”.

Y en fin, los apartados Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno de la Orden impugnada se refieren, respectivamente, a las “obligaciones de los maestros participantes”, a la “difusión del programa”, a la “retirada de la documentación” y a la aceptación de las bases”, y, por último, el apartado Décimo contiene una “Disposición Final” sobre la entrada en vigor de la convocatoria”.

Y en los fundamentos cuarto, quinto y sexto la Sentencia da cumplida respuesta a las ya anticipadas cuestiones para finalizar estimando el recurso y anulando la Orden recurrida.

Para ello dice lo que sigue: “Una vez expuesto el contenido de la Orden impugnada, debemos adentrarnos ya en el análisis de las alegaciones efectuadas por el sindicato demandante, no sin antes despejar ciertas objeciones opuestas por la representación procesal de la Comunidad de Madrid.

Y así, ninguna duda nos cabe sobre la legitimación activa del sindicato actor en la medida en que se imputa a la Orden impugnada la omisión de su previo sometimiento a negociación colectiva, que se considera por la parte actora legalmente preceptiva, por cuanto es indiscutible que la negociación colectiva que se afirma indebidamente omitida constituye un medio esencial para el ejercicio de la acción sindical, sin que se discuta en este proceso, de naturaleza ordinaria y no especial para la protección de los derechos fundamentales, si la negociación colectiva de los funcionarios públicos es o no un derecho fundamental derivado del de libertad sindical. Y, desde luego, ninguna actuación contraria a sus propios actos puede imputarse a la parte actora por el hecho de que no hubiera, por hipótesis “ya que ningún dato concluyente a ese respecto se aporta en la contestación a la demanda-, impugnado ante la jurisdicción otras convocatorias similares, pero distintas, de años anteriores.

Despejado el camino, debemos ya abordar la primera alegación contenida en la demanda sobre la necesidad de sometimiento de la convocatoria impugnada a previa negociación colectiva o audiencia de las organizaciones sindicales, al amparo de los arts. 32 y 34 de la Ley

9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, en redacción dada por la Ley 7/1990, de 19 de julio.

El primero de los preceptos citados, art. 32, establece las materias que deben ser objeto de negociación colectiva, desgranando dichas materias en sus diversos apartados, entre las que debemos destacar las siguientes:

“determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos” (apartado b); y “determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento”. Concluyendo este precepto con una cláusula de cierre contenida en el apartado K) que, a modo de síntesis o resumen de los apartados anteriores, se refiere, en general, a “las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración”.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 34.1 de la citada Ley 9/1987, están, en principio, excluidas de esa exigencia de negociación las decisiones de la administración que afecten a sus potestades de organización, pero, como se recuerda en la STS de 19 de junio de 2006 (FJ 3º), con cita de otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005 y de 22 de mayo de 2006, “tal excepción no opera, y rige por tanto aquella exigencia de consulta o negociación, cuando el ejercicio de dichas potestades organizativas pueda tener repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (artículo 34.2)”.

Lo determinante para considerar preceptiva la negociación colectiva previa es, pues, que la concreta actuación de la Administración afecte o tenga repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, esto es, que tenga un contenido sustantivo y una incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo, en el bien entendido que, como se ha destacado también por el Tribunal Supremo, la mera referencia a aspectos relativos a esas condiciones de trabajo, sin entrar en su regulación ni en su modificación, no requiere de dicha negociación colectiva previa “ya que mencionarlos no significa entrar en su régimen ni variar su contenido” (entre otras, la STS de 9 de febrero de 2004, citada en la contestación a la demanda, o la STS de 22 de mayo de 2006).

Como se resume en la STS de 6 de febrero de 2007: “si el artículo 32 k) LORAP, exige que sean objeto de negociación todas las materias que

afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos esta negociación habrá de producirse tanto si el objeto de la decisión administrativa es la regulación de aquellas condiciones de trabajo como si su finalidad es otra pero incide indirectamente en ellas. Sin embargo la interpretación de la locución “condiciones de trabajo” no puede extenderse al punto de comprender toda regulación que afecte a un determinado cuerpo de funcionarios sino que ha de limitarse a las circunstancias que repercutan en la forma en que se desempeñe el trabajo en un puesto determinado”.

Partiendo de esas consideraciones, la mera lectura de los apartados que hemos transcrito de la Orden impugnada pone de relieve que en ella se afecta de forma sustantiva a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos de educación ya que en ella se regulan materias como la formación, las retribuciones, la prestación de servicios o, indirectamente, la determinación de plantillas, que no suponen una mera mención, sino una afectación directa a tales condiciones de trabajo.

Y así, en su apartado Quinto se regula un plan completo, detallado y específico de formación para el profesorado de los centros seleccionados en el que se prevén pruebas para calificar el nivel de conocimientos, cursos en el extranjero, así como determinación de horarios lectivos y de horarios para dicha formación.

En su apartado Primero, punto 2, se afecta al régimen retributivo en cuanto se prevé la “percepción del complemento de especial dedicación docente”, y si bien se añade, “según se determine reglamentariamente”, no podemos entender que cuanto se refiere a este complemento se deja para una futura norma reglamentaria que es la que deberá ser objeto de previa negociación, como se arguye por la representación procesal de la Administración demandada, ya que la aplicación de este complemento se establece como cierta en el primer inciso de dicho punto 2 del apartado Primero en el que se manifiesta que “La convocatoria contempla” la existencia de medidas específicas de apoyo que la Administración Educativa concede a los centros que sean seleccionados. Entre dichas medidas cabe destacar: “(1a) Percepción del complemento de especial dedicación docente, según se determine reglamentariamente”. Por tanto, la percepción del complemento se contempla en la Orden como una de las medidas específicas de apoyo que la Administración “concede” a los centros que sean seleccionados, es decir, como presente y no como una posibilidad de futuro, sin perjuicio de las precisiones que esa futura norma reglamentariamente pueda realizar.

Y en fin, también las plantillas se verán afectadas como consecuencia de la Orden impugnada, según ex-

presamente se prevé, en el punto 2 del apartado Primero, al disponer que tales modificaciones de las plantillas de los centros seleccionados se llevarán a cabo “respetando los derechos adquiridos por el profesorado definitivo actualmente destinado en el mismo”, pero que tales transformaciones o modificaciones de las plantillas de los centros seleccionados se vayan a realizar con la limitación expuesta no significa que tales transformaciones o modificaciones dejen, efectivamente, de producirse ya que, como se explica en el punto 1 del apartado Primero, la enseñanza bilingüe español-inglés en los centros seleccionados implicará que, al menos, un tercio del horario lectivo semanal se impartirá en lengua inglesa, por lo que se requiere profesorado especializado en inglés (al que también la convocatoria pretende, como hemos visto, formar en la materia), con la consiguiente modificación en las condiciones de prestación de servicios del personal del propio centro seleccionado y las consecuencias que de la configuración bilingüe del centro se derivarán para quienes pretendan trasladarse a dicho centro.

A la vista de estas consideraciones, debemos entender que las materias que acaban de mencionarse, abordadas por la Orden enjuiciada, son decisiones sujetas a la exigencia de negociación colectiva, en la medida en que afectan de forma real, presente y sustantiva a las condiciones de trabajo concretas de los funcionarios públicos de educación incluidos en su ámbito de aplicación: las plantillas se verán afectadas, suponiendo ello una incidencia en la prestación de servicios (art. 32.K de la Ley 9/1987), así como las retribuciones (art. 32, apartados b y k, de dicha Ley), y la formación (art. 32. e, de la citada norma).

Y entendemos que resulta preceptiva la previa negociación colectiva (art. 32 de la Ley 9/1987) y no la mera audiencia a la que se refiere el art. 34.2 de dicha Ley, por cuanto la materia abordada en la Orden impugnada no puede calificarse, “*strictu sensu*”, de ejercicio de potestad organizativa, entendida en el sentido de determinación de la estructura interna, sino que afecta a la prestación del servicio educativo y a su desempeño por los funcionarios públicos que lo prestan.

Por tanto, en la medida en que se vulneran dichos preceptos legales, la primera alegación debe ser estimada y la Orden impugnada debe, por esta razón, ser anulada.

Y la segunda alegación contenida en la demanda también deber ser acogida.

En efecto, dispone el art. 2 de la Ley 12/1999, de 29 de abril, de creación del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, que “1. El Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid será consultado preceptiva-

mente sobre las siguientes cuestiones:

“f) Las disposiciones y actuaciones generales dirigidas a mejorar la calidad de la enseñanza y su adecuación a la realidad social madrileña, así como las encaminadas al desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades en la enseñanza y a lograr el reequilibrio y la compensación de las desigualdades territoriales, sociales e individuales”.

Y ninguna duda cabe a la Sección de que la decisión de la Administración que aquí se enjuicia, en cuya virtud, se pretende implantar de forma gradual la enseñanza bilingüe español-inglés en la Comunidad de Madrid, está incluida en el apartado f) transcrito ya que la convocatoria analizada se encamina a “mejorar la calidad de la enseñanza y su adecuación a la realidad social madrileña”, pues, como en su propio preámbulo se indica, responde al compromiso activo de la Comunidad de Madrid “en la incorporación del inglés como segunda lengua, por estar plenamente persuadida de que el dominio de este idioma es una herramienta imprescindible para que nuestros alumnos alcancen, de hecho, una efectiva y completa integración en la ciudadanía europea”, teniendo en cuenta como criterio de selección de los centros destinados a implantar esta decisión el de “equilibrio territorial”, según expresamente se indica en su apartado Primero, punto 1.

Por tanto, la omisión de esta consulta preceptiva del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid contraviene el art. 2.f) de la Ley autonómica 12/1999, y ello hace que, también por esta segunda razón, dicha Orden deba ser anulada”.

**TERCERO.-** El recurso que plantea la Comunidad Madrid contiene un único motivo de casación que en el escrito de interposición se titula como primero, y que se acoge al apartado d) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción por “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

El escrito de interposición del recurso transcribe el contenido de los artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y a continuación mantiene que “que la convocatoria del procedimiento y los criterios de selección de colegios públicos para la implantación de enseñanza bilingüe español-inglés no tiene repercusión alguna en el régimen general de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos ni en las cuestiones concretas sometidas a negociación colectiva de acuerdo con el citado artículo 32 LORAP. No obstante, la sentencia que se recurre

entiende que la Orden impugnada afecta a las retribuciones, a la formación y supone la modificación de plantillas.

No comparte esta Administración tal criterio. Así, en cuanto a las retribuciones, tan sólo se prevé una futura norma reglamentaria sobre un complemento de especial dedicación docente (punto primero, apartado 2), de modo que lo que requerirá negociación colectiva será dicha norma reglamentaria, no la mera declaración de intenciones recogida en esta Orden de convocatoria.

En cuanto a la formación, los puntos quinto y sexto de la Orden prevén la impartición de formación especial destinada al profesorado de los centros seleccionados; se trata, como se puede ver, de un beneficio para dichos funcionarios, relacionado directamente con el objeto de la convocatoria y ligado indisolublemente a la misma, que en ningún caso constituye “determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento” (art. 32.2 LORAP). Y en cuanto a la modificación de plantillas, en caso de ser necesarias, se van a realizar, según dispone el penúltimo párrafo del apartado 2 del punto primero de la Orden, con plenas garantías para los derechos de los empleados públicos: “Las modificaciones y transformaciones que, en su caso, puedan experimentar las plantillas de dichos centros en el futuro se llevarán a cabo respetando los derechos adquiridos por el profesorado definitivo actualmente destinado en los mismos”.

Cita la Sentencia de 9 de noviembre de 2004 relativa a una norma de carácter organizativo que no implicaba modificación de las condiciones de trabajo y añade que; “entiende esta representación que la Orden impugnada tiene un carácter meramente organizativo y no afecta directamente a las condiciones de trabajo de los funcionarios docentes por lo que no es precisa la negociación o audiencia previa del Sindicato recurrente”.

Seguidamente aborda la cuestión relativa a la omisión del informe preceptivo del Consejo Escolar regulado por la Ley 12/1999, de 29 de abril, art. 2.

Y manifiesta que “no es preceptiva, al no encajar la Orden de convocatoria del procedimiento de selección de centros para la impartición de enseñanza bilingüe en la Comunidad de Madrid en ninguno de los supuestos enunciados en el artículo 2 de la citada Ley 12/1999, de 29 de abril, y desarrollados por el Reglamento de organización y funcionamiento de dicho órgano consultivo, aprobado por Decreto 61/2000, de 6 de abril. Ni la Orden de convocatoria es una disposición de carácter general que deba aprobar el Consejo de Gobierno, ni la implantación de en-

señanza bilingüe en un reducido número de centros puede calificarse como un plan o actuación general de innovación o renovación educativa, encaminada a la mejora de la calidad educativa globalmente considerada.

Aun en el caso de que se considere necesario dicho informe, éste sería no vinculante (art. 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común).

La falta de solicitud de dicho informe es un vicio que no da lugar a nulidad de pleno derecho por no ser subsumible en ninguno de los supuestos del apartado 1 del art. 62 de la Ley 30/92, ni siquiera en la letra e), dado que no supone omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (SSTS de 15 de mayo de 1989, 28 de febrero de 1991, 17 de abril de 1991, 3 de mayo de 1991, 15 de octubre de 1991, etc.). Constituye, a lo sumo, un defecto de forma no determinante de anulabilidad, ya que el acto no carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin ni ha dado lugar a indefensión de los interesados (art. 63.2 de la Ley 30/92; STS de 17 de abril de 1991). En cualquier caso, es un defecto subsanable mediante la solicitud posterior del referido informe (STS de 6 de enero de 1990) y, por lo tanto, convalidable (art. 67.1 de la Ley 30/92”).

La representación procesal del sindicato recurrido en cuanto a la primera de las cuestiones debatidas opone que: “lo cierto es que la Orden dictada por la Comunidad de Madrid, cuyo objeto es la implantación de la enseñanza bilingüe en Centros Públicos de la Comunidad de Madrid, si incide de forma sustantiva en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, como afirma la Sentencia dictada, en cuanto a ampliación de personal en los mismos, retribuciones, formación, modificación y transformación de plantillas, afectando a los trabajadores en los que se implante la enseñanza bilingüe, ya que de ello pueden derivarse supresiones de puesto de trabajo, afectar el número de vacantes que se oferten en los concursos de traslados, así como al número de plazas a ocupar por integrantes de las listas de aspirantes a desempeñar puestos docentes en régimen de interinidad, suponiendo una incidencia en la prestación de servicios (art. 32, apartado k), las retribuciones (art. 32 apartados b y k) y la formación (art. 32, apartado e) de la Ley 9/1987, de 12 de junio.

No se trata, por tanto, como sostiene la parte recurrente de una regulación de carácter “meramente organizativo”, que no afecta directamente a las condiciones de trabajo de los funcionarios afectados, pues si así fuera se habría limitado a la determinación de los criterios de selección de los centros bilingües, sin embargo al es-

tablecer otras cuestiones diferentes, que denomina “medidas específicas de apoyo que la Administración educativa concede a los centros seleccionados” y además cuestiones, que afectarán a los centros y al personal que resulte afectado, la regulación obviamente vas más allá de una mera organización, afectando directamente a las condiciones de trabajo, que en virtud de la normativa citada deben ser objeto de negociación.

Así, de conformidad con el art. 34 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, apartado 2º, si bien en un principio se trata de regular cuestiones de organización, en este caso, la selección de los centros bilingües, estableciendo consecuencias derivadas de ello, produce una repercusión en algunos casos directa y en otros indirecta sobre las condiciones de trabajo que debe ser objeto de negociación, de conformidad con la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, como entre otras recoge la Sentencia señalada en la Sentencia de 6 de febrero de 2007.

No es cierto que en la regulación recurrida se realicen solo declaraciones de intenciones, pues establecen condiciones concretas que afectan directamente las condiciones de trabajo; por ejemplo, la creación de un “complemento de especial dedicación docente” y la “impartición de formación especial destinado al profesorado de los centros seleccionados” (que ya aparece muy detallado en la regulación recurrida), aunque tales cuestiones requieran un desarrollo posterior al que remite la propia regulación, para el cual según se deduce de la posición del recurrente si se realizaría la negociación exigida, es obvio, que no se trata de una simple declaración de intenciones, y si es absolutamente necesaria la regulación en el desarrollo de tales cuestiones, también lo es que desde el momento que se determinan las mismas en esta regulación recurrida esto también debería haber sido objeto de negociación, pues desde ese momento ya se están afectando a las condiciones de trabajo. La negociación no es exigible tan sólo del desarrollo de aquellas cuestiones que afectan a las condiciones de trabajo, sino también, y tal vez, aún en mayor medida, al establecimiento y determinación de estas”.

Y en cuanto a si la consulta al Consejo Escolar es o no preceptiva transcribe el art. 2 de la Ley del Consejo apartado f) y señala que es “obvio que la selección de colegios públicos en los que se vaya a implantar la enseñanza bilingüe, indudablemente repercutirá, entre otros, en la organización del sistema educativo regional y en la programación general de la enseñanza, así como supondrá una mejora de la calidad de ésta y precisamente, se trata de una medi-

da encaminada a adecuarse a la realidad social madrileña, necesitada de la implantación de estas enseñanzas en la actualidad, e igualmente, su correcta implantación es una medida para el desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades, que puede permitir un reequilibrio de las desigualdades, territoriales, sociales e individuales, por lo que resulta absolutamente exigible el informe “preceptivo” del Consejo Escolar, como dispone el mencionado precepto de la Ley 12/1999, de 29 de abril, de creación del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid. La medida objeto de regulación, repercutirá en todas estas cuestiones, y, la Comunidad de Madrid, como indica la Sentencia, en su propio preámbulo reconoce esa finalidad: “compromiso activo de la Comunidad de Madrid en la incorporación del inglés como segunda lengua, por estar plenamente persuadida de que el dominio de esta lengua alcance, de hecho, una efectiva y completa integración en la ciudadanía europea”.

En cuanto a lo alegado en el escrito de interposición de esta casación por la parte recurrente, señalar, que el precepto transcrito en su apartado f) no exige para la preceptiva intervención del Consejo Escolar, que se trate de una disposición general que deba aprobar el consejo de Gobierno, y por otro lado, que si la regulación recurrida, no puede considerarse un plan general de innovación o renovación educativa (que si bien formalmente no es denominado así, en su contenido, si que se trata de introducir innovaciones y renovar la enseñanza en la Comunidad de Madrid), previsto en el apartado g) del artículo 2, si que resulta plenamente aplicable el apartado f).

Por otro lado, en virtud de la Ley 12/1999, de 29 de abril, de creación del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, la consulta del Consejo Escolar es “preceptiva” y por tanto, esencial en la tramitación de todas aquellas cuestiones en las que sea necesaria, su incumplimiento supone una vulneración de la misma que da lugar a la nulidad de la regulación recurrida de pleno derecho, en aplicación del art. 62 de la Ley RJAP y PAC. Además, de que aunque pudiera considerarse un defecto de forma determinante de anulabilidad, este al no haberse realizado en el momento preceptivo supone una indefensión de los interesados, no subsanable, pues la consulta posterior, como pretende la Administración, sería intrascendente, y supondría vaciar de contenido la obligación establecida, una vez que la regulación ha quedado aprobada, y por tanto, el defecto daría igualmente lugar a la nulidad, pues es obvio, que dicha consulta preceptiva debe producirse antes de la aprobación”.

CUARTO.- Para la adecuada resolución del recurso conviene precisar que del contenido de la Orden que



justifica la interposición del mismo no puede deducirse que haya de ser objeto de negociación entre la Administración que la dictó y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública de la Comunidad de Madrid como consideró la Federación Regional de Enseñanza de Comisiones Obreras y estimó la Sala de instancia.

En los fundamentos precedentes nos hemos extendido como hizo la Sentencia recurrida sobre el contenido de la Orden 4.902/2004 cuyo objeto fue la selección de Colegios Públicos de Educación Infantil y Primaria para llevar a cabo en ellos la implantación de la enseñanza bilingüe español-inglés en el curso 2005/2006.

Y hemos destacado sus aspectos más relevantes en orden a las características de la convocatoria, y lo que ello supondría para los centros seleccionados, a los aspectos de formación del profesorado y a la estructura de las plantillas que una vez autorizada la implantación de esa enseñanza experimentaría el centro, e, incluso también se tuvo en cuenta la previsión que contiene la Orden acerca de la percepción de un complemento de especial dedicación docente, a percibir por los profesores seleccionados, según se determinase reglamentariamente.

Pero con todo la Sala posee el convencimiento de que esa Orden por su contenido y, sobre todo, por su finalidad, no encaja o no se encuadra entre aquellas disposiciones o actos sobre los que el art. 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, en la redacción dada al mismo por el artículo único de la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, exigía la negociación con las organizaciones sindicales.

Y así ni apartados como el b) relativo a "la determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos", ni el e) referido a "la determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento", o el más general o, con vocación de norma de cierre, como expresó la Sentencia de instancia, del apartado k), relacionado con "las materias de índole económica, (...) y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo" pueden considerarse concernidos por la Orden, porque la misma no tiene la condición de norma general que afecte con ese carácter a los empleados públicos, no ya a sus retribuciones, o a sus condiciones de trabajo, ni tan siquiera a las plantillas de los centros afectados como justificar la negocia-

ción de su contenido.

Lejos de ello, posee una limitada naturaleza de norma de organización del servicio público de educación que presta la Comunidad de Madrid que pretende mejorar, en un aspecto concreto como es el de la implantación de la enseñanza bilingüe en un número significativo de centros públicos, pero que no hace más que avanzar criterios necesarios para lograr ese fin, y cuyo desarrollo se efectuará con posterioridad como ocurre en relación con el ya mencionado complemento de especial dedicación docente.

Así las cosas es del caso señalar que si bien la negociación no era necesaria, sí por el contrario la Orden debió ser consultada mediante la audiencia pertinente con las Organizaciones sindicales, puesto que reconociendo que su contenido se movía en el ámbito de las potestades de organización que son propias de la Administración, podía afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios que por ella resultaban concernidos, es decir, aquellos que prestaban sus servicios en los centros seleccionados o a quienes en el futuro accedieran a ellos. Y ello de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34 de la Ley mencionada.

Refiriéndonos ahora ya a la segunda cuestión que fue objeto de debate en la instancia, la relativa a si se debió o no oír con carácter previo a la publicación de la Orden al Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, que regulan en cuanto a su composición y funciones la Ley autonómica 12/1999, de 29 de abril, y el Decreto 61/2000, que lo desarrolla, es una cuestión ajena al recurso de casación puesto que se trata de interpretar unas normas propias de la Comunidad Autónoma, tarea que corresponde al Tribunal Superior de Justicia que territorialmente ejerce su Jurisdicción en el ámbito físico de la Comunidad, y ello porque en este supuesto la mención de los preceptos de la Ley 30/1992 que se citan en el motivo, art. 83.1 sobre el carácter vinculante o no de los informes de los órganos consultivos, y artículos 62.1 y 63.2 de la misma norma, se utilizan como instrumento para propiciar la intervención de este Tribunal Supremo.

En consecuencia procede estimar el recurso y casar la Sentencia de instancia en tanto que anuló la Orden recurrida y dispuso que la misma debió someterse por la Comunidad de Madrid a la negociación colectiva con las Organizaciones Sindicales más representativas.

QUINTO.- Al estimarse el recurso procede de conformidad con lo prevenido en el art. 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción que la Sala en funciones de tribunal de instancia resuelva lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate y, en consecuencia, y de

acuerdo con lo expuesto en el fundamento precedente declaramos que la Orden debió someterse por la Comunidad de Madrid a consulta de las Organizaciones Sindicales dándoles audiencia sobre el contenido de la misma.

SEXTO.- Al estimarse el recurso de conformidad con lo prevenido en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción no ha lugar a hacer expresa condena en costas a la Administración recurrente.

#### FALLO

Ha lugar al recurso contencioso administrativo núm. 373/2008, interpuesto por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Madrid frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de once de diciembre de dos mil siete, pronunciada en el recurso contencioso administrativo núm. 792/2004, que estimó el recurso contencioso administrativo deducido por la representación procesal de la Federación Regional de Comisiones Obreras de Madrid contra la Orden de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid de dos de noviembre de dos mil cuatro, para la selección de Colegios Públicos de Educación infantil y primaria de la Comunidad en los que se llevará a cabo la implantación de la enseñanza bilingüe español-inglés en el curso 2005/2006, que casamos por no ser conforme con el ordenamiento jurídico.

Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo núm. 792/2004, deducido por la representación procesal de la Federación Regional de Comisiones Obreras de Madrid contra la Orden de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid de dos de noviembre de dos mil cuatro, para la selección de Colegios Públicos de Educación infantil y primaria de la Comunidad en los que se llevará a cabo la implantación de la enseñanza bilingüe español-inglés en el curso 2005/2006 que anulamos por no ser conforme con el ordenamiento jurídico, y declaramos que la Orden debió someterse por la Comunidad de Madrid a consulta de las Organizaciones Sindicales dándoles audiencia sobre el contenido de la misma.

No hacemos expresa condena en costas en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Celsa Pico Lorenzo.- Antonio Martí García.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.



2009/276086

TS Sala 4ª, Sentencia 14 octubre 2009. Ponente: D. Gonzalo Moliner Tamborero

No es salario

## Premio abonado a tirador selecto como remuneración individualizada

*Desestima el TS el recurso de casación presentado por el sindicato demandante contra sentencia que, en proceso por conflicto colectivo, no reconoció su pretensión de otorgar al "tirador selecto" el premio previsto en el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad de manera mensual por catorce pagas.*

*Entiende la Sala que lo que se prevé en la norma convencional no es una retribución por un trabajo realizado y por lo tanto un salario, sino un "premio" que en su estricta literalidad significa una remuneración no continuada sino individualizada por alguna concreta causa; pero aun cuando literalmente pudiera concebirse de otra manera, del propio contenido del texto normativo, contemplado en toda su regulación, se aprecia claramente cómo lo que en él se prevé para las demás situaciones que contempla -actos heroicos, actos meritorios, espíritu de fidelidad, etc. - son medallas, felicitaciones, premios en metálico, incremento de*

las vacaciones, sin que en ningún caso se aprecie trascendencia o duración alguna que vaya más allá del mero acto de reconocimiento. Por tanto, concluye la Sala, sólo se abona cada vez que el trabajador concernido sea reconocido como "tirador selecto" en las pruebas que al efecto se celebran cada dos años.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente proceso de conflicto colectivo se inició por medio de demanda formulada por el Sindicato USO y con él lo que se pretende es que se interprete el art. 59, apartado f) del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad 2005-2006 en el sentido de entender que a quien tiene reconocida la condición de "tirador selecto" se le reconozca el derecho a percibir el premio establecido en dicho precepto "de manera mensual por catorce pagas en la cantidad que establece "dicho precepto del Convenio, frente a la interpretación que del mismo hacen las empresas de seguridad demandadas que sólo reconocen y abonan dicho premio cada vez que el trabajador concernido es reconocido como "tirador selecto" en las pruebas que al efecto se celebran cada dos años.

2.- El art. 59 del indicado Convenio Colectivo dice en su integridad lo siguiente:

"art. 59. Premios.

Con el fin de recompensar la conducta, el rendimiento, laboriosidad y demás cualidades sobresalientes del personal, las Empresas otorgarán a sus trabajadores, individual o colectivamente, los premios que en esta sección se establecen.

Se considerarán motivos dignos de premio:

- a) Actos heroicos
- b) Actos meritorios
- c) Espíritu de servicio
- d) Espíritu de fidelidad
- e) Afán de superación profesional
- f) Tirador selecto

Serán actos heroicos los que realice el trabajador con grave riesgo de su vida o integridad personal, para evitar un hecho delictivo o un accidente o reducir sus proporciones.

Se considerará actos meritorios los que en su realización supongan grave riesgo para la vida o integridad personal del trabajador, pero representen una conducta superior a la normal, dirigida a evitar o a vencer una anomalía en bien del servicio o a defender bienes o intereses de los

clientes de las Empresas o de estas mismas.

Se estimará espíritu de servicio cuando el trabajador realice su trabajo, no de un modo rutinario y corriente, sino con entrega total de sus facultades, manifiesta en hechos concretos consistentes en lograr su mayor perfección, subordinando a ellos su comodidad e incluso su interés particular.

Existe espíritu de fidelidad cuando éste se acredite por los servicios continuados a la Empresa por un período de veinte años sin interrupción alguna, siempre que no conste en el expediente del trabajador nota desfavorable por comisión de falta grave o muy grave.

Se entiende por afán de superación profesional la actuación de aquellos trabajadores que en lugar de cumplir su misión de modo formulario, dediquen su esfuerzo a mejorar su formación técnica y práctica para ser más útiles a su trabajo.

Los anteriores motivos dignos de premio, quedarán recompensados, correlativamente, con los siguientes premios:

a) Premios en metálico por el importe mínimo de una mensualidad.

b) Aumento de las vacaciones retribuidas.

c) Felicidades por escrito, que se harán públicas.

d) Propuesta a los Organismos competentes para la concesión de recompensas, tales como nombramientos de trabajador ejemplar, Medalla de Trabajo y otros distintivos.

e) Cancelación de notas desfavorables en el expediente.

f) Se retribuirá con un premio en metálico de 12,40 euros al tirador selecto.

Excepción hecha de las felicitaciones, la concesión de los premios antes consignados se hará por la Dirección de las Empresas, en expediente contradictorio, instruido a propuesta de los Jefes o compañeros de trabajo, y con intervención preceptiva de éstos, y de los representantes de los trabajadores".

3.- La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó la demanda en la sentencia que resolvió en la instancia esta cuestión por considerar que la adecuada era la interpretación que hacían las empresas demandadas, y el Sindicato demandante ha recurrido dicha resolución sosteniendo su tesis inicial; habiendo informado el Ministerio Fiscal la desestimación del recurso por considerar que la interpretación del precepto no permite llegar a las conclusiones a las que llegó la entidad demandante.

SEGUNDO.- 1.- El Sindicato recurrente en un único motivo de casación y al amparo de lo previsto en el art. 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral ha denunciado como infringido por la sentencia recurrida el art. 59. f) del Convenio Colectivo de aplicación sobre el argumento básico de entender que la interpretación adecuada del mismo de conformidad con lo previsto en el art. 3 del Código Civil, en relación con lo dispuesto en los arts. 4.2 f), 26 y 35.4 del Estatuto de los Trabajadores, considera que habría de ser la de considerar aquel premio como un complemento mensual a abonar por las empresas en catorce pagas.

2.- La pretensión de la recurrente y el recurso deben ser desestimados porque cualquiera que sea el punto de vista desde el que se pretenda interpretar dicho precepto no permite llegar al resultado por dicha parte pretendido.

En efecto, lo primero que llama la atención es que lo que en el indicado art. 59 se prevé no es una retribución por un trabajo realizado y por lo tanto un salario, sino un "premio" que en su estricta literalidad significa una remuneración no continuada sino individualizada por alguna concreta causa; pero aun cuando literalmente pudiera concebirse de otra manera, del propio contenido del precepto, contemplado en toda su regulación, se aprecia claramente cómo lo que en él se prevé para las demás situaciones que contempla - actos heroicos, actos meritorios, espíritu de fidelidad, etc. - son medallas, felicitaciones, premios en metálico, incremento de las vacaciones, sin que en ningún caso se aprecie trascendencia o duración alguna que vaya más allá del mero acto de reconocimiento.

Por otra parte, si con el premio en metálico se pretendiera retribuir mensualmente al "tirador selecto" por el hecho de ser reconocido como tal, dicha retribución aparecería como previsible en las tablas salariales o en el capítulo de complementos salariales recogidos en los arts. 67 y siguientes del mismo Convenio, y nada de eso ocurre.

Con todo lo cual lo que se quiere señalar es que no solo de la literalidad del precepto discutido se llega a la conclusión a la que llegó la sentencia que se recurre como se le imputa por el recurrente, sino que desde una interpretación lógica y sistemática tampoco se alcanza otra conclusión; sin que, por otra parte, del hecho de que el art. 3 del Código Civil se remita a los antecedentes históricos y/o a la realidad social del tiempo en que la norma haya de interpretarse se infiera que la interpretación adecuada sea la otra.

3.- Es cierto que el hecho de que el premio sea de 12'40 euros tan sólo, hace hasta ciertamente llamativo que

sólo se entregue a quien obtiene la calificación de "tirador selecto" cada vez que se hacen en períodos bianuales las pruebas de tiro correspondientes, pero de ello la única conclusión que se puede obtener es la de que el premio en cuestión esté deficientemente valorado, pero no la de que haya de abonarse mensualmente, entre otras razones porque un tirador selecto puede dejar de serlo en cualquier momento posterior a la prueba, pero fundamentalmente porque en el supuesto de que la valoración dada al premio no sea la adecuada a lo que puede conducir es a que se negocie y pacte otra superior entre las partes, pero no a que sean los Tribunales los que fijen otra cantidad distinta puesto que son las partes y no los órganos judiciales los habilitados para resolver lo que ya no sería un conflicto jurídico de interpretación del Convenio sino un conflicto de intereses.

TERCERO.- La conclusión a la que se llega a partir de lo antes indicado, es la de que la sentencia recurrida estuvo acertada en la interpretación del precepto discutido de donde se infiere que la solución adecuada al presente recurso no es otra que la de su desestimación; sin que proceda imponer las costas a ninguna de las partes por no darse las circunstancias que hacen posible tal decisión de conformidad con lo previsto en el art. 233 de la LPL.

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por Unión Sindical Obrera (USO) contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2008, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en procedimiento núm. 217/07, seguido a instancias de USO contra APROSER, FES, ACES, AMPES, CC.OO., UGT y CIG sobre conflicto colectivo. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- José Manuel López García de la Serrana.- Mariano Sampedro Corral.

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



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2802

Madrid, 8 de marzo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

## 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.



2009/299943

TS Sala 1ª, Sentencia 22 diciembre 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

### Validez de acuerdo comunitario sobre ratificación de actuación de presidente

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia de apelación que, al igual que la de primera instancia, rechazó la demanda por la que se pretende la declaración de nulidad del acuerdo de la junta de propietarios en el que se ratifican y aprueban determinadas acciones y reclamaciones judiciales ejercitadas por el presidente en nombre de la comunidad, al considerar la Sala que dicho acuerdo de ratificación fue válidamente adoptado ya que se incluyó en el orden del día y fue correctamente debatido y votado, sin que sea necesario un "quorum" especial.



2009/251521

TS Sala 2ª, Sentencia 22 octubre 2009.  
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

### Homicidio concurriendo agravantes de parentesco y abuso de superioridad

El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el condenado en la instancia como autor de un delito de asesinato, y dicta segunda sentencia en la que condena al acusado como autor de un delito de homicidio, con las agravantes de parentesco y de abuso de superioridad, absolviéndole del delito de asesinato. Entre otros pronunciamientos declara la Sala que la jurisprudencia viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate

de un delito contra las personas; en segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijudicialidad en la conducta derivada precisamente del "modus operandi", conscientemente orientado a aquellas finalidades. Y en el presente supuesto, se carece de todo elemento de prueba que acredite cuál era la situación fáctica previa a la agresión con el cuchillo.



2009/300089

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 12 noviembre 2009. Ponente: D. Eduardo Espín Templado

### Inscripción de una marca que no resulta descriptiva de los productos alimenticios a los que se refiere

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid, que desestimó el recurso entablado contra la concesión de la marca mixta "Sana", para determinados productos alimenticios (productos cárnicos derivados del cerdo) en la clase 29 al considerarlas compatibles con las marcas prioritarias "Zana", en las clases 29, 32 y 35. La parte podrá discrepar con la Sala sobre si el término "sana" es o no descriptivo respecto de los productos alimenticios, pero lo que es claro es que no se produce la confusión que denuncia entre genericidad y descriptividad. Por lo demás, en cuanto a si el término citado es o no descriptivo, se trata de una apreciación fáctica que no sería revisable

en casación; en cualquier caso de ningún modo podría considerarse el criterio de la Sala como un error patente

2009/300090

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 19 noviembre 2009. Ponente: D. Eduardo Espín Templado

### Denegación de inscripción de la marca solicitada al no demostrar su notoriedad prerregistral

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid, que desestimó la impugnación formulada contra la denegación administrativa de la marca denominativa "José Padilla", para productos de la clase 9 del nomenclátor internacional. La Sala considera que no existía una marca notoria o renombrada precedente, por lo que no procede acceder a la protección dispensada por el art. 13, c) Ley 32/1988, como tampoco a la dispensada en la letra b), ya que el rechazo al nuevo signo deriva también de la prohibición de registro inserta en el art. 12,1, a) de dicha Ley, ante la obvia identidad de los signos aspirante y prioritario y su relación de semejanza aplicativa, razones por las que el tribunal de instancia subraya la existencia de riesgo de confusión entre aquél y la marca ya registrada.



2009/245816

TS Sala 4ª, Sentencia 6 octubre 2009.  
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

### Topes y limitaciones a las ayudas a prejubilaciones en minería del carbón

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador prejubilado demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación de cantidad.

La Sala señala que la interpretación correcta del art. 9 RD 808/2006 por el que se establece el régimen de ayudas a las prejubilaciones vinculadas a planes de racionalización y reestructuración de la actividad de las empresas mineras del carbón es la contenida en la sentencia impugnada así pues, por un lado se esta-

blecen los tope máximo y mínimo de la cantidad bruta garantizada y, por otro, si esta cantidad, en función de las bases máxima y normalizada, excediera más del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador habría de reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior habría de incrementarse; esta limitación tiene por objeto evitar el absurdo que supondría que el actor percibiera en situación de prejubilación una mayor cantidad que la que percibía como salario medio estando en activo.

2009/265827

TS Sala 4ª, Sentencia 16 septiembre 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

### Procedente despido objetivo tras finalización de contrata

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la empresa codemandada frente a sentencia que declaró improcedentes los despidos de los actores.

La Sala señala, siguiendo doctrina unificada, que la reducción de actividad de servicios a la finalización de una contrata genera dificultades que han sido acreditadas y que impiden el buen funcionamiento de la empresa, siendo lógico que la amortización de puestos constituya causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes, determine la declaración de improcedencia de tales despidos.

2009/251625

TS Sala 4ª, Sentencia 15 octubre 2009.  
Ponente: D. Benigno Varela Auñón

### Inclusión de la parte proporcional de pagas extra en el nuevo premio de continuidad y permanencia

El TS desestima los recursos de casación promovidos por la entidad escolar actora y la asociación adherida a la demanda frente a sentencia que rechazó la no inclusión de las pagas extras en el cálculo del premio de continuidad o permanencia regulado en el art. 68 bis del Convenio Colectivo de Enseñanza de Iniciativa Social de la Comunidad Autónoma del País Vasco, vigente para los años 2006 y 2007.

La Sala señala que los negociadores del Convenio regularon la paga en cuestión de forma distinta al premio por jubilación vigente hasta ese momento, por tanto, ambos conceptos son de naturaleza distinta -de carácter salarial el primero y de carácter asistencial el segundo- y, además, el momento de su reconocimiento a los trabajadores también es diferente; en conclusión, existe una intención de configurar un complemento nuevo y distinto por lo que no es dable atribuir al mismo idénticas características a las del complemento de jubilación ya extinguido lo que, además, puso de relieve el acuerdo adoptado en la Comisión Interpretativa Mixta del Convenio el cual no fue impugnado por los recurrentes.