



# 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 2867

Madrid, miércoles 8 de septiembre de 2010



## TS SOCIAL

2010/84366

TS Sala 4ª, Sentencia 12 abril 2010. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

### Exclusión de acuerdo extraestatutario a efectos de sustitución entre convenios

*Desestima el TS el recurso de casación formulado por la empresa de telecomunicaciones subrogada demandada contra sentencia que declaró el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a los derechos y condiciones labores que tenían reconocidas en la anterior entidad.*

*Explica la Sala que el acuerdo extraestatutario alcanzado en el ámbito de la empresa recurrente no constituye un convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida con respecto a los trabajadores de la antigua empresa, a los fines de la sustitución entre convenios prevista en el aplicable art. 44,4 ET, pues los pactos extraestatutarios no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral, careciendo de eficacia normativa y únicamente surten efecto entre quienes los concertaron.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la empleadora "Tecnocom Gestión y Servicios A.I.E.", se formaliza recurso de casación ordinaria contra la sentencia dictada en instancia, en proceso de conflicto colectivo, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 12- junio-2009 (autos 37/2009), en la que estimando la demanda interpuesta por la "Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo" (FESIBAC- CGT), — en la que, con la aclaración efectuada, se pretendía se declarara "el derecho de los trabajadores afectados a que les sigan siendo respetados en la nueva entidad los derechos y condiciones labores que tenían reconocidas a 31 de diciembre de 2008, derivadas del Convenio Colectivo de Getronics España Soluciones, S.L" —, establece en su fallo que "desestimamos la

excepción de falta de agotamiento de la conciliación previa, alegada por Tecnocom y Getronics", que "Estimamos de oficio la excepción de falta de legitimación pasiva de Getronics a quien absolvemos de las pretensiones de la demanda", y finalmente

"Que estimando la demanda de conflicto colectivo, formalizada por CGT, a la que se adhirió el comité de empresa de Getronics venimos a declarar que los trabajadores de Getronics subrogados por Tecnocom, tienen derecho a que sus derechos y condiciones laborales, derivados del convenio de Getronics se mantengan vigentes hasta que entre en vigor un nuevo convenio que afecte a Tecnocom y en consecuencia condenamos a Tecnocom, CCOO y UGT a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos".

2.- El recurso se formalizan por el exclusivo cauce procesal del art.

205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), sin invocación de precepto alguno infringido en ninguno de los dos motivos que formula y limitándose a una mera cita de sentencias de esta Sala.

3.- El referido defecto formal, puesto de evidencia por el Ministerio Fiscal en su informe, podría haber comportado, en su momento, la inadmisión del recurso por incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos para recurrir (art. 211 LPL), lo que no se efectuó y ahora podría comportar la desestimación de la demanda. No obstante, flexibilizando la exigencia de los requisitos formales, en el límite de lo posible y solamente si los posibles preceptos que pudieran estimarse infringidos resultasen aplicados en las sentencias que invoca en cada uno de dichos motivos, se entra a conocer del fondo del asunto.

SEGUNDO.- 1.- En el primer motivo, la parte recurrente atribuye incongruencia a la sentencia recurrida entendiendo que no da respuesta a la petición de la demanda ni a la original del acto de conciliación, afirmando que la pretensión estimada en el fallo de la sentencia no ha sido solicitada por la parte demandante, lo que supone en la práctica una falta de agotamiento parcial de la conciliación previa causante de la indefensión, citando al respecto dos sentencias de esta Sala.

2.- Como propone el Ministerio Fiscal en su informe este motivo debe ser desestimado pues, al margen de que las sentencias invocadas por la recurrente contienen doctrina genérica sobre las cuestiones planteadas, del propio antecedente de hecho cuarto de la sentencia en relación con el suplico de la papeleta de conciliación y el suplico de la demanda una vez aclarado, resalta concordante lo solicitado en una y en otra, en esencial la pretensión de que se declare "el derecho de los trabajadores afectados a que les sigan siendo respetados en la nueva entidad los derechos y condiciones labores que tenían reconocidas a 31 de diciembre de 2008, derivadas del Convenio Colectivo de Getronics España Soluciones, S.L".

3.- No existe, por tanto, infracción de los arts. 63 y 80.1.c) LPL, en

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Ausencia de buena fe en el segundo adquirente de marca no inscrita 5

#### PENAL

Nulidad de auto de sobreseimiento libre en causa seguida por delito de cohecho 7

Prueba indiciaria sólida que sustenta la condena por delitos de simulación de delito y tentativa de estafa 10

#### ADMINISTRATIVO

Exclusión de relación de aspirantes en superación de concurso-oposición 13

#### SOCIAL

Exclusión de acuerdo extraestatutario a efectos de sustitución entre convenios 1

Incumplimiento tras extinción de contrato de pacto de no concurrencia 3

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

cuanto a la exigencia del requisito de conciliación administrativa previa y la necesaria concordancia, exclusivamente, entre los " hechos " aducidos en la conciliación y en la demanda, ni por consiguiente incongruencia alguna de la sentencia, tanto más cuanto, conforme con el art. 218.1.II de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), " el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes ".

**TERCERO.-** 1.- En el segundo motivo, la empleadora recurrente argumenta que la sentencia recurrida declara que existe obligación de aplicar a los trabajadores afectados por la subrogación el mismo convenio colectivo que les era de aplicación en la empresa de origen olvidado que esta no era la cuestión debatida, afirmando la discusión consistía en determinar si los derechos reconocidos y aceptados expresamente por todos y cada uno de los trabajadores afectados eran en su conjunto y cómputo anual iguales o no a los que disfrutaban previamente y que ello era lo que había sido denunciado por la parte demandante y no la cuestión de si era de aplicación uno u otro convenio colectivo, y pasando la recurrente a analizar comparativamente determinados aspectos laborales entre el Convenio colectivo de " Getronics " y el de Oficinas y Despachos, cuya aplicación se recoge en el Pacto firmado entre los trabajadores y sus representantes que entiende tiene carácter vinculante.

2.- La desestimación del primero de los motivos del recurso y el reflejo en aquel del concreto suplico de la demanda evidencia, sin necesidad mayor argumentación, la falta de contenido de este segundo motivo y su consecuente desestimación, pues resulta evidente que el objeto del litigio no es el aducido en este motivo por la empresa recurrente en casación.

3.- Además, como razona el Ministerio Fiscal en su informe, lo que hizo la sentencia recurrida fue resolver el debate en los términos en los que fue planteado y la solución dada es coincidente con la doctrina de esta Sala IV del Tribunal Supremo, destacando que la subrogación no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio co-

lectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan las relaciones laborales con el nuevo empleador; y que, concretamente, el Pacto alegado por la recurrente no reúne los requisitos exigidos para que pueda considerarse una nueva regulación de la materia, pues, dada la forma en que se negoció, solo puede considerarse como un pacto extraestatutario que, en modo alguno, puede resultar vinculante en el sentido pretendido por la nueva empresa, pues ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no fueron parte ni establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir quienes fueron ajenos a la negociación y al derivado acuerdo.

**CUARTO.-** Finalmente, aun adicionado argumentos a los expuestos para resolver sobre el fondo del asunto, debe partirse esencialmente de: a) lo establecido en el art. 44.4 ET; b) la jurisprudencia de esta Sala sobre la esencial problemática de los denominados pactos o convenios extraestatutarios, mediante los que la empresa pretende cumplir con lo establecido en el precepto legal estatutario antes referido; y c) de la jurisprudencia constitucional sobre las interrelaciones entre la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores y la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre sindicatos y representación empresarial.

**QUINTO.-** Sobre el primero de los puntos referidos, el art. 44.4 ET se dispone que " Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida " y específicamente que " Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida ".

**SEXTO.-** 1.- Sobre el segundo de los indicados puntos, y la pretensión empresarial de que un convenio extraestatutario sea suficiente para cumplir con lo establecido en el cita-

do art. 44.4 ET con respecto a los trabajadores de la antigua empresa, para darle adecuada solución debe estarse a la jurisprudencia de esta Sala, que " como recuerda la STS/IV 9-febrero-2010 (rco 105/2009), la jurisprudencia social (en interés de ley y luego en casación unificadora y ordinaria) ha abordado la problemática esencial de los pactos o convenios extraestatutarios, — entre las primeras, en sus SSTS/Social 16-enero-1986, 30-mayo-1991 (rco 1356/1990), 29-septiembre-1993 (rco 880/1992), 28-marzo-1994 (rco 3352/1992), 22-enero-1994 (rco 2380/1992), 17-octubre-1994 (rco 2197/1993), 14-noviembre-1994 (rco 708/1993), 21-diciembre-1994 (rco 2734/1993), 27-marzo-1995 (rco 618/1994), 18-julio-1995 (rco 949/1994), 13-febrero-1996 (rco 2183/1993), 14-febrero-1996 (rco 3173/1994), 4-mayo-1995 (rco 346/1992), 10-junio-1996 (rco 2582/1995), 24-enero-1997 (rco 2833/1995), 10-junio-1998 (rco 294/1998) —, partiéndose, en esencia, de su regulación por la normativa civil de obligaciones y de su valor convencional (no normativo); de que dichos pactos de eficacia limitada no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 ET, lo que comporta una serie de consecuencias derivadas de trascendencia jurídica ". Añadiendo nuestra reiterada doctrina que "

Los convenios colectivos tienen eficacia general para todos los comprendidos en su campo de aplicación, hayan o no estado efectivamente representados en su negociación y acuerdo y sigue teniendo eficacia el contenido normativo una vez concluida la duración pactada (art. 86.3 ET), mientras que los pactos extraestatutarios únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y carecen en general de efectos más allá de las fechas pactadas (SS. 14 diciembre 1996 rec. 3063/1995 y 25 enero 1999 rec. 1584/1998) y STS/IV 6-octubre-2009 (rcud 3012/2008)".

2.- Por otra parte, es también jurisprudencia consolidada, contenida, entre otras, en las SSTS/IV 22-marzo-2002 (rco 1170/2001) y 3-junio-2002 (rco 4892/2000), como destaca la primera resolución citada, que incluso " el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de "aplicación de otro conve-

nio colectivo", no se refiere al que ya estaba vigente "ex ante la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria.

Conclusión que se refuerza si cabe, a la vista del contenido del antes citado número 4 del art. 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001 de 9 de julio, que, aun inaplicable al caso por razones temporales, debe cumplir una evidente función orientadora, máxime cuando recoge la doctrina jurisprudencial mencionada y armoniza nuestra legislación a la Directiva 98/50 CE, que en este punto, no modifica la anterior Directiva 77/187, a la que ya se ordenó nuestra interpretación durante la vigencia de la normativa que el recurso considera infringida. Y en el nuevo precepto se alude ya expresamente al "nuevo" Convenio Colectivo que resulte aplicable tras la transmisión ".

**SÉPTIMO.-** 1.- En cuanto al tercero de los puntos citados, de la jurisprudencia constitucional es dable concluir que no es lícito pactar de manera individual y masiva o en pactos colectivos sin carácter normativo en términos contrarios a los establecidos en un convenio colectivo, de modo que suponga desvirtuar sus mandatos.

2.- En esta línea es dable destacar la jurisprudencia constitucional, reflejada esencialmente en la STC 238/2005 de 26 - septiembre y en las que en ella se citan (entre otras, SSTC 105/1992 de 1-julio, 208/1993 de 28-junio, 107/2000 de 5-mayo y 225/2001 de 26 -noviembre), en la que se aborda el problema " relativo a determinar si la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación voluntaria de una oferta formulada por la empresa, puede, sin vulneración del derecho de negociación colectiva, modificar respecto de los mismos el contenido de lo pactado con carácter general en el convenio colectivo aplicable", dándose una respuesta negativa " al entender que de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucio-

nalmente prevista en el art. 37.1 CE”.

3.- Razonándose, en la citada sentencia, que “no cabe argumentar en contrario que el convenio colectivo permanece vigente pues su contenido no se altera para aquellos trabajadores que no acepten la oferta de la empresa, toda vez que ello significaría la quiebra de la fuerza vinculante y el carácter normativo que tienen legalmente reconocido los pactos sustanciales del convenio. Con ello, añadimos a continuación, «no queremos decir, naturalmente, que los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas, sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales como, en general, en todas las relaciones jurídicas.

Pero en los propios convenios colectivos y en el ET, se establece el sistema para su modificación o denuncia, contando siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes. De no hacerse así y mantenerse vigente un convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo..., sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio.

Sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan, permite la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos» “.

4.- Concluyendo, en lo que ahora nos afecta, que “la autonomía individual - o la decisión unilateral de la empresa - no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio “.

OCTAVO.- En aplicación de la doctrina expuesta, esta Sala declara que el acuerdo extraestatutario alcanzado en el ámbito de la empresa no constituye un “ convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida “ con respecto a los trabajadores de la antigua empresa a los fines de la sustitución entre convenios prevista en el aplicable art. 44.4 ET, pues los pactos o convenios extraestatutarios no

se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 ET, carecen de eficacia normativa y únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y, finalmente, dado que de estimarse lo contrario prevalecería la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, con lo que quebraría el sistema negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios ex art. 37.1 CE.

NOVENO.- Procede, por todo lo expuesto, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, la desestimación del recurso de casación planteado y la confirmación de la resolución recurrida. Sin que, al tratarse de proceso sobre conflicto colectivo, haya lugar a realizar pronunciamiento alguno sobre las costas, en el que cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia al no estimarse que la parte impugnante hubiera recurrido con temeridad (art. 233.2 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 “ TECNOCOM GESTIÓN Y SERVICIOS A.I.E. “, contra la sentencia dictada en instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 12-junio-2009 (autos 37/2009), en proceso de conflicto colectivo instado por la “ FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES DE CRÉDITO, SEGUROS Y OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO “ (FESIBAC- CGT) contra la empresa ahora recurrente y contra “ GESTRONICS ESPAÑA SOLUTIONS, S.L. “, los Sindicatos “ FES-UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES “, “ COMFIA-CC.OO.” y el “ COMITÉ DE EMPRESA DE GESTRONICS CENTRO DE MADRID “. Confirmando la sentencia recurrida; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2010/84367

TS Sala 4ª, Sentencia 20 abril 2010. Ponente: D.ª Luisa Segoviano Astaburuaga

## Incumplimiento tras extinción de contrato de pacto de no concurrencia

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa de catering accionante contra sentencia que acogió parcialmente la reclamación de cantidad por incumplimiento de pacto de competencia poscontractual.*

*Considera la Sala que no procede condenar al trabajador demandado a devolver la cantidad percibida durante la vigencia del contrato, en concepto de pacto de no competencia, sino únicamente al abono de la cantidad pactada para el caso, como así fue, de que no respetase el pacto de no concurrencia durante el periodo de un año tras extinción del contrato.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Barcelona dictó sentencia el 21 de diciembre de 2007, autos número 22/07, estimando en parte la demanda formulada por Aramark, Servicios de Catering, S.L. contra D. Arturo, condenando al demandado a abonar a la parte actora la cantidad de 25.242'48 euros, por incumplimiento del pacto de competencia poscontractual, absolviendo al demandado de las restantes pretensiones en su contra formuladas.

Tal y como resulta de dicha sentencia el demandado D. Arturo ha venido prestando servicios para la empresa Aramark, Servicios de Catering, S.L., con categoría profesional de director regional senior de sanidad, según contrato de 10-1-2000, en la zona de Levante, percibiendo una retribución bruta de 4.000.000 de pesetas anuales, de las cuales 70.000 pesetas mensuales corresponden a plus de no competencia, estando previsto en la cláusula adicional cuarta que, en caso de que no respetase el pacto de no concurrencia vendrá obligado a indemnizar a la empresa, durante el periodo de un año, en la cantidad de 150.000 ptas. mensuales.

Dicho pacto fue modificado por otro de fecha 12-9-2000, en el que se establecen unas nuevas condiciones a partir del día 1-10-2000, fijando un salario anual bruto de 5.000.000 de ptas., por todos los conceptos, de los cuales 100.000 ptas. mensuales serían en compensación por la no concurrencia -no competencia-, pactándose

se que, para el supuesto de que D. Arturo no respetase el pacto de no concurrencia, vendrá obligado a indemnizar a Aramark, Servicios de Catering, S.L., durante un periodo de un año, en la cantidad de 350.000 ptas., mensuales (hoy 2.103'44 euros), señalándose al final de dicho contrato que “estas condiciones modifican las cláusulas 3ª y 4ª adicionales al contrato de trabajo celebrado entre Arturo y Aramark, Servicios de Catering, S.L. el día 10 de enero de 2000”.

El Trabajador fue despedido el 27 de enero de 2006, reconociendo la empresa la improcedencia del despido, ofreciendo al trabajador la cantidad de 45 días de salario por año trabajado, cantidad que fue puesta a su disposición y aceptada por el trabajador, que firmó el correspondiente finiquito. El 2 de febrero de 2006 ambas partes firmaron un acuerdo, en cuyo pacto quinto consta que “ambas partes se reafirman en la vigencia y validez del pacto de no competencia postcontractual suscrito entre las partes en fecha 10 de enero de 2000 por un periodo de dos años a contar desde la extinción del contrato de trabajo”, conviniendo expresamente en el párrafo siguiente que el pacto queda limitado a las empresas dedicadas a restauración colectiva, dejando sin efecto la limitación referida a las empresas de limpieza.

Durante la duración de la relación laboral el demandado no conculcó pacto alguno de no concurrencia. Con posterioridad ha prestado servicios a las empresas Dokesim, S.L., desde el 1 de marzo de 2006 al 20 de noviembre de 2006, y a Hostelería Unida S.A. (grupo HUSA) desde el 18 de abril de 2006, fecha en que concertó un contrato de trabajo como director de expansión que continua hasta la fecha. El objeto social de la empresa actora y de Hostelería Unida S.A. es semejante, la explotación de toda clase de establecimientos de hostelería, teniendo también dicha actividad, entre su variado objeto social la empresa Dokesim, S.L.

Recurrida en suplicación por la parte actora Aramark, Servicios de Catering, S.L. y por el demandado, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 6 de mayo de 2009, recurso 3077/08, desestimando el recurso formulado por dicha actora y, estimando en parte el formulado por el demandado, revocó en parte la sentencia recurrida fijando la cantidad indemnizatoria en 10.819 euros, por el incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual.

La sentencia razona que carece de apoyatura legal la pretensión de la actora de devolución de los importes percibidos durante la vigencia del contrato, en concepto de compensación del pacto de no competencia, ya que la indemnización fue claramente pactada en el primer contrato 10.819'92 euros y posteriormente

elevada a 25.242'48 euros. En cuanto al recurso del trabajador demandado razona que procede volver a la indemnización originaria de 10.819'92 euros ya que los términos del pacto de 2 de febrero de 2006 son claros en cuanto a la referencia a la indemnización pactada el 10 de enero de 2000.

Contra la citada sentencia se interpuso por la actora Aramark, Servicios de Catering S.L. recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de junio de 2008, recurso 1162/08, firme en el momento de publicación de la recurrida pues, tal como consta en la certificación expedida por la señora Secretaria de la Sala, la misma adquirió firmeza el 17 de julio de 2008.

La parte demandada ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima improcedente el recurso.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticas, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de junio de 2008, recurso 1162/08, desestimó los recursos de suplicación interpuestos por D. Sergio y por Aramark, Servicios de Catering S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 16 de los de Madrid, en autos 15/07, seguidos a instancia de Aramark, Servicios de Catering, S.L., contra D. Sergio, confirmando íntegramente la sentencia de instancia. Consta en dicha sentencia que D. Sergio ha venido prestando servicios para la actora Aramark, Servicios de Catering S.L., desde el 22 de abril de 2003, como director regional del Departamento de Sanidad, percibiendo la cantidad de 450 euros brutos mensuales como plus de no competencia-concurrencia. En la citada fecha -22 de abril de 2003- se suscribieron unas cláusulas adicionales siendo la tercera del tenor literal siguiente: "Ambas partes pactan que concluido el contrato de trabajo por el motivo que fuere el señor Sergio no celebrará contrato de trabajo laboral ni comercial en otras empresas cuyo objeto social o interés comercial coincida con los de Aramark, ni tampoco creará ni será accionista ni administrador de una empresa de coincidente o análogo objeto social y actividad durante el plazo de dos años desde la extinción del contrato de trabajo.

En compensación por la no competencia, el trabajador percibirá

mensualmente la cantidad de 450 euros brutos abonados en nómina como plus de no competencia-concurrencia. Ambas partes acuerdan el pago por parte del trabajador de 1.446 euros mensuales en concepto de indemnización a Aramark durante el tiempo en que concurra para el supuesto que el trabajador no respete la presente cláusula contractual".

En fecha 3 de febrero de 2006 el trabajador fue despedido, firmando las partes un acuerdo en el que la empresa reconoce la improcedencia del despido, el trabajador acepta una indemnización de 22.192 euros y ambas partes reafirman la validez y vigencia del pacto de no competencia postcontractual suscrito el 22 de abril de 2003, por un periodo de dos años, a contar desde la extinción del contrato. El 3 de abril de 2006 el trabajador demandado suscribió un contrato de trabajo con la empresa Serunion S.A., cuyo objeto es la prestación de servicios de hostelería y alimentación a entidades públicas o privadas, venta y suministro de productos alimentarios preparados, distribución de productos de alimentación, gerencia, gestión y desarrollo de actividades relativas a la hostelería y a la comercialización de productos de alimentación.

La empresa Aramark, Servicios de Catering S.L., reclama al trabajador por incumplimiento de pacto de no competencia la pertinente indemnización, siendo estimada en parte la demanda por el Juzgado de lo Social número 16 de los de Madrid, condenando al demandado al abono de 15.030 euros por incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual, sentencia confirmada por la de la Sala de lo Social, invocada como contradictoria, en la que se razona que, acreditado que la actora cumplió con su obligación ante el incumplimiento contractual del demandado procede la condena a la indemnización pactada.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren, con la salvedad que luego se indicará, las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, ya que en ambos supuestos se trata de trabajadores que han prestado servicios para la empresa Aramark, Servicios de Catering S.L., percibiendo durante la prestación de dichos servicios una determinada cantidad, en concepto de plus de no competencia, teniendo asimismo suscrito un pacto de no competencia postcontractual de dos años de duración, a partir de la extinción del contrato, en el que está previsto que, caso de incumplimiento del citado pacto, el trabajador abonará a la empresa una determinada cantidad -150.000 ptas. mensuales durante un año, posteriormente 350.000 ptas., en la sentencia recurrida y 1.446 euros mensuales durante el tiempo que concurra, en la sentencia de contraste- habiendo prestado servicios los trabajadores demandados en empresas dedicadas

a la misma actividad, habiendo procedido Aramark, Servicio de Catering, S.L., a reclamarles la pertinente indemnización.

Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios pues en tanto la sentencia recurrida entiende que el trabajador ha de indemnizar a la empresa con la cantidad pactada, para el supuesto de incumplimiento postcontractual, la de contraste entiende que ha de devolver lo percibido, en concepto de pacto de no competencia, durante toda la vigencia del contrato. Es irrelevante, a efectos de la contradicción que en la sentencia recurrida se pactara una indemnización fija -150.000 ptas. mensuales durante un año, posteriormente 350.000 ptas.- y en la de contraste una indemnización que depende del periodo que dure la prestación de servicios para una empresa dedicada a la misma actividad -1.446 euros mensuales durante el tiempo en que concurra- pues lo esencial, a efectos de la contradicción, es la identidad de hechos, fundamentos y pretensiones, que anteriormente han quedado consignados.

No concurre la identidad requerida respecto al importe de la indemnización pactada en concepto de penalidad para el supuesto de incumplimientos pues la sentencia recurrida ha dado validez a la inicialmente pactada -el 10 de enero de 2000, 150.000 ptas. mensuales durante un año-, en lugar de la acordada el 12 de septiembre de 2000, en que se pactó 350.000 ptas. mensuales durante un período de un año. La sentencia ha entendido que los términos del pacto suscrito el 2 de febrero de 2006 son claros en cuanto a la referencia a la indemnización pactada el 10 de enero de 2000, que es la que procede. Ninguna cuestión similar a esta se aborda en la única sentencia propuesta como contradictoria, por lo que al no cumplir los requisitos del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, este extremo no podría ser examinado. Hay que poner de relieve que, si bien el recurrente a lo largo del recurso alega que esta cantidad es la que procede, en el suplico del mismo se limita a solicitar que se declare el derecho de la empresa a que le sean retornadas las cantidades pagadas al trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo en concepto de indemnización por no competencia postcontractual.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 -con la limitación anteriormente señalada- y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- El recurrente alega infracción del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia dictada al respecto.

El recurrente aduce, en esencia, que procede condenar al demandado

a la devolución, no solo de la cantidad acordada en concepto de penalización para el supuesto de incumplimiento -350.000 ptas. mensuales durante el periodo de un año que supone 25.242'48 euros- sino también a la devolución de los importes percibidos durante la vigencia de la relación laboral en concepto de compensación del pacto de no competencia postcontractual que, asciende a un total de 43.200'72 euros.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza y efectos del pacto de no competencia y lo ha hecho, entre otras, en sentencia de 5 de abril de 2004, recurso 2468/2003, en la que siguiendo lo establecido en la sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 2009, se razona lo siguiente: " el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el art. 35 C.E. y del que es reflejo el art. 4-1 E.T., recogido en el art. 21-2 E.T., y en el art. 8-3 del Decreto regulador de esta relación especial, preceptos similares, requieren para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art.1256 del C. Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes."

En definitiva la naturaleza jurídica del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, es la de un pacto o acuerdo bilateral que genera derechos y obligaciones para ambas partes.

El examen del contenido del acuerdo suscrito entre ambas partes el 2 de febrero de 2006 nos lleva a la conclusión de que el recurso formulado por la empleadora Aramark, Servicios de Catering, S.L. ha de ser desestimado, no procediendo condenar al trabajador a devolver la cantidad percibida durante la vigencia del contrato, en concepto de pacto de no competencia, sino únicamente al abono de la cantidad pactada para el supuesto de que no se respetase el pacto de no competencia, es decir, 150.000 ptas. durante el periodo de un año, tal y como ha entendido la sentencia recurrida.

Las razones que avalan dicha conclusión son las siguientes: 1- El primer canon hermenéutico en la exégesis de los contratos es el "sentido propio de sus palabras" -artículo 3.1 del Código Civil -, "el sentido literal

de sus cláusulas” -artículo 1281 del Código Civil - que constituyen “la principal norma hermenéutica -palabras e intención de los contratantes-, de forma que cuando los términos de un contrato son claros y terminantes no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes debe estar al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación (STS de 29-9-06). El acuerdo suscrito entre las partes el 2 de febrero de 2006, pacto quinto, textualmente establece: “Que ambas partes se reafirman en la vigencia y validez del pacto de no competencia postcontractual suscrito entre las partes en fecha 10-1-2000 por un periodo de dos años a contar desde la extinción del contrato de trabajo”.

En el pacto suscrito el 10-1-2000 “Pacto de exclusividad”, en su cláusula adicional segunda se dice: “...concluido el contrato reseñado, el Sr. Arturo no podrá celebrar contrato con otras empresas cuyo objeto social o interés industrial y comercial coincidan con las de una empresa dedicada a la restauración colectiva o limpieza (Eurest, Sodexo, Serunión, Mediterránea de Catering, Eulen, etc.), ni tampoco crear ni ser accionista o administrador de una empresa de parecido objeto social y actividad durante el plazo de dos años desde la extinción del contrato de trabajo”. Y según la cláusula adicional Cuarta: “Si no respetase el pacto de no competencia, vendrá obligado a indemnizar a la empresa durante el período de un año, en la cantidad de 150.000 ptas. mensuales”. Resulta por tanto claro el alcance del contrato, en caso de incumplimiento del pacto de no competencia el trabajador ha de indemnizar a la empresa con la cantidad de 150.000 ptas. mensuales durante un año.

2- Atendiendo a la intención de los contratantes -actos de éstos coetáneos y posteriores al contrato-, artículo 1282 del Código Civil, se alcanza igual conclusión pues las partes firmaron un pacto de exclusividad, con el alcance indicado en el párrafo anterior, el 10 de enero de 2006 y el 2 de febrero de 2006, una vez que el trabajador había sido despedido, suscriben un nuevo acuerdo en cuyo punto quinto se reafirman en la validez y vigencia del pacto de no competencia postcontractual suscrito entre las partes en fecha 10 de enero de 2000.

Ni en el precitado pacto de 10 de enero de 2000 -modificado por otro de fecha 12 de septiembre de 2000- ni en el suscrito el 2 de febrero de 2000 se contiene alusión alguna a que en caso de incumplimiento postcontractual del pacto de no competencia el trabajador debería devolver a la empresa las cantidades abonadas por esta durante la vigencia del contrato en concepto de plus de no competencia.

3- De aceptarse la tesis de la recurrente -devolución en caso de incum-

plimiento del pacto de no competencia de lo percibido durante la vigencia del contrato, en concepto de plus de no competencia más la cantidad pactada como “indemnización” de 150.000 ptas. mensuales durante un año- se estaría rompiendo la obligación bilateralidad del contrato, pues se impondrían al trabajador unas consecuencias indemnizatorias desproporcionadas ya que su incumplimiento acarrearía la devolución, no solo de lo percibido en concepto de plus de no competencia durante la vigencia del contrato, sino también de la cantidad de 150.000 ptas., durante un año.

Dicha consecuencia resulta a todas luces asimétrica con el incumplimiento del trabajador, que no se olvide ha sufrido tras la extinción del contrato, con el perjuicio irrogado a la empresa, que no ha tenido que acreditar que el incumplimiento del trabajador le haya ocasionado daño alguno y con la compensación económica abonada por la empresa al trabajador, que si bien ha supuesto 70.000 ptas. mensuales durante la vigencia del contrato, ha conllevado que durante dicho periodo el trabajador no ha realizado actividad alguna vulneradora del pacto de no competencia.

4- Por último no hay que olvidar que, como resulta de los ordinales sexto y séptimo del relato de los hechos probados de la sentencia de instancia, la relación laboral finalizó por despido que fue reconocido como improcedente por la empresa, que ofreció y abonó al trabajador la cantidad de 45 días de salario por año trabajado y la Sala ha declarado en un supuesto en el que se examinaba un incumplimiento de un pacto de no competencia postcontractual, habiendo finalizado por despido la relación laboral, lo siguiente: “ No está de más añadir la consideración de que el criterio anterior pudiera resultar injusto en los supuestos de extinción contractual por consecuencia de despido que judicialmente sea declarado improcedente, pues a diferencia de lo que respecto de ello manifiesta la sentencia recurrida, razonando que tal «causa de extinción... no perjudica la exigible bilateralidad» del compromiso, la Sala entiende que tal circunstancia -despido improcedente- no es jurídicamente neutra, sobre todo en aquellos supuestos -como el presente- en que la compensación económica pactada no ofrezca nítida adecuación con la restricción laboral que se supone resarce (se ha venido en llamar «salario de inactividad», pues el trabajador sacrifica sus posibilidades laborales futuras), de manera que no deja de turbar el hecho de que esa dudosa proporcionalidad pudiera ser activada con una decisión unilateral de la Empresa que judicialmente sea calificada como contraria a Derecho.” ( STS. de 10 de febrero de 2009, recurso 2973/07).

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso

formulado, imponiendo a la parte recurrente el pago de las costas causadas, de conformidad con al artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Xavier Pera Coral, en nombre y representación de Aramark, Servicios de Catering S.L., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 6 de mayo de 2009, en el recurso de suplicación número 3077/08, interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Barcelona, en fecha 21 de diciembre de 2007, autos número 22/07, seguidos a instancia de dicho

recurrente contra D. Arturo en reclamación de cantidad. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus extremos. Se condena en costas al recurrente. Se acuerda la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal.

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.

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



2010/84193

TS Sala 1ª, Sentencia 24 mayo 2010. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Inoponibilidad frente al primer adquirente

## Ausencia de buena fe en el segundo adquirente de marca no inscrita

*El TS desestima el rec. de casación declarando que resulta acertada la decisión de la resolución recurrida cuyo contenido se funda en que la ausencia de buena fe del segundo adquirente de la marca que la inscribió en el registro, le impide oponer su derecho frente al primer adquirente, a pesar de que éste no inscribiera su derecho. Declara la Sala que la deducción que extrae de los hechos el tribunal “a quo” sobre el conocimiento por la entidad demandante y recurrente en casación -segunda adquirente de la marca- de la transmisión dominical de la marca litigiosa por el titular registral a favor del demandado, no sólo es razonable sino que incluso cabe calificarse de incuestionable, de tal forma que cuando la recurrente compra la marca a la viuda del titular registral lo hace sabiendo que la vendedora no era la dueña, con independencia de que la titularidad registral continuase a nombre de su marido, y que, por consiguiente, no le podía transmitir un dominio que no tenía, tratándose de una venta de cosa ajena.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre derecho marcario, si bien el objeto de debate ha quedado reducido en casación a dos cuestiones: si la protección -frente al adquirente anterior no inscrito- del tercero que ha inscrito su título (a que se refieren los arts. 43 y 46.3 de la Ley de Marcas 32/1.988, de 10 de noviembre), se concede sólo al que adquirió de buena fe (como entiende la sentencia recurrida), o también al de mala fe (como sostiene la parte recurrente);

y si, en el caso, el titular inscrito adquirió la marca de buena fe.

En fecha 3 de abril de 2.000 la entidad mercantil “THE W.E. BASSET COMPANY” dedujo demanda contra la también mercantil “INCONTRIM, S.L.” en la que solicitó “la estimación de la demanda, declarando: 1.- La infracción de los derechos marcarios en las clases 8 y 21 del Nomenclátor de mi representada por parte de INCOTRIM, S.L. 2.- La deslealtad de los actos y la emisión de publicidad engañosa que de for-

ma continuada viene realizando la parte demandada a través de la comercialización de sus productos bajo la marca de mi mandante y el uso del signo. Y en su virtud condene a la parte demandada:

1.- A cesar inmediatamente en el uso de la marca TRIM en España y en el resto de la Unión Europea, en cualquier forma: productos comprendidos en las clases 8 y 21 del Nomenclátor, es decir, para accesorios de manicura y aseo (cortauñas, limas, tijeras, pinzas, neceseres, estuches y bolsas de aseo personal...) y además catálogos, envoltorios, papelería y documentación de la compañía.

2.- A modificar la razón social (INCOTRIM) por otra en la que no se incluya la marca de la actora "TRIM". 3.- A la indemnización de daños y perjuicios causados a The W.E. BASSET COMPANY por las conductas desleales descritas en el cuerpo del presente escrito. 3.- A la publicación de la sentencia condenatoria en dos de los diarios de carácter nacional con mayor tirada". La admisión a trámite de la demanda dio lugar a los autos de juicio declarativo de menor cuantía número 218 de 2.000 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 22 de Barcelona.

En fecha 16 de mayo de 2.000 D. Braulio y la entidad mercantil "INCOTRIM, S.L." dedujeron demanda contra la entidad "THE W.E. BASSET COMPANY" y D. Rosario en la que solicitaron " 1º.- Declare la nulidad de la compraventa de fecha 3 de julio de 1984, entre Dª Rosario y The W.E. Basset Company. 2º.- Declare y ordene la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial (hoy Oficina Española de Patentes y Marcas) de la transferencia de la marca nacional número 264.017 con la denominación "TRIM" a favor de la Sra. Rosario y, asimismo la nulidad de la inscripción en el citado Registro de la transferencia de dicha marca a favor de la entidad The W.E. Basset Company. 3º.- Declare la procedencia, y ordene la inscripción en la Oficina Española de Patentes y Marcas, de la citada marca núm. 264.017 con la denominación "TRIM" a favor de D. Braulio, en méritos de la escritura de compra venta otorgada el 20 de diciembre de 1.976 entre D. Martín y el propio D. Braulio. 4º.- Declare que The W.E. Basset Company ha actuado deslealmente al inducir a clientes de INCOTRIM, S.L. a infringir los compromisos contractuales asumidos con la misma. 5º.- Condene a The W.E. Basset Company a pagar a Incotrim, S.L. los daños y perjuicios ocasionados por los requerimientos efectuados por la demandada a los clientes de dicha mercantil, cuyo importe será fijado en ejecución de sentencia. 6º.- Condene a The W.E. Basset Company a que remita a todos y cada uno de los clientes de Corlipi, S.A. a los que indujo a infringir sus compromisos

contractuales con dicha sociedad una nueva comunicación, pro conducto fehaciente, en la que se retracte de sus anteriores aseveraciones, adjuntando copia simple de la Sentencia recaída en los presentes autos. 7º.- Condene a The W.E. Basset Company a pagar la publicación en un periódico de difusión nacional, el texto íntegro del fallo de la sentencia definitiva y firme que recaiga en los presentes autos. Subsidiariamente, caso de no ser estimados los pedimentos 2º y 3º. 8º.- Declare la caducidad por el transcurso de más de cinco años de no uso, de la marca núm. 264.017 "TRIM", por parte de D. Martín y Dª Rosario y nula la adquisición de dicha marca, ya caducada, por la otra demandada, la entidad The W.E. Basset Company, condenando a los demandados a pagar por tales declaraciones. Subsidiariamente, caso de no ser estimado el anterior pedimento 8º, 9º.- Declare la caducidad por el transcurso de más de cinco años de no uso, de la marca núm. 264.017 "TRIM", por parte de la entidad The W.E. Basset Company, condenando a los demandados a pasar por tales declaraciones.

En los supuestos de los pedimentos 8º y 9º, 10º.- Declare que la sociedad INCOTRIM, S.L. ha usucapido la marca TRIM, y ordene la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial (hoy Oficina Española de Patentes y Marcas) de la transferencia de la marca nacional número 264.017 con la denominación "TRIM" a favor de Doña. Rosario y, asimismo la nulidad de la inscripción en el citado Registro de la transferencia de dicha marca a favor de la entidad The W.E. Basset Company, ordenando la inscripción de la misma a nombre de la reseñada sociedad INCOTRIM, S.L.". La admisión a trámite de la demanda dio lugar a los autos de juicio de menor cuantía número 326 de 2.000 del Juzgado de 1ª Instancia número 33 de Barcelona.

Los dos procesos anteriores se acumularon en virtud de Auto de la Audiencia Provincial de la misma Capital de 2 de febrero de 2.002.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 22 de Barcelona el 28 de junio de 2.004 en los autos acumulados seguidos bajo el número 218 de 2.000 acuerda: A) Desestimar la demanda de "The W.E. Basset Company" contra "Incotrim, S.L."; B) Desestimar la demanda de D. Braulio e Incotrim, S.L. contra Rosario; y, C) Estimar parcialmente la demanda de D. Braulio y la entidad Incotrim, S.L. contra la entidad "The W.E. Basset Company", declarando: a) La caducidad por el transcurso del tiempo de la marca núm. 264.017, "Trim", inscrita a favor de la entidad "The W.E. Basset Company"; b) Que la sociedad "Incotrim, S.L." ha usucapido la marca "Trim", con la consiguiente nulidad de la inscripción en la Oficina Española de Patentes y Marcas de

la transferencia de la citada marca a favor de la entidad "The W.E. Basset Company", ordenando la inscripción de la misma a nombre de "Incotrim, S.L."; y, c) Que "The W.E. Basset Company" ha actuado deslealmente al inducir a clientes de "Incotrim, S.L." a infringir compromisos contractuales asumidos con la misma, condenando a "The W.E. Basset Company" a pagar a "Incotrim, S.L." los daños y perjuicios ocasionados por dicha actuación desleal, a determinar, en su caso, en fase de ejecución de sentencia, y a remitir a la entidad "El Corte Inglés" comunicación por conducto fehaciente en la que se retracte de sus anteriores aseveraciones, con copia simple de la presente resolución, absolviéndola de los restantes pedimentos de la demanda.

La Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de diciembre de 2.005, en el Rollo número 711 de 2.004, revoca en parte la resolución del Juzgado, sustituyendo su fallo por el que sigue: Se desestima la demanda formulada por "The W.E. Basset Company" contra Incotrim, S.L. Se estima en parte la demanda acumulada formulada por D. Braulio e Incotrim, S.L. contra D. Rosario y The W.E. Basset Company, y declara.

1º) La nulidad de la compraventa otorgada en fecha 3 de julio de 1984 por Dª Rosario, en calidad de heredera de D. Martín, y The W.E. Basset Company, que tenía por objeto la marca española TRIM, número 264.017, solicitada por el Sr. Martín el 19 de noviembre de 1.952.

2º) La nulidad y cancelación de la inscripción en la Oficina Española de Patentes y Marcas de la transferencia de dicha marca a favor The W.E. Basset Company, operada en virtud del anterior título adquisitivo.

3º) La procedencia de la inscripción, que se ordena, en la Oficina Española de Patentes y Marcas de la citada marca a favor de D. Braulio, por virtud de escritura pública de compraventa otorgada en fecha 20 de diciembre de 1.976 por D. Martín a favor de aquél.

4º) Que The W.E. Basset Company ha actuado deslealmente al dirigir a El Corte Inglés un requerimiento para que se abstuviera de comercializar productos de la marca TRIM fabricados y comercializados por Incotrim, S.L., y condenamos a la citada demandada a dirigir un escrito a El Corte Inglés rectificando el anterior en méritos de la presente Sentencia. Se desestima todos los demás pedimentos deducidos en dicha demanda.

Contra la Sentencia de la Audiencia se interpuso por "THE W.E. BASSET COMPANY" recurso de casación articulado en tres motivos, de los cuales se admitieron por Auto

de esta Sala de 2 de diciembre de 2.008 los números primero, relativo a la infracción de los artículos 43 y 46 de la Ley de Marcas 32/1.988, 10 de noviembre, y de su desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Supremo, y tercero, sobre valoración jurídica errónea de la mala fe, y se inadmitió el del ordinal segundo en el que se alegaba infracción de la aplicación del art. 46.3º, 4º, y 5º de la Ley de Marcas 17/2001, y aplicación retroactiva con vulneración transitoria primera de dicha Ley.

SEGUNDO.- En el motivo primero del recurso se denuncia infracción de los arts. 43 y 46.3 de la Ley de Marcas 32/1.988, de 10 de noviembre, y de su desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Supremo. El fundamento del motivo se resume en la afirmación de que la "ratio decidendi" de la resolución recurrida desconoce que al tener el recurrente la condición de titular registral y de tercero respecto del título invocado por la otra parte, no le es éste oponible, ya que la normativa legal expresada se refiere a tercero sin distinguir entre el de buena fe y de mala fe.

El motivo se desestima porque esta Sala comparte en lo sustancial la doctrina mantenida en la resolución recurrida, toda vez que, si bien los preceptos expresados de la LM 32/1.988 no distinguen entre tercero de buena y de mala fe, hay que entender que el amparo registral no comprende a los terceros de mala fe. La protección de la buena fe es un principio que impregna todo el ordenamiento jurídico, y es consustancial al tráfico económico, sin que haya razón alguna para su exclusión en el campo del derecho marcario. A ello se añade

(a) que no existe doctrina jurisprudencial que establezca para el caso específico de los arts. 43 y 46.3 de la LM 32/1.988 que se ampara también al tercero de mala fe (faltando correspondencia entre el supuesto fáctico de autos con los contemplados en las Sentencias citadas en el recurso), y

(b) el hecho de que dichos preceptos no establezcan la distinción nada dice por cuanto que lo mismo sucede con otras normas legales que tampoco distinguen, como las de los artículos 1473, párrafo segundo, CC y 32 de la LH, y sin embargo la jurisprudencia exige que el tercero sea de buena fe (así para el primer artículo, SS. 12 de julio y 27 de septiembre de 1.996; 29 de julio de 1.999; 1 de junio de 2.000; 8 de febrero de 2.001; 7 de septiembre de 2.007; 13 de noviembre de 2.009; y 28 de enero de 2.010, entre otras; y para el segundo, SS. 7 de abril de 2.000, 28 de octubre de 2.001, 11 de octubre de 2.006; y 13 de mayo de 2.009).

Y como argumentación de refuerzo cabe añadir, por un lado, que el art. 46 de la nueva LM 2001 ya recoge específicamente la referencia a

la buena fe, y, por otro lado, que es absolutamente contrario al sentimiento de justicia, y no merece, por ello, protección jurídica, quien, con conocimiento pleno de que la marca ha sido transmitida por su titular registral a otra persona, e incluso después de intentar sin éxito adquirirla de ésta, celebra un contrato de compraventa con la viuda de aquél, la cual no ostenta derecho alguno (venta de cosa ajena), y con tal apariencia accede al Registro, pretendiendo ampararse en la titularidad registral para negar el derecho de la entidad que había adquirido el dominio (tema no discutido en el recurso) de la marca, y que la ha venido usando y explotando ininterrumpidamente.

Por todo ello resulta acertada la decisión de la resolución recurrida, cuyo contenido se resume en el último párrafo del fundamento de derecho octavo diciendo que “la ausencia de buena fe determina que el título adquisitivo prioritario, real y eficaz, pueda oponerse con éxito al segundo adquirente, que no pudo adquirir de quien no podía transmitir la marca”, y, consiguiente, el motivo decae.

**TERCERO.-** En el tercer motivo se aduce valoración errónea de la mala fe, citándose como infringido el principio de la buena fe objetivamente configurado en el art. 7, apartados 1 y 2 del Código Civil.

El motivo se desestima por las razones siguientes:

En primer lugar, porque el concepto de buena fe a tomar en cuenta no es el objetivo, sino el subjetivo, y así lo hace la resolución recurrida cuando alude en el fundamento séptimo a la buena fe “entendida en el sentido psicológico, de ignorancia o error sobre la celebración del acto o negocio no registrado”, y más adelante, en el mismo fundamento, se refiere a que el “tercero ha de serlo de buena fe, entendiéndose por tal aquel que ha actuado con la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, desconociendo el vicio que pueda invalidar el derecho de su transmitente”.

En segundo lugar, para el control en el recurso extraordinario de la apreciación sobre la buena fe o mala fe efectuada en la resolución de la Audiencia, hay que distinguir dos aspectos. El primero se refiere a los datos fácticos sobre los que se sienta la apreciación correspondiente, y el segundo contempla la ponderación de la significación jurídica de dichos hechos.

La apreciación fáctica corresponde a la función soberana de los Tribunales que conocen en instancia -primera instancia o apelación- y sólo puede ser desvirtuada, mediante motivo idóneo, por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal. La determinación de la significación

jurídica puede cuestionarse mediante el recurso de casación.

En el caso sucede que no se ha planteado el recurso extraordinario por infracción procesal por lo que las afirmaciones fácticas de la sentencia impugnada han devenido incólumes y vinculantes para este Tribunal; y, por otro lado, la deducción que extrae de los hechos el juzgador “a quo” sobre el conocimiento por la aquí recurrente de la transmisión dominical de la marca litigiosa por el titular registral Sr. Martín a favor del Sr. Braulio, no sólo es razonable, sino que incluso cabe calificarla de incuestionable. Por lo tanto, cuando “The W.E. Basset Company” celebra la compraventa de la marca con Doña. Rosario, viuda del Sr. Martín, lo hace sabiendo que la vendedora no era la dueña, con independencia de que la titularidad registral continuase a nombre del Sr. Martín, y que, por consiguiente, no le podía transmitir un dominio que no tenía, tratándose de una venta de cosa ajena.

Por todo ello, el motivo tercero también decae.

**CUARTO.-** La desestimación de los motivos conlleva la del recurso de casación y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas de conformidad con lo establecido en el art. 398.1 en relación con el 394.1 de la LEC.

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

#### FALLO

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal la entidad “THE W.E. BASSET COMPANY” contra la Sentencia dictada por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de diciembre de 2.005, en el Rollo número 711 de 2.004, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos 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.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. 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.



2010/60491

TS Sala 2ª, Sentencia 17 mayo 2010. Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz

## Nulidad de auto de sobreseimiento libre en causa seguida por delito de cohecho

*La Sala estima los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la acusación popular, casando y anulando parcialmente el auto recurrido en lo atinente al sobreseimiento libre de las actuaciones, con reenvío de las mismas al magistrado-instructor de la causa para que continúe su tramitación en la forma legalmente procedente.*

*Subraya el TS que el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general no es otro que preservar la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el ejercicio de la función, es decir, que objetivamente no sea susceptible de reproche el modo o forma de ejercer las funciones públicas con arreglo a la norma cultural vigente en una sociedad regida por las reglas del estado de derecho. Cuestión distinta es la cuantía, proporcionalidad o dimensión de la dádiva o regalo y su adecuación a los usos sociales, criterio que debe servir de medida para corregir desproporciones evidentes.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Con carácter previo al estudio de las cuestiones de fondo planteadas por las acusaciones recurrentes, procede dar respuesta a dos pretensiones de índole formal aducidas por las defensas en sus respectivos escritos de alegaciones.

En la primera de ellas, la defensa del Sr. Ricardo viene a solicitar la suspensión de la decisión del presente recurso en tanto no se resuelva por el T.S.J. de Madrid la petición de nulidad de las actuaciones, en relación con una serie de intervenciones de las conversaciones telefónicas habidas entre los abogados allí designados y sus defendidos, acordadas judicialmente en el seno del procedimiento conocido como “caso Gürtel”. Sin embargo ello ha quedado vacío de contenido desde el momento en que el T.S.J. de Madrid ya se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión. En cualquier caso, la decisión de fondo (a saber, la nulidad de aquellas actuaciones) que implícitamente pretende unir la defensa a esta petición, no es competencia, en este trance procesal, de la Sala Segunda del T.S. pues forma parte de la decisión que en su caso adopte el órgano judicialmente competente para el esclarecimiento de los hechos, ex art. 11.1 L.O.P.J.

La segunda incide en la propia recurribilidad del Auto del T.S.J. valenciano, al no encajar dicha resolución judicial -según las defensas de los Sres. Francisco Enrique, Víctor y

Rafael- entre las susceptibles de impugnación casacional, ex art. 848 LECrim. Tampoco esta alegación puede tener acogida, pues la resolución combatida se encuentra entre aquéllas susceptibles de recurso de casación: se trata de un Auto dictado en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia, tal y como preceptúa el art. 848 LECrim, resolución que, a mayor abundamiento, vino a decidir sobre el objeto del proceso con carácter “definitivo”, pues mediante ella el órgano de procedencia acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones, al amparo del art. 637.2 LECrim, por entender que los hechos sumariales no son constitutivos de delito.

Centran las defensas esta impugnación formal, que a su entender habría tenido que conllevar la inadmisión de plano de los recursos, en que tal resolución incumpliría el presupuesto del último inciso del art. 848.2 LECrim, a saber, que “alguien se hallare procesado como culpable de los mismos”. No obstante, una simple lectura del Auto combatido evidencia la concurrencia del mentado requisito, al haber recaído imputación judicial equivalente al procesamiento. El T.S.J. valenciano hace suyos, en primer lugar, cuantos elementos fácticos quedaron a su vez delimitados por el Auto del que proviene su decisión en grado de apelación (víd. antecedente de hecho 4º), asunción que además reconoce expresamente la Sala “a quo” en el F.J. 6º, cuando bajo la rúbrica “síntesis

de los hechos” incorpora por remisión el pormenorizado catálogo fáctico -según sus propias palabras- delimitado por el Magistrado-Instructor en el apartado 6º de los antecedentes de hecho de su resolución. Asume, igualmente, el conjunto de personas sobre las que habría de girar la imputación y, finalmente, se ajusta al marco jurídico perfilado por el Instructor, si bien para apartarse aquí de su criterio de indiciaria tipicidad de los hechos.

El Auto de instrucción, acogido en su estructura general por el T.S.J. en la resolución ahora combatida, no quedó circunscrito a la acomodación del tipo de procedimiento hasta entonces seguido (a saber, diligencias previas/procedimiento abreviado) a los trámites de procedimiento ante el Tribunal del Jurado, al resultar de lo investigado la presunta comisión de un ilícito de los atribuidos a su control (art. 1.1.b) y 1.2.g) L.O.T.J.), sino que al propio tiempo fijó con todo detalle los hechos justiciables, el precepto sustantivo en el que pudieran incardinarse y las personas que, en línea de principio, habrían de resultar penalmente responsables de los mismos, en total equivalencia a los presupuestos exigibles para el procesamiento.

Ninguna duda cabe tampoco de la impugnabilidad casacional del Auto combatido desde la perspectiva del órgano judicial competente para el enjuiciamiento, en su caso, de estos hechos, pues, al acordar el Instructor la prosecución de las actuaciones bajo el amparo de la L.O.T.J. un hipotético enjuiciamiento de los hechos necesariamente habría de moverse en el ámbito de un jurado popular, cuyo veredicto se emitiría bien en el seno del propio T.S.J., dada la condición de aforados de algunos de los implicados, bien en el ámbito de una Audiencia Provincial, de desaparecer aquella condición, pero en cualquier caso la eventual resolución que recayera estaría sometida al régimen de recursos que admite el acceso a la casación como última instancia (art. 847.a) LE-Crim).

Por último, debemos señalar cómo la L.O.T.J. prevé que el Instructor convoque a las partes a la comparecencia del art. 25 L.O.T.J. la cual precisamente marca el traslado a aquéllas de la imputación, según su propia rúbrica. Con ello tampoco se verían cercenadas las posibilidades de las partes de interesar nuevas diligencias de prueba, como objetan las acusaciones en algunos de los motivos de sus respectivos recursos, pues expresamente admite tal posibilidad el citado precepto en su último inciso, tras lo cual habría de pronunciarse de nuevo el Instructor, ahora ya sobre la continuación o el sobreseimiento del procedimiento (art. 26 L.O.T.J. y, en su caso, sobre las diligencias de investigación que le solicitasen las partes (art. 27 L.O.T.J.)

En definitiva, la decisión de la Sala “a quo” aquí cuestionada es perfectamente susceptible de revisión casacional.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal y la acusación popular formalizan el primer motivo de casación por infracción de ley ex artículo 849.1 LE-Crim., para denunciar la indebida inaplicación del artículo 426 C.P.. Considera el Fiscal que yerra el T.S.J. en la interpretación dada al precepto sustantivo, concretamente, al exigir una relación de causalidad entre la dádiva y la concreta ejecución de un acto en el ejercicio de la función pública. Estima el Ministerio Público que en el artículo 426 C.P. se tipifican dos conductas diferenciadas y excluyentes entre sí, por cuanto se emplea la conjunción disyuntiva “o” para separar ambas conductas, de forma que la interpretación del T.S.J. implicaría prescindir sin más de la primera alternativa, citando en apoyo de esta tesis diversas resoluciones de este Tribunal de Casación.

Pone igualmente de relieve que el delito investigado tiene naturaleza de peligro abstracto y no de resultado, por lo que no es necesaria la realización de acto alguno por parte del receptor para que el delito exista. También sostiene que las citas jurisprudenciales mencionadas en el Auto recurrido no se ajustan al caso enjuiciado. Por último, discrepa el Ministerio Fiscal del archivo relacionado con Ricardo en la medida que no sólo forma parte del Partido, sino que también ostenta cargo público como miembro del Parlamento Valenciano, sin que el artículo 426 citado diferencie la pertenencia al Poder Ejecutivo o al Legislativo.

En similares términos se pronuncia la acusación popular, para la cual tampoco la jurisprudencia de esta Sala exige tal conexión causal, pues estamos ante un delito de peligro abstracto, y no de resultado lesivo, por lo que el T.S.J. incurre en cierta confusión al entremezclar ambas cláusulas del art. 426 CP, dejando vacía de contenido la premisa primera (“en consideración a su función.”), que en verdad no exige una determinada contraprestación, no obstante reconocer la resolución judicial combatida que los regalos estaban dirigidos al “agasajo” de los receptores “obviamente para poder contar con su gratitud o con su favor” (sic).

Se citan a tal fin diversas sentencias de esta Sala, en línea con lo expuesto por el Ministerio Fiscal, llegando los recurrentes a la coincidente conclusión de que las citas jurisprudenciales en las que se basa el T.S.J. en realidad no son aplicables al caso, o bien no dicen lo que parece atribuirles el órgano “a quo”.

Se trata de un motivo por infracción de ley, único que autoriza el ar-

tículo 848 LECrim., como ya hemos subrayado anteriormente, y por ello debe estarse a la intangibilidad de los hechos, en este caso del conjunto de datos indiciarios del que parte el Tribunal de instancia y que aparecen consignados en el antecedente de hecho cuarto del Auto recurrido, datos que han sido confirmados por el propio Tribunal cuando desestima todos los motivos formulados en relación a la falta de acreditación de los hechos consignados en la resolución que fue recurrida ante el mismo procedente del Magistrado-Instructor.

TERCERO.- La Sala de instancia no cuestiona “la potencialidad de que la entrega de prendas de vestir pueda considerarse dádiva a efectos del delito de cohecho impropio”. Sin embargo, alcanza su conclusión de la atipicidad de la conducta de los recurridos en base a una delimitación propia del elemento causal consistente en la “consideración a su función.”, que aúna el legislador a la admisión de la “dádiva o regalo que le fueron ofrecidos” a la autoridad o funcionario público que recibe aquéllos. Tras admitir la doble modalidad típica acogida en el artículo 426 C.P., argumenta que “la primera modalidad ha quedado referida a actos propios de su “función”, y en consecuencia a actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario”, de forma “que la necesidad de una valoración in concreto de la relación de causalidad ya no es únicamente tributaria de la segunda modalidad del artículo 426 del Código Penal, sino también de la primera”. A esta argumentación cabe oponer serias objeciones siguiendo el mismo hilo de las razones aducidas en el fundamento de derecho décimo del Auto recurrido.

En primer lugar, desde la perspectiva histórico-legislativa, no tiene el alcance pretendido en el Auto la sustitución de “oficio” por “función” de la L.O. 9/91, que modificó el viejo artículo 390 C.P. 1973, precisamente lo que permite es alcanzar una interpretación más amplia de este elemento normativo, y añadir el sustantivo “dádiva” al de “regalo” no deja de ser una redundancia que subraya también la voluntad ampliatoria del Legislador del radio de acción del tipo penal analizado.

Función, en su acepción más propia al caso, significa capacidad de acción o acción propia de los cargos u oficios (acepción segunda DRAE), y oficio, ocupación habitual o cargo, por lo que el primero no hace mención a una competencia concreta de la autoridad o funcionario, como parece deducir el Auto, relacionándola directamente con “la concesión u otorgamiento de contratos u otros actos o, al menos, que aún no estándolo dicha autoridad o funcionario haya procurado que el funcionario a quien sí compete, conceda al donante alguna clase de ventaja, que no fuera injusta, lo cual, como vimos no se ha acreditado” (sic), de forma que

esta disquisición está fuera del contexto típico.

En segundo lugar, la interpretación que subordina la conducta típica a los actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario “in concreto”, a lo que conduce en realidad es a vaciar de contenido, al menos, la primera de las modalidades del cohecho impropio tipificado en el artículo 426 C.P., separándose además de la doctrina de este Tribunal de Casación.

Es más, esta interpretación prácticamente haría desaparecer el cohecho impropio, saltando desde el cohecho propio del artículo 425 C.P. a la atipicidad de la conducta cuando no se tratase de “realizar un acto propio de su cargo”. La segunda modalidad del artículo 426 C.P. -“acto no prohibido legalmente”- parece referirse a actos realizados por el funcionario que no pertenezcan en sentido estricto al ámbito de su función. No es este el alcance del artículo citado en último lugar definido por la Jurisprudencia del Tribunal de Casación.

Entre las sentencias más recientes, la 362/08, con expresa cita de la precedente 30/1994, precisa que “el término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial condición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquél”, lo que es cualitativamente distinto que el ofrecimiento que tiene como finalidad la realización de un acto propio del cargo, que precisa al menos la definición del contenido del acto que se pretende, lo que da lugar a los cohechos propiamente dichos.

CUARTO.- En apoyo de su pronunciamiento, equivalente desde el punto de vista procesal al dictado de una sentencia absolutoria, cita el T.S.J. una serie de resoluciones de esta Sala de Casación. Pero lo cierto es que, como apuntan ambas acusaciones recurrentes, ninguna de ellas sirve de verdadero sustento a la decisión de instancia. Vamos a examinar brevemente el alcance de las sentencias dictadas.

De los AATS 7784/2007, de 1 de junio, y 12929/2007, de 27 de septiembre (causa especial núm. 20637/2006), el primero de ellos rechazó “a limine” la querrela presentada contra la Presidenta del Tribunal Constitucional, viniendo el segundo a desestimar el posterior recurso de súplica contra el anterior.

Los hechos se ceñían en este caso a la aceptación de un premio por importe de 30.000 euros, habiendo pro-

cedido esta Sala a acordar el archivo de plano de la querrela al haber constancia de que tal dádiva, ofrecida públicamente por la entidad convocante y recibida de igual modo por la beneficiaria, de ningún modo guardaba relación con la función pública referida, siendo así que de forma patente constituía, única y exclusivamente, un homenaje a su previa trayectoria académica y profesional, desvinculada así de su condición pública como miembro del T.C.

Tales elementos hacen que dicho supuesto no guarde similitud alguna con el aquí examinado, en el que, como afirman las acusaciones recurrentes, los regalos de las prendas de vestir aparentemente se hicieron de forma repetida, con aparente opacidad y sin que en este momento conste otra justificación que la atención a la función pública desempeñada por sus perceptores.

El ATS de 02/02/2009, también mencionado por el T.S.J. dictado en la causa especial núm. 20296/2008, tampoco resulta aplicable al caso: en el mismo se acordó la inadmisión a trámite de la querrela presentada contra un magistrado por presuntos delitos de cohecho del art. 426 CP y de prevaricación del art. 446.3º CP.

La Sala Segunda rechazó que, según la documentación hasta entonces obtenida, existieran indicios suficientes de que el patronazgo por una entidad bancaria de las actividades docentes del magistrado en el extranjero estuviera vinculado a cualquier tipo de comportamiento del aforado en su condición de titular de un Juzgado Central de Instrucción.

El mentado Auto de 02/02/2009, por ello, ninguna similitud guarda con el caso examinado, no sólo desde el punto de vista fáctico, sino tampoco desde el jurídico, pues se limita a transcribir lo a su vez afirmado por la STS 102/2009, que no hace otra cosa que confirmar una interpretación del artículo 426 C.P., que separa ambos incisos del precepto, siendo éste el entendimiento común de esta Sala de Casación, conforme al cual en el cohecho pasivo impropio se distinguen dos conductas diferentes, cuales son la entrega de la dádiva “en consideración a la función” y la entrega dirigida a conseguir del mismo la ejecución de “un acto no prohibido legalmente”, como ya hemos señalado más arriba.

Siguiendo con nuestro análisis jurisprudencial, la aislada referencia a la STS 923/2009, de 3 de febrero, que contiene el Auto combatido debe entenderse como un simple error, pues ninguna resolución de esta Sala cuenta con dicha referencia, y más parece que quiera referirse, por su fecha, a la STS 102/2009 a la que acabamos de referirnos, que centra su análisis doctrinal en la modalidad típica del art. 419 CP para limitarse a excluir la aplicación del art. 426 CP por no concurrir sus caracteres desde

la óptica del hecho probado. Tampoco resulta, pues, ejemplificadora como resolución que hubiere de exigir ese rasgo finalístico a la entrega de la dádiva para la ejecución de un acto no prohibido sobre el que gira la decisión del T.S.J.

En cuanto a la STS 362/2008, asimismo citada, reproduce la doctrina ya vista, que a su vez es trasunto de la STS 30/1994, la cual simplemente vincula la entrega de la dádiva a la especial posición y poder que dimana del cargo público desempeñado por el receptor, lo que efectivamente parece ser traducible al caso de autos.

Tampoco la STS 2115/1993, dictada en el ámbito del anterior Código Penal, abona la tesis de causalidad defendida por el órgano de instancia, pues el entonces artículo 390 -al igual que el actual art. 426- distinguía disyuntivamente entre la aceptación de regalos por el funcionario público “en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido”, y en este sentido se pronuncia dicha sentencia al afirmar que “(.) el tipo del artículo 390 se circunscribe a la admisión de regalos, bien en consideración a su oficio, o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido.

Deben comprenderse en él no sólo los ofrecidos en atención a las cualidades que definen el correspondiente oficio, sino también en los supuestos en que los regalos fueron presentados en atención a actuaciones que el funcionario haya llevado a cabo o pueda realizar en el futuro”, de modo que en el cohecho pasivo impropio la entrega del regalo “(.) se realiza para conseguir un acto, tanto si dicho acto lo ha de realizar el funcionario a quien se efectúa la entrega, como si ha de llevarlo a cabo otro funcionario”.

Restan por analizar las SSTs 378/1995 y 709/1994, asimismo reflejadas en el Auto recurrido. En relación con la primera, de nuevo estamos ante diferentes supuestos fácticos, vinculado este caso además a la anterior redacción del cohecho pasivo impropio: en dicha resolución se confirma la condena de un funcionario que sugirió a un tercero la confección y entrega de una dádiva, consistente en un abrigo de piel para su esposa sin ningún coste para el autor, lo que fue aceptado por dicho tercero “por creer que, de no hacerlo así, no le serían concedidos en lo sucesivo nuevos cursos de formación subvencionados por el INEM”, competencia que tenía atribuida el receptor del regalo en cuestión; es evidente que tal conducta delictiva ninguna relación guarda con la modalidad de cohecho aquí examinada, en la que los beneficiarios de las dádivas no serían los promotores de su solicitud y no habría conexión alguna con la realización de actos concretos.

A igual conclusión nos lleva el estudio de la STS 709/1994, que analiza un cohecho continuado del entonces art. 386 CP, precepto que tampoco tiene ninguna vinculación con el que es objeto de autos y, en todo caso, habría de tenerla con el actual art. 420 CP, pues aquel precepto sustantivo requería la solicitud, aceptación o promesa por el funcionario público, por sí o por persona intermedia, de dádiva o presente “por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que efectivamente lo ejecutare”, es decir, la comisión de un acto injusto mediante la entrega o recepción de dádiva o promesa, realizado por persona que ostente la condición de funcionario público y, además, que dicho acto guardara relación con el ejercicio del cargo desempeñado, esto es, una actividad situada dentro del marco de las competencias legales o reglamentarias inherentes a la función pública.

La jurisprudencia citada no abona, por lo tanto, la relación causal defendida por la Sala de lo Civil y Penal, sino -más bien al contrario- que para el cohecho pasivo impropio basta con la aceptación de un regalo entregado en consideración a la función o cargo desempeñado.

QUINTO.- De lo anterior tampoco se desprende que deba seguirse “una valoración automática o genérica de la concurrencia de dicha relación de causalidad”, como bien afirma el Auto recurrido (apartado sexto del fundamento décimo).

En efecto, nuestra Jurisprudencia, ha exigido como elemento del cohecho pasivo impropio una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y la función pública de la autoridad o funcionario, de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto. De esta forma deben descartarse desde luego aquellas consideraciones que no sean las propias de la función en el sentido expresado más arriba.

Pero no debe excluirse del nexo causal la función que se integra dentro del círculo de influencia que puede desplegar potencialmente el titular de aquella por razón de la misma, es decir, la integración en un órgano de gobierno donde existen múltiples funciones y competencias interrelacionadas o interdependientes que están sujetas evidentemente al rango y posición en el propio órgano de las autoridades o funcionarios sujetos pasivos de la dádiva o regalo.

No podemos olvidar cual es el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general, que no es otro que preservar la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el ejercicio de la función, es decir, que objetivamente no sea susceptible de reproche el modo o

forma de ejercer las funciones públicas con arreglo a la norma cultural vigente en una sociedad regida por las reglas del estado de derecho.

Cuestión distinta es la cuantía, proporcionalidad o dimensión de la dádiva o regalo y su adecuación a los usos sociales, criterio que debe servir de medida para corregir desproporciones evidentes. Sin embargo, partiendo de los hechos indiciarios constatados, la Sala de instancia en este momento procesal no ha cuestionado “la potencialidad de que la entrega de prendas de vestir pueda considerarse dádiva a efectos del delito de cohecho impropio”, cuestión de la que el Auto no se ocupa especialmente.

La precedente doctrina es aplicable a los Sres. Francisco Enrique, Víctor y Rafael, teniendo en cuenta las funciones respectivamente desempeñadas por ellos en el Gobierno autonómico, como Cargo000 de la Generalidad valenciana, ex Cargo002 del Consell de la Generalidad valenciana y ex Cargo003 de Gabinete de la Consellería de Turismo de la Generalidad valenciana.

SEXTO.- Queda por resolver, siguiendo el recurso del Ministerio Fiscal, si el sobreseimiento dictado en relación al Sr. Ricardo es o no ajustado a la doctrina precedente. El Tribunal excluye de principio la tipicidad de su conducta por cuanto “no ha desempeñado cargo alguno dentro del esquema de organización del Gobierno de la Generalidad Valenciana”, siendo desde 1995 miembro de las Cortes valencianas.

Ahora bien, dicho señor “sí ha sido y es, bien Vicesecretario General, bien Secretario General del Partido Popular de la Comunidad Valenciana”, lo cual no supone el ejercicio de una función pública con independencia de que ello tenga interés público, pero no podemos apartarnos del principio de taxatividad en la aplicación de la norma penal.

Ello quiere decir que el nexo de causalidad debe establecerse en relación con su función como Cargo001 de las Cortes valencianas. Sin embargo, ello ha suscitado dudas razonables al Tribunal y si tenemos en cuenta el criterio objetivo del círculo de influencia donde se asienta su posición, no es una alternativa irrazonable la acogida por el Tribunal Superior, que sea su cargo en el Partido la consideración de los donantes, y no su condición de Cargo001, por lo que el sobreseimiento no tendría que ser en principio descartable, si bien el provisional.

Ahora bien, no podemos desconocer que como efecto del error de subsunción que acogemos -excluir de raíz la posible tipicidad del artículo 426 C.P. - teniendo en cuenta el estado procesal de la causa en el momento de la interposición del recurso de apelación, debe devolverse al Ma-

gistrado-Instructor que aún podía practicar nuevas diligencias (artículo 25 y 27 L.O.T.J. de forma que deberá ser el mismo el llamado en primer lugar a decidir esta cuestión.

Por todo ello, el motivo por infracción de ley de ambas acusaciones debe ser estimado.

SÉPTIMO.- La estimación de los motivos precedentes convierte en innecesario el estudio de las restantes quejas articuladas por las acusaciones, al resultar de lo anterior la retroacción de las actuaciones al momento en el que se suspendieron, es decir, en el punto en el que el Magistrado-Instructor acordó la prosecución del procedimiento por los trámites del juicio ante el Tribunal del jurado, convocando al propio tiempo a las partes a la comparecencia prevista en el art. 25 L.O.T.J.

OCTAVO.- En materia de costas, procede acordar su declaración de oficio, incluyendo tanto las devengadas por el recurso formalizado por Ministerio Fiscal como por la acusación popular.

#### FALLO

Debemos declarar haber lugar a los recursos de casación, con estimación del primero de los motivos por infracción de ley, dirigidos por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Popular frente al Auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia en fecha 01/08/09, en la causa correspondiente al rollo penal núm. 10/09, casando y anulando parcialmente el mismo en lo atinente al sobreseimiento libre de las actuaciones declarado en el apartado 5º de su parte dispositiva, con reenvío de las mismas al Magistrado-Instructor de la causa para que continúe su tramitación en la forma legalmente procedente, con declaración de oficio de las costas de ambos recursos

Comuníquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de procedencia a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

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

2010/62052

TS Sala 2ª, Sentencia 5 abril 2010. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

### Prueba indiciaria sólida que sustenta la condena por delitos de simulación de delito y tentativa de estafa

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de simulación de delito y de tentativa de estafa. El Alto Tribunal considera suficiente el cúmulo de datos indiciarios para inferir que el suministro de mercancía al acusado y su posterior sustracción del local de la empresa no son ciertos. Pues los indicios en esa dirección resultan concordantes, unidireccionales, racionales y convergentes, sin que concurren en este caso otras inferencias alternativas que desvirtúen la conclusión que extrae el tribunal de instancia. Además, la concordancia entre los distintos indicios hace que se refuercen entre ellos recíprocamente y que acaben corroborando la mendacidad de la operación mercantil y, por consiguiente, también su aparente frustración por la comisión de un supuesto delito contra la propiedad.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid condenó al ahora recurrente, en sentencia dictada el 30 de junio de 2009, como autor de un delito de simulación de delito y otro de estafa intentada, a las penas de diez meses de multa, con una cuota diaria de seis euros, por el primer ilícito; y diez meses de prisión y cinco meses de multa, con una cuota diaria de seis euros, por el segundo delito. Y también a que indemnice al legal representante de Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. en 43.280,59 euros.

Los hechos que han sido objeto de condena se resumen, en una síntesis introductoria, en que el acusado, en su condición de socio y administrador único de Coben Group Dos, S.L., entidad que comenzó su actividad empresarial en junio de 2004, suscribió al mes siguiente con Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S. A. (Allianz) un contrato de seguro con cobertura, entre otros riesgos, de robo y expoliación hasta 600.000 euros.

Y el 21 de diciembre de 2005, aparentando haber sufrido una sustracción, denunció en la comisaría de

policía de Hortaleza, de Madrid, que sobre las 14 horas del mismo día, cuando estaba trabajando en el local de su citada empresa, sito en la calle Mar de Japón núm. 15-B de Madrid, sufrió un robo con violencia e intimidación, con motivo del cual le sustrajeron 4.095 microprocesadores Intel Pentium IV y 3.100 memorias Kingston 512/400, cuyo valor conjunto ascendía a 573.432,75 euros, sin incluir el IVA. La denuncia dio lugar a las diligencias previas 804/2006 del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid que posteriormente fueron archivadas.

El acusado comunicó el fingido robo a la aseguradora para reclamar la indemnización por lo supuestamente sustraído, sin que llegara a percibir cantidad alguna por rechazarse el siniestro al detectar Allianz el pretendido fraude, lo que le generó a la aseguradora unos gastos por un importe total de 43.280,59 euros. Posteriormente, el acusado formuló demanda contra la aseguradora que dio lugar al procedimiento ordinario núm. 1112/2006 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 41 de Madrid, que se encuentra suspendido a resultas de esta causa.

La defensa del acusado interpuso recurso de casación, formulando cinco motivos, uno por quebrantamiento de forma y los otros cuatro por infracción de ley.

SEGUNDO.- 1. En el primer motivo se invoca, por el cauce del art. 851.1 de la LECr., la consignación como hechos probados de conceptos que por su carácter jurídico implican la determinación del fallo. Las expresiones que cita la parte recurrente como desencadenantes del referido vicio procesal son el gerundio "aparentando" dentro de la frase "aparentando haber sufrido una sustracción", con ocasión de describir los hechos relativos al delito de denuncia falsa; y el adjetivo "fingido", utilizado en uno de los párrafos relativos a la narración de los hechos concernientes al delito de estafa: "el acusado comunicó el fingido robo a la aseguradora".

2. Establece numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1 de la LECr. es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación:

a) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

b) Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial.

c) Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo.

d) Que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (SSTS núm. 667/2000, de 12-4; 1121/2003, de 10-9; 401/2006, de 10-4; 755/2008, de 26-11; 131/2009, de 12-2; y 381/2009, de 14-4, entre otras muchas).

De otra parte, también se ha argumentado de forma reiterada por este Tribunal de Casación que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio (SSTS 152/2006, de 1-2; y 755/2008, de 26-11). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS 429/2003 de 21-3; 249/2004, de 26-2; 280/2004, de 8-3; 409/2004, de 24-3; 893/2005, de 6-7; 755/2008, de 26-11).

3. La proyección de los criterios precedentes sobre el supuesto enjuiciado impide acoger la tesis impugnativa de la parte recurrente. En efecto, la afirmación de que el acusado "aparentó" haber sufrido una sustracción no puede considerarse como el uso de una expresión que implica un concepto específicamente jurídico predeterminante del fallo. El vocablo "aparentando" pertenece al lenguaje común y coloquial, no consta recogido en el tipo penal de la simulación de delito (art. 457 del C. Penal) y es fácilmente inteligible para cualquier ciudadano. Además, es una palabra idónea para describir en el "factum" que el contenido de la denuncia no era cierto, indicación que resulta imprescindible para aplicar después el tipo penal, ya que en el caso de que ello no se diga la conducta no podría subsumirse después en la norma penal. La sentencia emplea pues un lenguaje natural y fácilmente asequible que, por supuesto, acaba predeterminando el fallo en sentido incriminatorio, lo cual se muestra coherente con la lógica procesal de la elaboración de una sentencia condenatoria.

Y en el mismo sentido se ha de argumentar con respecto al adjetivo "fingido" que se emplea en el relato fáctico para referirse al robo denunciado. También se trata de un término que carece de connotaciones jurídicas, asequible al ciudadano común y que corresponde al lenguaje ordinario o coloquial, sin que además conste recogido en los tipos penales que se aplican en la sentencia.

El motivo por tanto se halla huérfano de todo fundamento y no puede acogerse.

TERCERO. En el segundo motivo del recurso, con cita de los arts. 849.2 y 852 de la LECr., 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la CE, se invoca la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Según la parte recurrente, los siete indicios que se recogen en la sentencia recurrida constituyen más que datos indiciarios meras hipótesis o conjeturas insuficientes para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que no podría hablarse de una prueba indiciaria con solidez bastante para sustentar la condena.

2. En lo que respecta a la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) que 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. Y en resoluciones más recientes (SSTC 111/2008 y 109/2009) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes:

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

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 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)”.  
También ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, 220/1998, 124/2001 y 137/2002).

Este Tribunal de Casación también tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional:

a) Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia.

b) Desde un punto material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuerzan entre sí, y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiéndose tal razonabilidad como “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTS. 1085/2000, de 26-6; 1364/2000, de 8-9; 24/2001, de 18-1; 813/2008, de 2-12; 19/2009, de 7-1; y 139/2009, de 24-2).

3. Según la parte recurrente, los hechos indiciarios en que se apoya la condena carecen de los requisitos que se acaban de referir como imprescindibles para fundamentar una condena. Para verificar su aserto la defensa desbroza en su escrito de recurso los siete apartados de hechos indiciarios con el fin de desvirtuarlos con argumentos exculpativos encauzados a devaluar su consistencia probatoria.

1) Y así, en primer lugar, cuestiona el recurrente la fuerza incriminatoria del dato indiciario de que le fuera hecho un pedido de 573.432,75 euros a la empresa del acusado, Coben Group Dos, S.L. Señala la Sala de instancia que un pedido de esa cuantía no se le formula a una empresa claramente deficitaria, que ha realizado sólo cinco operaciones en el año y medio que llevaba en activo, operaciones que prácticamente no cubrían los gastos anuales de la entidad. Los datos los extrae el Tribunal sentenciador de la cuenta bancaria que tiene abierta la empresa en el banco BBVA (folios 241 a 244 de la causa).

Frente a ello aduce el impugnante que el argumento es una mera conjetura y que el hecho de que las operaciones anteriores fueran menores no tiene por qué excluir que en este caso consiguiera cerrar una operación relevante. Y replica a la insignificancia del capital de la empresa y a la escasa cuantía de los pedidos anteriores con el argumento de que se trataba de una empresa que se estaba todavía posicionando en el mercado.

El argumento exculpativo más que desdejar la calidad del indicio que expone la Audiencia lo refuerza, pues no parece razonable que una empresa que se está posicionando en el sector y que prácticamente no cubre gastos se comprometa en una operación de 600.000 euros sin unas garantías mínimas, tal como se verá en los razonamientos subsiguientes.

Es cierto que la entidad supuestamente compradora, Naval News, S.L., facturó 34.000.000 euros, pero ello no desdeja el argumento anterior referido a la empresa del acusado y tampoco se desvanece el dato de que, tal como se dice en la resolución rebatida, la empresa compradora posee un escaso capital social.

2) También cuestiona el impugnante el indicio relativo al precio de la mercancía sustraída. La sentencia recurrida entiende que el precio de venta de la mercancía es superior a los habituales del mercado, por lo que la teórica compradora, Naval News, S.L., podía adquirir el material a precios inferiores a los que se reseñan en la operación de venta tilhada de fingida.

En este caso la parte recurrente se limita a afirmar que no es cierto lo que dice la sentencia, pues se trataría de nuevo de una mera conjetura que no se acredita con datos concretos.

3) Discrepa igualmente el impugnante del indicio relativo a la no exigencia de garantía previa por parte del acusado ante una operación de semejante envergadura. Según la Sala de instancia, lo normal sería exigir de la entidad que va a comprar la mercancía un aval o una provisión de fondos con el fin de garantizar el buen fin de una operación por una

cantidad tan elevada, garantía que no se formalizó en este caso.

A ello replica la defensa en su escrito de recurso que la operación estaba totalmente garantizada desde el momento en que el propio acusado procedería personalmente a la entrega de la mercancía en las instalaciones de la entidad compradora, por lo que si no se le abonaba el precio en el acto de la entrega con una transferencia bancaria, un cheque bancario u otro procedimiento similar no entregaría los microprocesadores y las memorias.

El argumento de la parte recurrente carece de capacidad enervadora, puesto que el hecho de que la mercancía no se pusiera a disposición de la vendedora en el caso de que no abonara simultáneamente el precio no evitaba toda la dinámica de la operación y los costes de gestión y entrega. La operación en sí conllevaba un riesgo y unos gastos de los que el acusado tenía que responder y carecía para ello de una garantía previa por parte de la empresa compradora del material informático.

4) También muestra su desavenencia la defensa con el indicio relativo a que la empresa que aparece como suministradora de la mercancía al acusado, Arteco, S.L., que pertenece a un antiguo conocido suyo, julio, difiriera el cobro de la mercancía. En la sentencia se destaca que Arteco pasaba por una mala situación económica, pues, aparte de tratarse de una empresa de escasa entidad, había sufrido un robo similar al denunciado por el acusado y por una suma muy parecida. Ello entrañaba una merma patrimonial que le impedía ser generosa con la dilación en los cobros de la mercancía que suministraba.

Frente a un indicio tal claro y significativo, la parte recurrente esgrime que Arteco facturaba anualmente 11.000.000 euros y además recibió con motivo del suministro un pagaré expedido por el acusado por la suma de 665.181 euros con vencimiento cinco días después de la fecha de la operación.

Sin embargo, lo cierto es que ese pagaré no aseguraba el pago de la mercancía y tampoco lo ejecutó julio cuando falló la consumación de la operación debido al teórico robo y el acusado dejó de pagarle la mercancía.

5) La Audiencia señala como un relevante indicio de la simulación de la operación de compraventa del material informático que describió el acusado el hecho de que la mercancía la hubiera servido la empresa Fisa a la entidad Arteco, quien a su vez se la suministró a la empresa de aquél. Se arguye en la sentencia que Fisa se dedica a la venta de muebles metálicos y de decoración y no de material de informática, por lo que carece de una explicación razonable

que esa empresa aparezca como la suministradora originaria de la mercancía.

Frente a ello nada contraargumenta prácticamente la parte recurrente, pues se limita a exponer que el acusado no tiene por qué conocer quién es el suministrador de su suministrador y que no puede descartarse que sea otro el suministrador real, barajando también la hipótesis de que la mercancía procediera incluso del contrabando.

Pobres alegaciones, como puede fácilmente comprobarse, ante un indicio de no poca enjundia sobre la inexistencia de un suministro real del material informático supuestamente sustraído.

6) El Tribunal sentenciador subraya igualmente como indicio incriminatorio que el acusado no haya aportado los datos relativos al número de lote y de box de las cajas de los microprocesadores, pues se trata de datos que son necesarios para conocer el origen, el periodo de garantía y el destino de las cajas remitidas.

A ello replica la defensa con unas alegaciones que albergan un contenido argumental francamente endeble. Afirma que se trata de un dato basado en una información de parte, ya que la obtuvo la denunciante de Inter Corporation Iberia, S.A., sin que el representante de ésta la avalara en el juicio. Y también aduce que no está claro que esos datos resulten imprescindibles para devolver una mercancía defectuosa ni tampoco a efectos de los seguros. Y además -añade- los intermediarios no son los que deben garantizar el estado técnico de los microprocesadores, al tratarse de un apartado del que han de responder los fabricantes.

Se está por tanto ante precarias argumentaciones para justificar la omisión de un dato que la práctica mercantil muestra como habitual en esta clase de suministros de mercancía.

7) Por último, se expone en la sentencia como otro indicio incriminatorio a mayores que los cinco bultos donde supuestamente iban los microprocesadores Intel Pentium tuvieran un peso de 105 kilogramos, según la documentación de Seur, toda vez que ese dato no se corresponde con la información suministrada por Intel Corporación Iberia, que afirma que esa mercancía tenía que pesar cuatro kilos más.

El recurrente rebate el indicio con una guerra de cifras fundamentada en la disposición de las distintas cajas y en cuál era su real contenido, cuestionando la ubicación real de los microprocesadores y las memorias en las cajas enviadas, así como en el número de bultos que realmente se entregaron por la empresa transportista.

En cualquier caso, no se está, a diferencia de los anteriores, ante un in-

dicio de notable relevancia, por lo que no se precisa tener en consideración el dato concreto de unos kilos de más o de menos a la hora de fundamentar la certeza o no del suministro de la mercancía.

Ese cúmulo de datos indiciarios se considera, pues, suficiente para inferir que el suministro de mercancía al acusado y su posterior sustracción del local de la empresa no son ciertos. Pues los indicios en esa dirección resultan concordantes, unidireccionales, racionales y convergentes, sin que concurren en este caso otras inferencias alternativas que desvirtúen la conclusión que extrae el Tribunal de instancia. Además, la concordancia entre los distintos indicios hace que se refuercen entre ellos recíprocamente y que acaben corroborando la mendacidad de la operación mercantil y, por consiguiente, también su aparente frustración por la comisión de un supuesto delito contra la propiedad.

4. En otro orden de cosas, aduce el impugnante que no se ha tenido en cuenta la declaración testifical de Otilia, persona que trabajaba como empleada en la empresa del acusado en los meses precedentes al robo, quien manifestó que la operación que ahora se cuestiona estaba fraguándose cuando ella abandonó la empresa.

Pues bien, al margen de que el contenido de ese testimonio no resulta en modo alguno determinante para excluir la simulación del delito ni el intento de estafa, lo cierto es que se trata de una prueba personal que aparece debilitada por la vinculación laboral previa de la testigo con el acusado, y desde luego ha de ser el Tribunal de instancia el que, merced a los principios de inmediación y contradicción, extraiga una convicción sobre la fiabilidad, credibilidad y veracidad de las declaraciones de la testigo. Y todo indica que el resultado probatorio no fue favorable a las tesis del recurrente.

Por consiguiente, con base en todo lo razonado, debe concluirse que ha quedado enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuya vulneración alega la defensa como motivo central de su recurso. Ello determina la desestimación de este motivo del recurso.

CUARTO.- Por el cauce del art. 849.2 de la LECr. se invoca por la parte recurrente en el motivo tercero el error en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en la causa. En concreto, cita los anexos 12, 16, 46, 51 y 52 del informe Winterman que figuran en el tomo I de la pieza separada.

Esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009, de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere ese motivo de casación (art.

849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, los siguientes requisitos:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas.

b) El documento tiene que evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.

d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Ciñéndonos al caso concreto, lo cierto es que la parte cita como documentos literosuficientes unos anexos documentales que en modo alguno lo son. Y no sólo eso, sino que consta abundante prueba de cargo, tal como se expuso en su momento, que contradice las inferencias exculporias que pretende obtener la defensa del contenido de esos documentos.

Los cinco anexos que se citan en el recurso (números 12, 16, 46, 51 y 52) se refieren a unos documentos presentados con el informe de la agencia de detectives privados Winterman Solymar, S.A., emitido a instancias y por cuenta de la entidad aseguradora denunciante. En ellos se plasman albaranes de entrega de la mercancía por parte de Seur en la empresa del acusado, Coben Group Dos; cuentas y resultados de la empresa Naval News S.L. en el ejercicio del año 2004; el pagaré por el que el Coben Group Dos se compromete a abonar a su vencimiento la suma de 665.181,99 euros; y un informe emitido por Intel Corporation Iberia sobre el número de microprocesadores que contiene cada caja y el peso de cada una.

El contenido de estos documentos no se ajusta a las exigencias de la jurisprudencia sobre los requisitos que ha de tener un documento para que pueda operar por la vía del art. 849.2 de la LECr. Carecen de la literosuficiencia o autosuficiencia necesarias para constatar de forma incuestionable la inveracidad de los hechos que se han declarado probados, y además constan diversos medios de prueba, según se reseñó en su momento, que

contradican las inferencias que pretende extraer la parte recurrente.

Todo ello ha sido examinado y razonado, además, en el fundamento de derecho anterior, con motivo de la ponderación y análisis de la prueba indiciaria, y a él nos remitimos con el fin de evitar reiteraciones, pues lo que hace realmente la parte recurrente es repetir los argumentos devaluatorios de los indicios reseñados en la sentencia, apoyándolos ahora en una documentación que no se ajusta a las exigencias del art. 849.2 de la LECr.

A tenor de lo que antecede, el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- En los motivos cuarto y quinto denuncia la parte recurrente, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción de los arts. 457 del C. Penal (motivo cuarto) y de los arts. 248 y 250.1.6 del mismo texto legal (motivo quinto), por no concurrir los supuestos fácticos de los delitos de simulación de delito y de estafa.

Ambos motivos se examinan conjuntamente porque la defensa se limita a afirmar que no concurren los hechos subsumibles en la norma penal. Para lo cual parte de la premisa de que el robo no es fingido y de que la reclamación de la indemnización a la compañía de seguros denunciante tiene una base real y que por lo tanto no concurre un engaño fraudulento. Sin embargo, al haberse ratificado en los fundamentos precedentes de esta sentencia los hechos declarados probados de la dictada en la instancia, es claro que no pueden estimarse los motivos cuarto y quinto, ya que ello requeriría imprescindiblemente la modificación de descripción fáctica que ha plasmado la Audiencia. Al descartarse tal eventualidad y no aportarse razonamientos que constaten un error de derecho con respecto a la subsunción de los hechos declarados probados, deben desestimarse los dos últimos motivos de impugnación.

SEXTO.- En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Narciso contra la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 30 de junio de 2009, dictada en la causa seguida por los delitos de simulación de delito y de tentativa de estafa, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolu-

ción del recurso, solicítase acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto

Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

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

cios debían tenerse en cuenta porque, si bien no los prestó efectivamente, el tribunal calificador se los reconoció pues, previamente, la resolución de la Dirección General de la Función Pública de 13 de junio de 2002 señaló que eso era lo que procedía.

Tal decisión administrativa se adoptó a petición de la interesada y en el entendimiento de que así se desprendía de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Zaragoza de 27 de julio de 1999, confirmada en apelación por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentencia de 19 de junio de 2002. En el mismo sentido, la Sra. Montserrat invocaba las siguientes resoluciones judiciales: el auto del Juzgado de 1 de enero de 2001, dictado en ejecución de su sentencia, la sentencia de la Sección de refuerzo de la Sala de 7 de noviembre de 2002 y su auto aclaratorio de 3 de diciembre de 2002.

El Juzgado había estimado en parte el recurso que ella y otras personas interpusieron contra la desestimación de su recurso ordinario contra el nombramiento interino de varios veterinarios. El fallo de su sentencia acogió las pretensiones de los actores de declarar nulos esos nombramientos y de reconocer su derecho a que se procediera a nombrar veterinarios interinos conforme al procedimiento establecido a los que tuvieran mejor derecho, pero rechazó las dirigidas a que se les reconociera el de ser nombrados interinamente y ocupar las plazas convocadas con los derechos económicos y administrativos correspondientes.

En la posterior sentencia de 19 de junio de 2002 de la Sala de Zaragoza que confirmó en apelación la anterior, se anuló el artículo 38.2 del Decreto 80/1997, de 10 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo, carrera administrativa y promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma en su redacción anterior al Decreto 101/1998, de 19 de mayo, que lo modificó, pues la aplicación de ese precepto anulado dio lugar a la infracción que condujo a la estimación del recurso en la instancia.

En fin, la nueva sentencia, esta vez de la Sección 5ª de refuerzo de la Sala de Zaragoza, de 7 de noviembre de 2002, acogió en parte otro recurso de la Sra. Montserrat y otros contra resoluciones de 8 y 26 de junio de 1998 también sobre nombramientos de interinos, que anularon, y les reconoció el derecho a ser incluidos en las listas de espera para el nombramiento de veterinarios interinos y en auto de 3 de diciembre siguiente aclaró que el fallo comprendía el derecho a que les fuesen valorados sus méritos con efectos desde la presentación de sus respectivas solicitudes.

Sentencia cuya ejecución en sus propios términos se acabó considerando imposible por auto de 17 de marzo de 2006 debido a la anulación, por ilegal, de la norma que regulaba el procedimiento de elaboración de las listas a que se referían las sentencias anteriores.

Sobre estos antecedentes, la demanda aducía que la Diputación General de Aragón había ido contra sus propios actos y revocado, sin seguir el cauce previsto al efecto, un derecho que se le había reconocido por una resolución firme: la del Director General de la Función Pública de 13 de junio de 2002, para la que se le debía considerar tiempo de servicio el comprendido entre el 6 de febrero de 1998 y el 18 de abril de 2001 por así resultar de las sentencias antes citadas.

Además, planteó la indebida resolución por la Administración de los recursos de alzada que presentó la Sra. Salome, por considerarlos incompatibles entre sí, e invocó la discrecionalidad técnica del tribunal calificador, la procedencia de computar servicios pese a no haber sido prestados efectivamente —tal como sucede con los de los liberados sindicales o los de quienes están de baja por enfermedad— y la desviación de poder que apreciaba en la actuación administrativa que, al parecer de la recurrente, se dirigía a favorecer a la Sra. Salome. También alegaba el desigual trato de que había sido objeto en relación con otra participante en el proceso selectivo: Dª Tatiana.

SEGUNDO.- La sentencia objeto de este recurso de casación, tras precisar los actos administrativos que habían sido impugnados y exponer los argumentos principales de la demanda, pasa a dar respuesta a los que descansan en el pretendido reconocimiento judicial del derecho de la Sra. Montserrat a que se le computara como tiempo de servicios el período completo antes mencionado.

Para ello reproduce el auto de la Sala de Zaragoza de 17 de marzo de 2006 dictado en el incidente de ejecución de su sentencia de 7 de noviembre de 2002 y remitiéndose a lo que en él se expone sobre la imposibilidad de ejecutar en sus propios términos lo decidido por ésta, es decir la imposibilidad de elaborar nuevamente la lista de interinos conforme a una norma declarada ilegal, dice que las sentencias a las que se refiere la recurrente son claramente insuficientes e ineficaces para fundamentar sus pretensiones.

Seguidamente, rechaza que se hubieran vulnerado los artículos 102 a 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, porque la resolución de 13 de junio de 2002 del Director General de la Función Pública contiene un criterio interpretativo cuya impugnación de-

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/62104

TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 29 marzo 2010. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

### Exclusión de relación de aspirantes en superación de concurso-oposición

*Declara el TS haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de lo contencioso del TSJ Aragón. Estima en parte el contencioso-administrativo y anula los los actos impugnados únicamente en cuanto la excluyeron de la relación de aspirantes que superaron el concurso-oposición y dejaron sin efecto el nombramiento de la recurrente como funcionaria del Cuerpo de Funcionarios Superiores, Escala Facultativa Superior de Veterinarios de Administración Sanitaria.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para resolver la controversia que suscita este recurso de casación es necesario exponer antes los aspectos principales del pleito sobre el que se pronunció la sentencia ahora cuestionada.

Dª Montserrat participó en el concurso-oposición convocado por resolución de 23 de enero de 1998 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Diputación General de Aragón para el ingreso en el Cuerpo de Funcionarios Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, Escala Facultativa Superior (Veterinarios de Administración Sanitaria). Por Orden de 19 de agosto de 2002 fue nombrada, como los demás aspirantes que superaron el proceso selectivo, funcionaria de carrera y tomó posesión en la Zona Veterinaria de Valderrobles, en Teruel. No obstante, como consecuencia de la estimación parcial del recurso de alzada interpuesto por otra participante en esa convocatoria, Dª Salome, contra la resolución que hizo pública la relación de quienes habían superado el concurso-oposición, por Orden de 21 de octubre de 2002 se anuló el nombramiento de la Sra. Montserrat disponiéndose en su lugar el de la Sra. Salome. Al ejecutarse esa resolución administrativa, la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud y la Secretaría General Técnica de Agricultura or-

denaron el 20 de enero de 2003 el cese de la Sra. Montserrat en el puesto de trabajo núm. RPT NUM000, Veterinaria de Administración Sanitaria en la Zona Veterinaria de Valderrobles y su simultánea restitución como funcionaria interina en el puesto RPT núm. NUM001, Veterinaria de Administración Sanitaria, en la Zona Veterinaria de Sarrión, para el que había sido nombrada con anterioridad a la resolución del concurso-oposición.

La Diputación General de Aragón acogió los argumentos de la Sra. Salome y entendió que el tribunal calificador había atribuido indebidamente a la Sra. Montserrat 16,38 puntos en la fase de concurso cuando, en realidad, solamente le correspondían 0,84. Esa diferencia, determinante de la exclusión de la relación de aprobados de la ahora recurrente y de la inclusión en su lugar de la Sra. Salome, obedecía a que no debieron computarse como méritos los servicios que la Sra. Montserrat alegó correspondientes al período comprendido entre el 6 de febrero de 1998 y el 18 de abril de 2001, fecha límite esta última para considerar según la convocatoria, sino solamente los veinte días que van desde el 29 de marzo de 2001 en que fue nombrada interina hasta esa fecha límite.

La discusión sobre este extremo constituye el núcleo del proceso. Para la Sra. Montserrat esos servi-

bía hacerse, en su caso, cuando lo aplicara el tribunal calificador. Por tanto, dice, no cabe traer aquí la doctrina de los actos firmes declarativos de derechos.

Sobre la discrecionalidad técnica del tribunal calificador, afirma que no ha sido desconocida pues nada impide la revisión judicial de aquellos de sus actos que aplican un baremo en un concurso de méritos ya que éste es un elemento objetivo y normativo que lo permite. De ahí que, explica, la discusión sobre si debía o no valorarse como tiempo de servicios susceptibles de puntuación el alegado por la recurrente queda fuera del ámbito de la discrecionalidad técnica.

Tampoco aprecia la sentencia infracción del principio de igualdad ya que la situación de la Sra. Montserrat es diferente a la de la Sra. Tatiana y no tiene nada que ver con la de los liberados sindicales o con la de quienes padecen incapacidad temporal. Por último, descarta que mediara en la actuación recurrida desviación de poder porque la anulación de la resolución del tribunal calificador sobre la puntuación que le correspondía en la fase de concurso obedeció al juego de los recursos administrativos.

**TERCERO.-** El escrito de interposición recoge los siguientes motivos de casación

1º) Invocando el artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción y afirmando la infracción de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción, 24.1 y 120.3 de la Constitución, sostiene que la sentencia es incongruente porque no hace referencia a los hechos concretados en el escrito de demanda.

En particular, reprocha a la sentencia que no se refiera a los recursos de alzada de la Sra. Salome, ni haya tenido en cuenta que a la Sra. Tatiana se le reconocieron servicios que no había prestado y que se han computado los derivados de nombramientos interinos declarados nulos o anulados. Tampoco encuentra el más mínimo esfuerzo valorativo de la prueba practicada ni la respuesta a las alegaciones en que sustentaba sus pretensiones.

2º) También al amparo de ese mismo precepto de la Ley reguladora y sosteniendo la infracción de los mencionados artículos legales y constitucionales, afirma la recurrente que la sentencia incurre en incongruencia pues se refiere a cuestiones que no se plantearon en el procedimiento. Así, el escrito de interposición dice que la trascripción del auto dictado en ejecución de la sentencia de 7 de noviembre de 2002 en nada condiciona el resultado del presente pleito. Además, no tratándose de una resolución definitiva y habiéndose pronunciado por la inejecución de una sentencia, considera que la Sala de Zaragoza se

ha excedido al incorporar a la suya cuestiones extra petita.

3º) Ya acogiendo al artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción, afirma que se han infringido los artículos 102 a 106 de la Ley 30/1992 porque se han revocado "tácita o expresamente" varios actos declarativos de derechos que habían adquirido firmeza aprovechando para ello la resolución del recurso contra uno solo de ellos. Los que no fueron impugnados y, sin embargo, la sentencia no tiene en cuenta son: a) el acuerdo del Director General de la Función Pública de 13 de junio de 2002; b) la Orden del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de 19 de agosto de 2002 que nombra funcionaria a la Sra. Montserrat, junto a los demás aspirantes que superaron el proceso selectivo; 3º) la resolución de la Dirección General de la Función Pública de 19 de enero de 2003 que le reconoció los servicios previos prestados a efectos de trienios, que sólo se reconocen a funcionarios de carrera. Sobre la fase de concurso, dice que no se impugnaron a) el acuerdo del tribunal calificador que le reconoció los servicios discutidos; b) la Orden que nombró funcionarios a los aspirantes que superaron el proceso selectivo; c) la Orden que le reconoció los trienios que le correspondían.

Todas estas resoluciones firmes suponen para la Sra. Montserrat actos declarativos de sus derechos y, por eso, entiende que la sentencia al dar por buena la actuación administrativa, infringe los preceptos que ha invocado en este motivo ya que no se ha observado el procedimiento por ellos establecido para revocarlos. Además, insiste en que fueron consentidas la resolución del Director General de la Función Pública que consideró evaluables los servicios debatidos, la Orden de nombramiento y la nueva resolución del Director General de 10 de enero de 2003 que le reconoció la antigüedad.

4º) También con la invocación del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción mantiene la recurrente que la sentencia infringe los artículos 62.1 a) de la Ley 30/1992 y 23.2, 9.1 y 3 y 103 de la Constitución, así como el 6.3 del Código Civil y el 70 de la Ley de la Jurisdicción, así como la jurisprudencia expresada por las sentencias que cita, todo ello por no respetar la discrecionalidad técnica que asiste al tribunal calificador en el punto correspondiente a la valoración de sus servicios en el período que concita la controversia. Servicios que, insiste la Sra. Montserrat, procede reconocerle aunque no los prestase efectivamente al igual que se vienen reconociendo en otros supuestos en que tampoco han llegado a realizarse.

A este respecto, subraya que al reconocerse ese tiempo como si hubiera desempeñado su actividad profesional, la Administración no hizo

otra cosa que devolverle el derecho que le fue injustamente mutilado ya que si se hubieran ejecutado las sentencias que fallaron a su favor habría sido nombrada funcionaria interina, justamente como, nos dice, se hizo con Dª Tatiana en virtud de la sentencia de la Sala de Zaragoza de 4 de febrero de 1999.

Atendiendo a estas consideraciones, concluye el motivo y el escrito de interposición afirmando que lo anterior implica que no se han respetado las bases de la convocatoria y que se ha deparado a la recurrente un trato contrario al principio de igualdad.

**CUARTO.-** En su escrito de oposición la Diputación General de Aragón dice respecto de cada uno de estos motivos lo siguiente:

1º) La sentencia no es incongruente por defecto pues da respuesta a todas las pretensiones formuladas por las partes. En particular, observa, rechaza que de las sentencias invocadas en la demanda derivara un derecho de la Sra. Montserrat a ser nombrada funcionaria interina y a que, en consecuencia, se debiera tener en cuenta como tiempo de servicios el transcurrido desde que hubiera debido producirse ese nombramiento. En cambio, continúa la Administración, la sentencia indica que a la Sra. Tatiana sí se le reconoció judicialmente el derecho a ser nombrada con efectos retroactivos.

2º) Tampoco incurre la sentencia en incongruencia por exceso pues las cuestiones que aborda guardan relación directa con las debatidas en el proceso. En efecto, explican por qué no era posible incluir a la recurrente en la lista de espera para nombramiento de interinos.

3º) Del tercer motivo dice el escrito de oposición que reitera lo ya aducido en la demanda y, en todo caso, rechaza que haya habido vulneración de la doctrina de los actos propios pues la resolución de 13 de junio de 2002 no reconocía derechos, solamente establecía un criterio informativo no vinculante para el tribunal calificador. En cuanto a los argumentos relacionados con el carácter de firmes y consentidas que la recurrente atribuye a diversas actuaciones administrativas, niega que sean válidos para fundamentar el motivo desde el momento en que tales actos quedaron sin efecto como consecuencia de la estimación parcial del recurso de alzada de la Sra. Salome contra la resolución que hizo pública la relación de aspirantes que aprobaron el proceso selectivo.

4º) Después de señalar que este motivo es una nueva reiteración de las alegaciones realizadas en la demanda, propugna, asimismo, la Diputación General de Aragón su desestimación pues entiende que en modo alguno la sentencia desconoce la discrecionalidad técnica del tribu-

nal calificador ni propicia o consiente la desigualdad y la desviación de poder de las que habla la recurrente.

**QUINTO.-** También se ha opuesto al recurso de casación la Sra. Salome quien nos dice, sobre los motivos que hemos resumido, que no es incongruente por omisión la sentencia recurrida. En este sentido apunta que la recurrente no ha indicado a qué extremos de la demanda no dio respuesta ni qué concretas pruebas dejó de valorar. Rechaza, por otra parte, que mediaran actos firmes declarativos de derechos que no fueran respetados e insiste en que los méritos que el tribunal calificador acabó puntuando eran ficticios pues esa valoración se basó en una sentencia que solamente reconoció el derecho de los recurrentes a que se efectuara una nueva convocatoria de plazas de funcionarios interinos. Por último, descarta que pueda sostenerse que la sentencia ha desconocido la discrecionalidad técnica que asiste al tribunal calificador y se remite al fundamento sexto de la misma para justificar esta afirmación.

**SEXTO.-** El litigio que se nos ha sometido presenta, como observa el escrito de interposición, cierta complejidad debido a los antecedentes invocados por la recurrente, la singular actuación de la Administración aragonesa y los términos en que la demanda planteó el proceso en la instancia. A ello se suma la forma en que la sentencia da respuesta a lo que en ella se suscitaba pues no ha contribuido a la claridad exigible a los pronunciamientos judiciales. En efecto, la reproducción íntegra de un auto dictado en ejecución de otra sentencia dificulta la correcta percepción de los términos del debate. Reproducción que no era imprescindible pues bastaba con resumir su contenido. No obstante, el hecho de que no sea un modelo de claridad, no significa que incurra en las deficiencias y excesos que le imputan los dos primeros motivos, tal como vamos a ver a continuación.

El primero, según decíamos, denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia. Omisión que concreta en su silencio sobre cuanto dijo la demanda respecto de los recursos de alzada de la Sra. Salome y sobre el resultado de la prueba practicada y la situación de la Sra. Tatiana. También refiere la incongruencia a la que considera falta de respuesta a las alegaciones recogidas en la demanda.

Pues bien, dejando al margen por su carácter genérico y porque la sentencia va contestando los diversos motivos esgrimidos en ellas este último reproche y, también, el relativo a la apreciación de la prueba ya que no nos dice qué es lo omitido y en qué aspecto le ha causado indefensión, la lectura de la sentencia permite comprobar que sí se ocupa, en el fundamento séptimo, para rechazar que sea igual a la de la actora, del caso de la Sra. Tatiana.

Es verdad, en cambio, que ninguna razón da para rechazar lo alegado sobre los recursos de alzada de la Sra. Salome. Y es que, en efecto, esta participante en el proceso selectivo que nos ocupa, incluida en último lugar en la relación de quienes lo superaron, habiendo tenido noticia de que debía reservarse una de las plazas a proveer para un aspirante discapacitado y que, en consecuencia, quedaba fuera de aquélla, presentó dos escritos de recurso de alzada contra la resolución de 9 de julio de 2002 que hizo pública dicha relación. En el primero, presentado el 24 de julio, pedía que se revisaran las calificaciones asignadas en la fase de concurso a la Sra. Montserrat y a otros dos aspirantes. En el segundo, presentado el día 29 de julio, pedía que se le reconociera como tiempo de servicios el comprendido entre el 19 de diciembre de 1997 y el 18 de abril de 2001 por las mismas razones que habían llevado al reconocimiento a la Sra. Montserrat de los que venimos mencionando.

Decía la demanda que esas dos impugnaciones eran incompatibles entre sí. Esta escueta afirmación la hacía en el apartado dedicado a los hechos y ahora en casación nos dice la Sra. Montserrat que la Administración debió, ante la presentación de la segunda alzada, entender desistida de la primera a la entonces recurrente.

Ciertamente, la estimación del recurso de alzada de la Sra. Salome determinó la anulación del nombramiento de la Sra. Montserrat, objeto central del proceso. No obstante, la propia recurrente, después de mencionar la contradicción que veía entre las dos impugnaciones al exponer los hechos, no volvió sobre ese extremo en la demanda ni formuló pretensión alguna al respecto. Y, si consideraba que, efectivamente, no debía haberse atendido la primera, hubiera debido decirlo así y ofrecer las razones que justificaran su parecer porque la Administración, al acoger en parte lo que calificó como un único recurso de alzada, si bien formulado en dos escritos sucesivos, explicó que, no habiendo desistido en el segundo del formulado en primer lugar, debía reputarse el último como una ampliación del primero y tener por peticiones alternativas las que en ellos hacía la Sra. Salome. Dado que la demanda, fuera de lo indicado, no se detiene en este punto, no parece procedente considerar incongruente la sentencia por no haberle dedicado una consideración específica a este extremo.

En cuanto a la incongruencia por exceso que denuncia el segundo motivo, tampoco cabe apreciarla porque las resoluciones judiciales que menciona la sentencia fueron traídas al proceso por las partes y, en particular, la recurrente insistió en que su derecho a que se tuvieran en cuenta los servicios que la Administración resolvió finalmente no valorar deri-

vaba de los fallos obtenidos del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 y de la Sala de Zaragoza. No son, por tanto, cuestiones extrañas al proceso las resueltas en el auto reproducido por la sentencia.

SÉPTIMO.- Para resolver los motivos de fondo que, dada su relación, consideraremos conjuntamente, es preciso recordar cuál es el presupuesto sobre el que descansa la pretensión sustancial de la recurrente: su derecho a que se valoraran, como si los hubiera prestado, unos servicios que no realizó porque teniendo derecho a figurar en la lista utilizada para los nombramientos de interinos, no fue incluida en ella ilegalmente, según se estableció por los tribunales de justicia, de manera que de no mediar esa ilegalidad sí habría podido ser nombrada entonces. El Director General de la Función Pública asumió esta tesis y la plasmó en su resolución de 13 de junio de 2002 para la que "a los efectos de su valoración en la fase de concurso (...) corresponde reconocer (le) (...) como servicios prestados en puestos de Veterinario de Administración Sanitaria el período comprendido entre el 6 de febrero de 1998 y el 18 de abril de 2001". Y el tribunal calificador asumió sin formular ningún reparo este criterio, tal como hizo constar en el acta de su reunión de 20 de junio de 2002.

Nos encontramos, por tanto, con una singular actuación administrativa que dice una cosa y su contraria con la consecuencia de que ese cambio de parecer significa para la recurrente y para la recurrida estar o no entre quienes obtienen plaza en el proceso selectivo de referencia. A su vez, el título que invoca la Sra. Montserrat trae causa del proceder ilegal de esa misma Administración. En este contexto, sucede que las razones ofrecidas por la Administración, que la sentencia no analiza en detalle, sino que se limita a asumir en su totalidad sin examinarlas con detenimiento, descansan en dos elementos principales: la falta de prestación efectiva de los servicios y la negación de que la Sra. Montserrat habría sido nombrada interinamente Veterinaria de Administración Sanitaria en la primera ocasión, de haberse elaborado debidamente la lista. Dice la resolución que estimó parcialmente el recurso de alzada que en la elaborada después de las sentencias pudieron participar aspirantes que no lo hicieron en la primera, dados los nuevos requisitos establecidos, y que, si bien fue nombrada finalmente la Sra. Montserrat, eso se debió a que antes dieciocho personas que figuraban en la nueva lista en mejores puestos renunciaron a su derecho.

Son, sin duda, argumentos de importancia pero la propia Dirección General de la Función Pública no los tuvo presentes cuando resolvió, razonadamente, que debía considerar que la recurrente ejerció desde la fecha en que se hicieron los nombramientos

luego anulados. Esta decisión no puede pasarse por alto pues, aunque se hiciera con vistas a la fase de concurso, en la medida en que precisa el alcance que han de tener las sentencias tantas veces citadas, posee una relevancia determinante y propia autonomía que impiden reducirla a un mero trámite del proceso selectivo. Es importante tener presente que la Administración aragonesa tenía en su mano los medios para demostrar que, de haber sido incluida en las primeras listas la recurrente, en ningún caso habría sido nombrada interina. Sin embargo, no lo hace y se limita a formular hipótesis que, por lo demás, no descartan lo que ella misma había reconocido el 13 de junio de 2002, pues la circunstancia de que integraran la nueva lista personas que no pudieron ser incluidas en la primera o que la Sra. Montserrat tuviera por delante a otros dieciocho veterinarios con mejor derecho que ella a los que no les interesó el nombramiento, no significa que no lo hubiera obtenido en aquella ocasión primera. Extremo, insistimos, que la Administración pudo desvirtuar y no lo hizo, cuando debe considerarse que a ella correspondía, por su cambio de criterio y por disponer de los datos necesarios al efecto, demostrarlo.

De ahí que debamos concluir que la Administración, al cambiar de criterio de la manera indicada, fue contra sus propios actos. Como la sentencia de instancia no advirtió la disconformidad con el ordenamiento jurídico de este proceder, debemos acoger estos motivos de casación y anularla.

OCTAVO.- Conforme al artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, hemos de resolver el pleito en los términos en que está planteada la controversia.

A la vista de cuanto hemos dicho en el anterior fundamento y de la contradictoria e insuficientemente explicada actuación de la Administración aragonesa, es claro que procede estimar también el recurso contencioso-administrativo. Estimación que ha de suponer, por una parte, la anulación de los actos impugnados pero únicamente en cuanto excluyeron a la recurrente de la relación de los aspirantes que superaron el concurso-oposición y dejaron sin efecto su nombramiento como funcionaria del Cuerpo de Funcionarios Superiores, Escala Facultativa Superior de Veterinarios de Administración Sanitaria en virtud de la convocatoria efectuada por la resolución de 23 de enero de 1998 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Diputación General de Aragón.

Y, por otra parte, ha de suponer el reconocimiento a la recurrente de todos los efectos administrativos y económicos correspondientes, incluidos los intereses legales por los haberes que debería haber percibido como Veterinaria de Administración

Sanitaria. No obstante, de las cantidades que se le deban satisfacer habrán de descontarse las que hubiere percibido desde el momento en que fue cesada de su puesto de Valderribles por su actuación interina como Veterinaria de Administración Sanitaria o por cualquier otra actividad en la función pública que hubiere desempeñado hasta el presente.

En cuanto a la indemnización que solicita, entiende la Sala que no procede reconocer el derecho a percibir la puesto que no ha puesto de manifiesto la recurrente qué perjuicios ha sufrido que deban ser reparados más allá del resarcimiento que supone la percepción de los mencionados intereses.

NOVENO.- A tenor de lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

#### FALLO

1º Que ha lugar al recurso de casación núm. 4772/2006, interpuesto por Dª Montserrat contra la sentencia dictada el 19 de junio de 2006 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que anulamos.

2º Que estimamos en parte el recurso 2/2003, anulamos los actos impugnados únicamente en cuanto la excluyeron de la relación de aspirantes que superaron el concurso-oposición y dejaron sin efecto el nombramiento de la Sra. Montserrat como funcionaria del Cuerpo de Funcionarios Superiores, Escala Facultativa Superior de Veterinarios de Administración Sanitaria en virtud de la convocatoria efectuada por la resolución de 23 de enero de 1998 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Diputación General de Aragón y le reconocemos los derechos que señalamos en el fundamento octavo.

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

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



## RESEÑA

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

### TS CIVIL

2010/84186

TS Sala 1ª, Sentencia 10 mayo 2010.  
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

#### Condena a abonar cantidades debidas por el uso de programa de ordenador

El TS declara no haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal y haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia de la AP en el sentido de condenar a la demandada a pagar a la actora, no sólo las cantidades debidas según las facturas presentadas, sino también la cantidad resultante de la liquidación de la relación jurídica existente entre las partes. El TS declara que el tribunal de apelación, que únicamente condenó a la demandada al pago de las facturas que acreditaban deudas no satisfechas, no ha interpretado correctamente el contrato consistente en que la actora, además de obligarse a prestar a la demandada asistencia técnica, cedió a ésta el derecho de usar temporalmente un programa de ordenador a cambio de una contraprestación y, teniendo en cuenta que el programa de ordenador constituye un bien inmaterial que tuvo que ser instalado en el sistema de la demandada para permitir su uso, ésta debe pagar a aquélla por dicho uso y restituir el soporte en el que dicho programa se transmitió.

2010/84195

TS Sala 1ª, Sentencia 18 mayo 2010.  
Ponente: D. Francisco Marín Castán

#### Inoponibilidad de prescripción de acción contra administrador social al no inscribir su cese

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que condenó no sólo a la entidad deudora, como había hecho la juzgadora de instancia, sino también a la administradora de dicha entidad, al considerar la Sala que la administradora no puede oponer la prescripción de la acción para exigir su responsabilidad alegando que había cesado en el cargo de administradora social, ya que el cese no se había inscrito en el Re-

gistro Mercantil. El TS confirma el criterio de la AP y declara que el hecho del cese sólo se puede oponer al tercero de buena fe a partir de la inscripción.

### TS PENAL

2010/62031

TS Sala 2ª, Sentencia 23 abril 2010.  
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

#### Reglas de la imputación objetiva en la responsabilidad civil por delito

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros contra sentencia dictada en causa seguida por delito de lesiones. El TS sostiene que la cláusula invocada por la recurrente no resulta aplicable al presente caso, pues presupone la existencia de una infracción jurídica que permita desplazar al asegurado la responsabilidad por el hecho ocurrido, es decir, que el hecho lesivo sea objetivamente imputable al asegurado. Y la imputación de un hecho debe ser excluida cuando la conducta alternativa adecuada a derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado. Consecuentemente, los hechos no pueden ser objetivamente imputados a la omisión del ayuntamiento, dado que la conducta alternativa no hubiera evitado con seguridad la conducta del acusado.

2010/62050

TS Sala 2ª, Sentencia 5 mayo 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

#### Injustificada exasperación punitiva en condena por homicidio consumado

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de robo con violencia e intimidación, detención ilegal, homicidio, tenencia ilícita de armas, atentado, y faltas de lesiones. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a realizar una nueva individualización de la pena respecto del homicidio consumado, ya que la pena impuesta estaría comprendida en la mitad superior de la

mitad superior correspondiente a este delito, sin que las razones expuestas justifiquen tal exasperación punitiva dado que algunas de ellas como las reducidas dimensiones del lugar en que los hechos se desarrollaron no fueron buscadas por el recurrente, por cuanto la planificación cuidadosa de los hechos se refiere al robo violento a los joyeros, no siendo, en principio, previsible la intervención policial.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/45286

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 18 marzo 2010.  
Ponente: D. José Antonio Montero Fernández

#### Falta de desafectación de los bienes por no cesar la actividad empresarial

El TS no ha lugar al recurso de casación planteado contra la sentencia de la AN que declaró ajustada a derecho la resolución del TEAC dictada en un asunto relativo al IRPF. La Sala considera que debe rechazarse el planteamiento que realiza la parte recurrente, puesto que la sentencia de instancia deja sentado que no hubo cese en la actividad empresarial, lo que resulta indiscutible en casación, y, por consiguiente, no puede aceptarse que se hubiera producido la desafectación de los bienes afectos a la actividad que fueron transmitidos.

2010/45296

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 25 marzo 2010.  
Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

#### Reglas del consentimiento informado en intervención quirúrgica de bajo riesgo

El TS, que ha lugar al recurso de casación, casa y deja sin efecto la sentencia impugnada y, en su lugar, condena a la Administración recurrida a que abone a la recurrente una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial. La Sala establece que no cabe apreciar que no hubo, como hace el Tribunal de instancia, quebranto del consentimiento informado por el hecho de que el riesgo fuere considerado muy bajo, puesto que

lo que falta es la ausencia de esa eventual complicación de la intervención con su subsiguiente secuela para que el paciente, autónomamente, hubiera decidido aceptar o no la intervención a la vista de una posible consecuencia lesiva grave, aunque fuere de acacimiento infrecuente pero no improbable.

### TS SOCIAL

2010/92328

TS Sala 4ª, Sentencia 18 mayo 2010.  
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

#### Competencia del orden social para conocer de pretensión sobre retención complementaria en nómina

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la trabajadora demandante contra sentencia que declaró la incompetencia de la jurisdicción social para conocer su pretensión sobre devolución de cantidades descontadas erróneamente por la mercantil demandada en concepto de retenciones. Explica la Sala que cuando lo que se debate no es lo que se debe ingresar en el Tesoro Público en concepto de retención complementaria como consecuencia de un error en el ingreso anterior, sino si el retenedor puede reintegrarse del pago realizado mediante un descuento en los salarios, estamos ante una cuestión que corresponde al orden social de la jurisdicción.

2010/62140

TS Sala 4ª, Sentencia 11 marzo 2010.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

#### Reconocimiento como fijos discontinuos a trabajadores temporales del servicio de extinción de incendios

Desestima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Comunidad de Madrid contra sentencia que declaró fijos-discontinuos a los trabajadores accionantes, contratados bajo la modalidad de obra o servicio determinado en sucesivas campañas anuales de incendios forestales. Explica la Sala que la naturaleza de las funciones a desempeñar por los peones a los que se contrata para la detección, localización y comunicación de columnas de humo o incendios forestales en época estival no puede calificarse como algo que razonablemente pueda proveerse de manera puntual, pues la ubicación geográfica y condiciones climáticas hacen que el riesgo de incendio se incorpore lamentablemente al núcleo de supuestos que da origen a actividades necesarias y permanentes.