

Sumario

EL COMENTARIO Pág. 1

Sobre la responsabilidad patrimonial de los supervisores financieros. Comentario a la STS 3ª de 16 mayo 2008
Por D. Fernando Zunzunegui
Universidad Carlos III de Madrid,
Abogado

RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES Pág.7 Penal

La suspensión de la ejecución de la pena
Coordinadora. D^a Gemma Gallego Sánchez. Magistrada Juzgado de Instrucción núm. 35 de Madrid

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA Pág. 11

Civil

- Partida de honorarios de abogado sujeta a IVA en la tasación de costas

Penal

- Cooperador necesario en delito continuado de estafa y falsedad en documento oficial

Contencioso

- Denegación de pensión de viudedad al conviviente homosexual no casado

Social

- Denegación de incremento de pensión por IPT reconocida a través del RETA

BREVES Pág. 16

El comentario

Comentario a la STS 3ª de 16 mayo 2008

Sobre la responsabilidad patrimonial de los supervisores financieros

Por D. Fernando Zunzunegui
Universidad Carlos III de Madrid, Abogado

I. Generalidades

La supervisión financiera es un arte difícil de objetivar. Tradicionalmente los supervisores financieros han actuado con total discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones. Pero la legislación financiera ha ido precisando los objetivos de la regulación financiera y las funciones de los supervisores. El servicio encomendado a los supervisores financieros es de vigilancia e inspección del mercado, con potestades de información, inspección y sancionadoras, así como de intervención de empresas en dificultades. Estas potestades otorgan derechos pero también deberes de actuación, ya sea ante infracciones a la normativa de mercado como ante situaciones de riesgo para los ahorradores que puedan afectar a la estabilidad del sistema. Los supervisores financieros se enfrentan a un dilema. Ejercen sus funciones en defensa del buen funcionamiento del mercado y de la estabilidad del sistema financiero en su conjunto

y la consecución de estos objetivos puede entrar en conflicto con los intereses de los ahorradores. Pongamos un ejemplo, la búsqueda de una salida negociada a la crisis de una entidad financiera puede retrasar la intervención administrativa, permitiendo a la entidad en dificultades seguir captando ahorro del público. Y surge la pregunta ¿tienen estos inversores el deber jurídico de soportar las pérdidas ocasionadas por el retraso en la actuación de la Administración? Cada vez es más frecuente que ante las pérdidas ocasionadas por fraudes financieros, los inversores recurran a reclamar la responsabilidad del supervisor. Buscan un responsable solvente, capaz de resarcirles. Pero admitir la responsabilidad del supervisor, tiene sus ventajas y sus desventajas. Por el lado de las ventajas, el control que deriva del ejercicio de las acciones de responsabilidad debería redundar en un ejercicio más ponderado de las potestades de los supervisores. Pero al mismo tiempo, desde el lado de las desventajas, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de los supervisores

“...el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de los supervisores puede llegar a condicionar su actuación, que se tornará más defensiva, alejándose de la neutralidad técnica que debe presidirla.”

puede llegar a condicionar su actuación, que se tornará más defensiva, alejándose de la neutralidad técnica que debe presidirla. En cualquier caso, la mejor doctrina descarta la inmunidad de los supervisores financieros. (1) Como parte de la Administración el ejercicio de sus facultades debe ser controlado. Así podrá lograrse un modelo de supervisión más equilibrado, que atienda a los diversos intereses en juego.

II. Régimen jurídico

El Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) son entes con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, encargados, en su respectivo ámbito, de la supervisión, inspección e intervención de quienes operan en el mercado financiero. (2) En el ejercicio de estas funciones se someten al derecho administrativo. (3) Son entes de derecho público que como parte integrante de la Administración responden de los daños que ocasionen en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad tiene su base en el art. 106,2 CE -EDL 1978/3879-, según el cual: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor,

siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Y en su delimitación en el art. 139,1 Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -EDL 1992/17271-, a cuyo tenor: "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos". En derecho comparado hay diversidad de sistemas de responsabilidad patrimonial de los supervisores financieros. En Francia se requiere la existencia de una negligencia grave del supervisor financiero (*faute lourde*) para que se declare la responsabilidad del Estado. (4) A su vez, la legislación alemana precisa que el control bancario se ejecuta únicamente en interés general, lo que vendría a excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración supervisora frente los particulares. (5) La protección de los depositantes quedaría circunscrita a la cobertura que proporcionan los fondos de garantía de depósitos. Esta exclusión de responsabilidad ha sido considerada compatible con las directivas comunitarias por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. (6)

1. Véase en este sentido: Ivo GIESEN: "Regulating Regulators through Liability - The Case for Applying Normal Tort Rules to Supervisors", *Utrecht Law Review*, vol. 2, núm. 1, junio 2006, pp. 8-31; y Michel TISON, "Challenging the prudential supervisor -Liability versus (regulatory) immunity" en M. BALLING, F. LIERMAN AND A. MULLINEUX (eds.), *Financial Markets in Central and Eastern Europe. Stability and Efficiency Perspectives*, Londres, Routledge, 2004, p. 139-147.

2. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda, también se rige por estos mismos principios. No obstante, se trata de un supervisor carente de personalidad jurídica, que no responde a los estándares internacionales de independencia y del que ya se anunció su desaparición por absorción de sus funciones por parte del Banco de España y la CNMV, lo que justifica que no le prestemos más atención en el presente comentario. Sobre la reforma de los supervisores financieros en España, véase Gonzalo GIL y Julio SEGURA, "La supervisión financiera: situación actual y temas para debate", *Estabilidad Financiera*, núm. 12, Mayo 2007, pp. 9-40.

3. Véase art. 1,2 de la Ley de Autonomía del Banco de España y el art. 14 de la Ley del Mercado de Valores -EDL 1988/12634-.

4. Véase Arrêt del Consejo de Estado de 30 de noviembre de 2001, según el cual: "La responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit ne se substitue pas à celle de ces établissements vis-à-vis, notamment, de leurs déposants. Dès lors, et eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la Commission bancaire, la responsabilité que peut encourir l'Etat pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de celle-ci dans l'exercice de sa mission ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde."

5. Art. 6,4 Gesetz über das Kreditwesen.

6. Véase la STSJCE de 12 octubre 2004, comentada por Michel TISON: "Do not attack the watchdog! Banking supervisor's liability after Peter Paul", *Working Paper 2005-02*, Financial Law Institut (de donde se cita); publicado también en *Common Market Law Review*, 2005, 42 (3), pp. 639-676. Según esta sentencia, las obligaciones impuestas

Pero en Derecho español no hay norma especial que limite la responsabilidad patrimonial de los supervisores financieros. Por lo que no puede pretenderse que la protección de los ahorradores se agote con la cobertura que ofrecen los fondos de garantía de depósitos y de inversiones. No hay régimen especial ni mucho menos inmunidad para el Banco de España y la CNMV.

Como en cualquier otro caso de responsabilidad patrimonial de la Administración, para que proceda declarar la responsabilidad del Banco de España o de la CNMV se requiere la efectiva realidad del daño y la existencia de un nexo causal, es decir que la lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del ejercicio de las funciones públicas; además de ausencia de fuerza mayor y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad puede surgir en el ejercicio de las potestades públicas, por ejemplo, por denegar la autorización de acceso al mercado de una entidad de crédito que cumple con los requisitos legales, o suspender la cotización de un valor sin que concurren las exigencias especiales enunciadas en el art. 33 Ley del Mercado de Valores -EDL 1988/12634-. Pero también puede nacer de la conducta omisiva de la autoridad financiera, por ejemplo, por permitir que se comercialicen en España valores sin el preceptivo folleto informativo o por dejar de intervenir una entidad en dificultades concurriendo el presupuesto legal para adoptar este tipo de medida.

Según este régimen los supervisores financieros deben indemnizar a los particulares que resulten lesionados en el ejercicio normal o anormal de sus potestades, según ha venido a reconocer la STS 3ª, de 5 mayo 2004 -EDJ 2004/31529-, sobre determinadas actuaciones tendentes al restablecimiento de la situación patrimonial de BANESTO, y la más reciente de 16 mayo 2008, sobre omisiones de la CNMV en relación con la

supervisión de la agencia de valores AVA.

La sentencia del caso BANESTO tan sólo aporta una mera declaración de principio. En este caso, el Tribunal Supremo excluye la responsabilidad del Banco de España, por considerar que las medidas adoptadas por este organismo fueron válidas y conforme a derecho, y siendo válida y conforme a la legalidad su actuación, debe ser soportada por el destinatario de la misma, pues como presupuesto fundamental de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración se requiere "que ese perjuicio sea ilegítimo, lo que no sucede cuando la Administración cuenta con un título que legitima su actuación." De mayor alcance resulta la sentencia del caso AVA, que pasamos a comentar, comenzando una breve descripción del supuesto de hecho.

III. El caso AVA

AVA era una agencia de valores dedicada a captar ahorro de inversores minoristas de Zaragoza y otras partes de España. Se daba la circunstancia de que AVA anotaba los valores a su nombre, cuando las agencias tienen prohibido tener cartera propia. Además AVA utilizaba los valores de los clientes para comprar a crédito valores estructurados a través de un banco de Bahamas, quien a su vez los adquiría también a crédito en los mercados internacionales. Lo cual daba lugar a una doble financiación con la garantía de una doble prenda. Los clientes de AVA desconocían que el destino de sus ahorros eran valores registrados a nombre de la agencia, gravados con una doble prenda. En febrero de 1998, la quiebra del banco de Bahamas, supuso la ejecución de las garantías y la pérdida para los clientes de AVA de las inversiones realizadas. Conocida esta circunstancia, la CNMV decide entonces intervenir la agencia, hasta poner el caso en

"...para que proceda declarar la responsabilidad del Banco de España o de la CNMV se requiere la efectiva realidad del daño y la existencia de un nexo causal, es decir que la lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del ejercicio de las funciones públicas; además de ausencia de fuerza mayor y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño."

por la Directiva relativa a los sistemas de garantía de depósitos quedan satisfechas en cuanto se garantiza la indemnización de los depositantes en caso de indisponibilidad de sus depósitos, ya que la Directiva no concede a los depositantes el derecho a que las autoridades competentes garanticen en su interés las medidas de vigilancia. Esta Directiva continua diciendo que la sentencia no puede interpretarse como si se opusiera a una norma nacional según la cual la misión de la autoridad nacional de vigilancia de las entidades de crédito solo se realiza en interés general, lo que excluye, según el Derecho nacional, que los particulares puedan exigir una reparación por los perjuicios causados por una vigilancia defectuosa por parte de esta autoridad, según recoge el Derecho alemán. Además, concluye que aunque otras Directivas relativas al Derecho bancario impongan a las autoridades nacionales algunas obligaciones de vigilancia frente a las entidades de crédito y entre los objetivos de dichas Directivas figure también el de la protección de los depositantes, no se deriva de ello que estas Directivas tengan por objeto crear derechos en favor de los depositantes en caso de indisponibilidad de sus depósitos causada por una vigilancia defectuosa por parte de las autoridades nacionales competentes.

“La moderna legislación financiera configura un modelo de supervisor financiero con facultades de inspección y supervisión, capaz de ordenar el cese de actividades ilícitas, de adoptar medidas cautelares en el ámbito sancionador, y con potestades de intervención de las empresas del sector.”

manos del juez que, días mas tarde, abre el procedimiento concursal. Tras conocer la pérdida de sus ahorros, un grupo de inversores decide reclamar la responsabilidad patrimonial de la CNMV por omisión en el ejercicio de sus potestades. Consideran que debieron ser avisados de la forma irregular en que operaba AVA, teniendo en cuenta que la CNMV tuvo conocimiento de que AVA anotaba a su nombre los valores de los clientes en la inspección realizada en septiembre de 1996, dieciséis meses antes de la intervención. Si hubieran conocido este modo de operar de la agencia, no le habrían confiado sus ahorros.

En suma, la CNMV conocía que la agencia registraba a su nombre los valores de los clientes y, sin embargo, permitió, no ejercitando sus potestades, que imponían el cese inmediato de las actividades ilícitas, que el volumen de operaciones de AVA se triplicara, desde la inspección de la agencia hasta el conocimiento público de su verdadera situación, que tiene lugar con la intervención administrativa.

IV. La responsabilidad de la CNMV en el caso AVA

Para determinar si existe o no responsabilidad de la CNMV es necesario, con carácter previo, delimitar el alcance de sus funciones y la forma de ejercerlas. El mercado de valores es un sector del mercado gran complejidad, y su control a través de una autoridad administrativa también está rodeado de gran complejidad. Sólo puede entenderse la posición de la CNMV en el mercado haciendo referencia al conjunto de preceptos que fijan sus potestades.

La CNMV no es un órgano pasivo, sin facultades coercitivas de investigación, de suerte que su actividad de inspección se encuentra circunscrita a los documentos que los operadores bursátiles ponen a su disposición y que no ostenta facultades compulsivas para recabar datos, como pretende la sentencia. La CNMV es por el contrario un órgano activo, con funciones inspectoras, que le permiten desarrollar todo el abanico de posibilidades que dicha inspección comporta, y que puede recabar toda la información necesaria para el cumplimiento y desarrollo de sus funciones, como expresa con rigor el voto particular que incluye la sentencia. La moderna legislación financiera configura un modelo de supervisor financiero con facultades de inspección y supervisión, capaz de ordenar el cese de actividades ilícitas, de adoptar medidas

cautelares en el ámbito sancionador, y con potestades de intervención de las empresas del sector. La actividad inspectora de la CNMV no se limita a la recepción de la información, sino que debe dirigirse activamente a obtener toda la información necesaria y a confirmar su veracidad. La forma, duración e intensidad de la actividad inspectora de la CNMV debe ser proporcional a la incidencia del supuesto de hecho investigado sobre los objetivos de transparencia y protección del inversor. Lo cual significa que detectado un peligro grave para los inversores, derivado del incumplimiento de la entidad supervisada, la inspección deberá persistir y profundizar para que el riesgo no se agrave y hasta que desaparezca por completo, sin perjuicio del ejercicio del resto de poderes que competen a la CNMV, como la adopción de medidas cautelares en protección de los inversores.

A su vez, la potestad sancionadora pertenece a la especie de servicio público. La Administración está obligada a ejercitar esa potestad cuando el interés para el que fue atribuida lo exija. La finalidad de la potestad sancionadora se establece en el art. 13 LMV -EDL 1988/12634- y consiste en asegurar coactivamente la transparencia del mercado, la libre formación de precios y la protección del inversor. De hecho, el expediente sancionador no sólo tiene una función disuasoria, sino también conmutativa y de restitución de la legalidad mediante el ejercicio de las medidas cautelares oportunas. La potestad sancionadora se perfila así como un poder-deber de la Administración, que no puede abandonarse a su propio arbitrio.

Una vez aclarado cual es el poder de actuación de la CNMV, el otro lado de la moneda es determinar su responsabilidad.

La STS 3ª, de 16 mayo 2008 -EDJ 2008/73280-, exime de responsabilidad a la CNMV en el caso AVA, aunque reconoce que la CNMV violó la Ley del Mercado de Valores al no avisar a los inversores del riesgo que suponía invertir a través de dicha agencia. Para llegar a esta decisión omite los detalles de la inspección realizada en septiembre de 1996, considerando que la fecha relevante para avisar a los inversores es aquella en que la CNMV tiene constancia de que existía una doble prenda. Hecho que fue conocido en noviembre de 1997, tres meses antes de la intervención. Lo que lleva al Tribunal Supremo a concluir que la CNMV no es responsable de las pérdidas sufridas por los clientes de la agencia, pues en la fecha en que la CNMV conoció que los valores estaban

doblemente pignorados, los clientes ya no podían hacer nada para evitar la pérdida. Faltaría el nexo causal entre el incumplimiento de la CNMV y las pérdidas de los inversores.

El voto particular integra en la sentencia los hechos omitidos por la opinión mayoritaria, haciendo referencia expresa a la reveladora inspección realizada dieciséis meses antes de la intervención. Según esta opinión minoritaria, es en esa fecha en la que nace la obligación de informar a los inversores y de adoptar otras medidas cautelares en su protección. De tal modo que, siendo posterior a esa inspección la entrega de los ahorros de los recurrentes a la agencia, la CNMV debería responder del daño causado a los inversores por el importe total de las cantidades reclamadas.

Según la opinión mayoritaria, no está justificada la tardanza en más de un año en la incoación del procedimiento sancionador y la adopción de medidas cautelares, con aviso a los inversores del riesgo en que incurrían. La potestad sancionadora pierde, con el retraso el carácter de medida preventiva de restitución de la legalidad, aseguramiento de su cumplimiento y de la protección al inversor, que habría tenido de haberse incoado expediente sancionador cuando la CNMV tuvo noticia de los gravísimos incumplimientos de AVA y de la situación de desprotección de los inversores. Si la CNMV hubiera ejercido oportunamente su potestad sancionadora, y hubiera adoptado las medidas cautelares necesarias, se habría evitado el daño a los inversores.

Para la opinión mayoritaria, la CNMV no puede concebirse como un garante de la legalidad y prudencia de las decisiones de todas las agencias de valores, ni menos aún como garante de que los clientes de dichas agencias no sufrirán pérdidas económicas como consecuencia de decisiones ilegales o imprudentes de éstas. Manifestación que es matizada en el voto particular, pues es cierto que no puede hacerse responsable a los supervisores financieros de cualquier riesgo que el inversor sufra en el desarrollo normal de las actuaciones en el mercado, mas ello en modo alguno puede excluir la responsabilidad de la CNMV que, conociendo el alcance y riesgo de las irregularidades que afectaban al funcionamiento de AVA, dejó de actuar durante un largo período de tiempo sin ejercer en plenitud sus facultades. En particular, no informó al público sobre dichas irregularidades, lo que habría evitado las pérdidas sufridas por los inversores. Las pérdidas se habrían podido evitar si la CNMV no hubiera

hecho dejación de sus funciones y hubiera cumplido, al menos, con la obligación de información que le confiere la ley para la protección de los inversores, que constituye "la más sagrada de las funciones que la Ley del Mercado de Valores encomienda a la Comisión". El art. 89 Ley del Mercado de Valores -EDL 1988/12634- establece que la CNMV "podrá ordenar a los emisores de valores y a cualquier entidad relacionada con los mercados de valores que procedan a poner en conocimiento inmediato del público hechos o informaciones significativas que puedan afectar a la negociación de los mismos, pudiendo, en su defecto, hacerlo ella misma". El hecho de que la Ley emplee la expresión "podrá" no significa que abandone a la arbitrariedad de la CNMV la decisión de informar o no a los inversores. Este artículo debe ser interpretado conforme al art. 53,2 LJPAC - EDL 1992/17271- que establece: "El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos". Resulta patente que para la protección de los inversores se requería darles información sobre la forma de operar de AVA. La Ley del Mercado de Valores protege las decisiones informadas de los inversores, y estas decisiones requerían disponer de toda la información sobre los riesgos concretos de operar con AVA en tales circunstancias.

V. Responsabilidad de la CNMV en el caso Gescartera

Los criterios fijados en la Sentencia de 16 mayo 2008 -EDJ 2008/73280-, deben servir de base para futuras decisiones, como, por ejemplo, en la determinación de la responsabilidad de la CNMV en el caso Gescartera, gestora de carteras que se apropiaba del dinero recibido de los inversores, y que durante años fue objeto de inspección por parte de la CNMV.

En Gescartera estamos ante una réplica del caso AVA. La CNMV conocía, desde que inspeccionó la entidad en 1995, que Gescartera no gestionaba la cartera de valores de sus clientes y de que no había evidencia sobre el destino que estaba dando a los fondos recibidos de los clientes. Sin embargo, la CNMV conociendo estos hechos y la necesidad de adoptar medidas administrativas sancionadoras y de intervención, retrasa la adopción de estas medidas hasta el 14 junio 2001, cuando la lesión al patrimonio a los inversores ya se había hecho efectiva.

“Las pérdidas se habrían podido evitar si la CNMV no hubiera hecho dejación de sus funciones y hubiera cumplido, al menos, con la obligación de información que le confiere la ley para la protección de los inversores, que constituye “la más sagrada de las funciones que la Ley del Mercado de Valores encomienda a la Comisión”.”

“Es responsabilidad del Tribunal Supremo establecer un correcto equilibrio entre el interés público en mantener una eficiente supervisión financiera y el interés particular de los ahorradores en ser indemnizados por el daño causado por el funcionamiento anormal de los servicios públicos.”

Al igual que en AVA, si la CNMV hubiera ejercido oportunamente su potestad sancionadora, y hubiera adoptado la medida cautelar de informar al público inversor, se habría evitado el daño a los inversores. Dicha omisión motivó que los inversores confiaran sus ahorros a Gescartera, sin conocimiento de su verdadera forma de operar.

VI. Reflexión final

La STS 3ª de 16 mayo 2008 -EDJ 2008/73280- constituye el primer pronunciamiento sobre la responsabilidad patrimonial de un supervisor financiero por el daño causado a los inversores en el ejercicio de sus funciones. Es un tema complejo y de gran importancia para garantizar el buen funcionamiento del mercado financiero. El Tribunal Supremo se ha dividido entre quienes han preferido no abrir la puerta a la responsabilidad de los supervisores financieros y quienes han optado por integrar los hechos y declarar su responsabilidad.

La opinión mayoritaria pretende hacer recaer sobre los inversores el deber jurídico de soportar el perjuicio por haberse equivocado en la elección del intermediario. No todas las agencias de valores gozan de la misma solvencia, es cierto, pero nada tiene que ver esto con la pérdida de los ahorros, que no fue ocasionada por la elección de la agencia, sino por el fraude del intermediario. La agencia ha sido el vehículo para desposeer a los demandantes de sus ahorros. Nada tiene que ver esto con el “caveat emptor”.

Por supuesto que el riesgo inherente a la actividad económica sometida a la iniciativa privada recae sobre los operadores económicos, pues el sistema de regulación no sustituye la iniciativa privada por la pública, ni supone la actuación económica directa de la Administración en el mercado. Pero la cuestión que debe ocupar nuestra atención es otra bien distinta. De lo que se trata es de determinar si la

CNMV ha hecho su trabajo de acuerdo con los poderes que tiene otorgados, si ha omitido el ejercicio de su potestad de avisar a los inversores de hechos que les afectaban y si ha adoptado oportunamente las medidas cautelares, así como si ha adoptado la decisión de intervención en el momento en que tuvo conocimiento de que se daban los presupuestos para hacerlo.

Por supuesto que no se trata de socializar pérdidas, sino de determinar en qué casos debe responder el supervisor financiero por haber causado un daño a los ahorradores que no tienen el deber jurídico de soportar. Es responsabilidad del Tribunal Supremo establecer un correcto equilibrio entre el interés público en mantener una eficiente supervisión financiera y el interés particular de los ahorradores en ser indemnizados por el daño causado por el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

VII. Bibliografía

- Ivo GIESEN: "Regulating Regulators through Liability - The Case for Applying Normal Tort Rules to Supervisors", *Utrecht Law Review*, vol. 2, núm. 1, junio 2006, pp. 8-31.
- Gonzalo GIL y Julio SEGURA, "La supervisión financiera: situación actual y temas para debate", *Estabilidad Financiera*, núm. 12. Mayo 2007, pp. 9-40.
- Michel TISON: "Do not attack the watchdog! Banking supervisor's liability after Peter Paul", Working Paper 2005-02, Financial Law Institut (de donde se cita); publicado también en *Common Market Law Review*, 2005, 42 (3), pp. 639-676.
- Michel TISON, "Challenging the prudential supervisor -Liability versus (regulatory) immunity" en M. BALLING, F. LIERMAN AND A. MULLINEUX (eds.), *Financial Markets in Central and Eastern Europe. Stability and Efficiency Perspectives*, Londres, Routledge, 2004, p. 139-147.

Respuesta de los Tribunales Penal

Cuestión a analizar:

La suspensión de la ejecución de la pena

I. Planteamiento de la cuestión

Dentro del Cap. III, Libro I CP -EDL 1995/16398-, dedicado a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, dispuso el art. 80 de dicho texto legal, la figura de la suspensión, cuyo fundamento responde al propósito del legislador, de evitar el cumplimiento de las condenas cortas privativas de libertad, convencido quizá -como lo expresaba Von Listz- de que tales condenas "no intimidan, no mejoran y sólo corrompen". Dicho precepto establece además, que sean los Jueces o Tribunales exclusivamente, quienes, mediante una resolución motivada puedan dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo fundamentalmente "a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste", articulándose a continuación, en el art. 81 -EDL 1995/16398-, las condiciones objetivas necesarias.

Como ya apuntaba la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 16 febrero 1995, la cuestión no pasa a ser una decisión que "pueda calificarse legalmente de más o menos acertada, pues es un tema de discrecionalidad"; precisamente por ello, y dado que la concesión o denegación de la suspensión, es siempre facultativa, resulta de interés, cuando de arbitrio judicial se trata, conocer las exigencias constitucionales del contenido de tales resoluciones, y a continuación, el contraste entre los diferentes criterios, que se deducen de las resoluciones que se extractan.

STC, Sala 1ª, de 20 diciembre 2004. Pte: Casas Baamonde, María Emilia -EDJ 2004/197002-

Como acabamos de recordar en la STC 202/2004, de 15 noviembre, FJ 3 -EDJ 2004/174008-, "una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la

ejecución de la pena es aquella que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión (SSTC 25/2000, de 31 enero, FJ 4 -EDJ 2000/404-). En particular, dado que esta institución afecta al valor libertad personal, en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y habida cuenta de que constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25,2 CE -EDL 1978/3879-, la resolución judicial debe ponderar "las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad" (STC 163/2002, de 16 septiembre, FJ 4 -EDJ 2002/35649-; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 enero, FFJJ 3 y 7 -EDJ 2000/404-; 8/2001 de 15 enero, FFJJ 2 y 3 -EDJ 2001/38-; 110/2003, de 16 junio, FJ 4 -EDJ 2003/30605-).

II. Supuestos en los que se concede la Suspensión

AAP Santa Cruz, de 15 abril 2005. Pte: Soriano Vela, Francisca -EDJ 2005/65501-

Teniendo en cuenta lo señalado, considerando las circunstancias concurrentes, de que se trata de una persona sometida a tratamiento de deshabitación, siendo el delito por el que se le deniegan los beneficios, de desobediencia, por negarse a la práctica de la prueba de alcoholemia, al que se le aplicó la atenuante de embriaguez, aunque efectivamente es reincidente por delitos contra la seguridad de tráfico, la Sala considera

Coordinadora:

*D^a Gemma Gallego Sánchez
Magistrada Juzgado de
Instrucción núm. 35 de
Madrid*

“...la difusa delimitación legal que se estableció para distinguir el delito de la falta de lesiones, con la introducción por el legislador de un concepto jurídico “excesivamente” indeterminado, como lo es el de “tratamiento médico” (...), ha originado copiosa jurisprudencia, a veces contradictoria, que no ha facilitado la correcta aplicación de la ordenación jurídico-penal.”

oportuno, atendiendo a esas circunstancias del hecho y del autor, concederle la suspensión de la ejecución de la pena, en la forma y condiciones que señale el juez de lo Penal.

AAP Sevilla, de 20 septiembre 2006.
Pte: Carmona Ruano, Miguel -EDJ 2006/423576-

El Código reconoce al Juez o Tribunal sentenciador una facultad discrecional para suspender o no la ejecución. Este carácter discrecional de la decisión que ha de adoptar el Juez conforme a los arts. 80 y 87 CP -EDL 1995/16398- lo que implica es que para valorar la corrección jurídica de la decisión discrecional será necesario utilizar las técnicas jurídicas de control de las facultades discrecionales, suficientemente depuradas por la doctrina. La decisión inicial de no suspender la ejecución se justificaba exclusivamente por “la naturaleza y gravedad de los hechos”. Luego, al resolver el recurso de reforma, la motivación se amplía con otros argumentos: “la perjudicada renunció a la indemnización que le pudiera corresponder pero mostró su parecer contrario a la concesión de cualquier tipo de beneficio por el temor que infunde todavía a la menor, lo que unido a la gravedad de los hechos enjuiciados” aconseja no acceder a la suspensión. Tal motivación no resulta, sin embargo, convincente, precisamente porque no ofrece argumento alguno sobre la peligrosidad. La gravedad o levedad relativa de los hechos que se enjuician, puesta en relación con su valoración social, viene determinada por la pena con la que el legislador los sanciona y, en relación con el caso concreto, por la impuesta por el juez. Dado que la pena ha sido la de dos años de prisión, ésta es la medida objetiva de la gravedad, por lo que la entidad misma del hecho, sancionado con tal pena, no puede erigirse por sí solo en argumento para denegar la suspensión cuando entra dentro del margen en que el legislador sí la admite. Por otra parte, el hecho de que la representante de la perjudicada muestre su opinión contraria a la suspensión (lo que motiva el cambio de criterio respecto de ella del Fiscal) tampoco puede constituir por sí mismo un dato decisivo, aunque obviamente haya de tenerse también en cuenta a la hora de adoptar la decisión adecuada. Desechados estos argumentos, no aparecen en la causa circunstancias objetivas que indiquen una especial peligrosidad social en el penado... El hecho tiene lugar en julio de 2003, esto es, hace tres años, y se presenta como un hecho

aislado, del que no se conocen precedentes ni repetición. Se ha aportado, por otra parte, un informe social, emitido por el Ayuntamiento, que da cuenta de la composición del grupo de convivencia, que depende, al menos en parte, de los ingresos que él aporta a la familia. Tampoco parece que exista indicador alguno de riesgo para la menor víctima de este delito, sin que se haya manifestado conducta alguna del penado que pudiera provocar el miedo del que habla la madre y al que se alude en la resolución impugnada... Parece ser que las dos familias viven en localidades distintas... No existe, en suma, dato objetivo del que pueda obtenerse una conclusión de “probabilidad de comisión de nuevos delitos” que pudiera justificar el ingreso en prisión del penado.

SAP Guipúzcoa, de 20 marzo 2006. Pte: Subijana Zunzunegui, Ignacio José -EDJ 2006/66377-

...no basta con apreciar una peligrosidad criminal para tildar de injustificado el modelo de inexecución condicionada de la pena privativa de libertad. Es preciso, además, que la mentada peligrosidad no pueda ser tratada y contenida con la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la implementación de las reglas de conductas, diseñadas en el art. 83 CP -EDL 1995/16398-, que ora tratan de crear un espacio de reducción de las oportunidades de delinquir (prohibiciones de aproximación y comunicación con las víctimas y prohibición de acudir a determinados lugares), ora pretender garantizar un contacto del penado con las instituciones (obligación de comparecencia ante el juzgado o tribunal o servicios de la Administración, para informar de sus actividades y justificarlas, y prohibición de ausentarse sin autorización judicial del lugar donde resida), ora tratando de permitir la realización de hábitos o actitudes prosociales (participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial o sexual o cumplir los deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado). Sobre este segundo extremo (de imprescindible análisis dada la vigencia del principio de subsidiariedad que preside la ejecución de la pena privativa de libertad), la orfandad argumental de las decisiones del juez “ad quo” es palpable. Sin embargo, en la ejecutoria existen datos relevantes cuya ponderación judicial era exigible a la hora de evaluar si el modelo de inexecución condicionada posibilitaba la contención del riesgo de reincidencia. En

concreto, existe constancia de que uno de los delitos cometidos por D. Tomás, el ejecutado en julio de 2004, conllevó la imposición de una pena de prisión cuya ejecución fue suspendida por Auto de 24 enero 2005, sin que el mentado marco de inejecución haya resultado ineficaz, dado que no existe noticia de la comisión por el penado de un delito tras la mentada fecha. Por otra parte, se aportan informes de contenido social (Departamento de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Azpeitia, folio 28) y de naturaleza médica (doctor José Ramón) que denotan la presencia de graves alteraciones de la conducta, cuyo origen puede encontrarse en el consumo abusivo de drogas, y reflejan la presencia de actos en la trayectoria vital de D. Tomás adecuados para menoscabar su equilibrio emocional (proceso de separación de sus padres, muerte de este último en accidente de tráfico), máxime teniendo en cuenta la juventud de la referida persona (en la actualidad, veinte años). La decisión de impedir el modelo de inejecución condicionada de la pena de prisión se adoptó, por lo tanto, sin contar con la información psico-social precisa, por su globalidad y actualidad, para calibrar la idoneidad de la suspensión, con las pertinentes reglas de conducta, como marco de tratamiento de la peligrosidad criminal del penado. Procede, por lo tanto, revocar las resoluciones recurridas

SAP Cádiz, de 19 marzo 2007. Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier -EDJ 2007/71708-

En el supuesto en cuestión la Sala no comparte los argumentos del Juez básicamente centrados en que no nos encontramos ante un delincuente ocasional. Si se analiza el historial delictivo del apelante se observa, ciertamente que fue condenado en marzo de dos mil dos por un delito de alzamiento de bienes, pero los hechos juzgados acaecieron en 1996, así resulta del testimonio de la sentencia y de los antecedentes penales certificados. En marzo de dos mil seis es condenado por un delito de resistencia a Agentes de la autoridad por hechos sucedidos en 2001. Han transcurrido siete años entre unos hechos y otros. La pena impuesta por la segunda condena que se quiere suspender no lo ha sido por una pluralidad de delitos. No cabe apreciar ni habitualidad ni profesionalidad delictivas ni desde el punto de vista de la proporcionalidad y la igualdad en la normal aplicación en el foro del art. 80 CP -EDL 1995/16398- se aprecia peligrosidad criminal ni consta que tenga otros

procedimientos pendientes -art. 80,1 in fine CP. Tampoco desde el punto de vista de la prevención general los hechos cometidos, en uno y otro caso, hacen imperioso el cumplimiento de los fines meramente retributivos de la pena en este caso. Procede estimar el recurso

III. Supuestos en los que se deniega la suspensión

AAP Zamora, de 7 diciembre 2004. Pte: Encinas Bernardo, Andrés Manuel -EDJ 2004/234696-

En el presente caso, aun cuando se evidencia que concurren los requisitos legales del art. 81 -EDL 1995/16398- y que no ostenta formalmente la condición formal de reo habitual, pone de manifiesto una objetiva peligrosidad criminal no desvirtuada, máxime cuando ha sido beneficiario de otras suspensiones de condena: 21 mayo 1996, por utilización ilegítima de vehículo de motor y el 16 abril 2001, por robo perpetrado el 14 febrero 2000, y no obstante haber obtenido la remisión definitiva el 24 mayo 2003, volvió a cometer otro robo el 2 diciembre 2000, lo que no hace razonable en Derecho la concesión de nuevo de la suspensión de la ejecución de una pena. Por todo lo expuesto, procede ratificar el criterio mantenido por la Juez de lo Penal en sus Resoluciones

AAP Madrid, de 10 noviembre 2005. Pte: Perdices López, Araceli -EDJ 2005/254627-

La STS de 18 febrero 2000 -EDJ 2000/670- recuerda que "la mera concurrencia de los requisitos legales mínimos no es más que un presupuesto necesario para la concesión de la suspensión, pero no suficiente, pues ésta constituye una facultad motivadamente discrecional del Tribunal", lo que reitera la de 16 octubre 2000 al disponer que la concesión del beneficio es una facultad discrecional del Tribunal, que faculta, pero no obliga ("los Jueces y Tribunales podrán dejar en suspenso...", frase que viene a reiterar el art. 87 -EDL 1995/16398- al establecer que "el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar..."). Pues bien, una vez concurren aquellas condiciones, necesarias pero no suficientes, entra en juego la discrecionalidad del Juzgador para decidir si procede o no dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad,

"...aun cuando se evidencia que concurren los requisitos legales del art. 81 -EDL 1995/16398- y que no ostenta formalmente la condición formal de reo habitual, pone de manifiesto una objetiva peligrosidad criminal no desvirtuada, máxime cuando ha sido beneficiario de otras suspensiones de condena."

“Procede (...) rechazar la suspensión solicitada que, de acuerdo con la doctrina mantenida por el TC al respecto, viene configurada como una medida de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, dado el interés general en la efectividad de las decisiones de los poderes públicos y, en particular, en la ejecución de las resoluciones dictadas por Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional...”

decisión que ha de ser en todo caso razonada a efectos de poner de manifiesto que no es arbitraria o caprichosa, y que ha de atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal del condenado, conforme a lo que dispone el propio art. 80 CP -EDL 1995/16398-. Ello no obstante, no se puede olvidar que según la STC de 15 enero 2001 -EDJ 2001/38- este precepto “no exige que sólo se tenga en cuenta la peligrosidad criminal de aquél, en el sentido de que su escasa o nula peligrosidad criminal conlleve siempre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena; como tampoco el art. 25,2 CE -EDL 1978/3879- impone que únicamente se consideren las necesidades de resocialización del condenado. Tanto la doctrina constitucional sobre el art. 25,2 CE, como las interpretaciones doctrinales sobre el art. 80,1 CP se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva”.

TERCERO.- En el presente supuesto, el penado ha sido condenado por un delito de robo con fuerza en las cosas a un año de prisión apreciándosele la atenuante analógica de drogadicción, pero de la información proporcionada por el propio recurrente resulta que se encuentra en la actualidad cumpliendo una condena de tres años de prisión impuesta en la Sentencia 187/2004 por el Juzgado de los Penal núm. 26, desprendiéndose de las manifestaciones de su Letrado en la comparecencia en que pidió el beneficio de la suspensión de la pena, que además había otros antecedentes penales cancelados, de donde se infiere una reiteración delictiva, y en consecuencia una peligrosidad criminal que desaconseja la concesión del citado beneficio tal y como se hace motivadamente en el auto recurrido, que debe ser confirmado, ello sin perjuicio de que como se le indica pueda seguir tratamiento de deshabitación o de prevención en el centro penitenciario en que se encuentra ingresado.

AAP Badajoz, de 4 agosto 2006. Pte: Muñoz Acero, Marina -EDJ 2006/270381-

Procede desestimar el primero de los recursos formulado, de acuerdo con la tesis del Ministerio Fiscal, y por ende rechazar la suspensión solicitada que, de acuerdo con la doctrina mantenida por el TC al respecto, viene configurada como una medida de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, dado el interés general en la efectividad de las decisiones

de los poderes públicos y, en particular, en la ejecución de las resoluciones dictadas por Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere el art. 117,3 CE -EDL 1978/3879- (así, entre otras muchas SSTC 17/1980; 257/1986, 249/1989; 141/1990 -EDJ 1990/8477-; 110/1996 y 713/1997).

...dicha opción alternativa es siempre facultativa para el Juzgador y que, por ende, nada obsta a que sea atendible la argumentación del Juez sentenciador, de la peligrosidad criminal que aprecia en el recurrente, evidenciada en la naturaleza de los hechos, y de su gravedad, (puesta de relieve, a decir del Ministerio Fiscal, en el hecho de la comisión de los mismos en el ámbito familiar, y de haber llegado el condenado hasta blandir un cuchillo), amén de en su reiteración delictiva, que aconsejan, desde una perspectiva de prevención general y especial, dicha denegación, por lo que, sin necesidad de mayores consideraciones, procede denegar la revocación de la mentada resolución, cuya decisión es inconcuso que corresponde al Juzgador de instancia.

AAP Santa Cruz, de 25 mayo 2007. Pte: Toro Alcaide, Juan Carlos -EDJ 2007/150650-

...una simple lectura de la resolución dictada por la Juez “a quo” denegando la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al recurrente por dos delitos de maltrato familiar y habitual respectivamente, llevan a considerar preciso el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad en aras a garantizar además del fin resocializador, el punitivo y preventivo, al evidenciarse el incumplimiento de los requerimientos del art. 88 CP -EDL 1995/16398-, estimándose que las resoluciones impugnadas en su conjunto se hallan motivadas en todos sus extremos, y que los motivos expuestos por la Juez de instancia resultan absolutamente justificados en Derecho, esto es, hallan apoyo legal en el ordenamiento jurídico penal y en especial en los fines de la pena y en la efectividad del sistema penal.

Por lo que entiende y razona la Juez “a quo” como la naturaleza del hecho delictivo, inexistencia de primariedad en el delincuente, y su hoja historia penal determinó, el resultado que obra y que asume esta sección al considerar un indudable pronóstico objetivo de peligrosidad futura, que legitima su decisión adoptada en uso de su arbitrio, al inaplicar al mismo el beneficio de la suspensión.

Reseñas de Jurisprudencia

Civil

STS, Sala 1ª, 16 mayo 2008, Rec. 5100/1999, EDJ 2008/73127

Ponente: Corbal Fernández, D. Jesús

Al no tener la consideración de indemnización

Partida de honorarios de abogado sujeta a IVA en la tasación de costas

Acuerda el TS desestimar la impugnación de la tasación de costas, que se basaba en considerar excesiva la minuta de honorarios del letrado e indebida la inclusión en la tasación del IVA, por considerar que se trataba de una indemnización que, como tal, no estaba sujeta al citado impuesto.

La Sala señala que esta alegación confunde la indemnización total, en la que el acreedor es el beneficiario de la condena y el deudor el condenado en costas, con una de sus partidas, que sí está sujeta al pago del IVA -minuta del letrado y el procurador-. Por otro lado, considera el recurrente que habida cuenta que en el caso la minuta se gira con cargo a la mutualidad de arquitectos, que, por razón de sus obligaciones contractuales se hace cargo de las minutas de los arquitectos demandados, y que el pago de dichas minutas entra en el ámbito del giro mercantil de dicha entidad -al poder resarcirse por compensación del importe del IVA de tales facturas- no procede incluir el impuesto en la tasación. Afirma la Sala que, esta última alegación, se trata de un tema polémico, y debe resolverse en el sentido de que es ajeno al ámbito de conocimiento de este Tribunal en sede de tasación de costas, sin que exista indefensión para la parte impugnante de la tasación porque, con independencia de la responsabilidad que pueda derivarse para el que exige el IVA de un doble cobro, el ordenamiento jurídico arbitra los medios adecuados para obtener el reembolso.

“Los servicios profesionales del Abogado y el Procurador devengan IVA, que los mismos tienen la obligación de cobrar para Hacienda y repercutir, mediante la correspondiente facturación, en su cliente. El IVA forma parte del crédito que dichos profesionales tienen contra la persona a la que han defendido y representado en el proceso, no contra el condenado. Y como constituye uno de los gastos que tienen su origen e inmediato en el proceso, adosado o unido ineludiblemente a los honorarios profesionales, y, por consiguiente, costa procesal, el favorecido por la condena tiene derecho a compensarse del mismo.

Nada dice en otro sentido la Resolución de la DGT de 9 de marzo de 2005, Consulta 100/2005, porque se refiere a la indemnización total, pero, aún en el caso de que hubiera en la misma una confusión interpretativa, esta Sala viene manteniendo el criterio de incluir en la tasación de costas el IVA facturado en las minutas de honorarios de los profesionales que intervinieron preceptivamente en el proceso en orden a la defensa de los derechos e intereses y representación de la parte que resultó favorecida por la condena en costas (SS., entre otras, 7 de junio y 20 de septiembre de 2006; 7 de febrero, 25 y 26 de abril, 16 y 29 de mayo de 2007). Y en el mismo sentido se ha manifestado la Consulta Vinculante V 2579-07, de 30 de noviembre de 2007, de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo.”

“Los servicios profesionales del Abogado y el Procurador devengan IVA, que los mismos tienen la obligación de cobrar para Hacienda y repercutir, mediante la correspondiente facturación, en su cliente.”

Penal

STS, Sala 2ª, 7 mayo 2008, Rec. 2311/2007, EDJ 2008/97490

Ponente: *García Pérez, D. Siro Francisco*

Al entregar unas fotografías para falsificar DNI

Cooperador necesario en delito continuado de estafa y falsedad en documento oficial

“...aparte la estricta autoría en la falsedad de uso tipificada en el art. 393 CP, la doctrina de esta Sala (...) viene recogiendo la figura la cooperación necesaria -art. 28 b CP - en el delito de falsificación cuando persona distinta del autor estricto ha entregado las fotografías empleadas en la alteración de un DNI, a sabiendas de tal destino.”

Frente a sentencia absolutoria del delito continuado de estafa y de falsedad en documento oficial y mercantil interpone recurso de casación el Ministerio Fiscal. Interesa al recurrente que se condene al acusado como cooperador necesario de un delito de falsificación en documento oficial -documento nacional de identidad- al entender que la contribución del acusado a la elaboración del DNI inauténtico, de no reputarse como estricta autoría, ha de serlo como necesaria cooperación incluida en el art. 28,b CP 95 en relación con los arts. 392 y 390,1º CP 95; pues la colaboración del acusado, entregando unas fotografías suyas, ha de ser considerado un bien escaso para determinar el hecho, desde la perspectiva ex ante y dentro del plan infractor. El TS estima el recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al acusado como cooperador necesario de un delito de falsedad en documento oficial.

Emite voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

“PRIMERO.- La Audiencia absolvió a Pedro Francisco del delito continuado de estafa y del delito continuado de falsedad en documento oficial y mercantil del art. 392 en relación con el art. 390, 1, 2 y 3 del Código Penal (CP), de los que era acusado, como autor, por el Ministerio Fiscal. Éste ha recurrido en casación, dentro del cauce del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), respecto al delito de falsedad, e interesa que se condene a Pedro Francisco como cooperador necesario de un delito de falsificación de documento oficial (DNI), de los arts. 392, 390.1 apartados 1º, 2º y 3º, y 28, b CP.

SEGUNDO.- En el "factum" la Audiencia relata, en resumen, que, entre los días 4 y 7 de noviembre del año 2005, personas desconocidas entraron en una oficina, rompiendo una verja y una puerta, y se apoderaron de talonarios de entidades bancarias y de crédito; el día 7 Pedro Francisco llegó a una sucursal de "Caja M.", llevando un talón de aquellos sustraídos y un documento de identidad inauténtico, éste a nombre de Vicente y con la fotografía de Pedro Francisco; Pedro Francisco se asustó y dejó dentro de la sucursal el talón, por 2.890,15 E, y el D.N.I., el cual le había sido entregado por un tal Chiquito para que fuera a cobrar el talón. En el primero de los fundamentos jurídicos, añade la Audiencia que, tras la prueba practicada en el acto del juicio oral, "no se puede, por ello, hablar de delito de falsedad, ni en DNI, pues a lo sumo se trataría o estaríamos en presencia de una falsedad de uso, de lo que también desistió, ni en documento mercantil, pues, siendo inconsciente de la finalidad que iba a tener la citada entrega de las fotografías, no existe prueba alguna de que el talón y DNI fuese cumplimentado, en todo o en parte, por el acusado".

Al respecto la Audiencia señala que Pedro Francisco ha explicado que dos días antes le pidió un tal Chiquito le entregase dos fotografías de carnet, ignorando su finalidad, y que recibió de dicho sujeto el día 7 de noviembre el DNI falsificado y el talón bancario, con instrucciones de que fuera a cobrarlo a la sucursal que la "Caja M." tiene en la plaza L., a cambio de lo cual Pedro Francisco recibiría 300 euros.

TERCERO.- Conviene recordar que, aparte la estricta autoría en la falsedad de uso tipificada en el art. 393 CP, la doctrina de esta Sala (véanse las sentencias de 30/4/2002 y 25/6/2007) viene recogiendo la figura la cooperación necesaria -art. 28 b CP - en el delito de falsificación cuando persona distinta del autor estricto ha entregado las fotografías empleadas en la alteración de un DNI, a sabiendas de tal destino.

Pues bien, el recurrente aduce que el juicio de inferencia que lleva a cabo la Audiencia es erróneo, ilógico, arbitrario e irracional.

Aún negando terminantemente el juego de una "presunción de inocencia al revés" para los supuestos en que la Acusación recurra una sentencia absolutoria, esta Sala ha reconocido el camino -véanse sentencias de 21.4.2005 y 4.4.2006- para que, por el cauce del art. 849.1º LECr, se revise la racionalidad de las inferencias relativas a los componentes internos del delito, cuando aquéllas hayan determinado la absolución del acusado.

CUARTO.- Desde luego no aparece en el relato contenido en el "factum" elemento externo alguno que permita concluir que Pedro Francisco fuera inconsciente, cuando entregó las fotografías a quien le ofertaba la comisión de un fraude, del destino de aquéllas.

Por el contrario, hemos de convenir con el Ministerio Fiscal, que los elementos externos ponen de relieve, según la general experiencia, no menos que un dolo eventual por parte de Pedro Francisco cuando entregó las fotografías, en cuanto:

- a) Aquella entrega coincide con la oferta por Chiquito, el receptor de las fotografías, para la intervención de Pedro Francisco en un fraude mediante el cobro de talones; por lo que Pedro Francisco habría de percibir 300 euros.
- b) Chiquito pone, poco después, en poder del acusado el talón defraudatorio y el DNI con una de aquellas fotografías.
- c) El acusado no aporta otra razón alguna, para la mencionada aportación de sus fotografías, que la oferta de ser remunerado.

QUINTO.- Con tal revisión de la inferencia la presente casación viene a dar cumplida efectividad a la tutela judicial efectiva, exigida por el art. 24.1 CE en relación con el art. 120.3 y el 9.3, que proscribida la arbitrariedad de los poderes públicos, la cual radicaría, dentro del presente caso, en la irracionalidad de la ilación y, en consecuencia, de la motivación aportada por el Tribunal a quo.

SEXTO.- La contribución de Pedro Francisco a la elaboración del DNI inauténtico, de no reputarse como estricta autoría, ha de serlo como necesaria cooperación incluida en el art. 28.b CP en relación con los arts. 392 y 390.1º CP; pues la colaboración del acusado ha de ser considerado un bien escaso para determinar el hecho, desde la perspectiva ex ante y dentro del plan infractor."

Contencioso-administrativo

SAN, Sala de lo contencioso administrativo, 22 mayo 2008, Rec. 284/2007, EDJ 2008/100848

Ponente: de Alba Romero, D^a M^a Dolores

Denegación de pensión de viudedad al conviviente homosexual no casado

La AN desestima el recurso contencioso interpuesto contra la resolución del TEAC que consideró conforme a derecho el acuerdo de la Dirección de Costes Personal por el que se denegó la pensión de viudedad por convivencia de hecho al no haber acreditado el solicitante la condición de cónyuge legítimo del funcionario fallecido, exigida por el art. 38 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Considera la Sala que las personas que hayan mantenido una unión de hecho, sin vínculo matrimonial, no quedan comprendidas en el ámbito de la legislación de derechos pasivos, señalando que únicamente, en los supuestos incluidos en la disposición adicional décima Ley 30/1981, puede haber lugar al derecho a pensión de viudedad en favor de quienes, habiendo mantenido una convivencia "more uxorio" con el causante, no hubieran, sin embargo, podido contraer matrimonio con el mismo por impedírselo la legislación vigente, lo que no es aplicable al supuesto examinado ya que los convivientes no hubieran tenido ningún obstáculo para contraer matrimonio en alguna de las formas reconocidas en el art. 49 CC.

"TERCERO.- La petición de reconocimiento de derechos pasivos formulada por D. Juan Antonio, plantea la cuestión de los efectos de las uniones de hecho homosexuales, en relación con el sistema de pensiones establecido en la legislación de Clases Pasivas.

Esta Sala en reiteradas ocasiones y respecto a las uniones de hecho ha mantenido lo siguiente: En nuestro actual ordenamiento jurídico producen algunos efectos jurídicos, sin embargo el Consejo de Estado en su dictamen de 11 de diciembre de 1997, y respecto a una petición de pensión de viudedad considera que a efectos de derechos pasivos, el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, establece en su art. 38 las condiciones del derecho a la pensión de viudedad, reconociéndose tan sólo a "quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante" y el art. 48 incluido en el capítulo relativo a las pensiones extraordinarias, establece que el derecho a tales pensiones corresponde "al cónyuge viudo, los huérfanos o los padres del fallecido, siempre que reúnan los requisitos de aptitud legal" exigidos en la propia Ley.

(...) Así, pues, las personas que hayan mantenido una unión de hecho, sin vínculo matrimonial, no quedan comprendidas en el ámbito de la legislación de derechos pasivos. Únicamente, en los supuestos

“...el legislador pudo, y no lo hizo, incluir en la Ley 13/05 una disposición similar a la disposición adicional décima de la Ley 30/81, o bien otorgar efectos retroactivos a los derechos derivados de la nueva forma de matrimonio que reconoce, sin que haya base para pensar que se trata de una omisión involuntaria...”

incluidos en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que reformó el Código Civil en materia de familia, puede haber lugar al derecho a pensión de viudedad en favor de quienes, habiendo mantenido una convivencia "more uxorio" con el causante, no hubieran, sin embargo, podido contraer matrimonio con el mismo por impedírsele la legislación vigente, y siempre que el fallecimiento de dicho causante hubiere acaecido antes de la entrada en vigor de dicha Ley; circunstancia matizada por la jurisprudencia (Sentencias, entre otras del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1988 y del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1986, de 7 de febrero de 1987 y 12 de febrero de 1988), en el sentido de aplicar también los reseñados beneficios en materia de pensión de viudedad al conviviente supérstite y ello aunque el causante hubiere fallecido sin contraer matrimonio con el mismo con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, pero siempre que en ese momento se encontraran tramitando el divorcio como medio previo y necesario para poder contraer matrimonio, puesto que dichos trámites requieren un tiempo que no depende exclusivamente de la voluntad de los interesados. (...) Para resolver la cuestión planteada -el eventual derecho del actor a percibir pensión de viudedad- es preciso tomar en consideración otro antecedente legislativo, que no es otro que la Ley 13/05, de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo que éste sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición, de manera que sus efectos sean únicos en todos los ámbitos, con independencia del sexo de los contrayentes, citando la exposición de motivos de la referida ley entre otros, los relativos a derechos y prestaciones sociales.

Como quiera que dicha Ley entró en vigor el día 3 de julio de 2005, con posterioridad al fallecimiento del eventual causante, que acaeció el día 1 de marzo de 2005, es obvio que el ahora recurrente y el "causante" no pudieron contraer matrimonio por imposibilidad legal para hacerlo, de manera que en principio podría ser aplicable el mismo tratamiento que la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/81 dispensa a las parejas de hecho heterosexuales y que anteriormente hemos referido, generándose el derecho a la pensión de viudedad por el cumplimiento de dos presupuestos, a saber:

- 1.- Acreditación de una convivencia estable y con una relación de afectividad análoga a la conyugal, descartándose cualquier otro tipo de convivencia basada en motivos distintos de los anteriormente expuestos.
- 2.- La imposibilidad legal para contraer matrimonio, que en el presente caso se deduce claramente.

Ahora bien, ese tratamiento igualitario debió, en su caso, ser establecido por ley, tal como se infiere del precepto del art. 5 del Texto Refundido de Clases Pasivas del Estado, antes citado, al disponer que "solamente por Ley podrán establecerse derechos pasivos distintos de los recogidos en este texto, así como ampliarse, mejorarse, reducirse o alterarse los mismos", y de la doctrina del Tribunal Constitucional arriba referida. Sin embargo, es evidente que no fue voluntad del legislador tal extensión de derechos del régimen de Seguridad Social o del régimen de Clases Pasivas, pues, a diferencia de lo que sucedió con la Ley 30/81, en la que se recoge una previsión expresa y concreta de las situaciones de convivencia more uxorio, en su disposición adicional décima, la Ley 13/05, al modificar el Código Civil en materia de matrimonio, permitiendo la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo con igualdad de derechos y obligaciones que el matrimonio entre personas de distinto sexo, no establece previsión alguna al efecto, de manera hay que entender que despliega todos sus efectos desde el momento de su vigencia. Sin que sea posible reconocer al actor el derecho a la pretendida pensión de viudedad del régimen de clases pasivas no establecido en la ley, acudiendo a la aplicación analógica que disposiciones reguladoras de supuestos distintos al que ahora nos ocupa.

Resulta de interés recordar que el Tribunal Constitucional, en su Auto de 11 de julio, se pronuncia sobre la posible vulneración del principio de igualdad por la denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión more uxorio de personas del mismo sexo que si no habían contraído matrimonio era precisamente porque la legislación entonces vigente no se lo permitía. En dicho Auto manifestó el TC que "al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional..." "No es posible hallar en este trato más favorable a la unión familiar vestigio alguno de discriminación, pues, al margen de que tal situación ha de ser apreciada en el contexto señalado de que es legítimo que el legislador haga derivar del vínculo familiar determinados efectos, ha de tenerse en cuenta que el legislador tiene amplio margen para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones, en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y, las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse, por ello, que el legislador realice ciertas opciones selectivas, bien sea para cada situación o bien para cada conjunto de situaciones, determinando el nivel y condiciones de las prestaciones; de tal manera que no pueden considerarse sin más

discriminatorias o atentatorias contra el art. 14 CE estas disposiciones selectivas, a menos que las mismas no se amparen en causas y fundamentos razonables (SSTC 189/1987, 30/1988, 166/1990).

En su mano tiene el legislador la posibilidad de extender los beneficios de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables sean o no heterosexuales pero todavía no se ha considerado oportuno y ello - como se dice en la STC 66/1984-, no puede considerarse inconstitucional".

Efectivamente, el legislador pudo, y no lo hizo, incluir en la Ley 13/05 una disposición similar a la disposición adicional décima de la Ley 30/81, o bien otorgar efectos retroactivos a los derechos derivados de la nueva forma de matrimonio que reconoce, sin que haya base para pensar que se trata de una omisión involuntaria que pueda ser suplida por los Tribunales de Justicia. Por el contrario, en el Dictamen del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2004 (Ref. 2628/04), solicitado por el Gobierno con respecto al que entonces era Anteproyecto de Ley, se dice: Se ha incorporado al expediente una memoria económica, en la que se afirma que "el presente Anteproyecto no supone aumento de gasto público toda vez que no se crea ninguna prestación", por lo que "no procede estimar coste alguno a la reforma normativa que contiene el presente Anteproyecto de ley".

Social

STS 4ª, 24 junio 2008, Rec. 2102/2007, EDJ 2008/119123

Ponente: Fuentes López, D. Víctor

Este régimen especial no prevé su aplicación

Denegación de incremento de pensión por IPT reconocida a través del RETA

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante contra sentencia que le denegó el incremento de su pensión de IPT.

Según la Sala, en los casos como el presente de pluralidad de encuadramientos del asegurado, el derecho de la acción protectora se reconoce por la normativa del régimen en el que se han cumplido los requisitos para ello y, no reuniendo el actor cuando se produjo el hecho causante los requisitos exigidos por el Régimen General, por el que se encontraba cotizando en ese momento, si teniéndolos en el RETA, por el que había cotizado anteriormente, es por lo que procede denegar el incremento solicitado del 20%, pues en el régimen especial, a diferencia del general, no está expresamente establecido el mismo ni se deduce su aplicación, sino todo lo contrario, de su regulación genérica, ya que la referencia a la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior, que es la razón de ser del mencionado incremento, no cabe referirla a quien ejerce una actividad por cuenta propia.

"PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso es la de si, en un supuesto de reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente total en el RETA, el actor tenía ó no derecho al incremento de la prestación con un 20% adicional, dado que el beneficiario tenía también cubiertas más de la mitad de las cotizaciones exigidas en el Régimen General para tener derecho a la prestación en este régimen.

(...) TERCERO.- En el relato de hechos probados de la recurrida consta que el actor se le reconoció una prestación por incapacidad permanente total en el RETA desde el 17-04-1997 a razón del 55% de una base reguladora mensual de 502,88 euros; estando encuadrado en el Régimen General en el momento del hecho causante, no reuniendo las cotizaciones necesarias, si bien acreditaba haber cotizado en dicho Régimen más de la mitad del periodo de carencia exigido, reuniendo además las cotizaciones en el RETA, por lo que cumplía en este los requisitos para acceder a la pensión aplicando las normas de este Régimen en el que estuvo en alta desde el 1-01-1979 a 30-06-1987 y de 1-01-1988 a 31-12-1989; la sentencia denegó el porcentaje del 20% reclamado porque la prestación le fue reconocida en el Reta, tomando en cuenta solo las cotizaciones al mismo, razonando que en los supuestos de pluralidad de encuadramientos del asegurado el derecho de la acción protectora se reconoce por la normativa del Régimen de la Seguridad Social en el que se han cumplido los requisitos de la prestación, por lo que no reuniendo el actor en el momento del hecho causante, los requisitos exigidos en el Régimen General, por el que se encontraba cotizando en ese momento, para acceder a la prestación, teniéndolos en el RETA, por el que había cotizado anteriormente, era en este régimen donde reunía los requisitos necesarios de acuerdo con el art.

"...el incremento del veinte por ciento de la pensión correspondiente a la incapacidad permanente total, vigente en el Régimen General de la Seguridad Social, no es aplicable en el Especial de Autónomos al no estar en él expresamente establecido ni deducirse su aplicación, sino todo lo contrario, de su regulación genérica;..."

35-2 b) del Real Decreto 2530/70, y procedía el reconocimiento de la prestación, régimen especial que no reconocía el incremento solicitado, sin que procediera acudir a las cotizaciones en el Régimen General.

(...) SEXTO.- En el recurso se dirimía infracción del art. 139-2 del TRLGS (R-D 1/94 de 20 de junio), art. 6-3 del Decreto 1646/72 de 23-06-1972 en relación con Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 22 de mayo de 1986; art. 5 de la Ley 24/72 de 21 de junio, y la jurisprudencia del tribunal Supremo contenido en las sentencias de 28-10-1986, 30-04-2002, y 21-06-2004 .

La cuestión debatida ya ha sido resuelta por esta Sala, entre otras en la sentencia de 13-02-2003 (R-2210/02) y 12-05-2003 (R-4028/02). En la primera de ellas se razonaba literalmente:

"En el sistema público de Seguridad Social existe un tratamiento diferenciado del régimen de prestaciones económicas de la contingencia de incapacidad permanente total para la profesión habitual, según el beneficiario de la misma la cause en el Régimen General o en el de Trabajadores Autónomos, que es apreciable en los Decretos de 23 de junio 1972, art. 6 y de 20 de agosto 1970, art. 38.1 referido el primero exclusivamente a los trabajadores del Régimen General y el segundo al de Autónomos, pues mientras el primero establece el incremento porcentual del 20 por ciento, el segundo no lo recoge.

Tal diferencia ha sido ya examinada por esta Sala, llegando a solución contraria a la aplicada por la sentencia recurrida. Son expresión de la doctrina que declara inaplicable a los trabajadores autónomos el incremento que prevé el artículo 6 del Decreto 1646/1972, las sentencias, dictadas en recursos de casación por infracción de ley, de 9 de febrero y 17 de mayo de 1982, 7 de junio de 1985, 9 de junio de 1987, 21 de abril de 1988 y 5 de octubre de 1988; y en casación unificadora, las de 26-7-93 (rec. 45/93), 25-6-98 (rec. 3783/97), 8-7-99 (rec. 3454/98) y 12-6-00 (rec. 4005/99), invocada como referencial. La razón estriba, como resumen las dos últimas citadas, en que "el incremento del veinte por ciento de la pensión correspondiente a la incapacidad permanente total, vigente en el Régimen General de la Seguridad Social, no es aplicable en el Especial de Autónomos al no estar en él expresamente establecido ni deducirse su aplicación, sino todo lo contrario, de su regulación genérica; ya que la referencia a la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior -razón de ser del incremento ex. art. 6 del Decreto del 72- no cabe referirla a quien ejerce una actividad por cuenta propia".

(...) SÉPTIMO.- Es evidente pues que la sentencia recurrida no se apartó de la doctrina ya unificada de esta Sala al no reconocer el incremento del 20% de la prestación a quien no tiene derecho, por haberse concedido la prestación en el RETA, sin que existan las infracciones denunciadas, ni tampoco sea de aplicación la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 28-10-1986, que se refiere a un supuesto de computo recíproco de cotizaciones del Régimen General y RETA, que presenta singularidades con el caso de autos y los criterios en los que se apoya la decisión tomada.



Publicación semanal.

Depósito legal: BI-606-05
Franqueo concertado 01/3025

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. Asimismo, El Derecho Editores no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas por los autores y colaboradores en los contenidos de esta publicación

El Derecho Editores S.A.U.
Edificio El Derecho, Lagasca 45.
CP 28001 Madrid
www.elderecho.com
Teléfonos: 91.423.29.00 / 902.44.33.55.
Fax 915.78.16.17

Breves

Según el TC despedir a una embarazada es nulo aunque el empresario lo desconozca

El TC, en su sentencia de 21 julio 2008 –EDJ 2008/130769–, elimina, como requisito para declarar la nulidad del despido de una mujer embarazada, el conocimiento previo por el empresario de esa situación, restableciendo la dicción literal del art. 55 LET, reformado en 1999, y rechazando cualquier interpretación restrictiva del mismo. Afirma así que el amparo a la trabajadora debe extenderse, aunque no haya quedado acreditado dicho conocimiento de su estado por la empresa, porque la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios motivados por razón de embarazo.

El Constitucional devuelve un piso a su propietaria que le fue embargado a sus espaldas

El Tribunal, en su sentencia 78/2008, de 7 julio 2008 -EDJ 2008/111200-, fundamenta su fallo en el desconocimiento por la propietaria del proceso del que no pudo en ningún momento defenderse, dado que durante el tiempo que duró el pleito todas las cartas eran enviadas a una dirección errónea, fruto de un cambio que el Ayuntamiento había realizado en su zona dando lugar a un baile de números, sin que el juez se preocupara por ubicarla en su domicilio real teniendo recursos a mano y siendo tarea fácil, pues hubiese bastado con una mera gestión con el citado Ayuntamiento.

