



Roj: **STS 5881/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5881**

Id Cendoj: **28079110012013100720**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/12/2013**

Nº de Recurso: **294/2011**

Nº de Resolución: **795/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 1937/2010,**
STS 5881/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictada en el recurso de apelación núm. 465/2009 , dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1.158/2006 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Torremolinos (antiguo procedimiento ordinario 354/2002 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Torremolinos), cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Juan Manuel Medina Godino en nombre y representación de don Alberto , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Álvaro José de Luis Otero en calidad de recurrente, el procurador don Antonio Ortega Fuentes en nombre y representación de don Edemiro en calidad de recurrido y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Alejandro I. Salvador Torres, en nombre y representación de don Edemiro interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Alberto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<por medio de la cual, estimando la presente demanda, SE DECLARE:

Primero.- Que las manifestaciones efectuadas por don Alberto en el programa "La Hora del Cabreo" de la Televisión "Radio Televisión Victoria", los días veintiséis y treinta de septiembre de dos mil dos suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de don Edemiro , causándoles con tales intromisiones graves daños morales.

Segundo.- Que los daños morales causados deben ser indemnizados para resarcir en lo posible el perjuicio presente y futuro del honor del demandado en la cantidad de 400.000.- Euros.

Y en su virtud, SE CONDENE, a don Alberto a:

Primero.- Estar y pasar por la anterior declaración, advirtiéndole el juzgado que en lo sucesivo deberá abstenerse de realizar intromisiones ilegítimas en el honor del actor, semejantes a las perseguidas por esta demanda.

Segundo.- A difundir íntegramente y a su costa el texto literal de la sentencia que recaiga en estos autos, durante la emisión del programa "La Hora del Cabreo" de la cadena Radio Televisión Victoria realizando la difusión una vez a la semana durante un mes, o caso de haberse dejado de emitir dicho programa, en la misma hora en que aquel se estaba emitiendo.



Tercero.- Costear e insertar en aquellos medios que se han hecho eco de la información difamatoria, el texto de la sentencia en la misma página, hora de emisión o programa, con el mismo tamaño, el mismo día de la semana.

Cuarto.- Indemnizar al actor con la cantidad de 400.000.- Euros, que se destinarán y entregará expresamente a Cáritas Diocesana de Torremolinos para sus fines asistenciales en favor de los más necesitados en esta localidad.

Quinto.- Al pago de las costas causadas>>.

2.- La procuradora doña María del Carmen Capitán González, en nombre y representación de don Alberto , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado que <<previos los trámites legales oportunos:

1º. Acuerde admitir la cuestión de prejudicialidad penal que esta parte aduce, y siguiendo adelante con el proceso, ordene la suspensión en el momento de dictar sentencia, hasta que se resuelvan las causas criminales que tengan incidencia en los hechos que se juzgan.

2º. Que en su día se dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones del actor y se absuelva al demandado.

En todo caso deberán imponerse las costas al actor>>.

3.- El Ministerio Fiscal contesta a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estima pertinentes e interesa del Juzgado que se dicte <<en su día resolución de conformidad con lo que resulte probado en las actuaciones>>.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Torremolinos, dictó sentencia con fecha 25 de abril de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO.-

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Salvador Torres, en nombre y representación de d. Edemiro , contra D. Alberto , representado por la Procuradora Sra. Capitán González, DEBO DECLARAR Y DECLARO que las manifestaciones efectuadas por D. Alberto en el programa "la hora del cabreo", de la televisión "Radio Televisión Victoria", los días veintiséis y treinta de septiembre de dos mil dos, suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de D. Edemiro , y DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado a:

Primero.- Estar y pasar por la anterior declaración, advirtiéndole este Juzgado que en lo sucesivo deberá abstenerse de realizar intromisiones ilegítimas en el honor del actor, semejantes a las perseguidas por esta demanda.

Segundo.- A difundir íntegramente y a su costa el texto literal del encabezamiento y fallo de la presente sentencia, en seis ocasiones y dentro del plazo de un mes, durante la emisión del programa "La Hora del Cabreo", o en el mismo horario en que éste se emitiera, de la cadena Radio Televisión Victoria.

Tercero.- Indemnizar al actor con la cantidad de DIECIOCHO MIL EUROS (18.000 Euros), por los daños morales causados al mismo.

Todo ello sin especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta instancia.

5.- Apelada la sentencia en forma, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga incoa el rollo de apelación 1089/03 en el que recae sentencia de fecha 17 de mayo de 2005 , en la que se estima el recurso de apelación interpuesto, se revoca la sentencia de 25 de abril de 2003 del juzgado nº 5 de Torremolinos en su juicio ordinario 354/2002, declarando nulidad de lo actuado desde el auto de fecha 19 de marzo de 2005 en que se acuerda la práctica de la diligencia final y remite las actuaciones al juzgado ordenando volver a señalar nuevo día para su celebración.

6.- Y tras la tramitación de las diligencias que constan en las actuaciones, en fecha 31 de julio de 2006, por el Ilmo. Juez del Juzgado de Primera Instancia 5 de Torremolinos se dicta sentencia en el juicio ordinario 354/2002 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Salvador Torres, en nombre y representación de d. Edemiro , contra D. Alberto , representado por la Procuradora Sra. Capitán González, DEBO DECLARAR Y DECLARO que las manifestaciones efectuadas por D. Alberto en el programa "la hora del cabreo", de la televisión "Radio Televisión Victoria", los días veintiséis y treinta de septiembre de dos mil dos, suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de D. Edemiro , y DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado a:



Primero.- Estar y pasar por la anterior declaración, advirtiéndole este Juzgado que en lo sucesivo deberá abstenerse de realizar intromisiones ilegítimas en el honor del actor, semejantes a las perseguidas por esta demanda.

Segundo.- A difundir íntegramente y a su costa el texto literal del encabezamiento y fallo de la presente sentencia, en seis ocasiones y dentro del plazo de un mes, durante la emisión del programa "La Hora del Cabreo", o en el mismo horario en que éste se emitiera, de la cadena Radio Televisión Victoria.

Tercero.- Indemnizar al actor con la cantidad de DIECIOCHO MIL EUROS (18.000 Euros), por los daños morales causados al mismo.

Todo ello sin especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta instancia.

7.- Apelada la sentencia en plazo y forma, debido a la separación de jurisdicciones en el partido judicial al que corresponde el juzgado de primera instancia e instrucción que instruye la causa, se aplicaron nuevas normas para los asuntos civiles retornándose, por el Juzgado decano nuevamente las actuaciones, correspondiendo las de esta causa al Juzgado de primera Instancia nº 4 de Torremolinos registrándose con el nuevo número de procedimiento ordinario nº 1158/2006.

8.- Remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Málaga, la Sección 4ª incoa el rollo de apelación 388/07 en el que recae sentencia de fecha 10 de septiembre de 2007, en cuyo fallo <<se decreta la nulidad de actuaciones, en los autos de juicio ordinario sobre intromisión ilegítima en el honor, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº Cuatro de Torremolinos con el número 1158/2006, ordenando reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la citación del testigo Don Jesús Carlos, para que se agoten todas las previsiones legales en orden a garantizar su comparecencia y se practique la prueba con todas las garantías exigidas en la sentencia nº 416 de 17 de mayo de 2005, dictada por la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial>> .

9.- Devueltas las actuaciones al Juzgado, cumpliendo lo ordenado por la Audiencia, el Ilmo. Sr. Magistrado dicta sentencia en fecha 27 de febrero de 2009, en los presentes autos de juicio ordinario 1156/2006 (anterior juicio ordinario nº 354/2002, del antiguo Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5) cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Salvador Torres, en nombre y representación de d. Edemiro, contra D. Alberto, representado por la Procuradora Sra. Capitán González, DEBO DECLARAR Y DECLARO que las manifestaciones efectuadas por D. Alberto en el programa "la hora del cabreo", de la televisión "Radio Televisión Victoria", los días veintiséis y treinta de septiembre de dos mil dos, suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de D. Edemiro, y DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado a:

Primero.- Estar y pasar por la anterior declaración, advirtiéndole este Juzgado que en lo sucesivo deberá abstenerse de realizar intromisiones ilegítimas en el honor del actor, semejantes a las perseguidas por esta demanda.

Segundo.- A difundir íntegramente y a su costa el texto literal del encabezamiento y fallo de la presente sentencia, en seis ocasiones y dentro del plazo de un mes, durante la emisión del programa "La Hora del Cabreo", o en el mismo horario en que éste se emitiera, de la cadena Radio Televisión Victoria.

Tercero.- Indemnizar al actor con la cantidad de DIECIOCHO MIL EUROS (18.000 Euros), por los daños morales causados al mismo.

Todo ello sin especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta instancia.

SEGUNDO .- Remitida la causa, actual procedimiento ordinario nº 1158/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos, y el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada, la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 29 de septiembre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Alberto, representado en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. Medina Godino, contra la sentencia de veintisiete de febrero de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Torremolinos (Málaga) en autos de juicio ordinario número 1158 de 2006, confirmando íntegramente la misma, debemos acordar y acordamos imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

TERCERO .- 1.- Por don Alberto se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal en base a los siguientes motivos:



PRIMERO.- Infracción de las normas que rigen la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de protección del derecho al honor, al amparo del ordinal 3º del artículo 469 LEC .

SEGUNDO.- Infracción de las normas que rigen la forma de practicarse las pruebas, en particular el examen de los documentos por el tribunal, al amparo del ordinal 3º del artículo 469 LEC .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 7 de junio de 2011 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de don Edemiro y el Ministerio Fiscal presentaron escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día tres de diciembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. D. Edemiro formuló el 17 de octubre de 2002 demanda al amparo de la LPDH por intromisión en su derecho al honor contra D. Alberto como consecuencia de las declaraciones realizadas en el programa La Hora del Cabreo, de la televisión Radio Televisión Victoria, los días 26 y 30 de septiembre de 2002.

2. El Juzgado dictó sentencia el 25 de abril de 2003 que estimó parcialmente la demanda y contra esta sentencia interpuso el demandado recurso de apelación y la SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 17 de mayo de 2005, estimó el recurso y apreció una nulidad de actuaciones desde el auto de 19 de marzo de 2003 por el que se citó al testigo D. Jesús Carlos y se remiten de nuevo las actuaciones al Juzgado para que señale nuevo día para que celebre la prueba testifical con observancia de todos los preceptos legales.

3. Por auto del Juzgado de 6 de febrero de 2006 se citó a las partes, al testigo y al MF para el 16 de marzo de 2006 y al no comparecer el testigo, pese a estar citado, se le citó de nuevo para el 3 de abril de 2006 sin que compareciera.

4. El Juzgado dictó nueva sentencia el 31 de julio de 2006 con el mismo contenido que la sentencia de 25 de abril de 2003 y contra esta sentencia interpuso el demandado recurso de apelación y la SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 10 de septiembre de 2007 estimó el recurso y declaró la nulidad de actuaciones, debiendo citarse de nuevo al testigo para que se practique la prueba testifical con todas las garantías.

5. El 25 de febrero de 2008 declaró el testigo sin que asistiera el MF.

6. La representación procesal del demandado por escrito de 1 de abril de 2008, solicitó la nulidad de actuaciones, pues la prueba se desarrolló sin la asistencia preceptiva del MF.

7. El 3 de noviembre de 2008 emitió informe el MF, a propósito de la nulidad de actuaciones, según el cual: «[...], no procede acceder a ello al entender que la falta de citación del MF, no le produce indefensión alguna al recurrente sino en todo caso al MF, el recurrente consistió y admitió la no presencia del MF en el acta levantada el 25 de febrero de 2008, no requiriendo en aquel momento la presencia de ningún funcionario del MF en aquel acto, no formuló protesta ni recurso alguno.

Si bien se ha prescindido de una norma esencial del procedimiento, al no existir citación, no se ha producido indefensión alguna, ni al recurrente ni al MF, al recurrente porque no denunció la ausencia del Fiscal en la diligencia final, sino después de más de 1 mes, aludiendo ahora a la prueba practicada en febrero tildándola de cuasi delictiva, ninguna de estas manifestaciones se contienen en el acta, y es más si el juez hubiese detectado la presunta comisión de un delito está obligado a proceder de oficio, al igual que el Fiscal, hubiera solicitado deducción de testimonio entendiéndose que la nulidad planteada viene ser una nueva forma de dilatar un procedimiento que ya supera con creces los límites razonables para satisfacer a los justiciables».

8. El Juzgado por auto de 26 de noviembre de 2008 denegó la nulidad de actuaciones.

9. El Juzgado dictó sentencia de 27 de febrero de 2009 y estimó parcialmente la demanda fundándose, en síntesis, en que:

(a) Resulta llamativa la desatención del demandado a la ingente documental unida a la demanda o aportada en el acto de la audiencia previa y a los informes de la Cámara de Cuentas de Andalucía y es posible que se



deba al carácter contable o mercantil de esa documentación y al hecho de que el demandado renunció a la prueba pericial que propuso.

(b) No es función de este Tribunal suplir las omisiones de las partes ni le son exigibles conocimientos que excedan de lo estrictamente jurídico para analizar documentos que las partes han dejado en el olvido.

(c) En cuanto al interrogatorio de las partes, el demandante contestó con claridad y precisión a las preguntas que se le hicieron y negó con rotundidad las imputaciones realizadas por el Sr. Alberto y este, sin embargo, careció de precisión en numerosas ocasiones, evadió contestar diversas preguntas esenciales en relación con los hechos que había atribuido en sus entrevistas televisivas al demandante.

(d) Correspondía al demandado probar la realidad de las afirmaciones que realizó en las dos entrevistas sobre el demandante.

(e) Del contenido de los dos programas resultan numerosas expresiones e imputaciones que exceden de lo permisible, pues se dirigían más que a poner en conocimiento de la opinión pública unos hechos de interés general, a denunciar una actitud, una manera de ser de un contrincante político con la única finalidad de desacreditarlo ante la opinión pública.

10. Contra la sentencia de primera instancia interpuso recurso de apelación el demandado y por otrosí solicitó, entre otras, la práctica de la prueba testifical.

11. Por auto de la AP de 13 de enero de 2010, se denegó la práctica de las pruebas solicitadas y en cuanto a la testifical, según la AP, el hecho denunciado no afecta al apelante sino al MF sin que por el mismo se denunciara en ningún momento del procedimiento haberse producido indefensión a sus intereses por no estar presente en la audiencia del testigo.

12. La Audiencia Provincial de Málaga desestimó el recurso de apelación y en cuanto interesa para la resolución del presente recurso se fundó, en síntesis, en que:

(a) Solicitó el recurrente la declaración de nulidad radical de la sentencia de 27 de febrero de 2009, pues no se citó al MF para la prueba testifical practicada y esta petición no puede ser acogida, pues: (i) aunque según la ley, el MF siempre será parte en los procedimientos de protección de los derechos fundamentales, según el informe del MF de 13 de noviembre de 2008, al demandado la ausencia del MF no le produjo ningún tipo de indefensión, pues no hizo constar su protesta formal en el acto y aceptó la no presencia del MF; (ii) por auto del Juzgado de 26 de noviembre de 2008 se desestimó la petición de nulidad de las actuaciones y solicitada de nuevo la práctica de la prueba testifical ante la AP fue denegada por auto de 13 de enero de 2010 y esta resolución fue consentida por el apelante al no recurrir en reposición.

(b) En cuanto a la nulidad radical de la sentencia por falta de valoración de la prueba documental y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia para que se valorase la prueba por infracción del artículo 24.1 y 2 CE, olvida el demandado, que aunque el recurso de apelación permite al órgano ad quem conocer y resolver todas las cuestiones planteadas, no es factible pretender por disconformidad con la valoración del Juez decretar una nulidad de actuaciones, salvo, que no es el caso, que se hubiera incumplido el requisito de la motivación de la sentencia (artículo 218 LEC), pues es perfectamente posible que dentro de las facultades que se conceden a los jueces y tribunales de instancia, estos den diferente valor a los medios probatorios e, incluso, optar por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos y, por tanto, la denuncia de la omisión de la valoración probatoria de la documental y de la documental contable debe ser rechazada, pues el recurrente renunció a la prueba pericial contable y la carga probatoria correspondía al demandado.

5. Contra esta sentencia se interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 477.2.1º LEC que ha sido admitido.

6. El Ministerio Fiscal al evacuar el trámite correspondiente ha interesado la desestimación del recurso.

SEGUNDO. - Enunciación del motivo primero.

Se introduce con la siguiente fórmula: «Infracción de las normas que rigen la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de protección del derecho al honor, al amparo del ordinal 3º del artículo 469 LEC ».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que: (a) el MF no fue citado para la prueba testifical practicada; (b) según la AP el recurrente no formuló protesta en la diligencia de la prueba, pero el examen de los presupuestos procesales ha de ser efectuado por el tribunal de oficio; (c) el recurrente por escrito de 28 de marzo de 2008 solicitó la nulidad de actuaciones que fue denegada por auto del Juzgado de 23 de noviembre de 2008 y reprodujo la cuestión en el recurso de apelación; (d) el MF en su informe de 13 de noviembre de 2008, tras reconocer que se había prescindido de una norma esencial del procedimiento, indicó que no se causó ningún



tipo de indefensión ni al recurrente ni al propio MF, sin embargo, la infracción cometida produjo indefensión al recurrente, al no contar con un proceso con todas las garantías, faltando en el proceso la tutela de la legalidad por parte del Ministerio Fiscal; (e) la AP había ordenado que la prueba se practicase con todas las garantías procesales y la principal en este tipo de procesos es la presencia del Ministerio Fiscal.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO. - No asistencia del MF en la práctica de la prueba testifical. Inexistencia de indefensión.

A) La infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso solo puede constituir motivo de un recurso extraordinario por infracción procesal cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiera producido indefensión, según impone el artículo 469.1.3º LEC (SSTS de 30 de septiembre de 2009, RC nº 846/2004 , 13 de enero de 2010, RC nº 2668/2004 y 20 de febrero de 2012 , RCIP nº 54/2010).

B) Según el artículo 469.2 LEC , sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, esta o la vulneración del artículo 24 CE se hayan denunciado en la instancia. (SSTS 12 de noviembre de 2008, RC nº 113/2003 , 16 de diciembre de 2008 RC nº 2635/2003 , 14 de octubre de 2009, RC nº 1008/2005 , 16 de noviembre de 2009, RC nº 2210/2005 , y 29 de diciembre de 2009, RC nº 1869/2005). La inobservancia de este requisito excluye la indefensión, por cuanto esta no concurre si la parte ha incurrido en ella por su propia actuación (STC 57/1984, de 8 de mayo).

No toda irregularidad procesal causa por sí misma la nulidad de actuaciones, ya que, como declara la STC 217/1998 , el dato esencial es que tal irregularidad procesal haya supuesto una efectiva indefensión material, y por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del pleito (SSTS 205/1991 , 139/1994 y 164/1996 , 198/1997 , 100/1998 y 218/1998 y SSTS de 14 de diciembre de 2007, RC nº 4824/2000 , 22 de abril de 2010 , RIPC nº 76/2009 , 22 de marzo de 2011 , RIPC nº 75/2009 y 28 de junio de 2011 , RIPC nº 2156/2007). Por esta razón la parte debe justificar que la infracción denunciada ha llevado consigo una indefensión material (SSTS de 14 de julio de 2010 , RIPC nº 1914/2006 y 25 de febrero de 2011 , RIPC nº 1234/2006).

C) En el presente caso no se ha causado indefensión alguna a la parte recurrente provocada por las circunstancias descritas en el FJ de esta resolución porque como declara la Audiencia Provincial debe tenerse en cuenta que:

a) La prueba testifical se practicó el 25 de febrero de 2008 y según el acta correspondiente la representación procesal del demandado no formuló protesta por la ausencia en la diligencia de prueba del MF, es decir, no denunció esta infracción procesal en el momento en el que tuvo conocimiento de la misma.

b) Por escrito de 1 de abril de 2008 la representación procesal del demandado solicitó la nulidad de actuaciones por la no asistencia del MF.

c) El MF en relación a la posible nulidad de actuaciones, informó en los siguientes términos: «no procede acceder a ello al entender que la falta de citación del MF no le produce indefensión alguna al recurrente sino en todo caso al MF el recurrente consistió y admitió la no presencia del MF en el acta levantada el 25 de febrero de 2008 no requiriendo en aquel momento la presencia de ningún funcionario del MF en aquel acto, no formuló protesta ni recurso alguno».

d) el Juzgado por auto de 26 de noviembre de 2008 denegó la nulidad de actuaciones.

e) Al interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitó el demandado por otrosí, entre otras, la práctica de la prueba testifical y esta petición fue denegada por auto de la AP de 13 de enero de 2010 y contra este auto no interpuso recurso de reposición.

En consecuencia, de lo expuesto resulta que la pretendida nulidad de actuaciones debe ser desestimada, pues la irregularidad procesal cometida al no haber citado al MF para la práctica de la prueba testifical no conllevó la existencia de indefensión material para el recurrente y sin la existencia de dicha indefensión material no puede declararse la nulidad de la diligencia practicada.

CUARTO. - Enunciación del motivo segundo.

Se introduce con la siguiente fórmula: «Infracción de las normas que rigen la forma de practicarse las pruebas, en particular el examen de los documentos por el tribunal, al amparo del ordinal 3.º del artículo 469 LEC ».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la falta de examen de toda la prueba documental causa indefensión al recurrente, al privarle del derecho a la práctica de la prueba propuesta y admitida, incurriendo la sentencia en incumplimiento del requisito de motivación (artículo 218 LEC) y ante tal indefensión se solicitó la nulidad de actuaciones en el recurso de apelación.

Dicho motivo debe ser desestimado.



QUINTO. - Cauce para la alegación ante el tribunal de casación de errores en la valoración de la prueba.

A) Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.3º LEC . La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva del tribunal de instancia, no es revisable en el recurso extraordinario, salvo cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE y, en tal caso, debe plantearse al amparo del artículo 469.1.4º LEC (SSTS de 18 de junio de 2006, RC nº 2506/2004 , 28 de noviembre de 2008, RC nº 1789/03 , 8 de julio de 2009, RC nº 693/2005 , 10 de septiembre de 2009, RC nº 1091/2005 , 19 de octubre de 2009, RC nº 1129/2005 y 13 de noviembre de 2012, RC nº 3123/2011).

En todo caso la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de casación (SSTS de 27 de mayo de 2007, RC nº 2613/2000 y 15 de abril de 2008, RC nº 424/2001). La parte no puede proponer una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia (SSTS de 30 de junio de 2009, RC nº 1889/2006 y 29 de septiembre de 2009, RC nº 1417/2005), ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional (SSTS de 25 de noviembre de 2005, RC nº 1560/1999 , 15 de abril de 2008, RC nº 424/2001 , 30 de junio de 2009, RC nº 1889/2006 y 29 de septiembre de 2009, RC nº 1417/2005).

B) La parte recurrente lo que verdaderamente plantea a través del recurso extraordinario por infracción procesal es una discrepancia, con el resultado de la actividad probatoria y la pretensión de impugnación no puede ser estimada, pues en primer lugar la posibilidad de alegar cuestiones sobre la apreciación de la prueba no autoriza a proponer una nueva valoración conjunta de la misma (SSTS de 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 y 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005).

C) La denuncia de vulneración del artículo 218.2 LEC , sobre el requisito de motivación de las sentencias, tiene su cauce a través del motivo previsto en el artículo 469.1.2º LEC , pero aquel precepto no contiene normas sobre valoración de prueba, por lo que su cita no puede amparar la revisión de la valoración probatoria efectuada en la sentencia impugnada. Como declara la STS de 8 de julio de 2009, RC 693/2005 , dialécticamente resulta posible una falta de motivación de la valoración probatoria o una mera apariencia de motivación que la vicie de arbitrariedad, pero no es este el planteamiento que se hace en el motivo, ya que el desarrollo argumentativo del mismo revela que no se efectúa alegación alguna relacionada con la existencia de defectos de motivación.

D) En consecuencia el motivo segundo ha de ser desestimado: (i) porque la vía de acceso correcta para la valoración de la prueba no ha sido utilizada por la parte recurrente; (ii) el hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio del recurrente carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio (STS de 8 de julio de 2009, RC nº 13/2004) a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto; (ii) no es posible, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, sustituir la valoración de la prueba realizada por el tribunal por la efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, pues debe tenerse en cuenta que el recurrente que propuso la prueba pericial para la valoración de los documentos contables renunció a su práctica.

SEXTO. - Desestimación del recurso, costas y pérdida del depósito.

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC y la pérdida del depósito constituido de conformidad con lo establecido en la DA 15ª, apartado 9, de la LO 6/1985 , de 1 de julio del Poder Judicial, introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

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

FALLAMOS

1. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Alberto contra la sentencia de 29 de septiembre de 2010 dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga en rollo de apelación nº 465/2009 .
2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.
3. Se imponen las costas del recurso a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido.



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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ