



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2896

Madrid, lunes 22 de noviembre de 2010



TS PENAL

2010/140059

TS Sala 2ª, Sentencia 17 junio 2010. Ponente: D. Luciano Varela Castro

Completar el endoso en blanco no es constitutivo de falsedad **Absolución del delito de falsedad en documento mercantil**

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de falsedad en documento mercantil y de apropiación indebida. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de falsedad, pues la razón extracambiaria de la firma era que el importe del cheque fuera entregado a la representante de los registradores mercantiles, porque el firmante ya había recibido de ellos el valor que justificaba el libramiento del cheque. Pero lo que la sentencia no expresa nítidamente es que esa devolución se hiciera necesaria y exclusivamente mediante el endoso a ellos del cheque. Ni tenía razones para decirlo ya que, si tal hubiera sido la voluntad inequívoca del endosante, ninguna explicación tenía dejar el nombre del endosatario en blanco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Bajo el pretexto de que la decisión recurrida infringe un precepto constitucional, lo que el primer motivo cuestiona es sencillamente la valoración de la prueba pericial. No cabe utilizar la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sino cuando la infracción del precepto constitucional que se alega tiene verdadero contenido constitucional. El acto jurisdiccional denunciado debe ponerse en relación a un precepto constitucional cuyo específico mandato sea directamente vulnerado. Lo que exige que el motivo indique cual sea el sentido de dicho precepto constitucional que, más allá de su desarrollo legislativo ha de tenerse por inequívocamente vulnerado. Es así como preceptos constitucionales de evidente indeterminación, como los que reflejan valores -justicia- o principios genéricos -legalidad, arbitrariedad- requieren una especial concreción en la descripción de la infracción para que el alcance constitucional de la vulnera-

ción sea evidente e invocable sin subsidiariedad respecto a interposiciones legislativas.

Especial rechazo ad liminem merecen los fraudes que, refugiándose en esa indeterminación de algunos preceptos constitucionales, buscan eludir los específicos cauces por los que es admitida la queja casacional. Así la disidencia del recurrente respecto a la valoración de la prueba pericial no puede ser acogida desde la laxa invocación de la arbitrariedad.

El motivo se rechaza.

Y también el octavo motivo que amalgama invocaciones de principios constitucionales como la proporcionalidad, la libertad personal y la falta de base probatoria. Sin embargo en nada difiere la argumentación expuesta para fundar tal invocación de la que se expone cuando se muestra disidencia con la concreta valoración de un medio de prueba como el pericial, a lo que aludiremos

cuando, en el adecuado cauce casacional, se examine esa queja. También se rechaza el motivo octavo.

SEGUNDO.- En su búsqueda de anular el resultado probatorio que, partiendo del informe pericial emitido, lleva a la conclusión de que el recurrente es el autor de la expresión puesta en el reverso del cheque, utiliza otros tres motivos todos ellos escudándose en normas constitucionales de casi indiscriminada cita. Así afirma el recurrente que la sentencia no decide sobre sus impugnaciones al efecto en la instancia (motivo tercero con vaga referencia al proteico contenido del artículo 24 de la Constitución, duodécimo ya como más rebajada infracción procedimental al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y decimocuarto en el que reitera que lo que denomina "documento pericial de marras" no ha sido ratificado por su autor, invocando al respecto el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) lo que reitera (motivo cuarto) "al no poder ser sometido el supuesto informe pericial" (sic) quizás queriendo decir (el motivo es de literatura casi ininteligible) que el mismo no se contrae al documento objeto de esta causa. Y concluye el recurso reiterando la tesis que expone en el motivo segundo: que ese informe pericial no es prueba válida para enervar la garantía constitucional de presunción de inocencia. Todos los motivos merecen idéntico y conjunto rechazo.

La expresión "páguese a Amadeo Mundiscan Tecnología SA. PP" se proclama como hecho probado que fue estampada por el recurrente. La prueba que avala ese hecho es el informe pericial. Este fue ratificado en juicio oral por peritos que lo emitieron con anterioridad. Ocurre que el citado informe fue aportado por la parte querellante a la causa de que procede este rollo mediante testimonio, ya que su emisión primera tuvo lugar en otra causa.

Esa es la razón de que el mismo haga referencia a otras falsedades erigidas en esa otra causa en objeto de la pericia.

Pero en lo que interesa a esta causa:

a) Resulta específicamente objeto del informe el cheque emitido por el

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Competencia estatal en materia de cuencas hidráulicas **3**

TS

CIVIL

Falta de acreditación de agencia de noticias para acceder a espectáculo público **5**

PENAL

Absolución del delito de falsedad en documento mercantil **1**

ADMINISTRATIVO

Compatibilidad del puesto de magistrado en el Gabinete Técnico del TS con el ejercicio de la docencia universitaria **7**

Sobresimiento del proceso de responsabilidad contable por la falta de concreción de los ilícitos contables denunciados **9**

SOCIAL

Incumplimiento de formalidades en despido objetivo determinantes de su nulidad **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

BBVA en el que se estampó la citada frase en su reverso.

b) En el juicio oral intervinieron los peritos Inspectora núm.001 y facultativo núm.002, que ratificaron el informe. Las partes tuvieron ocasión de someter tal dictamen a contradicción en el juicio oral.

Y recibieron adecuada respuesta. A la pretensión de nulidad en el propio acto del juicio oral, en que se alegó aquella.

Desde luego el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autoriza a alegar un error puesto de manifiesto por un documento válido, no es admisible como cauce para denunciar precisamente la falta de validez de un documento. Queda pues incólume la ortodoxia en la emisión del dictamen y su plena validez con subsiguiente funcionalidad para enervar la presunción de inocencia, sin que la falta de oportuna protesta haga merecedora de examen la queja sobre quiebra de formas.

Y, desde la perspectiva de la presunción de inocencia no cabe sino convenir con el Tribunal de instancia en la atinada valoración del resultado de tal medio de prueba: el texto dudado fue manuscrito por el recurrente. Se rechazan pues los motivos de que hemos dado referencia en este fundamento.

TERCERO.- Los motivos noveno, décimo y decimotercero pretende que se anule al resolución recurrida a la que formulan tachas formales, al amparo de artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ninguna de ellas merece estima.

La supuesta falta de riqueza expositiva en la descripción de los hechos probados no implica en absoluto la falta de claridad que sanciona el artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La contradicción que admite como objeto de denuncia el artículo 851 es la que pueda predicarse de dos enunciadados de la declaración de hechos probados de tal suerte que la verdad de uno implique su ausencia en otro. Nada de eso es alegado en este motivo. La única contradicción que se enuncia es la de lo afirmado por el Tribunal frente a lo afirmado por el recurrente. Su diferencia con la previsión del motivo utilizado es obvia. La predeterminación que admite el motivo desafortunadamente utilizado es la que implica el uso de términos no descriptivos en el relato fáctico que en el mismo

no tienen el adecuado precedente empírico que lo justifique, con la proscrita consecuencia de establecer conclusiones no fundadas o de motivación inexistente.

El recurrente llega, por el contrario, a fundar el motivo en la frase tan temeraria como injustificada de que "el fallo ya estaba predeterminado antes de la celebración de la vista", como si el Tribunal hubiera alcanzado criterio con desprecio del juicio oral.

Menos cabe, bajo este motivo, cuestionar la valoración de medios de prueba como vanamente intenta el recurrente con sus alusiones a las conclusiones que pretende deberían extraerse de los datos que refiere: la certificación del folio 154, las manifestaciones del recurrente, la enemistad con D^a Estela, etc. Por ello se rechazan todos los motivos que hemos citado.

CUARTO.- El quinto de los motivos, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pretende que se declare que no ha sido cometido el delito de falsedad. Ciertamente se funda, una vez más, en la falta de prueba de la autoría de la expresión objeto de la pericia.

No cabe en este cauce casacional cuestionar el hecho declarado probado.

Pero eso no impide que, dada la inequívoca pretensión del recurrente de que no se califique su comportamiento como falsario, examinemos si efectivamente tal calificación, la que efectúa la sentencia recurrida, es correcta o no.

Al efecto conviene recordar que lo que la sentencia estima ocurrido es que el BBVA emitió un cheque bancario a favor de la entidad Mundiscan. Que, recogido materialmente para su entrega a esta entidad por un empleado del recurrente, y hecha esa entrega, un representante legal de aquella firmó el reverso en blanco a efectos de endoso sin hacer indicación alguna de quien fuera el endosatario, pero entregando dicho documento al recurrente.

No se trata ahora de valorar otros aspectos de relevancia penal de los actos que siguieron, sino de si éstos también constituyen o no un delito de falsedad en documento mercantil.

Esos actos siguientes consistieron en que el tenedor del cheque, que lo era porque la entidad a favor de la

cual se libró se lo hizo llegar con su firma en el reverso para endoso, cumplimentó los datos de dicho endoso, haciendo figurar como tal endosatario a sí mismo.

Pues bien, el artículo 123 de la ley cambiaria y del cheque establece: El endoso transmite todos los derechos resultantes del cheque. Cuando el endoso esté en blanco, el tenedor podrá: Completar el endoso en blanco con su nombre o con el de otra persona. Endosar el cheque nuevamente en blanco o hacerlo designando un endosatario determinado. Entregar el cheque a un tercero, sin completar el endoso en blanco y sin endosarlo. Este Tribunal ha dicho, entre otras, en la Sentencia núm. 1408/2004 de 26 de noviembre, que cuando se atribuyen a una persona que firma el documento -cheque- declaraciones o manifestaciones que, no siendo verdaderas, son jurídicamente relevantes, debe estimarse cometido el delito de falsedad bajo la modalidad del artículo 390.1.3 del Código Penal. Ello no ha impedido que en otras ocasiones, como en las sentencias que en aquella se examinan, se haya excluido la existencia del delito por las particulares circunstancias del caso.

Como eran las concurrentes en el examinado en la Sentencia de fecha 10 de noviembre de 2001 que hace referencia, entre otros extremos, al hecho de haberse rellenado -en cuanto a importe y destinatario- unos cheques entregados en blanco, razonándose en dicha resolución que "esos elementos no integran la mendacidad típica de la falsedad, pues el tenedor y el librador de los cheques estaban de acuerdo al tiempo de su libramiento en la emisión de los cheques en esas condiciones". Pues bien, en el caso que juzgamos se declara probado que el beneficiario del cheque suscribió en el reverso a fines de endoso el cheque que a su favor librara el banco BBVA. Tal firma tenía finalidad de endoso. Ciertamente la razón extracambiaria de tal firma era que el importe del cheque fuera entregado a D^a Estela como representante de los Registradores Mercantiles, porque el firmante ya había recibido de ellos el valor que justificaba el libramiento del cheque. Pero lo que la sentencia no expresa nítidamente es que esa devolución se hiciera necesaria y exclusivamente mediante el endoso a ellos del cheque. Ni tenía razones para decirlo ya que, si tal hubiera sido la voluntad inequívoca del endosante ninguna explicación tenía dejar el nombre del endosatario en blanco.

Por ello, con independencia de las consecuencias que pueda tener en cuanto al delito de apropiación indebida, es claro que el tenedor del cheque no hizo, al estampar la expresión de endoso a su favor, otra cosa que ejercitar la facultad legal antes indicada y que no consta vetada por el endosante.

No cabe, como hace la sentencia recurrida, calificar tal hecho como falsedad del artículo 390.1. Menos cuando la sentencia no especifica que apartado de dicho artículo 390.1 es el que tipifica lo que se declara probado.

QUINTO.- En el motivo sexto se pretende por el recurrente que se declare que los hechos no son constitutivos del delito de apropiación indebida por el que fue condenado. Denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ello implica la vulneración del artículo 252 del Código Penal. Admite expresamente que hizo suyo el importe del cheque cuyo endoso hizo figurar a su favor. Y, como reitera al exponer, bajo el formato de quebrantamiento de forma, el motivo décimo, antes rechazado, alega que ostentaba contra los Registradores Mercantiles de Valencia un crédito superior al importe del cheque.

Razona sin embargo con acierto la sentencia recurrida que, incluso de ser titular del citado crédito, lo que, por otro lado, en absoluto se declara probado, el acusado no tenía facultades para dar al dinero recibido una finalidad diversa de aquella para la que legítimamente le había sido entregado.

En efecto, aún admitiendo un hipotético derecho a compensar sus eventuales créditos frente a los Registradores con sus deudas respecto de ellos, lo que no puede el acusado es pretender compensar su crédito con la deuda que el endosante del cheque pudiera tener con aquellos Registradores.

Lo que el acusado confiesa haber hecho es sencillamente que se apoderó del dinero del endosante. Admitido que lo poseía legítimamente, porque éste se lo entregó para su entrega a tercero, al destinarlo a la compensación extintiva que el recurrente alega, es claro que le dio una finalidad diversa de la que legitimaba su posesión. No extinguió la deuda del endosante (Mundiscan Tecnología) con el destinatario final del dinero (Los Registradores Mercanti-

les de Valencia), sino que produciría la extinción de la supuesta deuda de ese destinatario y de la que el acusado sería el acreedor.

Lo que proclama, en la misma versión del penado, un comportamiento a todas luces huérfano de cualquier cobertura legal. El acusado carecía de toda facultad para determinar el modo de extinción de la relación jurídica entre los otros sujetos referidos.

Por ello debemos confirmar la decisión de la sentencia recurrida rechazando el presente motivo del recurso.

SSEXTO.- Los motivos séptimo y undécimo hacen referencia a la pena impuesta. El primero por indebida aplicación del artículo 77 del Código Penal. Excluida la sanción del delito de falsedad por la estimación de otros motivos, éste decae ya que en la segunda sentencia no será de aplicación. Y lo mismo cabe decir en lo que concierne a la denuncia de falta de motivación en la pena a que se refiere el otro motivo.

SÉPTIMO.- La parcial estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas del mismo conforme al art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por Amadeo, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 15 de julio de 2009, que le condenó por un delito de falsedad en documento público; sentencia que se casa y se anula, para ser sustituida por la que dictamos a continuación. Declarando de oficio las costas causadas en el presente recurso. Comuníquese dicha resolución y la que a continuación se dicte a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Diego Antonio Ramos Gancedo.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Saavedra Ruiz.- Luciano Varela Castro.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de junio de dos mil diez.

En la causa rollo núm. 25/2009 seguida por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 128/2008 incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Valencia por un delito de falsedad y apropiación indebida contra Amadeo nacido el día 3/5/196 con DNI núm.003 hijo de Rafael y Adelaida vecino de Valencia domiciliado en c/ DIRECCION000 núm.004 de Pater-

na, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 15 de julio de 2009 que ha sido recurrida en casación por el procesado y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admite la declaración de hechos probados con la matización de que no consta la forma en que la endosante apoderó al acusado para hacer en definitiva efectivo el importe del cheque a favor del destinatario indicado que eran los Registradores de lo Mercantil de Valencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones que dejamos expuestas en la anterior sentencia, los hechos probados no son constitutivos de delito de falsedad pero lo son de apropiación indebida prevista y penada en el artículo 252 del Código Penal. No habiéndose estimado concurrente el subtipo agravado del artículo 250.3 por la sentencia de instancia, no cabe ahora su toma en consideración. No obstante, a los efectos del artículo 66.1.6 del Código Penal, atendida la gravedad del hecho, por el importe de lo apropiado, debemos fijar en un año y seis meses la prisión a imponer.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Amadeo como autor de un delito de apropiación indebida ya definido a la pena de un año y seis meses de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento y la inhabilitación especial para el ejercicio del comercio durante el tiempo de la condena y al pago de la mitad de las costas de la instancia, incluidas las de la acusación particular. En vía de responsabilidad civil deberá indemnizar a Mundiscan Tecnología S.A. en la cantidad de 22.348,56 Euros mas los intereses legales de esta cantidad. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Artea Asesores S.L.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Diego Antonio Ramos Gancedo.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Saavedra Ruiz.- Luciano Varela Castro.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



2010/196156

TC, Sentencia 29 septiembre 2010. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez

Competencia estatal en materia de cuencas hidráulicas

El TC declara la constitucionalidad del art. 117 Estatuto catalán, que establece las competencias de la Generalitat en materia de aguas y obras hidráulicas. La Sala considera que las competencias sobre el agua están reservadas constitucionalmente al Estado y establece que la competencia autonómica sobre cuencas hidrográficas intracomunitarias ha de coexistir con el legítimo ejercicio por parte del Estado de los títulos competenciales que puedan concurrir o proyectarse sobre dicha materia. Formulan votos particulares los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Javier Delgado Barrio, D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y D. Ramón Rodríguez Arribas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme con mayor detalle se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia impugna los apartados 1 c), 2, 3 a) y c), 4 y 5 del art. 117 EAC, impugnación esta que constituye así el objeto del presente proceso constitucional.

SEGUNDO.- El art. 117.1 c) EAC atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias para adoptar medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua. El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma recurrente cuestiona la atribución como exclusiva de la citada competencia autonómica por considerar que, aunque se trate de cuencas intracomunitarias, esa calificación pugna con las competencias reservadas constitucionalmente al Estado ex art. 149.1.22ª CE y desconoce la autonomía local que garantizan los arts. 137 y 140 CE al ignorar también las competencias de las entidades locales para adoptar medidas adicionales con igual fin.

En cuanto a la denunciada vulneración de las competencias exclusivas del Estado la STC 31/2010, de 28 de junio, ya desestimó la impugnación de este mismo precepto por idéntico motivo, por lo que nos remitimos a lo dicho entonces en el FJ 65 para su desestimación.

Respecto de la vulneración de la autonomía local que se denuncia (por ignorar, según el citado Consejo de Gobierno recurrente, la competencia de las Entidades Locales para

adoptar medidas adicionales en caso de sequía con la finalidad de garantizar el suministro de agua) es de advertir que se trata de una impugnación meramente preventiva y, por tanto, injustificada, pues nada permite concluir ni nada razona tampoco el Consejo de Gobierno recurrente que el ejercicio de la competencia autonómica ahora cuestionada suponga una invasión o desconocimiento de las legítimas competencias que eventualmente corresponda ejercer a las Entidades locales en la materia cuando resulten directa y claramente afectados sus propios intereses.

El art. 117.2 EAC dispone que la Generalitat, "en los términos establecidos en la legislación estatal, asume competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general". La Comunidad recurrente considera que este precepto invade las competencias exclusivas que sobre el dominio público hidráulico estatal y las obras de interés general corresponden al Estado ex arts. 149.1.22ª y 24ª CE.

La STC 31/2010, de 28 de junio, con cita de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 22, ya concluyó que no era inconstitucional la atribución de las competencias enunciadas en este precepto estatutario. Por tanto, toda vez que los argumentos para sostener su inconstitucionalidad son esencialmente los mismos que los que ya fueron objeto de análisis y rechazo en la citada STC 31/2010, nos remitimos también ahora a lo expuesto en FJ 65 para su desestimación.

Los apartados a) y c) del art. 117.3 EAC, atribuyen, respectivamente, a la Generalitat la competencia ejecu-

tiva para, dentro de su ámbito territorial, “la adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos”, y “las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal”. A juicio del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma recurrente estos dos preceptos son inconstitucionales porque atribuyen a la Generalitat facultades de alcance extraterritorial y, en tal forma, lesionan las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1.22ª CE.

Los preceptos estatutarios ahora considerados no vulneran tampoco el orden constitucional de distribución de competencias, conforme ya dijimos en la repetida STC 31/2010, a cuyo FJ 65 ahora nos remitimos una vez más.

En relación con el art. 117.4 EAC, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma recurrente sostiene que la exigencia de emisión por la Generalitat de un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de recursos hídricos de su ámbito territorial, en la medida en que este informe no se refiere, únicamente, al trasvase de cuencas intracomunitarias, sino que comprende cualquier propuesta de trasvase de cuencas, incluidas las intercomunitarias, impone una intervención de la Generalitat en el ejercicio de una competencia estatal que carece de justificación constitucional y privilegia sin ninguna justificación constitucional a la Comunidad Autónoma de Cataluña en detrimento del resto de Comunidades Autónomas.

La citada STC 31/2010, de 28 de junio, concluyó que el art. 117.4 EAC no vulnera el orden constitucional de distribución de competencias, por lo que, siendo ahora los argumentos aducidos para sostener su impugnación esencialmente los mismos entonces analizados y rechazados, nos remitimos a su FJ 65 para su desestimación.

Por último, el art. 117.5 EAC dispone que “[l]a Generalitat participa en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasen o finalicen en Cataluña provenientes del territorio de fuera del ámbito estatal español, de acuerdo con los mecanismos que se establecen en el Título V y participará en su ejecución en los términos previstos por la legislación estatal”. El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma recurrente imputa a este apartado la invasión de las competencias exclusivas del Estado en materia de planificación de transferencias entre cuencas (149.1.22ª) y sobre relaciones internacionales (149.1.3ª CE).

Tampoco este apartado es susceptible del indicado reproche constitucional. Basta para desestimar su impugnación con remitirnos

nuevamente a lo que declaramos a propósito este mismo precepto estatutario en la citada STC 31/2010 (FJ 65).

En consecuencia, por las razones expuestas, el presente recurso de inconstitucionalidad ha de ser desestimado.

FALLO

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 8829-2006, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra los apartados 1 c), 2, 3 a) y c), 4, y 5 del art. 117 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

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

Dada en Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil diez. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Guillermo Jiménez Sánchez.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Javier Delgado Barrio.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.

VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2010 dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 8829-2006.

En ejercicio de la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC, y proclamando, no obstante, mi respeto personal hacia los Magistrados que con su voto han dado lugar a la solución reflejada en la Sentencia, considero conveniente manifestar mi criterio discrepante del de la mayoría, en los extremos y por las razones que paso a exponer.

1. Comparto el FJ 1 de la Sentencia relativo a la delimitación del objeto del recurso y el FJ 2 en lo relativo al art. 117.1 c) EAC, pero discrepo en los restantes y en el fallo.

2. En la medida en que la Sentencia de la que discrepo supone la traslación al presente caso de las conclusiones a que se llegó en la reciente STC 31/2010, de 28 de julio, respecto a la cual formulé Voto particular, me remito a la fundamentación del mismo, en concreto en cuanto a la argumentación y fallo de esta Sentencia relativo a los arts. 117.2º, 3º a) y c), 4º y 5º EAC, que en mi criterio deberían haberse declarado inconstitucionales.

En tal sentido dejo formulado mi voto.

Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil diez.

Voto particular que formula el Magistrado D. Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 29 de septiembre de 2010, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 8829-2006.

La indicada Sentencia aplica la doctrina establecida por este Tribunal en la STC 31/2010, de 28 de junio, por lo que, puesto que mantengo mi discrepancia, me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

Y en este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil diez.

Voto particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la sentencia del pleno de 29 de septiembre de 2010, en el recurso de inconstitucionalidad 8829/2006, interpuesto por el consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra diversos apartados del art. 117 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del estatuto de Autonomía de Cataluña.

1.- Cinco remisiones desnudas a un mismo fundamento jurídico de la STC 31/2010, de 28 de junio -primera Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña- y la descalificación como “meramente preventiva y, por tanto, injustificada” de una impugnación de interés, han bastado a la Sentencia de la que disiento para desestimar un recurso de inconstitucionalidad bien fundado interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Impugnaba, a mi juicio con razón, la asunción por el art. 117 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC) de competencias en materia de aguas por afectar al art. 45.2 CE y al principio de solidaridad por el que debe velar el Estado (arts. 2 y 138.1, ambos CE); invadir las competencias exclusivas que corresponden al Estado ex art 149.1 CE [art. 149.1.1ª y 8ª CE (ambas en conexión con el art. 132 CE), 13ª, 18ª, 22ª, 23ª y 24ª]; desconocer las de la propia Región de Murcia (art. 10, apartados 6, 9 11 y 16 EARM); y vulnerar, en fin, la autonomía local garantizada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL).

2.- Esta Sentencia comparte con otras dos de 8 de septiembre de 2010 (RRII sobre el Archivo de la Corona de Aragón 9491/2006 y 9658/2006) y la de 9 de septiembre de 2010 (RI 9501/2006 sobre Recurso de la Comunitat Valenciana), una motivación marcadamente exigua que he criticado en los Votos particulares correspondientes. En todas las resoluciones que se han dictado hasta ahora para

resolver los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por varias Comunidades Autónomas contra el EAC, este Tribunal se ha ceñido, al pie de la letra y por remisión, a lo que dijo la STC 31/2010 sin creer necesario o pertinente añadir siquiera una coma a esa primera Sentencia. En mi Voto particular a la STC 31/2010 he criticado su compleja forma de razonar y he argumentado que su técnica crea una confusión incompatible con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Me permito remitir a lo que sostuve en dicho Voto particular. Añado ahora que remisiones en blanco -sin resumir o extraer doctrina- a una Sentencia tan compleja ni incrementan la seguridad jurídica ni ayudan a esclarecer las dudas que aquella Sentencia pueda suscitar. Voy a ofrecer dos ejemplos de lo que acabo de afirmar.

3.- La Sentencia contiene una parte dispositiva final en la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad, pero no hay que olvidar que son “los fundamentos jurídicos de nuestras resoluciones el locus para las razones de la interpretación que en cada caso justifica el decum sobre la validez de la norma enjuiciada”, por lo que es en dichos fundamentos en los que “ha de buscarse el juicio de constitucionalidad que nos merezca la interpretación cualificada pretendida por el legislador para la norma que juzgamos” (STC 31/2010, FJ 7). En consecuencia hay que entender que, aunque sólo existe un fallo en la Sentencia, las cinco cuidadas remisiones concretas al FJ 65 de la citada STC 31/2010 que se emplean para desestimar otras cinco impugnaciones del recurso de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a los arts. 117.1 c), 117. 2, apartados a) y c) del art. 117.3, 117.4 y 117.5, todos EAC, son remisiones al “locus” donde se encuentran las razones de interpretación de estos apartados estatutarios y el “decisum” del Tribunal respecto de ellos.

Sólo así se explica este resultado paradójico: Cuando la Sentencia desestima las cinco impugnaciones concretas -y remite además para hacerlo al FJ 65 de una Sentencia que también habría desestimado la impugnación del art. 117 del EAC- resulta que, en realidad, está efectuando, aunque no lo parezca, una estimación de las pretensiones de la Comunidad Autónoma recurrente. El fallo induce a confusión. El decum de remisión a lo que he llamado una “Sentencia oculta” (FFJJ 7 y 8 de mi VP a la STC 31/2010) encierra en este caso un pronunciamiento doblemente oculto en el que no se precisan cuáles son en realidad las competencias que constitucionalmente ha asumido la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de aguas.

Queda en evidencia la fragilidad del contenido del Estatuto cuando, tras la STC 31/2010, el Estado no sólo podrá actuar con perfecta libertad en el ejercicio de sus competencias, con independencia de la defini-

ción de esas competencias y sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales (STC 31/2010, FFJJ 59 y 64), sino que la atribución de competencias materiales a la Generalitat que se proyectan "en todo caso" sobre las submaterias correspondientes tiene un sentido meramente descriptivo o indicativo (STC 31/2010, FFJJ 59 y 64).

4.- Tampoco es preciso el resultado de la impugnación del art. 117.1 c) EAC que atribuye a la Generalitat competencia exclusiva sobre "las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua", respecto de cuencas hidrográficas intracomunitarias. El FJ 65 de la STC 31/2010 al que se remite esta Sentencia, poco ha resuelto sobre esas "medidas extraordinarias" del art. 117.1. c) EAC por la sencilla razón de que ese precepto no fue impugnado en aquel recurso (Cfr. A de H 126 de la STC 31/2010). Resta, ciertamente, la consideración general de que el Estado podría actuar con perfecta libertad, pero esa afirmación apodíctica suscita perplejidad y exigía matizaciones si se considera que se trata de aguas que pertenecen a cuencas hidrográficas intracomunitarias a la vista del alegato del recurso que sostiene la irrestricta competencia estatal sobre medidas y ayudas urgentes para casos de sequía.

Las competencias de las entidades locales en materia de medidas para garantizar el suministro de agua son las que suscitaban mayor interés en este proceso porque, como es obvio, no se trata de competencias del Estado. La impugnación del Consejo de Gobierno recurrente se presentaba como ocasión idónea para determinar cuál es la posición que la STC 31/2010 atribuye -entre otras leyes estatales con función constitucional semejante- a la legislación estatal de régimen local en el sistema de fuentes del Derecho en su relación con los Estatutos de Autonomía.

También es impreciso el pronunciamiento sobre esa impugnación, ya que se descalifica como "impugnación meramente preventiva y, por tanto, injustificada", con una forma de razonar muy común en la jurisprudencia reciente que he criticado en el FJ 9 de mi VP a la STC 31/2010. Sin embargo en este caso la respuesta comporta, a mi juicio, la afirmación de una seudoprevalencia de la LRBRL, a pesar de lo que establece el art. 117.1.c) EAC, aquí impugnado.

El motivo primero del escrito del recurso del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma recurrente sostenía literalmente que "las corporaciones locales catalanas pueden y deben disponer sus propias "medidas extraordinarias" ante la sequía bajo el amparo directo de la legislación estatal, sin verse obstaculizadas para ello por el Estatuto de Autonomía de Cataluña" e invocaba, junto a los

arts. 137 y 140 CE, los arts. 86.3 y 26.1 a) de la LRBRL (ex art. 149.1.18ª CE), razonando que "si se admitiera la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre las medidas destinadas a garantizar el suministro de agua en caso de necesidad se estaría invadiendo la competencia de las entidades locales para establecer dentro de su ámbito territorial medidas adicionales a las autonómicas para hacer frente a la sequía (p.e. cortes de agua en parques y jardines, limitación del horario de suministro de agua, compra de agua desalada, acudir a los Centros de intercambio de derechos, etc.)".

A la vista de esta impugnación sólo cabe interpretar la doctrina de la STC 31/2010 en el entendimiento de que el art. 117.1.c) EAC ostenta un "sentido meramente descriptivo o indicativo" (STC 31/2010, FJ 64), por lo que yerra el Consejo de Gobierno recurrente cuando argumenta sobre la cuestión como un auténtico conflicto normativo entre el EAC y la LRBRL.

Únicamente la falta de valor normativo del art. 117.1 c) EAC -en la lógica de razonamiento que se sigue en la referida Sentencia 31/2010- puede llevar a la mayoría a considerar que "nada permite concluir ni nada razona tampoco el Consejo de Gobierno recurrente que el ejercicio de la competencia autonómica ahora cuestionada suponga una invasión o desconocimiento de las legítimas competencias que eventualmente corresponda ejercer a las Entidades locales en la materia cuando resulten directa y claramente afectados sus propios intereses". Para afirmar que esa impugnación es preventiva la Sentencia debe sostener que se requerirá "del concurso de una normativa de aplicación y desarrollo aún inexistentes" (STC 31/2010, FJ 64), que haga posible resolver jurisdiccionalmente la cuestión planteada.

5.- Una nueva seudoprevalencia, desconocida en nuestra jurisprudencia anterior y de contornos tan amplios que afectaría incluso a un Estatuto de Autonomía, no sería una solución constitucionalmente aceptable tal y como se entiende por la doctrina del Tribunal Constitucional la aplicación de la misma.

En el FJ 10 de mi VP a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, afirmé que no se puede construir un sistema de fuentes en un ordenamiento complejo como el nuestro recurriendo a la solución de que los Jueces y Tribunales planteen cuestiones de inconstitucionalidad cuando, operando en el seno de cada una de las diecisiete autonomías, se vean incapaces de resolver la antinomia entre el Derecho estatal que reza A, en el legítimo desarrollo de sus competencias, y el Derecho autonómico que, directamente o en desarrollo de su Estatuto, reza B. Un sistema de fuentes que tiene que recurrir a la

Justicia constitucional concentrada para resolver las antinomias que surjan en su seno no resuelve la tutela judicial efectiva que han de prestar los Tribunales (art. 24.1 CE) ni es, en definitiva, un sistema de fuentes. Por ello el riesgo de pa-

rálisis o de fractura de nuestro sistema de fuentes es un peligro real.

Me veo obligado a disentir.

En Madrid, a 29 de septiembre de 2010 Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.



2010/196177

TS Sala Iª, Sentencia 27 julio 2010. Ponente: D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos

Inexistente vulneración del derecho a la libertad de información Falta de acreditación de agencia de noticias para acceder a espectáculo público

El TS desestima el rec. de casación de la agencia de noticias actora - en relación a una posible vulneración del derecho fundamental a la información- en tanto no fue acreditada por la empresa organizadora de la corrida de toros demandada para poder situarse en la zona de prensa habilitada para los fotógrafos.

Señala la Sala que es necesario coordinar el derecho a acceder a la información con la eficiencia de las prestaciones de las empresas en el mercado, por ello es lícito el sistema de acreditación como medio de organizar el acceso de los periodistas a espectáculos privados, aunque se puedan calificar de interés público, cuando ello es necesario por razones de espacio, siendo adecuado el criterio seguido por la entidad demandada de asignar las acreditaciones a los primeros solicitantes ante la imposibilidad de acreditar a todos los medios de comunicación, además de que la demandada facilitó a las agencias que no pudieron ser acreditadas fotografías de la corrida goyesca y de los rejonos obtenidas por un reportero gráfico contratado por la propia empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1. Los hechos.

15. Los hechos que enmarcan el conflicto a decidir en este recurso son los siguientes:

1) El día 10 de septiembre de 2005 tuvo lugar en la plaza de toros de Ronda una Corrida Goyesca organizada por la sociedad TAZDEVIL, S.A. a la que asistieron diversas personalidades, entre ellas la titular del Ministerio de Fomento de España y diecisiete ministros del ramo de otros tantos países iberoamericanos

2) La Agencia EFE S.A. solicitó de la empresa organizadora una acreditación para que el redactor gráfico D. Maximiliano pudiera cubrir gráficamente el evento taurino desde el "burladero de prensa".

3) La acreditación para cubrir la información "desde el burladero" fue denegada, porque el espacio disponible no permitía acreditar a todos los medios que habían solicitado estar

presentes para cubrir el espectáculo y cuando la Agencia EFE, S.A. cursó su petición, las acreditaciones para fotógrafos ya estaban asignadas.

4) Los medios acreditados fueron la revista taurina 6TOROS6, el semanario local Ronda Semanal, el diario Sur de Málaga y la delegación de El Mundo en la Costa del Sol.

5) La empresa organizadora facilitó a la demandante y a las demás agencias que no pudieron acreditarse, fotografías de la corrida goyesca de la novillada y de los rejonos, obtenidas por un reportero gráfico contratado por la propia empresa.

6) No se ha cuestionado que la Agencia EFE S.A. es la agencia de noticias en lengua española más importante del mundo, que llega a todos los medios de comunicación de España y a los más importantes de América Latina y de los Estados Unidos de América del Norte.

2. La posición de las partes.

16. La agencia de noticias demandante entendió que la denegación de

la acreditación por la organizadora del espectáculo, argumentando la falta de espacio en el burladero, era un burdo pretexto para impedir al reportero gráfico de la Agencia EFE, S.A. desarrollar su actividad informativa, lo que vulnera el derecho fundamental a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que se recoge en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española, razón por la que, en los términos que han sido transcritos en el primero de los antecedentes de hecho de esta sentencia, suplico la declaración de la infracción, la condena a abstenerse de tales comportamientos en el futuro, y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

17. La sociedad Tazdevil, S.A. se opuso porque la falta de espacio en el burladero era un hecho real ante la demanda de acreditaciones, razón por la que optó por asignar las acreditaciones a los primeros solicitantes y que la propia empresa había facilitado información a todos los interesados por medios propios, por lo que, en los términos que han sido transcritos en el segundo de los antecedentes de hecho de esta sentencia, suplico la desestimación de la demanda.

18. El Ministerio Fiscal contestó en los términos que constan en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.

3. Las sentencias de instancia.

19. La sentencia de la primera instancia desestimó la demanda por entender demostrado:

1) Que la Agencia EFE, S.A. solicitó la acreditación cuando ya las acreditaciones para fotógrafos estaban asignadas.

2) Que Tazdevil, S.A. facilitó a la demandante y a las demás agencias que no pudieron acreditarse fotografías de la corrida goyesca de la novillada y de los rejones.

20. La sentencia de apelación rechazó el recurso dada la necesidad de restringir el acceso al burladero, por el peligro que representa, por lo que es claro que no todo reportero gráfico puede tener acceso a esa zona de la plaza, responsabilidad de la empresa demandada con el auxilio de la fuerza pública.

4. El recurso.

21. La Agencia EFE, S.A. ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, con base en un solo motivo que seguidamente se analizará.

SEGUNDO.- Motivo Único del recurso de casación.

1. Enunciado y desarrollo del motivo.

22. El motivo único del recurso de casación se enuncia en los siguientes

términos: “Al amparo del artículo 477.2.1, en relación con el artículo 477.1, ambos LEC, por vulneración del derecho fundamental a la información reconocido en el artículo 20.1.d) de la Constitución.”

23. El desarrollo del recurso órbita alrededor de una idea con dos formulaciones:

1) El respeto a la libertad informativa comporta que en caso de limitaciones espaciales o de cualquier otro tipo para cubrir un evento informativo relevante, el criterio de selección no puede ser el meramente temporal, sino los medios de comunicación que lleguen a más ciudadanos.

2) Se vulnera el derecho de información de los ciudadanos cuando ante dos alternativas se opta por aquella que permite que una minoría frente a una inmensa mayoría pueda recibir información del evento de que se trate.

2. Previo.

24. Antes de entrar en el análisis de la cuestión litigiosa conviene sentar las siguientes premisas:

1) El Tribunal Constitucional tiene declarado en reiteradas ocasiones, que el apartado d) del número 1 del artículo 20 de la Constitución, consagra un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz (por todas, sentencia número 105/1983 de 23 noviembre)

2) El objeto de este derecho es el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos (sentencia del Tribunal Constitucional número 105/1983 de 23 noviembre), y alcanza su máxima expresión cuando se refiere a asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública (sentencia del Tribunal Constitucional número 107/1988 de 8 junio).

3) Son titulares del derecho a la libertad de información la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que es asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su posterior transmisión (sentencia del Tribunal Constitucional número 105/1983 de 23 noviembre).

4) El derecho de acceso a la información, con precedentes en los artículos 14 y 15 de la Declaración de los derechos de hombre y del ciudadano por los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional el 26 de agosto de 1789, está modernamente reconocida en numerosas legislaciones a partir

de la Freedom of information Act, de 6 de septiembre de 1966, de Estados Unidos, cuando se trata de información en poder de las Administraciones, y está vinculada a la idea de transparencia de las decisiones públicas.

5) En el ámbito de las fuentes “públicas” se reconoce el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos con ciertos límites en el artículo 105. b), de la Constitución Española y a nivel de Ley ordinaria en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

6) El acceso a las fuentes de la noticia, en consecuencia, puede formar parte del contenido de la libertad de información, afirmando la sentencia número 57/2004 de 19 abril, del Tribunal Constitucional: “si la noticia se obtiene en una fuente de información de acceso general (...) forma parte del contenido del derecho a la libertad de información que no se impida el acceso a la mencionada fuente”.

7) El derecho a la libertad de información no contiene, en principio, como derecho subjetivo, ningún derecho prestacional (sentencia del Tribunal Constitucional número 57/2004, de 19 de abril), por lo que la contratación de un profesional por la empresa organizadora del evento, si por un lado no limita la libertad de información de los periodistas, por otro no es bastante por sí sola para respetar la libertad de información, ya que puede verse afectada si atenta contra el pluralismo informativo.

25. También conviene precisar antes de analizar la cuestión controvertida que no se ha cuestionado por ninguna de las partes y constituyen límites impuestos por la congruencia, por lo que no serán objeto de análisis en esta sentencia:

1) Que las corridas goyescas son materia de “interés público”.

2) Que existe derecho a recibir y comunicar libremente información sobre las mismas.

3) Que, aunque se trate de un evento organizado por una empresa privada que lo explota comercialmente, la libertad de información sobre la corrida goyesca se extiende al acceso “al burladero de prensa” como forma de acceso a la noticia.

4) Que el derecho de acceso a la noticia comprende la obtención de imágenes sin necesidad de precisar si la finalidad última es comerciar con ellas.

26. Finalmente, es necesario dejar constancia de que no se ha denunciado que la empresa organizadora haya impedido al reportero gráfico designado libremente por la demandante

el acceso al interior del recinto en el que se desarrollaba el espectáculo, ni que se le haya impedido tomar fotografías: lo denunciado es que no se le concedió acreditación para situarse en el “burladero de prensa”.

3. Valoración de la Sala.

27. Con referencia al acceso de los medios de comunicación social a los estadios y recintos deportivos, que en su momento fue objeto de regulación por la Ley 21/1997, de 3 de julio, de Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos -hoy derogada por la disposición derogatoria, apartado 9) de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual que de forma discriminada regula en el artículo 20 la potestad del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales para fijar los acontecimientos de interés general para la sociedad que han de emitirse por televisión en abierto y con cobertura estatal-, cuyo objetivo declarado en la Exposición de Motivos era: “la adopción de medidas que salvaguarden el derecho de acceso a la información y que, a la vez, faciliten la libre concurrencia de las empresas informativas”, y la “protección a los consumidores y usuarios en aquellos servicios de uso común, ordinario y generalizado”, siguiendo, como precisa la sentencia 1017/2001, de 7 de noviembre: “criterios de gratuidad de la emisión de noticias o imágenes en telediarios, diarios radiofónicos o espacios informativos de carácter general, y la prohibición de restringir el derecho a la información en los supuestos de cesión de los derechos de retransmisión o emisión”, esta Sala tiene declarado en la sentencia número 963/2008 de quince de octubre de dos mil ocho:

1) Que “perfilada queda, por tanto, la libertad de información como un derecho bicéfalo pues, por un lado, se reconoce el derecho a comunicar información veraz y acceder a sus fuentes y, por otro, se garantiza el derecho a obtener dicha información de manera libre”.

2) Que el libre acceso de los periodistas debe coordinarse con el derecho a la libertad de empresa reconocido por el artículo 38 de la Constitución Española y: “Dicha libertad de empresa debería ser también salvaguardada por los tribunales siempre que se respetasen los mínimos constitucionales del derecho a la información”.

3) Que en la necesaria ponderación del derecho de acceso a las fuentes de la noticia con la libertad de empresa: “Únicamente debe ser considerado como digno de protección el derecho de los medios a obtener la información necesaria para poder conformar la noticia en su contenido mínimo razonable, sin que pueda extenderse a otras cuestiones accesorias,...pues, de lo contrario, se estaría dando carta de naturaleza a la

eventual vulneración de otros derechos de los que es titular el propietario del recinto deportivo”.

4) Que, dentro del respeto a la libertad informativa, cabe “la limitación de su acceso gratuito (de los periodistas) al exigir, a partir de un número de informadores, una contra-prestación económica”.

5) Que “Dicho derecho ampararía, incluso, la decisión de tratar de forma desigual a los proveedores y/o clientes, atendiendo a los intereses que persiga el empresario, y con la única limitación del ordenamiento jurídico”.

28. A lo expuesto, hay que añadir un última reflexión: las noticias en general y las gráficas en particular, además de la vertiente referida al derecho fundamental de información en las materias cualitativamente de “interés público”, cuando versa sobre materias que son cuantitativamente “de interés del público”, constituyen mercancía que obliga a coordinar el derecho a acceder a la información con la eficiencia de las prestaciones de las empresas en el mercado.

29. A este aspecto alude la referida sentencia 963/2008 al apuntar que “la complejidad de articular tal derecho en aquellas materias que forman parte del ocio colectivo, como fuentes de evasión y divertimento”, en el que los “medios informativos concurrentes compiten en búsqueda de la obtención de la excelencia informativa, a través de primicias y exclusivas, como forma de ver incrementado el número de ventas y beneficios”.

30. Aplicando la doctrina expuesta al caso enjuiciado, dentro de los límites que nos imponen los términos en los que se plantea el recurso, cabe afirmar:

1) Que la empresa organizadora del “espectáculo privado” calificado como “de interés público”, puede limitar lícitamente el acceso gratuito de los periodistas a determinadas zonas del recinto -aunque no es directamente aplicable al caso, la cabida del recinto en supuestos en los que se trata de actuaciones cuya publicidad está reconocida legalmente, ha sido reconocida implícitamente por la sentencia del Tribunal Constitucional número 30/1982, de 1 de junio-.

2) Que es lícito el sistema de acreditación como medio de organizar el acceso de los periodistas a las zonas reservadas para los mismos (en este sentido se pronuncia la sentencia número del Tribunal Constitucional número 30/1982, de 1 de junio).

3) Que el otorgamiento de acreditaciones de acuerdo con criterios de prioridad a favor de quienes primero lo soliciten no es un criterio discriminatorio.

31. La pretensión de imponer coactivamente la prioridad en el acceso gráfico a la noticia de un espectáculo, en función de la cantidad de destinatarios de la información alejados del lugar del acontecimiento, atenta al principio de igualdad, ya que prima a la gran agencia sobre los medios locales con menor número de destinatarios pero normalmente más interesados por su proximidad al acontecimiento, pone en riesgo la pluralidad, ya que puede comprometer la subsistencia de los medios de comunicación que se verían sistemáticamente relegados, y otorga ventajas competitivas a unas empresas sobre otras por razones que nada tiene que ver con la propia eficiencia en el mercado.

32. En consecuencia, procede desestimar el recurso.

TERCERO.- Costas.

33. Las costas del recurso deben imponerse a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que remite el artículo 398.1 de la propia Ley de enjuiciar.

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

FALLO

1. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por Agencia EFE S.A., contra la sentencia dictada, el día 11 de septiembre de 2006, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga en el rollo de apelación número 418/2006, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ronda, con fecha 6 de febrero de 2006 en el procedimiento ordinario núm. 339/2005.

2. Se imponen a la expresada recurrente las costas del recurso que se desestima.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Francisco Marín Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

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

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/153344

TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 12 julio 2010. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Compatibilidad del puesto de magistrado en el Gabinete Técnico del TS con el ejercicio de la docencia universitaria

El TS estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los acuerdos de la Comisión Permanente y del Pleno del CGPJ que denegaron la solicitud del recurrente, magistrado del TSJ en situación de servicios especiales dada su adscripción al Gabinete Técnico del TS, de compatibilidad para ejercer como profesor de derecho penal a tiempo parcial en la facultad de derecho de la Universidad Alfonso X el Sabio de Villanueva de la Cañada. La resolución impugnada consideró que esa compatibilidad no era procedente por razones excepcionales, consistentes en la especial dedicación inherente al cargo en el referido Gabinete, y en la aplicación del mismo criterio que sobre compatibilidad docente se ha sentado con los letrados de este órgano constitucional. La Sala considera que la denegación de la compatibilidad para preservar el cumplimiento por los miembros de la carrera judicial de sus funciones solamente estará justificada cuando concurran razones concretas que demuestren que la simultaneidad en el ejercicio docente puede impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad del magistrado afectado, y en el presente supuesto, al margen de que esas independencia e imparcialidad no están en juego aquí, ya que el puesto que desempeña el recurrente no implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales, debe reconocerse en los acuerdos impugnados la insuficiencia de argumentos para denegar una compatibilidad que en cursos precedentes se había venido concediendo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial dictó el 27 de octubre de 2009 el siguiente acuerdo:

“26º Vista la solicitud deducida por D. Abilio, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000, en situación de servicios especiales en la Carrera Judicial dada su adscripción al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, de compatibilizar su cargo con el ejercicio de la docencia como profesor en la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid, la Comisión Permanente acuerda denegar dicha solicitud. Se tiene en consideración a tal efecto la especial dedicación que resulta inherente al cargo de Letrado al servicio del Alto Tribunal, con plena disponibilidad dadas las funciones que tiene encomendado el referido Gabinete, y haciendo aplicación asimismo del criterio que sobre compatibilidad docente ha sentado ya desde hace tiempo esta misma Comisión con relación a los/as Letrados/as al servicio del Consejo General del Poder Judicial.

Este acuerdo que se adopta por delegación del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, según acuerdo de 19 de junio de 2002 (Boletín Oficial del Estado del día 26) se notificará al interesado con la indicación de que contra el mismo puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de la notificación de la misma, sin perjuicio de cualquier otro que pueda estimarse procedente”.

Recurrido en reposición, el Pleno del 24 de abril de 2010 confirmó el acuerdo anterior. En sus fundamentos, además de corregir el error de referirse al cargo del recurrente como letrado al servicio del Tribunal Supremo, sienta las premisas que le llevan a desestimar el recurso de reposición. Son, en síntesis, las siguientes:

1º Todo juez o magistrado tiene derecho a compatibilizar el cargo con la docencia conforme al artículo 389.5 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial. Derecho que no es absoluto sino que está condicionado a la autorización del Pleno o, en su caso de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (artículo 264 del Reglamento de la Carrera Judicial).

2º Los requisitos a los que se somete esa autorización son:

(a) En cuanto al horario que la compatibilidad se solicite para actividades de docencia a partir de las 15 horas (artículo 265 del Reglamento de la Carrera Judicial).

(b) Por lo que hace a la residencia no se debe alterar el deber de tenerla en el lugar del trabajo (artículo 266 del Reglamento de la Carrera Judicial).

(c) La compatibilidad no ha de distorsionar el normal desarrollo de las funciones como magistrado (artículo 267 del Reglamento de la Carrera Judicial).

(d) La compatibilidad ha de ser a tiempo parcial (artículo 268 del Reglamento de la Carrera Judicial).

3º Dice el Pleno que “una interpretación conjunta de todos estos preceptos permite extraer como conclusión que la actividad docente no puede ser denegada (...) cuando se cumplen todos los requisitos exigidos por la Ley”.

No obstante, añade que cabe denegar la compatibilidad solicitada en los siguientes casos:

“1. Cuando no se cumplan los requisitos expuestos (...).

2. Cuando se produce el supuesto contemplado en el artículo 277 del Reglamento 1/1995, ante la petición de varias compatibilidades y la suma de todas ellas sea superior a la máxima autorizada (...).

3. Cuando se dan razones excepcionales que así lo aconsejen. En este caso, debería estar suficientemente justificada y motivada”. Pues bien, desde esos presupuestos, el acuerdo plenario explica que el Consejo General del Poder Judicial “ (...) dentro de una legítima opción de política judicial consideró que esa compatibilidad no era procedente por dos motivos: en primer lugar, por la especial dedicación inherente al cargo, en el que debe tener plena disponibilidad dadas las funciones que tiene encomendado el referido Gabinete. Y, en segundo lugar, por aplicación del mismo criterio que sobre compatibilidad docente ha sentado este Consejo General del Poder Judicial con los letrados de este órgano constitucional. Estas fueron las causas por las que la Comisión Permanente denegó la compatibilidad por razones excepcionales y que apuntaban hacia el propósito loable de lograr mayores garantías de eficacia en su centro de trabajo. Se trata de un

puesto de cierta relevancia jurisdiccional y profesional que obliga al recurrente a estar disponible para los Magistrados de nuestro más alto Tribunal con el fin de poder resolver los recursos y procedimientos judiciales que tienen asignados.

Otorgar esa compatibilidad podría menoscabar sus funciones en el Gabinete al que está adscrito. Estos motivos fueron explicados y razonados de forma individual, es decir, a cada peticionario. En conclusión se puede afirmar, por tanto, que el Consejo General del Poder Judicial cumplió con todos los requisitos legales para denegar la compatibilidad pedida, y lo motivó suficientemente sobre la base de lo anteriormente expuesto, sin perjuicio de que dichos argumentos no sean compartidos por el recurrente”.

SEGUNDO.- En su demanda el Sr. Abilio llama la atención sobre los siguientes extremos:

1º Solicitó la renovación de la compatibilidad que se le venía concediendo -desde hace dieciséis años y, ya destinado en el Gabinete Técnico, desde hace once años- para ejercer como profesor asociado de Derecho Penal en la Facultad de Estudios Sociales de la Universidad Alfonso X El Sabio de Villanueva de la Cañada (Madrid) con docencia los lunes y miércoles de 16:30 a 18:30 horas.

2º El Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico y de Documentación del Tribunal Supremo no apreció obstáculo alguno para que se atendiera favorablemente su solicitud.

3º El Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial tampoco objetó a ello y recordó que se trataba de una renovación y que contaba con el informe favorable del Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico.

4º La jefe del Servicio de Personal informó favorablemente la solicitud.

5º La vocal a la que correspondió la ponencia del recurso de reposición propuso su estimación. A partir de tales antecedentes explica que, como miembro de la Carrera Judicial tiene derecho a compatibilizar su función con la docencia, que no ejerce funciones jurisdiccionales pues su tarea en el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo es de otra naturaleza y que el cometido que desempeña y la posición que le corresponde son diferentes a los propios de los letrados del Consejo General del Poder Judicial. En todo caso, recuerda la jurisprudencia sentada por esta Sala en las sentencias que resolvieron sobre la compatibilidad del cargo de Presidente del Tribunal Superior de Justicia con la docencia y subraya que para que proceda su denegación se han de aportar razones o causas concretas y no meramente genéricas, como ha hecho en este caso el Consejo General del Poder Judicial.

Insiste el recurrente en que no se ha apreciado ningún impedimento para el adecuado ejercicio de sus funciones en los años anteriores en que se le ha concedido la misma compatibilidad ahora denegada. Y, también, resalta que no se ha producido ningún cambio normativo ni novedad alguna. Tampoco ha mediado hecho o dato que permita afirmar que el ejercicio de la docencia ha menoscabado el correcto desempeño de sus funciones en el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, ni a su disponibilidad para las tareas que le asigne el Presidente de la Sala a la que está adscrito. En estas condiciones, observa, sin que haya cambiado la situación existente con anterioridad, mientras el informe del Magistrado-Jefe de ese Gabinete es favorable a su solicitud, la decisión del Consejo, ayuna de razonamientos y justificaciones concretas, restringe indebidamente el derecho que corresponde al recurrente. Por eso, formula el suplico que hemos recogido en los antecedentes.

TERCERO.- El Abogado del Estado pide la desestimación del recurso porque, de un lado, la decisión del Consejo General del Poder Judicial está suficientemente razonada. Y, de otro, observa que la situación de los magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo no es sustancialmente diferente a la de los letrados del Consejo por lo que el argumento de la plena disponibilidad les resulta aplicable. Resalta, asimismo, que el artículo 389.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial acepta, pero restrictivamente, la compatibilidad con la docencia y termina afirmando que se observaron todos los requisitos legales para denegarla, lo que se hizo, además, mediante una resolución debidamente motivada.

CUARTO.- El recurso debe ser estimado ya que las mismas premisas sentadas por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial conducen a esa conclusión. No hay duda de que el Consejo General del Poder Judicial puede trazar la política judicial que considere más conveniente, al igual que es plenamente autónomo para, dentro del respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico, orientar el ejercicio de sus potestades de gobierno del Poder Judicial según entienda que es más adecuado hacerlo desde la perspectiva de la más plena garantía de la independencia del Poder Judicial y de la mejor satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, objetivo al que no puede ser ajeno. Ahora bien, ese sometimiento al orden jurídico implica el respeto de los derechos, entre otros, de los miembros de la Carrera Judicial. Y sabemos que nos encontramos ante un derecho porque el propio acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial así lo ha dicho. Por tanto, en principio, el Sr. Abilio tiene derecho a compatibilizar su puesto de magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo con la docencia.

Se trata, pues, de ver si concurren las circunstancias que justifican el sacrificio de ese derecho en atención de bienes o intereses más importantes que así lo requieran. De los requisitos a los que el propio acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial nos ha dicho que está sometida la concesión de la compatibilidad, es evidente que están cumplidos los relativos al horario, al deber de residencia y al límite de la dedicación. Es menester comprobar, por tanto, si han mediado realmente las que el Pleno del Consejo llama razones excepcionales, las cuales parecen consistir en que deben estar los magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo plenamente disponibles y en que debe seguirse también para ellos el criterio sentado por el Consejo para sus letrados.

Tal comprobación ha de hacerse sin perder de vista cuáles han sido los antecedentes ni qué datos ofrece el expediente administrativo. En particular, debemos tener especialmente presentes los siguientes extremos:

(a) Que la misma compatibilidad ahora denegada fue autorizada con anterioridad, curso tras curso durante varios años.

(b) Que no hay en el expediente informes desfavorables a su concesión: al contrario, el superior orgánico del recurrente, el Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo dice expresamente que la autorización solicitada por el Sr. Abilio no obstaculiza el ejercicio de sus funciones.

(c) Que, frente a ello, ni la Comisión Permanente ni el Pleno han aducido cambio alguno entre las circunstancias existentes cuando se concedieron las autorizaciones en cursos anteriores y las que se dan ahora, ni han señalado ninguna incidencia negativa de la dedicación docente del actor en sus funciones al servicio del Tribunal Supremo.

(d) Tampoco se ha explicado por qué se ha resuelto en contra del parecer del indicado informe ni por qué se ha procedido ahora de manera distinta a como se venía haciendo. Pues bien, entendemos que, en este contexto, no basta para denegar la autorización pedida con invocar la capacidad del Consejo para establecer una determinada política judicial, ni con afirmar que es necesaria la plena disponibilidad de los magistrados del Gabinete Técnico. Tampoco basta la apelación a lo que se ha hecho con los letrados del Consejo General del Poder Judicial. Y no es suficiente porque, debemos insistir, se parte de un derecho a la compatibilidad y de una actuación previa del Consejo que, en circunstancias iguales a las de ahora, la había venido concediendo y de un expediente administrativo que ofrecía razones para concederla nuevamente y ninguna para denegarla. La mera invocación de una determinada política judicial y la apela-

ción a la plena disponibilidad de los magistrados del Gabinete Técnico son insuficientes para justificar la decisión adoptada porque son afirmaciones genéricas que pierden su fuerza de convicción a causa del previo proceder del Consejo General del Poder Judicial en circunstancias que no han cambiado y ante el contenido del expediente. Por lo demás, la referencia al régimen de los letrados del Consejo no es válida porque ni se ha establecido que sea el mismo que el de los magistrados del Gabinete Técnico ni cabe desconocer el reiterado informe del superior orgánico del recurrente sobre la inexistencia de obstáculos a la solicitud relacionados con el ejercicio por el interesado de sus responsabilidades en el Tribunal Supremo.

QUINTO.- En fin, la jurisprudencia sentada por la Sala a propósito de esta cuestión, especialmente en las sentencias de 10 de diciembre de 2002 (recurso 632/2000), 18 de diciembre de 2002 (recurso 1245/2000), las dos de 25 de febrero de 2003 (recursos 62/2001 y 1455/2000), 3 de marzo de 2003 (recurso 1348/2000), 31 de marzo de 2003 (recurso 496/2001), 22 de octubre de 2004 (recurso 101/2002), 17 de enero de 2005 (recurso 38/2002), 28 de junio de 2006 (recurso 166/2002) y 3 de octubre de 2006 (recurso 101/2003), confirma la solución a la que hemos llegado. En efecto, de ella resulta que la denegación de la compatibilidad para preservar el cumplimiento por los miembros de la Carrera Judicial de sus funciones solamente estará justificada cuando concurren razones o circunstancias concretas que demuestren que la simultaneidad en el ejercicio docente puede impedir o menoscabar -como dice el artículo 267 del Reglamento de la Carrera Judicial- el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del juez o magistrado afectado. Pues bien, al margen de que esas independencia e imparcialidad no están en juego aquí, ya que el puesto que desempeña el Sr. Abilio no implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la doctrina de esas sentencias es plenamente aplicable a este caso en el punto en el que afirman la insuficiencia de los argumentos genéricos e indeterminados para denegar una compatibilidad que en cursos precedentes se había venido concediendo.

SEXTO.- Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace imposición de costas.

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

FALLO

1º Que estimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 79/2010, interpuesto por D. Abilio

contra los acuerdos de la Comisión Permanente y del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 27 de octubre de 2009 y 24 de marzo de 2010, respectivamente, que anulamos.

2º Que reconocemos el derecho del recurrente a obtener la autorización de la compatibilidad para ejercer como profesor de Derecho Penal a tiempo parcial en la Facultad de Estudios Sociales (Derecho) de la Universidad Alfonso X el Sabio de Villanueva de la Cañada (Madrid) en el curso 2009/2010.

3º Que no hacemos imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Díaz Delgado.- Juan José González Rivas.- Mariano de Oro-Pulido López.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

2010/153346

TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 19 julio 2010. Ponente: D. Mariano de Oro-Pulido y López.

Sobreseimiento del proceso de responsabilidad contable por la falta de concreción de los ilícitos contables denunciados

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal de Cuentas que en grado de apelación confirmó el sobreseimiento parcial de la demanda y la condena por alcance en fondos públicos impuesta en la sentencia de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. La Sala considera que no resulta posible la aplicación a las actuaciones previas, como pretende el recurrente, de las normas reguladoras de la fase instructora de los procedimientos judiciales, pues la finalidad de las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidad contable es la de concretar unos hechos presuntamente constitutivos de responsa-

bilidad contable, los posibles responsables, y el importe total de los daños y perjuicios producidos y si bien comportan actividades de instrucción, no tienen carácter estrictamente judicial. Respecto del sobreseimiento acordado en la primera instancia, la Sala comparte sus argumentos, pues la existencia de fondos públicos es uno de los elementos configuradores de la responsabilidad contable, pero por sí solo no permite identificar la pretensión del actor, y por otra parte, se rechaza también la pretensión de alcance formulada al no encontrarse individualizados e identificados los pagos presuntamente carentes de soporte, hecho constitutivo de la responsabilidad contable, cuya prueba recaía sobre el actor público destacando expresamente su actitud pasiva al respecto a pesar de la compleja y abundante prueba que solicitó en el procedimiento. La Sala mantiene la declaración efectuada en la instancia sobre la justificación y consignación presupuestaria de las percepciones devengadas y recibidas por los concejales que tenían dedicación exclusiva y los pagos efectuados al alcalde por una comida y tres billetes de tren, pues el recurrente se limita a mostrar su disconformidad con la decisión adoptada, sin combatir sus argumentos, y por la misma razón se desestima la impugnación de la decisión de considerar prescrita y no generadora de responsabilidad contable la deuda existente con la contratista, confirmando también la decisión de no entrar a resolver sobre el alcance producido por la obligación de devolver la subvención otorgada por la Junta de Andalucía para financiar la obra contratada, pues la causa que motivó el reintegro parcial de la subvención concedida al Ayuntamiento fue la de exceder el importe de aquélla el coste de la actividad desarrollada, sin que exista responsabilidad contable de los demandados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Heraclio ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas núm. 1/2008, de 6 de febrero, que en grado de apelación confirmó el sobreseimiento parcial de la demanda y la condena por alcance en fondos públicos por importe de 37.960,46 € impuesta en la sentencia de la Sección de Enjuiciamiento (Departamento Primero) del Tribunal de Cuentas de 1 de diciembre de 2005, dictada en el Procedimiento de Reintegro por Alcance núm. 184/00. En esta sentencia se consideraron hechos probados no alterados por la sentencia de apelación los siguientes:

“Primero. - Entre el 27 de diciembre de 1995 y el 26 de febrero de 1996 fueron realizados con cargo a la cuenta bancaria núm. de la entidad Caja de San Fernando, titularidad del Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe, una serie de pagos bajo el concepto “premio participación lotería de navidad”, por un importe total de 4.832.000.- ptas., equivalentes a la cifra de 29.040,90 euros, de los cuales 3.818.000.- ptas. (22.946,64 euros) correspondieron a 1995, y 1.014.000.- ptas. (6.094,26 euros) correspondieron a 1996. Lo anterior resulta acreditado por medio de los folios 1813 a 1857 del Anexo II de la Pieza de prueba, sin perjuicio de que la realización de dichos pagos y su concepto resulta hecho de pacífica aceptación entre los litigantes. No consta en las actuaciones antecedente alguno que respalde la disposición de dichos fondos municipales para el indicado propósito, sin que conste tampoco en autos ni la adquisición por parte del Ayuntamiento de los títulos de lotería origen de dicho pago, ni su identificación, ni la acreditación de que resultaran premiados, ni en su caso en el ingreso en las arcas municipales del importe del premio.

Segundo.- En la época en que se produjeron los referidos pagos en concepto de premio de lotería eran claveros de la mencionada cuenta de la Caja de San Fernando, D. José, D. Heraclio, D. Gervasio, D. Lucas, y D. Modesto (folio 321 del Anexo II).

Tercero.- En el ejercicio de 1994 el demandado D. José recibió del Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe las siguientes cantidades por los conceptos que se identifican a continuación:

A) Partida 111-226-04 “Gastos diversos” Meses Cuantía (ptas.) Folios (Anexo I) mayo 25.000 607 abril 50.000 608 septiembre 90.000 606 y 609 octubre 70.000 610-612 noviembre 14.250 613-614 Total 249.250.

B) Partida 111-231-00 “Locomoción” Meses Cuantía (ptas.) Folios (Anexo I) enero 35.000 903 febrero 35.000 938 abril 35.000 991 mayo 35.000 1011 junio 35.000 1029 agosto 35.000 1044 septiembre 35.000 1059 octubre 35.000 1066 noviembre 35.000 1093 Total 315.000.

C) Partida 111-226-01 “Atenciones protocolarias” Meses Cuantía (ptas.) Folios (Anexo I) enero 10.000 586 febrero 30.000 587 marzo 55.000 588-589 mayo 60.000 590-591 julio 62.450 593-596 y 600 septiembre 20.000 601-602 diciembre 50.000 603, 1808 y 1811 Total 287.450.

Cuarto. - En el ejercicio de 1995 el demandado D. José recibió del Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe las siguientes cantidades por los conceptos que se identifican a continuación:

A) Partida 111-226-04 "Gastos diversos" Fecha Concepto Cuantía (ptas.) Folios (Anexo I) mayo Préstamo a reintegrar 250.000 1837 y 1839 Total 250.000.

B) Partida 111-226-01 "Atenciones protocolarias" Meses Cuantía (ptas.) Folios (Anexo I) enero 10.000 1809 y 1813 marzo 85.000 1814, 1815, 1826 y 1827 abril 115.000 1817-1819 y 1829-1834 junio 20.000 1820, 1821 y 1835 julio 31.000 1822-1825 Total 261.000.

C) Partida 111-231-00 "Locomoción":

1) Gastos de desplazamiento Meses Cuantía (ptas.) Folios (Anexo I) enero 35.000 1882 febrero 35.000 1898-1899 mayo 35.000 1921-1922 junio 35.000 1923-1924 julio 35.000 1925-1926 agosto 35.000 1929-1930, 2008, 2009 septiembre 35.000 2035-2036 octubre 35.000 1934-1935 noviembre 20.000 1940 y 2029.

2) Desplazamiento a Madrid y alojamiento Fecha: noviembre Cuantía: 135.000 ptas. Folios 1936, 1937, 2020-2028 Total: 135.000 ptas.

3) Gastos de representación Meses Cuantía (ptas.) Folios (Anexo I) junio 35.000 2003-2004 noviembre 35.000 2018-2019 Total Partida.

C: Conceptos 1), 2) y 3) 505.000 D) Partida 111-230-00 "Dietas altos cargos" Fecha: marzo Cuantía 75.000 ptas. Folios 1845 y 1855 Total: 75.000 ptas.

E) Partida 111-223-00 "Otras indemnizaciones" Fecha Concepto Cuantía (ptas.) Folios (Anexo I) septiembre Regalo boda 38.000 1942 y 1943 diciembre Locomoción 15.000 1944 y 1954 TOTAL 53.000.

Quinto. - El presente procedimiento de reintegro por alcance se principió por medio del escrito presentado en este Tribunal de Cuentas por el demandante D. Heraclio, en fecha 15 de julio de 1999, del que se dio traslado al Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe en fecha 10 de agosto de 1999 (folios 1 al 20 de las Diligencias Preliminares núm. 118/99)."

SEGUNDO.- Frente a esta sentencia D. Heraclio formula recurso de casación con fundamento en diecisiete motivos:

- Uno de ellos (el undécimo) al amparo del artículo 82.1.1º de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante LFTCu), denuncia el defecto en el ejercicio de la jurisdicción contable.

- Dos (el primero y el tercero) al amparo del artículo 82.1.3º de la LFTCu, denuncian el quebrantamiento de las normas esenciales del proceso o de los principios de audiencia y defensa con indefensión con fundamento en las irregularidades cometidas en la fase de actuación

previas y denegación de pruebas.

- Dos (el sexto y el decimoséptimo de carácter subsidiario al quinto y a todos los anteriores respectivamente) al amparo del 82.1.4º de la LFTCu, denuncian el error evidente en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en el procedimiento, demostrativos de la equivocación del Tribunal a quo y no contradichos por otros elementos de prueba.

- Los doce restantes (el segundo, cuarto, quinto, séptimo a décimo y duodécimo a decimosexto) al amparo del artículo 82.1.5º de la LFTCu denuncian la infracción de normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia por la decisión de sobreseimiento parcial contenida en la sentencia impugnada, así como por la desestimación de las pretensiones de responsabilidad contable deducidas por el recurrente en relación a distintos pagos y gastos del Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe.

TERCERO.- En el primer motivo de casación, al amparo del artículo 82.1.3º de la LFTCu, denuncia el recurrente el quebrantamiento por parte de las denominadas "Actuaciones Previas" de las normas esenciales del proceso o de los principios de audiencia y defensa, con indefensión, cuya subsanación ha solicitado oportunamente a través de todos los cauces legales disponibles. Manifiesta que las Actuaciones Previas vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva, con un proceso justo, imparcial, con todas las garantías e igualdad de armas pues se desarrollaron, desde su inicio, con la sola intervención de las personas a las que se imputaba la presunta responsabilidad, manteniéndole en la ignorancia, circunstancia de la que desprende su falta de imparcialidad. Concluye en definitiva que la sentencia impugnada no recoge pronunciamiento alguno sobre la cuestión planteada, esto es si resulta admisible que los actos de averiguación de las actuaciones previas los desarrolle la Delegada instructora de forma unilateral y exclusiva con las personas que están imputadas.

El motivo ha de ser desestimado. La sentencia impugnada, en su fundamento de derecho sexto, da respuesta a la cuestión planteada destacando, a los efectos que aquí interesa, los siguientes términos: "(...) De acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento, al Delegado Instructor corresponde en las Actuaciones Previas realizar las diligencias oportunas en averiguación de los hechos y de los presuntos responsables, pero no que tenga que recoger declaración alguna de personas a las que no considera presuntos responsables (...)". Efectivamente, la finalidad de las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidad contable reguladas en el capítulo XI del título IV de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas,

como hemos dicho en la sentencia de 2 de noviembre de 2005 (recurso 1945/2000), es la de concretar unos hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad contable, los posibles responsables, y el importe total de los daños y perjuicios producidos y si bien comportan, como señaló el Tribunal Constitucional, en la sentencia 18/1991, de 31 de enero, "actividades de instrucción" ordenadas a preparar la actividad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, no tienen carácter estrictamente judicial, pues en la Ley de Funcionamiento se excluyeron expresamente de las tareas de carácter judicial que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas.

Los artículos 46 y 47 de la LFTCu establecen las actuaciones que se han de llevar a cabo ante los hechos supuestamente constitutivos de alcance, al margen de si su conocimiento se ha puesto de manifiesto dentro de un procedimiento fiscalizador o no. En este sentido, el artículo 56 de la misma Ley señala que ejercitada la acción pública a que se refiere el art. 47.3 de la Ley Orgánica 2/1982 (en adelante, LOTCu), el Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento, previamente a la incoación del correspondiente procedimiento jurisdiccional, acordará, en su caso, recabar del Departamento que hubiere efectuado el examen y comprobación de las cuentas, o que hubiere tramitado el oportuno procedimiento fiscalizador, la formación de la pieza separada a que se refiere el art. 45 o de la Sección de Enjuiciamiento la práctica de las diligencias prevenidas en los artículos 46 y 47 de la misma. Es decir, que las Actuaciones Previas constituyen un presupuesto inexcusable para la tramitación, en su caso, del correspondiente juicio de cuentas, tras la admisión de un escrito de ejercicio de la acción pública.

Es por tanto consecuencia del carácter que venimos exponiendo, la imposible aplicación a las Actuaciones Previas, como pretende el recurrente, de las normas reguladoras de la fase instructora de los procedimientos judiciales, ni las de los procedimientos administrativos al no finalizar con resolución que decida definitivamente sobre el asunto.

Además, la regulación de las actuaciones previstas en los artículos 46 y 47 de la LFTCu que nos ocupa no contemplan la intervención del ejercitante de la acción pública, razón por la que su falta de participación en el desarrollo de las mismas no vulnera los derechos que invoca, al margen de que tampoco le ha causado la efectiva y real indefensión que el motivo citado requiere. En primer lugar, porque consta en las actuaciones que con fecha 28 de junio de 2001 se declaró la nulidad del Acta de Liquidación Provisional del alcance a fin de verificar dicho trámite con la citación del hoy recurrente y, además, porque la mera sospecha de parcialidad que denun-

cia como consecuencia de la intervención de los presuntos responsables carece de virtualidad a tal fin, al no proporcionar prueba alguna dirigida a acreditar, siquiera de forma indiciaria, las conductas obstruccionistas o dilatorias que les atribuye.

CUARTO.- En el segundo motivo, con carácter subsidiario al precedente y remitiéndose a lo expuesto en aquél, al amparo del artículo 82.1.5º de la LFTCu, denuncia que la sentencia impugnada al sobreseer por defectuosas las pretensiones contenidas en los apartados B- OCHO, B-DIECISÉIS, B-DIECISIETE, B-DIECIOCHO, C, D y E de la demanda infringe los artículos 38.1 de la LOTCu, 47.1, 49.1, 56.2 y 79 de la LFTCu, 424.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) y 24 de la Constitución en relación con el 238.3 LOPJ, así como la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 1999 y 21 de diciembre de 1995 y de esta Sala de 8 de noviembre de 2006, 6 de octubre de 2004 y 27 de febrero de 2004. Manifiesta que la demanda determina, precisa e individualiza en el grado que permiten las Actuaciones Previas y el Acta de Liquidación Provisional las pretensiones del actor e identifica perfectamente frente a qué sujetos jurídicos se formulan aquellas. En algún caso faltaba la cuantía precisa del presunto alcance, pero entiende que ello no es un requisito esencial de la demanda pues el artículo 71.4º LFTCu prevé su determinación en fase de ejecución de sentencia. El motivo ha de ser desestimado.

La sentencia impugnada analiza la cuestión controvertida en su fundamento de derecho octavo confirmando el sobreseimiento acordado en primera instancia al entender que la demanda no individualiza los concretos ilícitos contables presuntamente cometidos, ni los daños y perjuicios ocasionados al erario público como consecuencia de ellos, lo que deja claramente incompleta la pretensión de responsabilidad contable, siendo así que la Ley impone al actor público la obligación de concreción, individualización y delimitación de las conductas (acciones y omisiones) generadoras de responsabilidad contable.

Tales razonamientos contenidos en la referida sentencia son compartidos por esta Sala sin que la circunstancia aducida por el recurrente relativa a que los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones sobreseídas vienen referidos en todo caso a efectos y fondos públicos concretos, determinados, evaluables y sujetos a rendición de cuentas justificativas permita alcanzar una conclusión distinta.

Efectivamente, la existencia de fondos públicos es uno de los elementos configuradores de la responsabilidad contable, pero por si solo

no permite identificar la pretensión del actor resultando necesario para ello que aquél precise como mínimo la conducta constitutiva de alcance que atribuye a los demandados resultante de las cuentas que aquéllos están obligados a rendir, la infracción legal en que aquélla incurre y el daño efectivo causado en los fondos públicos como consecuencia de la acción u omisión primeramente referida, ausencia que en este caso imposibilita, por una parte, que los demandados puedan hacerse cargo de lo solicitado, articulando la defensa de sus derechos e intereses legítimos y por otra, que los Tribunales puedan decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación interesada, única manera de que la decisión sea adecuada y congruente con el debate planteado.

QUINTO.- En el tercer motivo del recurso de casación planteado al amparo del artículo 82.1.3º de la LFTCu, denuncia de nuevo el recurrente la infracción de su derecho a un proceso justo e imparcial con todas las garantías consagrado en el artículo 24 de la Constitución, con palmaria indefensión, en este caso producida por la inadmisión en las dos instancias seguidas ante el Tribunal de Cuentas de la prueba documental que propuso en relación a los apartados de la demanda archivados. El motivo ha de correr igual suerte desestimatoria que el anterior pues concluido en aquél la conformidad a Derecho del sobreseimiento de las pretensiones del actor público antes mencionadas -que las excluye del objeto del proceso-, la inadmisión de las pruebas documentales relacionadas con aquéllas no vulnera el derecho invocado al no guardar relación con el objeto del proceso resultando irrelevantes.

Por ello no puede afirmarse que la prueba denegada resulte decisiva en términos de defensa, sin que por otra parte el recurrente justifique, tal como exige el cauce procesal empleado, la indefensión sufrida lo que, con independencia de lo expuesto, constituye argumento suficiente para el rechazo del motivo.

SEXTO.- En el cuarto motivo invoca el recurrente al amparo del artículo 82.1.5º de la LFTCu la infracción del artículo 217.7 de la LEC en relación con los artículos 47.1 de la LFTCu, 14, 24 y 118 de la Constitución y 28.2. a) de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1991, 17 de enero de 1994 y 17 de julio de 1995 y en las de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre carga de la prueba que cita con gran profusión. En el desarrollo del motivo insiste el recurrente, como ya hiciera en el primer motivo del recurso en relación con las Actuaciones Previa, en la ausencia de imparcialidad de la prueba documental practicada en el procedimiento al encontrarse en poder de los demandados quienes, in-

fringiendo el deber de abstención que les impone el artículo 28 de la Ley 30/1992, la prepararon y remitieron a su conveniencia al órgano jurisdiccional. Por ello sostiene que la sentencia impugnada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 217.7 de la LEC (disponibilidad y facilidad probatoria), debió eximirle de la carga de la prueba, exigiendo a los imputados las pruebas de descargo. El motivo ha de ser desestimado pues la sentencia impugnada no incurre en la infracción que denuncia el recurrente al efectuar una aplicación correcta de las normas que regulan la distribución de la carga de la prueba.

La citada resolución afirma en su fundamento de derecho séptimo que la prueba documental admitida se desarrolló con total sometimiento a los requisitos legalmente exigidos (circunstancias de legalidad, adecuación de plazos y suficiencia de información) y rechaza expresamente los argumentos del recurrente relativos a la contaminación de la prueba que califica como meras sospechas carentes de acreditación, otorgándoles el valor de simples alegaciones de parte, así como cualquier intencionalidad en los retrasos producidos en la aportación de los documentos que estima suficientemente justificados atendido el enorme volumen documental afectado como consecuencia de la complejidad y globalidad de la acción pública.

En consecuencia, rechazada la premisa que justifica la particular aplicación de las normas sobre carga de la prueba que sostiene el recurrente, la sentencia impugnada aplica las previstas con carácter general en los tres primeros apartados del artículo 217 de la LEC. Los argumentos de la sentencia impugnada evidencian que el recurrente, olvidando el carácter extraordinario del recurso de casación, reproduce aquí los mismos argumentos aducidos en la instancia, sin ofrecer ningún otro dirigido a acreditar la conducta obstruccionista, parcial e interesada que atribuye al Ayuntamiento y, en definitiva, a los demandados pretendiendo que esta Sala sustituya la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia con la que discrepa.

Debemos recordar en este punto que, como hemos dicho en las sentencias de 17 y 24 de noviembre de 2008 (casación 5707/07 y 3394/05 respectivamente) y 16 de febrero de 2009 (casación 6092/05), la apreciación de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal "a quo" únicamente puede acceder a la casación si, por el cauce de la letra d) del apartado 1 del artículo 88 de la LJCA (en este caso el artículo 82.1.5º de la LFTCu), se denuncia la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de las pruebas tasadas o que la llevada a cabo resulta contraria a la razón y a la lógica, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del po-

der jurisdiccional, vulnerador del artículo 9, apartado 3, de la Constitución, supuestos que no se dan en el presente caso donde el recurrente pretende conseguir una particular aplicación de las normas sobre carga de la prueba contraria, además, a las normas generales rectoras de la materia sobre la base de sospechas o conjeturas carentes por completo de acreditación. Tampoco puede compararse la infracción por la sentencia impugnada del artículo 28.2.a) de la Ley 30/1992 que regula las causas de abstención en el procedimiento administrativo pues olvida el recurrente la naturaleza jurisdiccional del procedimiento de reintegro por alcance, donde la intervención de los demandados se produce por su condición de parte procesal, atribuida por la demanda del actor público y a la que no resulta de aplicación la norma invocada propia del procedimiento administrativo.

SÉPTIMO.- Procede analizar a continuación, conjuntamente, los motivos quinto y sexto del recurso de casación al establecer el recurrente entre ellos un vínculo de subsidiariedad y fundarse, en definitiva, en el mismo argumento, la indebida apreciación por parte de la sentencia impugnada de la inexistencia de la responsabilidad contable objeto de los apartados B-UNO a B- CUATRO de la demanda. En el quinto motivo del recurso de casación, el recurrente, al amparo del artículo 82.1.5º de la LFTCu denuncia la infracción de los artículos 15, 38.1 y 42.1 de la LOTCu; 49.1 y 72.1 de la LFTCu; 140 a 142 del TRLGP; 164 a 170 de la LRHL; 217.7 de la LEC y 24 y 108 de la Constitución y de la jurisprudencia de esta Sala contenida en la sentencia de 8 de noviembre de 2006 (recurso 4048/2001). Considera que acreditada la falta de justificación de los pagos realizados por el Ayuntamiento y reconocido por los demandados que no existía en la caja de la Corporación el dinero reflejado en las actas de arqueo, estamos ante el alcance definido en el artículo 72.1 LFTCu, correspondiendo a los demandados la obligación de acreditar la efectividad y corrección de los pagos efectuados y no a él como exige la sentencia impugnada. En el sexto motivo formulado al amparo del artículo 82.1.4º de la LFTCu con base en el "Informe de Intervención de 22 de diciembre de 1995" y en el "escrito de descargo del demandado Sr. José de 15 de marzo de 2000", denuncia el recurrente un error evidente en la apreciación de la prueba pues de ambos documentos resulta una falta de metálico en la Caja de la Corporación de 980.280.973 pesetas a 31 de diciembre de 1994, que se incrementó en 51.595.245 pesetas a 31 de diciembre de 1995, sin que resulten contradichos por ningún otro elemento de prueba.

El fundamento de derecho noveno de la sentencia impugnada (y séptimo de la sentencia de primera instancia al que expresamente se remi-

te) rechaza la pretensión de alcance formulada por el hoy recurrente concluyendo, a partir del citado Informe de Intervención de 22 de diciembre de 1995, -realizado y suscrito, entre otros, según se resalta en la propia sentencia recurrida, por el propio recurrente en su condición de Interventor de la Corporación- y del Informe de Auditoría realizado por Deloitte and Touche, que la falta de concordanza entre el saldo teórico y el real de la caja del Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe calificado por el Sr. Heraclio como descubierto no era tal, sino que correspondía a un conjunto de pagos pendientes de aplicación realizados al margen de las disponibilidades presupuestarias, si bien precisaba que ello no significa que todos ellos se encontraran debidamente justificados al constatarse ciertos indicios de "pagos sin soporte". No obstante terminaba rechazando la pretensión de alcance formulada al no encontrarse individualizados e identificados esos pagos presuntamente carentes de soporte, hecho constitutivo de la responsabilidad contable, cuya prueba recaía sobre el actor público destacando expresamente su actitud pasiva al respecto a pesar de la compleja y abundante prueba que solicitó en el procedimiento.

Lo expuesto impone la desestimación de los motivos que nos ocupan.

Respecto al sustentado en el artículo 82.1.4º de la LFTCu porque evidencia que el Informe de la Intervención de 22 de diciembre de 1995 expresamente invocado por el recurrente no dice lo que aquél expone, al menos de la forma evidente, contundente e indubitada que exige el precepto y, en cualquier caso, que existen otros medios de prueba (Informe de Auditoría realizado por Deloitte and Touche) que contradicen el contenido que el Sr. Heraclio sostiene. Respecto al formulado al amparo del artículo 82.1.5º de la LFTCu porque reproduciendo el recurrente en buena medida los argumentos del motivo cuarto del recurso -inversión de la carga de la prueba atendida la disponibilidad de los medios de prueba por los demandados- que han sido objeto de análisis en el fundamento precedente de esta Sentencia, esta Sala por idénticas razones a las expuestas en aquél considera plenamente ajustada a derecho la distribución de la carga de la prueba que efectúa la sentencia impugnada, sin que el Sr. Heraclio denuncie ninguna otra infracción que permita en esta sede casacional revisar la valoración de la prueba contenida en la sentencia impugnada, limitándose en este punto a exponer su personal apreciación discrepante respecto de aquélla.

A mayor abundamiento, hemos de recordar también la reiterada doctrina de esta Sala (por todas sentencias de 29 de enero de 2003 -rec. 7564/99; 23 de marzo de 2005 -rec. 802/02-; 25 de octubre de 2006 -rec. 5559/2004 y 19 de enero de 2007 -

rec. 5551/2004) que exige, para sostener la infracción de la Jurisprudencia como motivo de casación, la existencia de al menos dos resoluciones judiciales, limitando el recurrente su invocación a una sola sentencia respecto a la que tampoco expone en qué forma vulnera su doctrina la sentencia impugnada.

OCTAVO.- En el séptimo motivo del recurso de casación formulado al amparo del artículo 82.1.5° de la LFTCu por infracción de Ley y de Jurisprudencia vuelve a denunciar el recurrente la indebida apreciación por parte de la sentencia impugnada de la inexistencia de responsabilidad contable derivada, en este caso, de la deuda del Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe con la Tesorería General de la Seguridad Social y con la Hacienda Pública por la falta de ingreso de las cantidades retenidas de las nóminas de sus trabajadores en concepto de cargas sociales e IRPF. Manifiesta que estos hechos generan responsabilidad contable por alcance al menoscabar los fondos de la TGSS, de la AEAT (por la falta de ingreso) y del propio Ayuntamiento que viene obligado a afrontar pagos muchos mayores por otros conceptos tales como intereses de demora, recargos y sanciones y denuncia la infracción por la sentencia impugnada del artículo 168 de LRHL (referencia que debe entenderse a la antigua Ley 39/1988, de 28 de diciembre) al incumplir el demandado Sr. José en su condición de Presidente de la Entidad local las funciones de Ordenación de Pagos establecidas en el referido precepto. El motivo ha de ser desestimado por carencia de fundamento.

La sentencia impugnada rechaza que el incumplimiento de las obligaciones tributarias y sociales denunciadas por el actor público aun cuando puedan ocasionar daño en los fondos públicos, sean constitutivas de responsabilidad contable por falta de uno de sus elementos configuradores. Explica en este sentido que no todo daño a los fondos públicos da lugar a tal responsabilidad, sino que requiere de acuerdo con el artículo 49.1 de la LFTCu que la acción causante del mismo constituya ilícito contable de conformidad con el artículo 177 de la Ley General Presupuestaria (141.1 del texto refundido anterior de 23 de septiembre de 1988) y concordantes de la Ley de Haciendas Locales, lo que no ocurre en este caso al no infringir la deuda examinada el ordenamiento jurídico presupuestario y la contabilidad. Sin embargo, en el motivo que nos ocupa el recurrente afirma que las deudas sociales y tributarias menoscaban los fondos públicos, hecho del que deriva la existencia de responsabilidad contable pero no dirige crítica alguna contra la ratio decidendi ofrecida en la sentencia impugnada para rechazar su pretensión que, como hemos expuesto, viene constituida por la inexistencia de ilícito contable. Es más, ni siquiera contiene

la expresión de las razones fácticas y jurídicas que justifican la infracción de los numerosos preceptos legales que cita, incumpliendo así la exigencia derivada del artículo 92.1 de la LJCA y de la propia naturaleza del recurso de casación. En este sentido es consolidada la jurisprudencia de esta Sala (por todas, sentencia de 4 de noviembre de 2008 -rec. 2478/05) que exige que la infracción de los preceptos que se citan al amparo del motivo previsto en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción vaya seguida de la necesaria justificación y razonamiento de las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial a quo, lo que exige la crítica de la aplicación de la norma efectuada en la instancia, que no se limita a la invocación de los preceptos infringidos, debiendo contener la expresión de las razones fácticas y jurídicas que justifican la infracción denunciada, sin lo cual el motivo carece de fundamento y, por lo tanto, resulta inadmisibles conforme establece el art. 93.2.d) de la Ley de la Jurisdicción.

NOVENO.- En el octavo motivo del recurso de casación el recurrente al amparo del artículo 82.1.5° de la LFTCu denuncia la infracción de los artículos 49.1 y 72.1 de la LFTCu; 140 a 142 del TRLGP; Anexos I y II de la Orden Ministerial de 20 de septiembre de 1989; apartado 2.2 de la Orden Ministerial de 8 de noviembre de 1994 y artículo 24 de la Constitución, así como de la jurisprudencia de esta Sala contenida en la sentencia de 10 de julio de 2000. Sostiene que la pretensión contenida en el apartado B-7 de la demanda relativa a pagos a Altos Cargos, en contra de lo afirmado por la sentencia impugnada, incluía los efectuados a Grupos Políticos, así como los de locomoción, dietas y gastos diversos a personas distintas del Alcalde según los conceptos establecidos en la Orden Ministerial de 20 de septiembre de 1989.

Añade que esos pagos, que efectivamente se realizaron, resultan improcedentes. Los primeros por carecer de acuerdo legal del Pleno que los autorice y precise sus cuantías y, en cualquier caso, por tratarse de financiación no autorizada por la normativa vigente en el período 1994-1998 al que se contrae la demanda según resulta de la sentencia que afirma infringida. Los segundos al no haberse aportado justificación adecuada y suficiente conforme a la Orden Ministerial de 8 de noviembre de 1994.

El motivo ha de ser inadmitido por carencia de fundamento.

La sentencia impugnada, en su fundamento de derecho duodécimo, confirmando la decisión contenida en la sentencia de primera instancia, excluyó pronunciarse sobre la pretensión de responsabilidad contable deducida por el actor público en re-

lación a los pagos efectuados a grupos políticos y a otras personas distintas del Alcalde por gastos de locomoción, dietas y otros, al entender que aquélla fue introducida en un trámite, el de conclusiones, no adecuado para ello.

Sin embargo el recurrente sin justificar las razones del desacierto de esa decisión, ni citar, entre los preceptos que estima infringidos, ninguno de los relativos a la demanda, determinación del objeto del proceso o trámite de conclusiones (artículos 64 y 65 de la LJCA, 412 y 433 de la LEC), único cauce por el que esta Sala, atendido el motivo de casación empleado, podría examinar la adecuación al Ordenamiento Jurídico del pronunciamiento impugnado, pretende, bajo la invocación de preceptos referidos a la responsabilidad contable, obtener de esta Sala el pronunciamiento sobre el fondo que no obtuvo en la instancia. Se aprecia así en definitiva una total falta de correspondencia entre las normas que se citan como infringidas y la cuestión debatida que impone la desestimación del motivo.

DÉCIMO.- En el noveno motivo del recurso de casación formulado al amparo del artículo 82.1.5° de la LFTCu sostiene el recurrente que la sentencia impugnada al rechazar que sean constitutivos de alcance ciertos pagos efectuados a cargos de la Corporación Local infringe los artículos 49.1 y 72.1 de la LFTCu; 140 a 142 del TRLGP; 75.1 y 2 de la LRBRL; 143, 166, 169, 170 y 198.2 LRHL; 13 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre (Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales -ROF-); apartado 2.2 de la Orden Ministerial de 8 de noviembre de 1994 en materia de justificación de las dietas y gastos y 9.1, 24 y 103 de la Constitución, así como la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 20 de junio de 1988; 10 de julio de 2000 y 1 de diciembre de 1995). En primer lugar, respecto a los pagos fijos y mensuales realizados a cargos con dedicación exclusiva y a concejales delegados sin tal dedicación porque no se ha probado la existencia del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento preceptivamente exigido por el artículo 13.4 del ROF y por la jurisprudencia de esta Sala citada como infringida, por lo que en ausencia de los requisitos legalmente exigidos los pagos efectuados devienen sin causa y producen el alcance. Y respecto a los pagos realizados al Alcalde porque la sola aportación de un tique de comida y tres billetes de AVE no justifican el gasto en la forma exigida en el apartado 2.2 de la O.M. de 8 de noviembre de 1994.

La sentencia impugnada (F.D. duodécimo), al igual que la dictada en primera instancia, considera que las percepciones devengadas y recibidas por los Concejales que tenían dedicación exclusiva se ajustaron al entonces vigente artículo 75 de la

Ley de Bases de Régimen Local, contando con la debida consignación presupuestaria, y justificación suficiente, sin que el hecho de que el Pleno de la Corporación no hubiera acordado de forma expresa la relación de concejales con dedicación exclusiva, además de no exigirlo el artículo 75.3 de la LBRLL en la redacción aplicable a los hechos enjuiciados- resulte relevante a los efectos de la responsabilidad contable. Otro tanto concluye respecto a las retribuciones satisfechas a otros miembros de la Corporación que actuaban como Delegados en diversas áreas al encontrarse aprobadas a través del presupuesto y su pago justificado documentalmente de forma suficiente, extrayendo el derecho a su percibo, ante la ausencia de previsión legal expresa, de la propia interpretación de la norma.

Y respecto a los pagos al Alcalde al estimar que los documentos que servían de soporte al gasto efectuado cumplían los requisitos exigidos por esa Sala, sintetizados en la Sentencia 22/1992, de 30 de septiembre, no otorgando valor probatorio alguno a las alegaciones en contrario del actor público al no concretar los requisitos formales incumplidos, ni la ilegitimidad de las actividades financiadas con dichos gastos. El motivo ha de ser desestimado pues, en relación al primer grupo de pagos mencionados, tal como señala la sentencia impugnada, el hecho de que el Pleno no determinara la relación de cargos a desempeñar en régimen de dedicación exclusiva y sus respectivas cuantías, así como las indemnizaciones a percibir por otros miembros de la Corporación no es constitutivo de responsabilidad contable. Ésta no deriva, como pretende el recurrente, de cualquier posible infracción del Ordenamiento Jurídico administrativo sino de la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos configuradores previstos en los artículos 38.1 de la LOTCu y 49.1 de la LFTCu, situación que no se produce en este caso pues la circunstancia de que los pagos realizados por estos conceptos gozaran de previsión presupuestaria y justificados mediante los oportunos documentos excluye la existencia de ilícito contable y de daño en los fondos públicos. Ésta, que es la razón sustancial para la desestimación de la pretensión del actor público, no resulta combatida en el motivo que nos ocupa, limitándose el recurrente a reproducir idénticos argumentos a los que le fueron rechazados en la sentencia impugnada pretendiendo que esta Sala sustituya la decisión contenida en aquélla por su personal valoración.

Por idénticas razones debemos desestimar la pretensión relativa a los pagos efectuados al Alcalde por una comida y tres billetes de tren pues, estimándolos suficientemente justificados la sentencia impugnada, el recurrente, más allá de su discrepancia y la mera sospecha sobre su ilegalidad, no aporta razón o prueba alguna

dirigida a desvirtuar aquella afirmación.

UNDÉCIMO.- En el décimo motivo del recurso, al amparo del artículo 82.1.5º de la LFTCu, denuncia el recurrente la infracción de los artículos 9, apartados 1 y 3, 24 y 103 de la Constitución ; 38 y 42.1 de la LOTCu; 72.1 y Disposición Final Tercera de la LFTCu; 140 a 142 del TRLGP; 166, 168, 169, 186 y 187.2 de la LRHL y 1110, 1156 y 1157 del Código Civil, así como de la jurisprudencia contenida en la Sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 2006 relativa a la doctrina de los actos propios, vulnerándolos la sentencia impugnada al considerar prescrita y no generadora de responsabilidad contable la deuda con COMYLSA (posteriormente absorbida por Dragados y Construcciones). La sentencia impugnada excluye pronunciarse sobre el fondo de la pretensión al estimar prescritos los hechos, remitiéndose a lo expuesto en el fundamento de derecho undécimo de la sentencia de primera instancia que distingue, a tales fines, entre la perfección y la ejecución del contrato celebrado entre el Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe y COMYLSA, concluyendo de la prueba practicada que la posición deudora del Ayuntamiento ya se encontraba constituida en junio de 1992 al reclamar COMYLSA en ese momento el crédito a su favor. Por ello, siendo los hechos anteriores a agosto de 1994 estima que, en caso de existir, serían inexigibles al encontrarse afectados por la prescripción los hechos anteriores en más de cinco años a la fecha en que se notificó al Ayuntamiento el escrito ejercitando la acción pública con efecto interruptivo de la prescripción (hecho acaecido el 10 de agosto de 1999).

El motivo ha de ser desestimado pues, como en ocasiones anteriores, el recurrente reproduce los mismos argumentos que le fueron rechazados en la sentencia impugnada, modificando los hechos declarados probados en aquélla, tal como el día a quo para el cómputo del plazo prescriptivo pero sin efectuar el obligado juicio crítico sobre la equivocación de la Sala a quo sobre el particular, circunstancia que impide a esta Sala acoger sus pretensiones.

DUODÉCIMO.- En el undécimo motivo, amparado en el art. 82.1.1 de la LFTCu y denunciando como infringidos los artículos 24 de la Constitución en relación con el 238.3 de la LOPJ ; 38 y 42.1 de la LOTCu; 47.1, 49, 56.3 y 72 de la LFTCu y 140 a 142 del TRLGP, el recurrente denuncia el defecto en el ejercicio de la jurisdicción contable por la sentencia impugnada al no entrar a resolver sobre el alcance producido por la obligación de devolver la subvención otorgada por la Junta de Andalucía para financiar la obra contratada con COMYLSA. La sentencia impugnada rechaza conocer el fondo de la pretensión de reintegro

por alcance formulada en relación a tal subvención al encontrarse obligado el Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe a la devolución de su principal e intereses en virtud de resolución administrativa, razón por la que considera que las cuestiones que pudieran plantearse en relación con dicha relación subvencional serían competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y ello con el fin de no incurrir en una infracción del principio "non bis in idem".

Discrepa el recurrente que se infrinja tal principio al tratarse de dos procedimientos distintos con sujetos diferentes. Razona en este sentido que el procedimiento de reintegro de la subvención se dirige por la Junta de Andalucía contra el Ayuntamiento a fin de proteger sus fondos, mientras que la pretensión de reintegro por alcance se dirige contra el Alcalde y el Interventor de la entidad local para proteger los fondos de ésta, menoscabados por la obligación de devolver la subvención como consecuencia de su inadecuada gestión por parte de los sujetos mencionados, quienes la emplearon para achicar la discordancia entre los fondos de la Corporación declarados en las actas de arqueo y los reales en lugar de a sus fines específicos. Considera que tal perjuicio y los intereses que de ello se derivan no debe soportarlos el Ayuntamiento sino los causantes de los mismos por su conducta malversadora, razón por la que solicita que se case la sentencia y se resuelva la demanda conforme a lo pedido.

Los argumentos y petición del recurrente revelan que el objeto perseguido a través del presente motivo no es tanto poner de manifiesto que el Tribunal haya actuado con defecto de jurisdicción, pues éste se produce cuando el Tribunal se abstiene de resolver sobre la cuestión planteada por entender erróneamente que corresponde a la Administración o a otro orden jurisdiccional (sentencias de 20 de diciembre de 1995, 24 de septiembre de 1997, 19 de junio y 17 de julio de 2000, entre otras), como la interpretación que aquél efectúa de la normativa reguladora de la pretendida responsabilidad contable del Alcalde y del Interventor del Ayuntamiento que expresamente rechaza, conclusión que resulta asimismo de los preceptos que se citan como infringidos, entre los cuales (doce en total) sólo uno (el artículo 49 de la LFTCu) se refiere al ámbito de la jurisdicción contable y, por ende, al motivo empleado.

De cualquier modo el motivo no puede prosperar porque si bien es cierto que esta Sala (por todas, sentencia de 18 de marzo de 2010 rec. 3915/2006) tiene declarada la compatibilidad entre el procedimiento para el reintegro de subvenciones y el procedimiento de reintegro por alcance, en este caso, la resolución de la Viceconsejera de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía de

21 de mayo de 1996 (obrante a los folios 739 a 742 de las actuaciones de instancia) permite excluir la responsabilidad contable de los demandados pues la causa que motivó el reintegro parcial de la subvención concedida al Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe fue la de exceder el importe de aquélla el coste de la actividad desarrollada.

DECIMOTERCERO.- Los motivos duodécimo a decimoquinto del recurso de casación denuncian, al amparo del artículo 82.1.5º de la LFTCu, la infracción de las normas de competencia y procedimiento, contratación administrativa y gastos y presupuesto público, así como las relativas a la prescripción de las responsabilidades contables (Disp. Ad. 3ª LFTCu) al negar la sentencia impugnada que sean constitutivos de alcance los pagos efectuados por los demandados en virtud de los contratos celebrados por el Ayuntamiento bien por razones de fondo, bien por estimar prescritas las presuntas responsabilidades contables (caso de los pagos derivados del contrato suscrito con SURPUBLIGÉS, S.L. o con el arquitecto D. Hilario). Argumenta el recurrente que no se ha acreditado el cumplimiento en las relaciones contractuales concertadas por el Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe, en su condición de Administración Pública, de los requisitos legales y reglamentarios que le resultan exigibles (así, cita el cumplimiento del procedimiento administrativo, selección, publicidad, régimen de contratación, de incompatibilidades, consignación presupuestaria, pliegos de condiciones administrativas, informe de fiscalización del gasto o prestación de fianza o garantía por los contratados). Por ello considera que esos contratos y actos administrativos están sancionados de nulidad de pleno derecho y, consecuencia de ello, los pagos efectuados en su virtud carecen de validez generando la responsabilidad contable de los demandados.

En cuanto a los afectados por la prescripción sostiene la incorrecta aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu; en el caso del suscrito con SURPUBLIGÉS, S.L. porque si bien es cierto que el contrato se formalizó el 6 de octubre de 1993, no comenzó a ejecutarse hasta bastante más tarde produciéndose el último pago en agosto de 1996 momento no afectado por la prescripción. En el caso del suscrito con el Arquitecto Sr. Hilario ante la imposibilidad de determinar con precisión el momento de su celebración atendido su carácter verbal, encontrándose pendiente el pago de parte de su precio en diversos momentos no afectados por la prescripción. La sentencia impugnada (F.D. 13º), confirmando los pronunciamientos contenidos en la sentencia de primera instancia (F.D. 12º a 17º), niega la existencia de la responsabilidad contable pretendida por el recurrente por

ausencia de uno de sus elementos configuradores, en este caso el daño económico, real, efectivo e individualizado en los fondos públicos pues la prueba practicada acreditó tanto la realidad de las relaciones contractuales, como la debida justificación de las disposiciones municipales de fondos que lo excluye al destinarse al pago del precio derivado de aquéllas, sin que las presuntas irregularidades en la contratación denunciadas por el Sr. Heraclio, sin perjuicio de la respuesta jurídica que merezcan desde el ámbito administrativo, produzcan efecto alguno en el ámbito de la responsabilidad contable.

Asimismo declara la prescripción de las presuntas responsabilidades contables que pudieren derivarse de los contratos suscritos con SURPUBLIGÉS, S.L. y con el arquitecto Sr. Hilario, al ser éstos, en todo caso, anteriores a agosto de 1994. Lo expuesto permite concluir, como en ocasiones anteriores, con el rechazo del motivo pues el recurrente, sin combatir la verdadera razón por la que el Tribunal de Cuentas desestima sus pretensiones y sin razonar la equivocación de aquél en la valoración de las pruebas, se limita a reproducir no sólo los argumentos que le fueron previamente rechazados en la instancia, sino otros que ya han sido previamente desestimados en esta Sentencia (así, la legalidad de las Actuaciones Previas, la ausencia de parcialidad e infracción de las normas sobre carga de la prueba e inexistencia de responsabilidad contable derivada de la divergencia entre el saldo teórico y real de la Caja de la Corporación), pretendiendo, en definitiva, a través de un cauce no adecuado a tal fin, que esta Sala sustituya la valoración de la prueba contenida en la sentencia impugnada por la particular versión del recurrente.

DECIMOCUARTO.- En el decimosexto motivo del recurso de casación, al amparo del artículo 82.1.5º de la LFTCu, afirma el recurrente que la sentencia impugnada al negar la existencia de alcance por los costes económicos que ha supuesto para el Ayuntamiento la elaboración de la contabilidad municipal para el procedimiento de responsabilidad contable infringe los artículos 15, 38.1 y 42.1 de la LOTCu; 49.1, 72.1 y D. Ad. 3ª de la LFTCu; 140, 141.1 y 142 TRLGP; 153, 154.1 y 5, 166. 1 y 2, 167 a 170.1, 186, 187.2 y 195 a 198 LRHL; 59.1 y 60.1 y 2 RD 500/1990 ; 217.7 LEC ; reglas 408 a 435 de la Orden Ministerial de 17 de junio de 1990 que aprueba la Instrucción de Contabilidad para la Administración Local y artículos 9. 1 y 3, 24 y 103 de la Constitución. El motivo ha de ser desestimado por cuanto reproduce cuestiones, tales como la contaminación de la prueba, la ausencia de abstención de los demandados en las actuaciones previas o la falta real de dinero en el Ayuntamiento que han sido previamente desestimadas por esta Sala, e incurrir

en idéntico defecto al tantas veces señalado en los precedentes fundamentos al no dirigir crítica alguna dirigida a evidenciar la equivocación del juzgador "a quo" cuando afirma que los costes de elaboración de la contabilidad municipal en su caso serían constitutivos de responsabilidad administrativa patrimonial distinta de la contable.

DECIMOQUINTO. - En el último motivo del recurso de casación formulado con carácter subsidiario a todos los anteriores, invoca el recurrente, al amparo del artículo 82.1.4º de la LFTCu, el error evidente en la apreciación de los documentos que relaciona. El motivo ha de ser desestimado porque el recurrente se refiere a documentos que relaciona en hoja adjunta, cuyo contenido se desconoce al no encontrarse aquélla, en contra de lo manifestado, unida al escrito de interposición del recurso, sólo acompañado del poder de representación e incumpliendo, por ello, las exigencias derivadas del tenor literal del motivo utilizado que establece claramente que se trate de documentos obrantes en el procedimiento, imponiendo al recurrente la carga de su perfecta y precisa identificación.

DECIMOSEXTO. - Procede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, imponer las costas causadas en este recurso de casación a la parte recurrente.

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución,

FALLO

Que desestimamos el recurso de casación núm. 1233/2008, interpuesto por D. Heraclio, representado por el Procurador de los Tribunales D. Luciano Rosch Nadal, contra la sentencia dictada, en fecha 6 de febrero de 2008, por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación núm. 32/06, promovido contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2005, dictada en primera instancia por la Sección de Enjuiciamiento de dicho Tribunal de Cuentas (Departamento 1º), que resolvió el procedimiento de reintegro por alcance núm. 184/00; con imposición al recurrente de las costas causadas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Díaz Delgado.- Juan José González Rivas.- Mariano de Oro-Pulido López.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, en audiencia pública, por el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, Magistrado Ponente en estos autos; de lo que como Secretaria, certifico.



2010/185103

TS Sala 4ª, Sentencia 1 julio 2010. Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Incumplimiento de formalidades en despido objetivo determinantes de su nulidad

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina frente a sentencia que rechazó la nulidad del despido de la recurrente.

Entiende la Sala que, aun cuando el empresario reconoció la improcedencia del despido objetivo, ello no exime de cumplir el requisito formal de expresión de causa suficiente, entendiéndose por tal, no una causa remota sino las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas para justificar la decisión extintiva, y esto no se ha producido en el caso de autos. Además, también se ha visto incumplido el requisito del preaviso por lo que condena a la empresa a indemnizar a la recurrente con treinta días de salario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora vino prestando servicios por cuenta de la demandada hasta el 26 de julio de 2008, fecha en la que recibió una carta en la que se ponía fin a la relación laboral "por no poder ofrecer, ante la disminución de trabajo, una plena y efectiva colocación". En la misma fecha se le hizo entrega de otra carta en la que se reconocía la improcedencia del despido y dice poner en ese acto a su disposición 2.174, euros importe de 37,5 días de indemnización, advirtiéndole que de rechazar la indemnización, se depositará en el Decanato de los Juzgados de lo Social en Barcelona en las 48 horas siguientes al despido. El 18 de julio de 2008 tuvo lugar la consignación del citado importe en el lugar designado. La Sentencia del Juzgado de lo Social desestimó íntegramente la demanda, por despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad y subsidiariamente por incumplimiento de las formalidades previstas y subsidiariamente improcedente y al pago asimismo de la mensualidad de preaviso. Frente a la sentencia que desestimó el recurso de Suplicación recurre la trabajadora en casación para la unificación de doctrina mediante tres motivos en los que se censura la aplicación del Derecho acerca de los requisitos de la comunicación escrita en un despido que la demandada presenta como objetivo, a la falta de puesta a disposición de la indemnización y a la falta de pago del preaviso.

SEGUNDO.- Para el primero de los motivos la recurrente ofrece como sentencia de contraste la dictada el 9

de enero de 2006 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En el supuesto sustanciado por la sentencia de comparación, la trabajadora había recibido una carta en la que se ponía fin a la relación laboral porque "la reestructuración de la campaña y del departamento al que Ud. pertenece hace imposible el poder continuar con la relación laboral", también le comunica que para no generar salarios de tramitación reconoce la improcedencia del despido y que pone a su disposición una indemnización de 505,04 euros. Consta que no se puso a disposición de la trabajadora la indemnización, si bien en las 48 horas siguientes depositó la cantidad anunciada en el Juzgado Decano de Barcelona. La sentencia de contraste estimó en parte el recurso por entender que la comunicación del despido que atribuye el mismo a causas objetivas, reguladas en los artículos 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Y dado que el segundo de los preceptos citados exige una serie de requisitos formales cuyo incumplimiento lleva aparejada la nulidad, aprecia su infracción por limitarse la comunicación escrita a la mera enunciación de la causa organizativa, por no haber puesto a disposición la indemnización de veinte días de salario. Por estas razones la sentencia referencial mantiene la calificación de despido nulo y desestima el recurso de la demandada en ese punto.

Concurre entre ambas sentencias la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- En el primero de los motivos la recurrente alega la infrac-

ción de los artículos 52, 53.1.a) y 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, del artículo 122.2 de la Ley de Procedimiento Laboral e interpretación errónea de los artículos 52, 53, 53.5 y 56.2 del Estatuto de los Trabajadores.

La cuestión que se plantea es la de si ante un despido en el que se alegan causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores reconociéndose por la empresa la improcedencia en base al artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, exime de cumplir el requisito formal de expresión de causa suficiente del artículo 53.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia recurrida señala que en la carta de despido no se hace mención de que el despido se fundamenta en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, añade que no existe ningún artículo en la ley que prohíba a los empresarios, aunque pudiesen optar por un despido objetivo a autorizar esta vía más económica establecida por la ley para esta extinción del contrato de trabajo, es decir el procedimiento establecido en los artículos 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, en consecuencia, es posible a juicio de la Sala de Suplicación que el empresario decida utilizar la vía del despido disciplinario, aunque las causas en las que base dicho despido sean de tipo objetivo, abonando la mayor indemnización de 45 días por año de servicio.

En asunto análogo y con idéntica sentencia de contraste se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 30 de marzo de 2010 (RCUD 1068/2009) y a su doctrina hemos de estar por razones de congruencia y homogeneidad. Reproduciendo en parte los términos de la referida resolución: "El significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET (al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52 c) ET sobre el despido objetivo) las "causas motivadoras" (art. 51.3 ET, art. 51.4 ET art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse

en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota. Así lo entendió tradicionalmente la jurisprudencia sobre causas de despido disciplinario (STS 3-11-1982; STS 10-3-1987, R° 1100/1986), y así lo ha entendido en general la doctrina científica en lo que concierne al despido objetivo por necesidades de la empresa. “

Con arreglo a la anterior doctrina dicho razonamiento no queda invalidado por una supuesta virtualidad general de la vía del despido del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, resaltando que: “Este cauce especial está previsto en principio para el despido disciplinario y se extendería por remisión (aunque en el presente caso no es imprescindible pronunciarse sobre ello) a las extinciones del contrato por causas objetivas reguladas en el art. 52 ET. Pero en lo que concierne particularmente a las extinciones objetivas por causas empresariales del art. 52.c) ET la remisión no debe alcanzar a la supresión del requisito de forma escrita “expresando la causa”. A diferencia de lo que sucede con los despidos disciplinarios, en los que la omisión de las formalidades de la carta de despido determina la calificación de improcedencia y no de nulidad (art. 55.4 ET), el legislador ordena la calificación de nulidad tanto para el despido objetivo en el que “no se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa” (art. 122.2.a) LPL, que reitera lo dispuesto en el repetidamente citado art. 53.4 ET) como para el despido colectivo en el que “no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa” (art. 124 LPL). Procede en consecuencia la estimación del motivo y resolver el debate de suplicación en cuanto a dicho extremo declarando la nulidad del despido de que fue objeto al trabajadora.

CUARTO.- Para el segundo motivo del recurso relativo a si en un despido por causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, el reconocimiento de la improcedencia exime del cumplimiento del requisito formal del artículo 53.1 b) de puesta a disposición simultánea de la indemnización a razón de veinte días por años de servicio. Con el fin de establecer la contradicción, la recurrente aporta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada el 18 de julio de 2006. La sentencia de comparación aborda la calificación de un despido en cuya comunicación se hace constar que la decisión “está amparada en la necesidad objetiva de proceder a amortizar su puesto de trabajo, fundadas en causas técnicas, organizativas y de producción”, a continuación la carta establecía las causas organizativas y de planificación que han conllevado el despido y por último

reconoce la improcedencia del mismo, asignando una indemnización de 45 días por año de servicio, 80.914,58 euros, que afirma pondrá a su disposición a la fecha de finalización del contrato (la fecha de extinción prevista era la de 20 de septiembre de 2005, la de la comunicación 19 de dicho mes y año). El 21 de septiembre de 2005 se produjo la consignación de la cantidad indicada y la del finiquito en el Juzgado de lo Social. La sentencia referencial declaró nulo el despido de la trabajadora, estimando su recurso de suplicación, razonando que no se trata de un despido disciplinario sino que habiendo adoptado la forma de un despido por causas objetivas, debió ajustarse a las exigencias de los artículos 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Entre ellas la simultánea puesta a disposición de la cantidad objeto de la indemnización. Añade por último, que si lo pretendido era evitar el abono de los salarios de tramitación del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores parte de un supuesto de hecho que no es el caso. Es preciso que el despido sea improcedente, no siendo el caso puesto que se trata de un despido nulo en el que no existe la opción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, y ello sería así aunque se tratara de un despido disciplinario y no por razones objetivas en el caso de ser declarado nulo.

De lo expuesto se deduce que también en cuanto al segundo motivo concurre la necesaria contradicción.

QUINTO.- En el segundo motivo del recurso se alega la infracción del 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

Con independencia de que se haya estimado el primero de los motivos el que también se plantea el debate en términos de nulidad de la extinción con el resultado favorable al recurso, hemos de analizar el motivo en el que el defecto invocado es la falta de puesta a disposición de la cantidad objeto de indemnización.

El motivo deberá ser desestimado por cuanto el texto cuya infracción se denuncia no emplea el término entrega sino el de puesta a disposición. Con ello el legislador ha querido significar que en cualquier momento inmediato en el que el trabajador recabe la entrega por cualquiera de los medios de pago legalmente admitidos, la cantidad deberá estar a su alcance, disponible.

No se desprende lo contrario del relato histórico, dado que con la comunicación se ofrece la indemnización, equivalente a 37,50 días de salario por año de servicios, advirtiendo de que si la rechazara, se depositará a su disposición, en el Decanato del Juzgado de lo Social. Dentro de las 48 siguientes la cantidad se depositó en el lugar indicado lo que muestra la clara voluntad y sin reservas de la demandada de des-

prenderse de la cifra indicada con destino al patrimonio de la demandante pues no otra cosa puede desprenderse de semejante proximidad en las fechas.

SEXTO.- Para el tercer motivo, relativo al incumplimiento del preaviso de treinta días, se ofrece como sentencia de contraste la dictada el 15 de enero de 2008 por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

La sentencia referencial ha contemplado un supuesto en el que se comunica a un trabajador la extinción de su contrato aduciendo dos causas susceptibles de calificación como despido por causas objetivas. La carta estaba fechada el 21 de junio de 2005 y la fecha de extinción es la misma. Añade que de acuerdo con el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores se reconoce la improcedencia del despido, poniendo a su disposición la indemnización equivalente a 45 días por año de servicio y para el caso de no ser aceptada anuncia su consignación en el Decanato de los Juzgados de lo Social de Sabadell. La cantidad indicada se consignó el 23 de junio de 2005 en el lugar anunciado. Acerca de la obligatoriedad del pago del preaviso, la sentencia de contraste, reiterando doctrina unificada en la sentencia de 28 de febrero de 2005 afirma que la no concesión de este periodo de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho periodo de vigencia de existencia del contrato. Debe por lo tanto afirmarse también la existencia de contradicción entre ambas resoluciones.

SÉPTIMO.- En el tercero de los motivos la recurrente alega la infracción por interpretación errónea del artículo 123.1) y 2) de la Ley de Procedimiento Laboral y del artículo 52 y 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de febrero de 2005 y de 15 de enero de 2008). La cuestión que se plantea es la de si ante un despido en el que se alegan causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, independientemente de la calificación judicial que posteriormente reciba de procedente, improcedente o nulo, y de las consecuencias legales de tales declaraciones, se debe condenar a la empresa al abono de la indemnización por falta de preaviso del artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia invocada de contraste y asimismo como doctrina infringida por la sentencia que ahora se recurre, reiterando doctrina de la Sala unificada en la sentencia de 28 de febrero de 2005 (RCUD. 1.110/2004.) literalmente señala: “Ante la claridad de lo dispuesto en el artículo 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, al establecer que “cuando se declare improcedente o nula la extinción extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el des-

pido disciplinario sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al periodo de preaviso”, no cabe olvidar, que la adopción del acuerdo de extinción del contrato por causas objetivas exige la observancia entre otros requisitos, el relativo a conceder un plazo de preaviso de 30 días, computando desde la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo (artículo 53.1.c del Estatuto de los Trabajadores) y que durante tal periodo de preaviso (en donde está vigente el contrato), el trabajador tendrá derecho sin pérdida de su retribución a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo y, la no concesión de este periodo de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho periodo de vigencia de existencia del contrato (artículo 53.2 y 4 del Estatuto de los Trabajadores). Precisamente, teniendo en cuenta estas circunstancias, particularmente que el contrato existe durante el periodo de preaviso, se pronuncia el artículo 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuya interpretación gramatical, lógica y sistemática excluye la conclusión que pretende la parte recurrente, pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido.”

De conformidad con la doctrina de mérito procede la estimación del motivo y del recurso en cuanto dicho extremo, condenando a la demandada al abono de la indemnización de treinta días de salario en concepto de preaviso.

OCTAVO.- Por lo expuesto y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación de la totalidad del recurso, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre las costas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado D. Jordi Vidal Ciurana actuando en nombre y representación de D^a Emma Casamos y anulamos la sentencia de fecha 15 de julio de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Resolvemos el debate de suplicación y con estimación del recurso de igual naturaleza declaramos la nulidad del despido de que la trabajadora fue objeto el 16 de julio de 2008, condenamos a la demandada a la inmediata readmisión de la actora en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia con abono de los salarios de tramitación desde el despido hasta esa fecha así como al



EL DERECHO

Año XVII. Número 2896

Madrid, 22 de noviembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

pago de la indemnización equivalente a treinta días de salario en concepto de preaviso, con revocación de la sentencia dictada con fecha 27 de octubre de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. Nueve de Barcelona, en autos núm. 686/2008, seguidos a instancia de D^a Emma contra Motor Klasse, S.L., el Fondo de Garantía

Salarial y con citación del Ministerio Fiscal sobre despido y sin que haya lugar a pronunciamiento de las costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jordi Agusti Julia.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- Milagros Calvo Ibarlucea.

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

RESEÑA

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



2010/185002

TS Sala 1^a, Sentencia 28 julio 2010.
Ponente: D. Román García Varela

Ejercicio del derecho de opción fuera del plazo expresamente establecido

El TS declara no haber lugar al rec. de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que, al igual que la dictada en primera instancia, rechazó la demanda por la que la entidad actora pretendía que se reconociera su derecho de opción de compra sobre la finca arrendada, fundándose la decisión en que no estaba firmado por los propietarios demandados el documento aportado por la actora en el que se establece la ampliación del derecho de opción de compra a todo el término de duración del arrendamiento y no únicamente durante el plazo inicialmente pactado de un año. Señala la Sala que en tanto se ha establecido un plazo concreto para el ejercicio del derecho de opción, modo expreso y sin quepa confusión alguna, e intentada la opción con posterioridad, con independencia de que el contrato de arrendamiento siguiera o no vigente en tal fecha, el derecho de opción pudo ser válidamente ejercitado.

2010/185003

TS Sala 1^a, Sentencia 28 julio 2010.
Ponente: D. Román García Varela

Presentación de demanda en el ejercicio del derecho de retracto al día hábil siguiente al vencimiento del plazo

El TS declara no haber lugar al rec. de casación al ser conforme con la jurisprudencia de la Sala el criterio seguido

por la AP que, con revocación de la sentencia dictada en primera instancia, estimó la acción interpuesta por los actores en la que ejercitaban su derecho de retracto sobre la finca litigiosa, dado que el último día del plazo de nueve días para el ejercicio del indicado derecho no se podía presentar la demanda, pues era inhábil y el juzgado de guardia no admitía escritos, habiéndose presentado la demanda el primer día hábil siguiente. En los casos como el presente en los que el efecto de caducidad no se hubiera producido de poder haber sido presentada la demanda, se considera que no puede perjudicar al actor una interpretación de las normas procesales que impediría al titular de un derecho, en este caso del derecho de retracto, de la totalidad del plazo concedido por la ley para su ejercicio.



2010/102607

TS Sala 2^a, Sentencia 24 abril 2010.
Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Apreciación de atenuante analógica de colaboración con la investigación

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de homicidio, maltrato habitual y contra los derechos y deberes familiares. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que aprecia en el recurrente la atenuante analógica de colaboración, al narrar, tras la detención, los pormenores de la agresión que propinó a la víctima, la indicación de los elementos contundentes con los que se perpetró la agresión, y el hallazgo de restos orgánicos que propiciaron el más rápido y mejor esclarecimiento de los hechos enjuiciados, contribuyendo con todo ello a facilitar la investigación.

2010/113306

TS Sala 2^a, Sentencia 24 mayo 2010.
Ponente: D. Joaquín Delgado García

Absolución de uno de los acusados del delito de inmigración clandestina

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra los derechos de los trabajadores e inmigración clandestina. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de este último delito, pues el relato de hechos, en cuanto al episodio relativo a la captación de las dos brasileñas para traerlas a España, en nada aparece este acusado, que solo interviene después, cuando ya las dos referidas víctimas están en el club, donde este último llevaba doce años trabajando como camarero y encargándose de liquidar con las mujeres que allí trabajaban lo que habría de corresponder a cada una y a la empresa en cuanto a lo ingresado por consumiciones y "pases" a las habitaciones.



2010/133453

TS Sala 3^a, Sección 2^a, Sentencia 16 junio 2010.
Ponente: D. Oscar González González

Exclusión del IVA en la transmisión de una rama de actividad

El TS, que ha lugar al recurso de casación, estima el recurso contencioso administrativo y declara la nulidad por su desconformidad a derecho de la re-

solución del TEAC dictada en un asunto relativo a la no sujeción al IVA de la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o de los elementos afectos a una rama de la actividad empresarial, y en la que se señalaba por la Administración que entre las condiciones para el disfrute de tal régimen se encuentra la comunicación previa al Ministerio de Hacienda, siendo su falta, causa excluyente del régimen. La Sala considera que resulta con claridad meridiana que el establecimiento de la comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda constituye un obstáculo contrario a la Directiva 90/434, al restringir la normativa nacional un derecho incondicionalmente reconocido por la norma europea, pudiéndose desplazar la aplicación del derecho interno como expresamente lo ha señalado la doctrina del TJCE.



2010/140241

TS Sala 4^a, Sentencia 25 mayo 2010.
Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Vigencia de dos normas complementarias sobre promoción por capacitación

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la caja de ahorros demandada contra sentencia que acogió la pretensión del sindicato accionante sobre convocatoria de promoción por capacitación. Señala la Sala que de la comparación del acuerdo extraestatutario suscrito entre la recurrente y los sindicatos con el art. 26 Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros vigente, aparece con claridad que aquél se refiere a la promoción por capacitación al nivel VII del grupo I, mientras que éste regula la promoción a los niveles X y VIII, por lo que no existen dos normas vigentes con regulaciones diferentes, sino dos normas vigentes complementarias y no incompatibles, al referirse cada una de ellas a diferentes niveles de promoción, resultando ambas de obligado cumplimiento, si bien la primera de ellas únicamente para quienes la suscribieron y, en su caso, para quienes a ella se hubieran adherido posteriormente.