



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 2837

Madrid, lunes 31 de mayo de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/11587

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 15 febrero 2010. Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

Altura máxima de edificaciones sin respetar el PGOU

Ha lugar a la casación planteada contra el auto que desestimó la súplica dirigida frente a otro anterior, que desestimó el incidente de nulidad promovido en relación con la ejecución de lo resuelto por una sentencia que declaró nulo el Estudio de Detalle porque ordenaba la anchura de los viales, y con ello la altura máxima de las edificaciones, en términos distintos a los establecidos en el PGOU, algo que no puede hacer un Estudio de Detalle, y como consecuencia se anularon también las licencias para edificar que fueron otorgadas a su amparo. Así las cosas, la aprobación de un nuevo Plan Especial que fija unas alturas máximas que también exceden de las establecidas en el PGOU, alberga el claro propósito de legalizar las edificaciones realizadas al amparo de las licencias que la sentencia anuló, y, en consecuencia, de eludir el cumplimiento de aquella sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación lo dirige la representación de D. Roberto contra el auto de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de marzo de 2008 que desestima el recurso de súplica dirigido contra auto de 4 de enero de 2008 que desestima el incidente de nulidad promovido en relación con la ejecución de lo resuelto por sentencia en el recurso contencioso-administrativo 1160/1994.

En el antecedente primero han quedado transcritos la parte dispositiva y algunos párrafos de la fundamentación jurídica de la sentencia de cuya ejecución se trata; y en el antecedente segundo puede verse un fragmento de la sentencia del Tribunal Supremo que declaró no haber lugar al recurso de casación dirigido contra aquella. Hemos reseñado también el incidente de nulidad promovido por la parte recurrente, ya en fase de ejecución de sentencia, y las razones que dio la Sala de instancia

para desestimar dicho incidente mediante auto de 4 de enero de 2008, luego confirmado en súplica por auto de 14 de marzo de 2008 (antecedentes tercero y cuarto). Conocidos tales antecedentes, también ha sido expuesto el enunciado de los motivos de casación que aduce el recurrente (antecedente quinto).

Procede entonces que pasemos a examinar esos motivos de casación. Pero antes de abordarlos debemos hacer una consideración sobre los documentos que fueron aportados con el escrito de interposición del recurso de casación y sobre cuya admisión esta Sala no se ha pronunciado todavía (véanse antecedentes quinto, último párrafo, y décimo). Se trata de documentos que no deben ser admitidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues no siendo resoluciones judiciales ni administrativas no cabe su aportación en casación. Eso lo primero.

SEGUNDO.- Alterando el orden en el que aparecen formulados, nos ocuparemos en primer lugar del mo-

tivo de casación tercero, que la representación del recurrente formula al amparo del artículo 88.1.a/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción alegando que los autos recurridos suponen un ejercicio defectuoso, por insuficiente, de la jurisdicción.

Es claro que el motivo no puede ser acogido pues, con independencia de que la decisión adoptada en los autos recurridos sean o no compartida -de ello nos ocuparemos más adelante, al examinar los motivos de casación de fondo- en ningún caso cabe afirmar que haya habido un defecto en el ejercicio de la Jurisdicción. Los autos recurridos son resoluciones dictadas en el normal ejercicio de la jurisdicción y resolviendo un incidente promovido precisamente por el litigante que ahora recurre en casación. Según parece, la representación del recurrente entiende que hay defecto o insuficiencia en el ejercicio de la jurisdicción cuando el órgano que resuelve no accede a sus pretensiones. Pero indudablemente no es ese el sentido del motivo de casación previsto en el citado artículo 88.1.a/ de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

TERCERO.- En el motivo primero se alega que los autos recurridos albergan una ilegal revisión de la sentencia de instancia pues se basan en una fundamentación jurídica distinta a la de ésta, y, además, incurren en incongruencia en relación con los fundamentos y pretensiones de la parte que promueve el incidente de nulidad.

En cuanto a lo primero, debe notarse que la falta de concordancia que se alega entre los autos aquí recurridos y la fundamentación jurídica de la sentencia dictada en su día no sería un defecto formal sino sustantivo; por lo que, al menos en este punto, no está justificada la formulación del motivo al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.calle. Por lo demás, el auto de 4 de enero de 2008, aparte de transcribir la fundamentación jurídica de la sentencia de 14 de octubre de 1997, no hace sino explicar cual fue la ratio decidendi de dicha Sentencia "...que el Estudio de Detalle, al haber aumentado la anchura de las calles Xaloc y Ronda Orient, y, en consecuencia, haber aumentado la altura máxima del edificio de autos, ha infringido el artículo

SUMARIO

TS

CIVIL

Indemnización por aseguradora a favor de club de fútbol por lesión de jugador **5**

Inaplicación de la doctrina del reportaje neutral **7**

PENAL

Malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial **7**

ADMINISTRATIVO

Altura máxima de edificaciones sin respetar el PGOU **1**

Tributación de transmisiones que no han sido objeto de liquidación **3**

SOCIAL

Válido traslado de personal laboral a otro centro de trabajo sin cambio de residencia **12**

TDC

Fijación de precios en alquiler de vehículos constitutivo de infracción del art. 1,1 a) LDC **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

26 del Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia de urbanismo (Decreto Legislativo 1/1990 de 12-7), en relación con el art. 65.3 y 4 del Reglamento de Planeamiento “.

Frente a lo que afirma la representación del recurrente, no es cierto que la sentencia acotase el fundamento normativo de la decisión citándolo al artículo 356.3 de las Normas Urbanísticas del Plan General, pues ya vimos que en la fundamentación jurídica de la sentencia de 14 de octubre de 1997 (fundamentos tercero y de nuevo tercero, aunque este último debería ser cuarto) la Sala de instancia, junto a ese concreto apartado 356.3 de las Normas Urbanísticas, también invocaba y examinaba los mencionados artículos 26 del Decreto Legislativo 1/1990 de Cataluña y 65.3 del Reglamento de Planeamiento, que, ciertamente, conforman la ratio decidendi de la sentencia junto con el ya mencionado artículo 356.3 de las Normas Urbanísticas del Plan General.

En cuanto a la alegada incongruencia del auto con los fundamentos y pretensiones de la parte que promovió el incidente de nulidad, la representación del recurrente aduce que los autos recurridos se pronuncian sobre cuestiones no decididas en la sentencia, en concreto las referidas al texto refundido del Plan General de Sabadell aprobado definitivamente por acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona de 31 de julio de 2000 y al Plan Especial del Área A.19-TN aprobado definitivamente por acuerdo de la misma Comisión Territorial de 18 de febrero de 2004. No es fácil entender el planteamiento del recurrente en este punto. Si el auto de 4 de enero de 2008 aquí recurrido se refiere a tales instrumentos es porque el incidente de nulidad promovido por la representación D. Roberto venía dirigido precisamente contra ellos. Es decir, el recurrente pidió a la Sala que declarase la nulidad del texto refundido del Plan General aprobado el año 2000 y del Plan Especial del Área A.19-TN aprobado en 2004 alegando que ambos son contrarios a lo decidido en la sentencia y no pretenden sino eludir su cumplimiento; y cuando la Sala desestima el incidente por no apreciar en los citados instrumentos el propósito que se alega de eludir el cumplimiento del fallo, el mismo promotor del incidente se lamenta ahora en casación de que la Sala de instancia se haya pronunciado sobre esa cuestión. Parece claro que es el planteamiento

del motivo de casación, y no el auto recurrido, el que incurre en incongruencia.

CUARTO.- Examinaremos ahora de manera conjunta los motivos de casación segundo y cuarto, ambos formulados al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, pues las cuestiones que en tales motivos se suscitan no son sino variaciones apenas diferenciadas de un mismo argumento central de impugnación. Así, en el motivo segundo se alega que los autos recurridos infringen el artículo 103.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción pues según alega el recurrente, dan cobertura a disposiciones que son contrarias a los pronunciamientos de la sentencia de 1997 con el objetivo de eludir su cumplimiento y amparan la vulneración del principio de jerarquía normativa y, por ende, del principio de legalidad. Y luego el motivo cuarto incide en el mismo argumento señalando que los autos recurridos son contrarios a la jurisprudencia en cuanto amparan, ilegalmente, figuras de planeamiento aprobadas por la Administración con el único objetivo de eludir el cumplimiento de la sentencia.

Siendo ese el planteamiento del recurrente, nuestra respuesta habrá de ser distinta con relación a los dos instrumentos de planeamiento cuya nulidad se postula. Veamos.

QUINTO.- En lo que se refiere al texto refundido del Plan General de Sabadell aprobado definitivamente por acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona de 31 de julio de 2000, no hay base suficiente para afirmar que por medio de ese instrumento se intentaba eludir el cumplimiento de la sentencia de 1997 que anuló el Estudio de Detalle.

En el auto de 4 de enero de 2008, aquí recurrido, la Sala de instancia señala en su fundamento segundo, último párrafo, que el mencionado texto refundido del Plan General aprobado el año 2000 recogió la nulidad del Estudio de Detalle que había sido declarada por sentencia de 14 de octubre de 1997; y también indica el auto que, según el informe emitido por el arquitecto Sr. Ezequías, el citado texto refundido no modificó los parámetros del Área A.19-TN establecidos por el Plan General de Ordenación de 1993. Esto es, no alteró el artículo 356 de las Normas Urbanísticas del Plan General que había sido invocado en la sentencia

de 1997 que declaró la nulidad del Estudio de Detalle.

Así las cosas, con relación a la zona a la que se refiere la controversia (Área A.19-TN) lo único que vino a determinar el texto refundido de 2000 es que el desarrollo de la misma se realizaría mediante Plan Especial. Y puesto que esa determinación no alberga ningún contenido sustantivo de ordenación, no cabe afirmar que con ella se intentase eludir el cumplimiento de la sentencia que había declarado nulo el Estudio de Detalle.

SEXTO.- Las cosas son bien distintas en lo que se refiere al Plan Especial del Área A.19-TN aprobado definitivamente por acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona de 18 de febrero de 2004.

El auto de 4 de enero de 2008 aquí recurrido viene a admitir -aunque no con la claridad deseable- que el mencionado Plan Especial contempla un número de plantas (PB + 6 PP) superior al previsto tanto en el Plan General de 1993, que, como hemos visto, no había sido alterado en el texto refundido de dicho Plan General de 2000. Y, en efecto, tanto si atendemos a los datos recogidos en la sentencia de 14 de octubre de 1997, que anuló el Estudio de Detalle, como si nos fijamos en los datos y conclusiones de la prueba pericial practicada en el incidente de nulidad que ahora nos ocupa, constatamos que la altura prevista en el mencionado Plan General es de PB + 4 PP o, dependiendo de la calle y de la forma de medir la anchura del vial, PB + 3 PP.

Decimos que la Sala de instancia no ignora esta realidad; pero se refiere a ella de una forma sucinta, limitándose a señalar que el Plan Especial da cobertura a las alturas máximas de PB + 6PP (fundamento quinto del auto de 4 de enero de 2008). Tan escueta referencia resulta claramente insuficiente pues la Sala de instancia no entra de lleno a examinar un aspecto central de la controversia planteada en el incidente de nulidad, pues uno de los principales argumentos que se aducen para solicitar que se declare nulo el Plan Especial es que éste autoriza unas alturas máximas que exceden de las previstas en el Plan General. Y, en efecto, así es.

Constatada esa realidad, el punto de conexión con lo resuelto en la sentencia de 1997 parece claro. La citada sentencia declaró nulo el Estu-

dio de Detalle porque ordenaba la anchura de los viales, y con ello la altura máxima de las edificaciones, en términos distintos a los establecidos en el Plan General, algo que no puede hacer un Estudio de Detalle; y, como consecuencia de la nulidad de éste, la sentencia también anuló las licencias para edificar que habían sido otorgadas a su amparo. Así las cosas, la aprobación de un nuevo instrumento -ahora un Plan Especial- que fija unas alturas máximas que también exceden de las establecidas en el Plan General alberga el claro propósito de legalizar las edificaciones realizadas al amparo de las licencias que la sentencia anuló, y, en definitiva, de eludir el cumplimiento de aquella sentencia.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas, deben ser acogidos los motivos de casación segundo y cuarto en lo que se refiere al Plan Especial del Área A.19-TN, debiendo éste ser declarado nulo de conformidad con lo previsto en el artículo 103.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, si bien la declaración de nulidad no alcanza a la totalidad de las determinaciones del mencionado Plan Especial sino únicamente a aquellas en las que se establece una altura máxima (PB + 6PP) superior a la prevista en el Plan General.

Como derivación de lo anterior, y en relación con las edificaciones realizadas al amparo de las licencias que la sentencia de 1997 anuló, es claro que no puede pretenderse su legalización sobre la base de unas determinaciones del Plan Especial que aquí declaramos nulas.

Sin embargo, no cabe hacer el pronunciamiento que pretende el recurrente en orden al derribo de la parte de la edificación ilegal e ilegalizable, pues en el incidente de nulidad promovido al amparo de lo previsto en el artículo 103.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, al que se contrae este recurso de casación, hemos de limitarnos a declarar la nulidad de aquellos actos o disposiciones que son contrarios a lo resuelto en la sentencia y que consideramos dictados para eludir el cumplimiento de aquella.

La decisión acerca de las demás cuestiones e incidencias que se susciten en relación con el cumplimiento de la sentencia, en particular las relativas a la demolición de la parte edificada que no resulte legalizable, son ajenas a este incidente de nulidad y habrán de adoptarse en el incidente de ejecución de la sentencia.

Eso sí, en el bien entendido de que al resolver sobre tales cuestiones en ningún caso podrá acordarse la legalización de lo edificado sobre la base de las determinaciones del Plan Especial que aquí se declaran nulas.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas de la instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.

FALLO

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de D. Roberto contra el auto de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de marzo de 2008 que desestima el recurso de súplica dirigido contra auto de 4 de enero de 2008 que desestima el incidente de nulidad promovido en relación con la ejecución de lo resuelto por sentencia en el recurso contencioso-administrativo 1160/1994, quedando ahora anulados y sin efecto los mencionados autos.

2. Estimando en parte el incidente de nulidad promovido por la representación de D. Roberto al amparo de lo previsto en el artículo 103.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, declaramos nulas las determinaciones del Plan Especial del Área A.19-TN aprobado definitivamente por acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona de 18 de febrero de 2004 en las que se establece una altura máxima de edificación (PB + 6 PP) superior a la prevista tanto en el Plan General de Ordenación Urbana de Sabadell de 1993 como en el texto refundido de dicho Plan General aprobado en el año de 2000, con desestimación de las demás pretensiones de la parte que promueve el incidente de nulidad.

3. No hacemos imposición de costas en el incidente de nulidad promovido en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

4. Devuélvase a la representación del recurrente el documento núm. 2 de los aportados con el escrito de interposición del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Oro-Pulido López.- Rafael Fernández Valverde.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Calvo Rojas, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Secretario, certifico.

2009/362515

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 9 diciembre 2009. Ponente: D. Emilio Frias Ponce

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales

Tributación de transmisiones que no han sido objeto de liquidación

El TS acuerda estimar el recurso de casación interpuesto por la Fundación actora frente a sentencia del TSJ Galicia, donde se razona que en el supuesto enjuiciado el Expediente de Dominio no ha suplido título de transmisión alguno, pues la que hubo se derivó de la herencia en su día producida, transmisión al que dicho expediente gravado es ajeno. El precepto analizado en la sentencia - art.7,2 c) del RD Legislativo 3050/1980 - pretende someter a tributación transmisiones que no han sido objeto de liquidación. La Sala indica que no puede entenderse este texto legal invocado por las resoluciones recurridas como un cauce puramente formal para reabrir el devengo de impuestos cuyo régimen jurídico tiene cauces específicos. Entender las cosas de otra manera supondría gravar, en hipótesis como la litigiosa, por razones estrictamente formales, hechos en los que no se pone de relieve capacidad económica alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la mejor comprensión de los motivos de casación que se articulan conviene tener en cuenta los siguientes antecedentes fácticos:

Primero.- La Fundación Juana de Vega fue instituida heredera por Dª Blanca, condesa de dirección000, en su testamento otorgado con fecha de 31 de mayo de 1869.

Segundo.- En el testamento, la fundadora instituía heredera a la Fundación en todos sus bienes, entre los que se encontraban una serie de fincas, rústicas y urbanas, acaeciendo su muerte el 22 de junio de 1872.

Tercero.- En el año 1902 se presentó en Hacienda la declaración del Impuesto de Derechos Reales por la herencia de Dª Blanca, donde se solicitó la prescripción, que fue concedida expresamente por el Abogado del Estado.

Cuarto.- En el año 1985 la Fundación Juana de Vega decidió inmatricular en el Registro de la Propiedad trece fincas, todas ellas adquiridas por la Fundación por herencia de su fundadora Blanca.

Mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia número dos de la Coruña, de fecha 1 de marzo de 1986, se aprobó el expediente de dominio, en el que estimaban justificados los extremos solicitados en el escrito inicial, donde se detallaba y acreditaba la causa de adquisición de todas las fincas herencia de la fundadora incluso la causa de adquisición por ésta: la casa núm. 000 de la calle000, por compra de Blanca a D. Alejandro en virtud de escritura otorgada ante el mismo Notario el 25 de septiembre de 1853, según constaba en documento que se acompañaba al expediente; la casa núm. 001 de la calle001, por herencia de su padre D. Constancio, que a su vez la habían adquirido por compra a D. Emiliano, en virtud de escritura de fecha 8 de noviembre de 1820, según constaba en documentos que acompañaban al escrito inicial del expediente; la casa núm. 002 de la calle002, la había adquirido la fundadora por herencia de su padre quien se la había adjudicado en remate judicial, mediante escritura de 16 de mayo de 1803, que aportaba el expediente; la casa núm. 003 de la CALLE000 adquirida por la Fundación por herencia de Dª Blanca; las nueve fincas rústicas las había adquirido la Fundación por herencia de su fundadora, quien a su vez las había adjudicado en remate judicial mediante escritura de 16 mayo de 1803.

Quinto.- Con fecha 3 de diciembre de 1986 el Servicio de Gestión e Inspección Tributaria de la Delegación en la Coruña de la Consellería de Economía e Facenda requirió a la Fundación para que justificase el pago por la escritura de fecha 16 de mayo de 1803, y el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 60 R.D. 3494/81 para la posible exención impositiva de la Fundación Juana de Vega, al haber presentado el 9 de abril de 1986 autoliquidación por el Impuesto de Transmisiones no ingresando cantidad alguna.

Sexto.- En respuesta a ese requerimiento, la Fundación Juana de Vega aportó con fecha 26 de diciembre de 1986 la documentación requerida (requisitos exigidos en el art. 60 RD 3494/88) y solicitó a la Consellería de Economía e Facenda la concesión de la exención subjetiva del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, prevista en los art. 48.) A-b del Texto Refundido de la Ley, y art.59-I-A)b) del Reglamento de dicho impuesto.

Mediante acuerdo de fecha 9 de febrero de 1987, el Conselleiro de Economía e Facenda concedió a la Fundación la exención subjetiva.

Séptimo.- El 23 de abril de 1991, el Servicio de Gestión Tributaria de la Delegación de la Coruña de la Consellería de Economía e Facenda de la Xunta de Galicia notificó a la Fundación el acuerdo aprobatorio del expediente de comprobación de

valores de las fincas objeto del expediente de dominio a los efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, por un importe de 435.733.516 ptas., contra el cual la Fundación interpuso recurso de reposición el 7 de mayo de 1991.

Mediante Acuerdo de 17 de febrero de 1993 el Servicio de Gestión Tributaria estimó en parte el recurso de reposición, ordenando la práctica de una nueva valoración suficientemente motivada contra dicho acuerdo.

La Fundación interpuso reclamación económico-administrativa, que fue desestimada por resolución de TEARG de fecha 11 de mayo de 1995. Interpuesto recurso de alzada fue nuevamente desestimado por resolución del TEAC de fecha 22 de noviembre de 1996, contra la cual formuló recurso contencioso administrativo núm. 2/151/1997 ante la Audiencia Nacional que fue desestimado por sentencia de la Sección Segunda de 21 de septiembre de 1999.

Sin embargo, interpuesto recurso de casación por la representación de la "Fundación Juana de Vega", esta Sección dictó Sentencia el 25 de octubre 2004, casando la recurrida y estimando el recurso contencioso-administrativo núm. 151/1997, con anulación de los actos impugnados al estimar el motivo cuarto de los aducidos.

Octavo.- El 15 de marzo de 1993 se notificó a la Fundación Juana de Vega la nueva valoración realizada que mantenía los valores en 435.733.916 ptas. y el 18 de febrero de 1997, la Delegación de la Coruña de la Consellería de Economía e Facenda de la Xunta de Galicia se notificó la liquidación por importe de 62.158.955 ptas.

Noveno.- Promovida nueva reclamación económico administrativa ante el TEARG contra la liquidación se alegó la no sujeción del expediente de dominio al impuesto, y subsidiariamente, aplicación de la exención del art. 48.I A.b) del Texto Refundido de 1981 o la prescripción, siendo desestimada, por Acuerdo de 25 de febrero de 1999, sin entrar a conocer el fondo del asunto, por aplicación del art. 55 del Reglamento del Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

Interpuesto recurso de alzada ante el TEAC fue desestimado por Acuerdo de 11 de mayo de 2000, contra el que se formuló recurso contencioso-administrativo núm. 7948/2000, ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, cuya sentencia desestimatoria es objeto de presente recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula sobre la base de los siguientes motivos:

I.- Al amparo del motivo c) del párrafo 1 del artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por "Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia", en concreto, falta de claridad y precisión, falta de motivación e incongruencia.

II.- Subsidiariamente, al amparo del motivo d) del párrafo 1 del artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", en concreto, infracción por interpretación errónea del artículo 55 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo.

III.- Al amparo del motivo d) del párrafo 1 del artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", en concreto, infracción, por interpretación errónea del artículo 7-2-c) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (aprobado por Real Decreto Legislativo 350/1980, de 30 de diciembre).

IV.- Al amparo del motivo d) del párrafo 1 del artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", en concreto, infracción, por interpretación errónea del artículo 9-3 de la Constitución; así como infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 1-2-99, 17-2-99, 1-2-90, 22-3-91 y 7-10-91);

V.- Al amparo del motivo d) del párrafo 1 del artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", en concreto, infracción, por interpretación errónea del artículo 9-3 de la Constitución; así como infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 1-2-99, 17-2-99; -2-90, 22-3-91, 7-10-91).

VI.- Al amparo del motivo d) del párrafo 1 del artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", en concreto, por infracción por inaplicación de los siguientes artículo: 48 (A-b)

del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (aprobado por Real Decreto Legislativo 350/1980, de 30 de diciembre).

TERCERO.- Sin embargo, al haber alegado la representación de la parte recurrida la inadmisibilidad del recurso de casación, procede un pronunciamiento previo sobre esta pretensión que se basa en la falta de justificación por la recurrente, en el escrito de preparación, de la infracción de las normas de Derecho estatal o comunitario europeo y de su relevancia en el fallo de la sentencia, al existir una referencia a ello, realizada con un formalismo y carácter escueto que impide tener por cumplido lo que dispone el art. 89.2 de la Ley Jurisdiccional, al referirse, de hecho, su alegación más que al derecho utilizado por la sentencia, al derecho no utilizado por ésta.

Ciertamente la preparación del recurso de casación se fundamentó en la inaplicación por la sentencia de los arts. 7-2-C) del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, 9.3 de la Constitución, 48.1.A), b) del citado Texto Refundido y, 64 y 65 de la Ley General Tributaria, al no haber aceptado ninguno de los motivos de impugnación alegados en la demanda, que hacían, referencia a la no sujeción al Impuesto del expediente de dominio tramitado, a la infracción por la resolución impugnada de los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, a la aplicación de la exención subjetiva y a la procedencia de declarar la prescripción del derecho de la Administración para exigir el Impuesto.

Este modo de proceder debe considerarse correcto, al cumplir la exigencia del art. 89.2 de la Ley Jurisdiccional, en cuanto que la infracción, por inaplicación, afecta a normas estatales, lo que permite conocer de los motivos aducidos.

CUARTO.- En el primer motivo se denuncia la falta de claridad y precisión de la sentencia, así como la falta de motivación e incongruencia.

A juicio de la recurrente, la falta de claridad de la sentencia se observa en los Fundamentos de Derecho II y III, porque el primer inciso del Fundamento de Derecho II dice "Por ello si la relación de los bienes en número de 13 han sido inmatriculados a virtud del Título que se ha aportado como fue el Testamento de la Fundadora de 31 de mayo de 1869 es evidente que debe estar exento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por la tramitación del expediente de dominio por cuanto se trata de una Entidad que goza de exención subjetiva a tenor del art. 7.2.a) del Reglamento...", no tiene relación con el segundo inciso, que empieza diciendo "por lo que si de acuerdo con

los arts. 55 del R. del P.E.A. de 1996 no cabe posibilidad de revisión o nulidad al no estar firma la comprobación de dichos bienes...", el cual aparentemente está sin terminar, sucediendo lo mismo en el Fundamento de Derecho III, que está formado por una serie de ideas separadas por comas, sin aparente conexión unas con otras, que forman un conjunto inconexo, sin coherencia, con defectos de sintaxis y, en definitiva, ininteligible.

Consecuencia de esta falta de claridad y precisión para la recurrente es la falta de motivación del fallo, resultando también, a su juicio, incongruencia porque después de manifestar que no cabe hablar de cosa juzgada administrativa, y que no es aplicable el artículo 55 del Reglamento de Procedimiento, no da respuesta, ni siquiera de forma global y genérica, a las alegaciones deducidas relativas al fondo del asunto, limitándose a desestimar el recurso por otras cuestiones no planteadas por las partes.

Ciertamente la argumentación de la Sala de instancia produce confusión, pues no obstante reconocer que la comprobación de valores practicada, pendiente en su momento de casación, era cosa distinta a la liquidación a que se refería el recurso, no indica si era o no posible resolver los mismos temas que la parte planteó frente a la comprobación, aludiendo sólo a la exención pretendida, que era una de las cuestiones formuladas, para concluir que por haber sido denegada por la Audiencia Nacional, debía estarse a tal resolución sin perjuicio de lo que se decidiera definitivamente.

Todo el problema surge por haberse notificado la liquidación, antes de la firmeza del acto de comprobación, que había sido impugnado, separadamente conforme a la redacción entonces vigente, no obstante haberse iniciado el expediente de comprobación, antes de la modificación operada en el art. 49 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, en virtud del art. 25 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, que entró en vigor el día 1 de enero de 1992.

CUARTO.- Ahora bien, en la actualidad, nos encontramos con la sentencia de 27 de octubre de 2004 de esta Sala, que estimó el recurso de casación interpuesto por la Fundación ahora recurrente contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que había confirmado la procedencia de la comprobación practicada, lo que comportaba la anulación de los actos administrativos, por entender la Sala que el reconocimiento de dominio en este caso no estaba sujeto al importe sobre Transmisiones.

La argumentación de la Sala fue la siguiente:

Sexto.- Distinta solución merece el cuarto de los motivos de casación que se articulad del siguiente modo:

"Al amparo del motivo d) del párrafo 1 del artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto, infracción por interpretación errónea del artículo 7.2.c) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (aprobado por Real Decreto Legislativa 3050/1980), de 30 de diciembre).

De lo que se trata, en su análisis, es de interpretar el sentido del artículo 7.2.c) del Real Decreto Legislativo 3050/80 de 30 de diciembre que establece que se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del Impuesto:

"Los expedientes de dominio, las actas de notoriedad, las actas complementarias de documentos públicos a que se refiere el título VI de la Ley Hipotecaria, y las certificaciones expedidas a los efectos del art. 206 de la misma Ley, a menos que se acredite haber satisfecho el impuesto o la exención o no sujeción por la transmisión, cuyo título se supla con ellos y por los mismos bienes que sean objeto de unos u otras salvo en cuanto a la prescripción cuyo plazo se computará desde la fecha del expediente acta o certificación."

En nuestra opinión es evidente que todo Expediente de Dominio facilita una documentación que permite el acceso al Registro de la Propiedad de las Fincas objeto de aquel. Desde esta perspectiva, no hay lugar a distinguir entre los diferentes Expedientes de Dominio, que es lo que mantiene la sentencia de instancia.

No puede negarse, sin embargo, que hay unos Expedientes de Dominio que suplen el título de la transmisión previa, y, otros, que no suplen dicho título. En unos casos ese título transmissivo existe, no está en discusión y su realidad material se encuentra probada. En otros casos no existe este título.

Siendo esto así, como lo es, entendemos que el tenor literal del artículo 7.2 c) del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, demuestra que se sujetan a gravamen exclusivamente los Expedientes de Dominio que suplan el título de transmisión, quedando fuera de la órbita del precepto los Expedientes de Dominio cuyo título transmissivo no sea suplido por ellos. En estas hipótesis, existencia de título transmissivo, la tributación de la transmisión se rige por la reglas aplicables al título que contenga la transmisión de que se trate, en el caso litigioso por herencia.

Que lo que venimos razonando es correcto se infiere porque en el supuesto enjuiciado el Expediente de Dominio no ha suplido título de transmisión alguno, pues la que hubo se derivó de la herencia en su día producida, transmisión al que el Expediente de Dominio gravado es ajeno.

El precepto analizado pretende someter a tributación transmisiones que no han sido objeto de liquidación. No puede entenderse el texto legal invocado por las resoluciones recurridas como un cauce puramente formal para reabrir el devengo de impuestos cuyo régimen jurídico tiene cauces específicos. Entender las cosas de otra manera supondría gravar, en hipótesis como la litigiosa, por razones estrictamente formales, hechos en los que no se pone de relieve capacidad económica alguna”

Esta sentencia necesariamente ha de cumplirse, por ser firme, lo que determina la nulidad de la liquidación practicada, con la consiguiente estimación del recurso de casación por acogimiento del motivo tercero y del recurso contencioso-administrativo interpuesto, sin que proceda una nueva reflexión sobre esta cuestión, como interesa la parte recurrida, dada la firmeza de la sentencia recaída.

QUINTO.- Estimando el recurso no puede hacer imposición de costas en casación ni en la instancia.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLO

Primero.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la “Fundación Juana de Vega” contra la sentencia de 18 de marzo de 2004 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia que se casa y anula.

Segunda.- Estimar el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del TEAC de 11 de mayo de 2000, que se anula, así como los actos que confirma.

Tercero.- No hacer imposición de costas en la instancia ni en casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Micó.- Emilio Frías Ponce.- Ángel Aguillo Avilés.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Emilio Frías Ponce, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.



2010/31645

TS Sala 1ª, Sentencia 8 abril 2010. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Calificación de reaseguro

Indemnización por aseguradora a favor de club de fútbol por lesión de jugador

Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia estimó la demanda del Club de fútbol, en la que se interesaba se declarara que la aseguradora demandada estaba obligada a satisfacer a la actora la correspondiente indemnización con motivo de la póliza suscrita, que cubría los riesgos de fallecimiento o invalidez total permanente para la práctica de dicho deporte de uno de sus jugadores, siendo beneficiaria la entidad demandante.

Señala la Sala que el caso de autos se trata de un supuesto de “reaseguro”; y dicha calificación ha de ser mantenida atendiendo a la propia literalidad de la póliza de seguro -en especial las condiciones particulares de la misma- sin que en forma alguna se pueda considerar la existencia del pretendido “coaseguro”, ya que la existencia de esta última exige, por un lado, un acuerdo preliminar a estos efectos entre los coaseguradores, y por otro lado, un convenio entre los diferentes aseguradores y el tomador del seguro que fije el reparto de cuotas determinadas para la cobertura del riesgo de que se trata. Confirma que la “cláusula de pago simultáneo” concertada resulta ineficaz por ilícita y no aceptada expresamente por la tomadora, sin que en la póliza, que expresamente habla de “reaseguro” y no de “coaseguro”, se mencione la identidad de las aseguradoras concurrentes y, en su caso, el porcentaje en que cada una habría de asumir el riesgo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora Real Sociedad de Fútbol S.A.D., con fecha 1 de abril de 2003, interpuso demanda de juicio ordinario contra la Cía. Musini S.A. de Seguros y Reaseguros -hoy, Mapfre Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.- ante los Juzgados de Primera Instancia de San Sebastián, interesando que en su día se dictara sentencia por la cual se declarara que la aseguradora demandada estaba obligada a satisfacer a la actora, con efectos de 16 de septiembre de 2002 y en cumplimiento de la póliza 041/10234/007, la cantidad de 3.606.072,63 euros (600 millones de pesetas), más los intereses correspondientes de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, así como las costas del proceso.

Dicha reclamación estaba fundada en el hecho de que la actora, Real Sociedad de Fútbol S.A.D., contrató en fecha 28 de junio de 2000 al jugador profesional de fútbol D. Fernando, procedente de la liga holandesa, quedando incorporado como asegurado a la cobertura de dicha póliza de seguro que cubría los riesgos de fallecimiento o invalidez total per-

manente para la práctica de dicho deporte, siendo beneficiaria la entidad demandante, alcanzando la indemnización prevista o capital asegurado respecto de dicho jugador la cantidad ahora reclamada de 600 millones de pesetas, siendo así que el mismo sufrió una lesión en el curso de un entrenamiento con fecha 6 de abril de 2001 que le causó el llamado “síndrome piriforme” como consecuencia de la rotura de su cuadrado femoral derecho; lesión que finalmente le obligó a dejar la práctica del fútbol profesional, dirigiendo al efecto la demandante diversas comunicaciones a la aseguradora demandada en reclamación del pago de la indemnización convenida, haciéndolo expresamente mediante carta de fecha 16 de diciembre de 2002 con advertencia de reclamación posterior de los intereses previstos en la Ley de Contrato de Seguro.

La demandada Musini S.A. de Seguros y Reaseguros -hoy, Mapfre Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.- se opuso a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Sebastián, al que correspondió por reparto conocer del asunto (autos núm. 264/03)

dictó sentencia de fecha 17 de septiembre de 2004 por la que estimó la demanda y condenó a la aseguradora demandada a satisfacer a la actora la cantidad reclamada de 3.606.072,63 euros, más los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro y las costas causadas.

Dicha demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó nueva sentencia de fecha 15 de noviembre de 2005 por la que desestimó el recurso con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en la alzada.

La aseguradora demandada ha recurrido en casación contra dicha sentencia.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso denuncia la vulneración de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Contrato de Seguro, por aplicación indebida; lo que, sin duda, responde a un error en su enunciado pues precisamente, si se atiende al desarrollo del motivo, se comprueba que lo que sostiene la parte recurrente es precisamente la necesidad de aplicar dicha norma al contrato litigioso en cuanto considera que nos encontramos ante un supuesto de coaseguro y no ante un caso de reaseguro, como ha entendido la Audiencia recurrida.

El motivo ha de ser desestimado. En primer lugar se ha de recordar la reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que la interpretación del contrato, en orden a su calificación, y la calificación misma, a partir de los hechos declarados probados, son labores atribuidas al juzgador de instancia, cuyo resultado debe ser respetado y prevalecer en casación si no es ilógico, absurdo o ilegal (sentencias de 19 febrero, 4 mayo y 8 octubre 2007; 8 mayo 2008; 10 y 27 febrero, 20 marzo, 18 mayo y 13 julio 2009).

En el caso presente, las sentencias dictadas por el Juzgado y por la Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación, son coincidentes en negar que el contrato que sustenta la reclamación de la parte actora sea un contrato de “coaseguro” definido por el artículo 33 de la Ley de Contrato de Seguro, que ahora se considera infringido, sino que por el contrario han entendido que se trata de un supuesto de “reaseguro”; y dicha calificación ha de ser mantenida no sólo porque no puede ser considerada ilógica, absurda o ilegal, sino porque, atendiendo a la propia literalidad de la póliza de seguro -en especial las condiciones particulares de la misma (doc.4 de los acompañados con la demanda)- en forma alguna cabe considerar la existencia del pretendido “coaseguro”.

La Ley de Contrato de Seguro, tras regular en su artículo 32 el llamado “seguro múltiple” o “cumulativo” que supone la contratación por el

mismo tomador de distintos seguros con diferentes aseguradoras para cubrir el mismo riesgo durante idéntico período de tiempo, regula igualmente en su artículo 33 el llamado "coaseguro"; figura que se caracteriza porque en ella son los propios aseguradores los que, por razones de carácter técnico y comercial, se unen para cubrir determinados riesgos, con el consentimiento del propio tomador del seguro. De ahí que la existencia de tal figura comporta, por un lado, un acuerdo preliminar de "coaseguro" entre los coaseguradores, y por otro lado, un convenio entre los diferentes aseguradores y el tomador del seguro que fije el reparto de cuotas determinadas para la cobertura del riesgo de que se trata.

Resulta así que, frente al tomador del seguro, aparece una pluralidad de aseguradores de modo que, a partir de un solo contrato de seguro -según entiende la más autorizada doctrina-, nacen varias obligaciones pues cada uno de los aseguradores concurrentes asume una obligación porcentual, parciaria o "a prorrata". La existencia, normalmente, de un solo documento contractual comporta que el mismo haya de estar suscrito por todos los coaseguradores, recogiendo una cláusula o cláusulas que documentan el pacto de "coaseguro", en la cual se expresa el reparto de cuotas entre aquellos, la forma en que han de responder en caso de siniestro y si existe delegación a favor de alguno de los coaseguradores.

Ninguna de tales especificaciones aparece en el contrato de seguro concertado entre la entidad Real Sociedad de Fútbol S.A.D. y Cía. Musini S.A. de Seguros y Reaseguros -hoy, Mapfre Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.-, en el cual únicamente figura como aseguradora esta última y, por tanto, no se especifica la porción de riesgo que habrían de asumir otras aseguradoras ni -lógicamente- resulta todo ello aceptado por la tomadora y beneficiaria del seguro.

La única mención - que se contiene en las condiciones particulares de la que extrae la demandada la existencia de un supuesto de "coaseguro" es la que figura en el artículo 15 que -extrañamente- contiene una llamada "cláusula de pago simultáneo", que la Audiencia considera ineficaz por ilícita y no aceptada expresamente por la tomadora, en cuya virtud el "tomador" acepta que Musini "sólo estará obligada a hacer frente a las obligaciones contraídas por la presente póliza en caso de siniestro amparado por la misma, una vez recibidos de los reaseguradores los importes correspondientes a la parte de riesgo colocada en el mercado de reaseguro a través de Willis"; sin que en la póliza, que expresamente habla de "reaseguro" y no de "coaseguro", se mencione la identidad de las aseguradoras concurrentes y, en su caso, el porcentaje en que cada una habría de asumir el riesgo

TERCERO.- El segundo motivo denuncia la vulneración, nuevamente por aplicación indebida, de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

La propia parte recurrente reconoce al formular lo que denomina "introducción" del motivo que el mismo "puede parecer de resultado meramente teórico, dado que su estimación no alteraría el fallo favorable al asegurado como consecuencia de la inmovilidad (sic) de la apreciación judicial de los hechos que constituyen el riesgo cubierto, puesto que se ha considerado en autos que no hay lesión previa o condición preexistente, sino que el jugador Fernando sufrió una lesión distinta y, por tanto, debe ser objeto de cobertura por la póliza objeto del debate procesal".

En suma, lo que pretende la parte recurrente es que esta Sala se pronuncie sobre el carácter de delimitadora de cobertura o limitativa del riesgo que procedería atribuir a la cláusula incorporada al artículo 14 de las Condiciones Particulares, según la cual "se acuerda la exclusión del pago de indemnización en caso de muerte o invalidez total permanente del asegurado derivada, producida, provocada o acelerada por una condición preexistente. Una condición preexistente es aquella por la que la persona asegurada ha recibido atención médica o le ha sido recomendada atención médica en los 24 meses consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de esta póliza".

Pero es lo cierto que, como la propia impugnante reconoce, resulta indiferente a los efectos de este proceso el que la referida cláusula sea calificada de una u otra forma en tanto que la sentencia recurrida ha sentado como hecho probado que la lesión sufrida por el jugador Fernando -por la que se reclama la indemnización pactada en el contrato de seguro- es distinta de aquella que había sufrido con anterioridad a su incorporación como asegurado a la póliza suscrita entre la Real Sociedad S.A.D. y la aseguradora Musini, concretamente en el mes de junio de 2000, lo que necesariamente determina la inaplicabilidad de dicha cláusula y, en consecuencia, que resulte indiferente su calificación en uno u otro sentido de los apuntados, sin que corresponda a esta Sala entrar a pronunciarse sobre cuestiones que en nada afectan al resultado del recurso de casación ya que, aun cuando, contrariamente a lo razonado por el Juzgado y por la Audiencia Provincial, se estimara ahora que se trata de una cláusula delimitadora del riesgo y no limitativa de los derechos del asegurado, ningún efecto útil comportaría dicha conclusión en cuanto a la estimación del recurso.

Como recuerda la sentencia de 27 febrero 2009 (Rec. 440/2004), "esta Sala, fundándose en el carácter pragmático de la discusión lógica mante-

nida en el proceso judicial, ha venido declarando que la equivalencia de resultados o falta de efecto útil de la casación o de sus motivos conduce a su desestimación cuando la hipotética estimación no incidiría en la modificación del fallo de la sentencia recurrida (SSTS 31 de enero de 2006, 15 de junio de 2006, 7 de julio de 2006; 7 de septiembre 2006; 22 de septiembre de 2006; 6 de noviembre de 2006; 29 noviembre de 2006; 7 de diciembre de 2006; 20 de febrero de 2007; 27 de abril de 2007; 12 de noviembre de 2007; 18 de octubre de 2007, 29 de noviembre de 2007 y 29 de noviembre de 2007).

En consecuencia, por esta sola razón y sin necesidad de distintos argumentos, el motivo ha de ser rechazado.

CUARTO.- Del mismo modo ha de serlo el motivo tercero, fundado en la infracción, por no aplicación, del artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro, según el cual "no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable".

La más reciente jurisprudencia de esta Sala sobre la aplicación de dicha norma excepcional puede resumirse en la doctrina sentada por la sentencia de 7 enero 2010 (rec. 1188/2005), la cual se pronuncia en los siguientes términos: "La Sala ha venido entendiendo en sus últimas sentencias que no constituye causa justificada para la no imposición del pago de los intereses de demora la discusión judicial relativa a la cobertura del siniestro. La sentencia de 23 abril 2009 resume la línea doctrinal de esta Sala y dice que "La imposición de los intereses del art. 20 LCS tiene un carácter sancionatorio, para evitar que se utilice el proceso '(c)omo maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente(...)' (SSTS de 2 y 27 marzo 2006) y además, debe tenerse en cuenta que la aplicación concreta de las causas de exoneración del pago de los intereses entendidos en el sentido expresado anteriormente, tiene un componente casuístico indudable (SSTS de 16 marzo 2004). Por ello, esta Sala aplica el criterio según el cual el pago de los intereses del art. 20 LCS queda restringido al caso de que la aseguradora no hubiese pagado la indemnización correspondiente por causa que no esté justificada o que no le sea imputable.

Para determinar si nos encontramos o no ante una causa de exclusión de la mora, la sentencia de 29 de noviembre de 2005, aplicada por la de 22 octubre 2008, propone examinar si concurre alguna de las circunstancias que señala "y que ocurre cuando sea discutible la propia existencia del siniestro, la intervención judicial sea necesaria para fijar la

cantidad debida, etc., de modo que según la sentencia citada, "Para excluir la mora se requiere, por tanto, que exista un motivo razonable de excusabilidad, que no se produce en este caso, porque las aseguradoras recurrentes hubieran podido evitar las consecuencias de la mora consiguiendo el importe mínimo establecido en el artículo 18 LCS, lo que no realizaron"...".

Igualmente añade la expresada sentencia que "Lo anterior nos lleva a concluir que la condena al pago de los intereses es una consecuencia de su propia conducta, de modo que propiciaron la oscuridad de las cláusulas y, además, conociendo el siniestro, no se preocuparon de tener una actitud diligente para evitar el pago de los intereses a los que ahora han resultado condenados (sentencia de 14 julio 2008, así como las de 17 septiembre, 29 octubre y 10 noviembre 2008, entre las más recientes)".

Dicho razonamiento, que conduce a no tener en cuenta la excepción prevista en el artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro, resulta de plena aplicación al caso, ya que la cláusula llamada de "pago simultáneo" según la cual la aseguradora Musini S.A. -hoy Mapfre Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.- no estaba obligada a pagar la indemnización correspondiente a cualquier siniestro acaecido y cubierto por la póliza hasta tanto le hubieran pagado a ella unas desconocidas reaseguradoras -que no figuraban en el contrato- había sido redactada por la propia entidad Musini S.A. y declarada ilícita por la Audiencia en tanto contrariaba lo dispuesto por el artículo 77 de la Ley de Contrato de Seguro, según el cual "El pacto de reaseguro interno, efectuado entre el asegurador directo y otros aseguradores, no afectará al asegurado, que podrá, en todo caso, exigir la totalidad de la indemnización a dicho asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que a éste corresponda frente a los reaseguradores, en virtud del pacto interno"; mientras que, del mismo modo, declarada por informes médicos la desconexión entre la lesión sufrida por el jugador Fernando respecto de la que había padecido con anterioridad, la aseguradora siguió remitiendo a la parte actora a una inexigible negociación con sus reaseguradores sin adoptar por su parte las medidas necesarias para comprobar tal extremo y cumplir con sus obligaciones contractuales; por lo que fue su propia conducta la que le llevó a incurrir en la obligación de pago de intereses, sin que -por último- puede dicha parte alegar frente a la beneficiaria de la indemnización y del pago de intereses, para eximirse de la obligación de pago de los mismos, la propia duración del proceso judicial a que su propia conducta dio lugar con la complejidad que al mismo infundieron sus alegaciones para resistirse a la obligada satisfacción de la in-

demnización derivada del contrato de seguro suscrito.

QUINTO.- Desestimado el recurso, procede la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo de conformidad con lo establecido en los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Mapfre Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) de fecha 15 de noviembre de 2005 en Rollo de Apelación núm. 2047/05, dimanante de autos de juicio ordinario número 264/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Sebastián, en virtud de demanda interpuesta por la entidad Real Sociedad S.A.D. contra la citada recurrente, la que confirmamos con imposición a esta última de las costas del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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

2010/36949

TS Sala 1ª, Sentencia 21 abril 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Al no cumplirse los requisitos en relación con la protección del honor Inaplicación de la doctrina del reportaje neutral

El TS desestima el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, estimó parcialmente la acción de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen contra la entidad demandada, en orden a las informaciones vertidas en el programa en el que se reali-

zaban declaraciones sobre uno de los hijos del demandante en relación a su situación de preso preventivo en el centro penitenciario.

Entiende la Sala que no resulta de aplicación la doctrina del reportaje neutral invocada ya que la noticia es provocada por el propio medio informativo que recoge las declaraciones de un interno sin garantías o fiabilidad de la información obtenida, ni verificación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula acción de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen contra la entidad "Gestevisión Telecinco S.A.", en orden a las informaciones vertidas en el programa denominado "Aquí hay tomate" el día 22 de septiembre de 2005, al declarar que uno de los hijos (sin precisar identidad) del presidente del Sevilla Fútbol club Sociedad Anónima Deportiva, Sr. N., se encontraba en situación de preso preventivo en el centro penitenciario Sevilla II. La demanda se formula, con posterioridad al comunicado emitido por la familia N. desmintiendo la información difundida.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la pretensión ejercitada declarando que los hechos enjuiciados son constitutivos de una intromisión en el derecho al honor de los actores, sin que los mismos impliquen una vulneración en el derecho a la intimidad y propia imagen; La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado confirmando íntegramente la sentencia dictada en primera instancia.

SEGUNDO.- Interpone recurso de casación la parte demandada, invocando en el motivo primero de su recurso la aplicabilidad al presente caso, de la doctrina del reportaje neutral, motivo debe ser desestimado.

En esta materia el Tribunal Constitucional en Sentencia de 8 de abril de 2002 estableció que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (Sentencia de 15 de febrero de 1994, 26 de marzo de 1996). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones.

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. Si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en

el llamado periodismo de investigación sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

Cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad. Declara literalmente "en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido".

En el presente caso, no resulta de aplicación la doctrina del reportaje neutral y se desestima el motivo primero del recurso de casación, la noticia es provocada por el propio medio informativo, recoge las declaraciones de un interno sin garantías o fiabilidad de la información obtenida (criterio relativo a "la fuente que proporciona la noticia"), ni verificación (criterio de las "posibilidades efectivas" de contrastar la información).

TERCERO.- En el motivo segundo se invoca la infracción del contenido del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, por falta de aplicación de los criterios legales para determinar en su caso la cuantía indemnizatoria.

El motivo debe ser desestimado. La revisión del quantum es un tema que corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, ajeno a la casación, a no ser que se hayan quebrantado las bases jurídicas o parámetros legales para el cálculo de las mismas, circunstancia no concurrente caso, pues consta expresamente en la resolución impugnada argumentación en orden a la indemnización concedida y su cuantía resultando suficiente a los efectos de tener por

cumplida la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 394 del mismo texto legal, las costas del presente recurso se imponen a la parte recurrente.

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

FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de la entidad "Gestevisión Telecinco S.A." contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en grado de apelación en fecha 12 de marzo de 2007.

Segundo.- Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso de Casación.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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



2010/8481

TS Sala 2ª, Sentencia 18 febrero 2010. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

Malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial. Señala el TS que lo que no puede aceptarse, en el marco jurídico de la contratación administrativa de cualquier sistema democrático, es la irrelevancia penal de la conducta de aquel que autoriza un pago basado en una factu-

ra falsa que no se corresponde con obra realizada y que, en realidad, está encubriendo el abono de una cuantía final que, lejos de ser fijada con arreglo a los criterios legales establecidos por la Ley 13/1995, se determina de forma unilateral por quien se considera perjudicado por la movilización de efectivos y la no ejecución total de las obras.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con fecha 2 de julio de 2009, se dictó sentencia en grado de apelación, en virtud del recurso entablado contra la sentencia emanada del Tribunal del Jurado, fechada el 5 de marzo del mismo año, que condenó a José P.G. y José M.R., como responsables de sendos delitos de malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial. Contra la primera de las indicadas resoluciones, se interpone recurso de casación por ambos condenados.

Recurso de José M.R.

SEGUNDO.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), los principios de legalidad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE).

El desarrollo del motivo centra su hilo argumental, sin embargo, en dos aspectos, a saber, la falta de motivación del veredicto y la ausencia de verdaderas pruebas que sostengan algunas de las conclusiones obtenidas por el Jurado. Entre ambas infracciones el recurrente establece un enlace argumental, en la medida en que la falta de pruebas explicaría las carencias de motivación que la defensa adjudica al veredicto y a la sentencia del Magistrado-Presidente.

A juicio de esta Sala, sin embargo, no han existido las vulneraciones constitucionales que se denuncian.

A) Que hay verdadera prueba de cargo, está fuera de dudas. De hecho, basta la lectura del laborioso escrito de la defensa para entender que el esfuerzo argumental encaminado a destruir el significado de algunas de las pruebas valoradas por el Jurado, es la mejor muestra de que no se produjo el vacío probatorio que se denuncia. En el plenario los miembros del Jurado, como se deduce del acta del juicio oral, pudieron escuchar las explicaciones de los inculpa-dos, la declaración testifical de Jesús, Antonio, José G.G. y David. También informaron en juicio los peritos José R.C. y José T.O., arquitecto y arquitecto técnico, respecti-

vamente, que dictaminaron acerca del estado de ejecución de las obras, Juan Ramón, ingeniero técnico de obras y Francisco Jesús, economista. Además, valoró el Jurado los expedientes municipales referidos a la adjudicación de las obras y los cheques y documentos bancarios en los que se materializaron los pagos.

El órgano decisorio no se limitó a una enumeración de las fuentes de prueba, sino que, como se desprende del acta de votación -folios 359 y ss-, llevó a cabo una ejemplar valoración interrelacionada de todos los elementos inculpativos ofrecidos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

En consecuencia, desde la perspectiva de la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, esta Sala constata que el Jurado tomó en consideración prueba lícita, de contenido netamente inculpativo y que explicó de forma más que suficiente, desde el punto de vista del estándar constitucional de una valoración racional de la prueba, los elementos de cargo que respaldan el juicio de autoría. En eso consiste precisamente el espacio funcional que nos incumbe, como órgano de casación, a la hora de valorar cualquier alegación referida a una supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia (cfr. por todas, SSTS 209/2008, 28 de abril y 1199/2006, 11 de diciembre).

B) Tampoco detectamos ninguna infracción del deber de motivación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 246/2004, 20 de diciembre, 169/2004, 6 de octubre y 188/1999, 25 de octubre) recuerda que el art. 125 de la CE defiere al legislador la forma en que los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, destacando que, aun asumiendo el diferente nivel de la exigencia de motivación entre sentencias condenatorias y absolutorias y las dificultades que puede suponer para un órgano integrado por personas no técnicas la motivación de sus decisiones, el legislador ha optado en nuestro sistema por imponer al Jurado la exigencia de una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados, conectado con la previsión constitucional de que "las sentencias serán siempre motivadas" (art. 120.3 CE); de modo que "la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el art. 61.1 d) LOTJ constituye una falta de la exigencia de motivación, proyectada al Jurado, que impone el art. 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho, que en-

tronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada en el carácter vinculante de la Ley, cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad, mediante la introducción de un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre).

A la vista, pues, del cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre la materia, se pueden extraer algunas ideas rectoras para el análisis de la suficiencia de cualquier veredicto pronunciado por el Jurado. La primera, que el deber de motivación impuesto legalmente al Jurado no puede desconectarse de la condición de sus integrantes como personas no técnicas en derecho, lo que obliga a admitir, siempre que así resulte posible, ciertos deslices conceptuales y una terminología, en ocasiones, no especialmente certera. En segundo lugar, que el nivel de exigencia ha de modularse de manera diferente en función de que el Jurado suscriba un pronunciamiento de culpabilidad o inculpabilidad, debiendo ser, en este último caso, menos riguroso, pudiendo bastar al respecto la expresión de dudas acerca de la autoría del acusado. Por otra parte, no es necesario dar respuestas acabadas y absolutamente detalladas, sin que sea exigible al Jurado llevar a cabo un minucioso y exhaustivo análisis de toda la actividad probatoria desplegada por las partes.

Esta adaptación de la exigencia constitucional de motivación al procedimiento por Jurado late también en numerosos pronunciamientos de esta Sala. En nuestra STS 487/2008, 17 de julio, recordábamos que, cuando se trata de sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional y por ello la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado sólo requiere en el art. 61.1 d) que conste en el acta de votación la expresión de los documentos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos. Con ello se integra la motivación del veredicto que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el art. 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos (SSTS 956/2000 de 24 de julio; 1240/2000 de 11 de septiembre; 1096/2001 de 11 de junio) La STS 132/2004 de 4 de febrero nos dice que la motivación de la

sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

Pero debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido inculpativo de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos. Se trata de una responsabilidad que la Ley impone a quien puede cumplirla, pues el Magistrado-Presidente, que ha debido asistir atento al juicio y a sus incidencias; que ha entendido en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada; que ha redactado el objeto del veredicto, y que ha debido impartir al Jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente, debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso, cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es su contenido inculpativo, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba (en similar dirección, cfr. SSTS 1648/2002, 14 de octubre; 960/2000, 29 de mayo; 1240/2000, 11 de septiembre y 669/2001, 18 de abril).

En el presente caso, el esfuerzo de motivación desplegado puede reputarse verdaderamente encomiable. El análisis detenido de los folios 359 y 360, con los que culmina el acta de votación, pone de manifiesto el proceso intelectual del Jurado para valorar de forma racional las pruebas y para exteriorizar el itinerario deductivo que respalda todas las inferencias probatorias que, por cierto, fueron obtenidas, sin excepción, por unanimidad.

La parte recurrente, en el legítimo ejercicio de su estrategia defensiva, pone el acento en lo que considera la insuficiente motivación de tres proposiciones.

La primera de ellas, se refiere al hecho probado núm. 1, en el que se señala que "José P.G. presentó personalmente al Distrito Macarena del Ayuntamiento de Sevilla facturas para el cobro de algunas obras realizadas aproximadamente entre los últimos meses de 2002 y los primeros de 2003, pese a conocer que éstas no se habían ejecutado o lo habían sido solo parcialmente".

Pues bien, el Jurado explicó que para tener por probado ese hecho, "se ha tenido en cuenta en primer lugar la declaración del acusado José

P.G. que en el acto del juicio dijo - que la obra de las Almenas la demolición no se llevó a cabo ni tampoco la demolición de la Barriada de San Diego. Que la segunda vez que fuimos a derribarlo nos encontramos con la oposición de los vecinos (.) que se pagó aunque la obra no se realizó pero había habido gastos y por eso firmó la factura D. José M.R.-".

A juicio del recurrente, esta explicación es insuficiente para declarar un hecho de tanta relevancia como probado. Además, se está otorgando credibilidad al interrogatorio del acusado en lo que le perjudica y, sin embargo, no se le cree en aquello que le beneficia, esto es, en el hecho de que fueron a ejecutar la obra por dos veces y no pudieron acometer la obra por la oposición de los vecinos, lo que generó unos gastos que justificaban el pago por el Ayuntamiento.

Sin embargo, ni esa explicación es insuficiente, ni supone la quiebra de las reglas de valoración racional de la prueba. La idea sugerida por la defensa de que el testimonio de cualquier imputado o testigo ha de ser aceptado por el órgano decisorio in totum, sin fisuras, en su integridad, carece de respaldo en nuestro sistema probatorio. Forma parte de la capacidad valorativa del Jurado obtener sus propias inferencias probatorias a partir de una declaración que puede ser asumida en su conjunto o de forma fragmentaria, siempre, claro es, que ello sea expresión de una metodología acorde con las reglas de valoración racional y alejadas de cualquier arbitrariedad.

Y esto es lo que acontece en el presente caso, en el que el Jurado respalda la hipótesis de la acusación a partir de la declaración del propio imputado que, a su vez, está contrastada, como ponen de manifiesto las respuestas a otras de las proposiciones que integraban el veredicto, por la documental que refleja los pagos efectuados por el Ayuntamiento.

Algo similar puede afirmarse respecto del hecho probado 6º, letra G. En él se proclama que José P.G. cobró la cantidad total de 4.796,08 euros, precisando las distintas órdenes de actuación urgente. Sin embargo, alega la defensa del recurrente, que ahí se hace alusión a dos facturas que se corresponden con dos órdenes de actuación -cifradas con los números 65 y 66-, mientras que en la motivación del veredicto sólo se alude a la primera de ellas, guardando silencio respecto de la segunda.

En efecto, el acta de votación explica que "en relación con la letra G), se ha tenido en cuenta el documento cheque cuyo número finaliza en 217 folio 362 por importe de 2398,04 euros, que se corresponde con el importe total de la orden de actuación urgente 65/03, folio 532".

Sin embargo, esa omisión no es relevante desde el punto de vista

constitucional. Como explica el FJ 3º de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia -no se olvide, el verdadero objeto del presente recurso-, "es verdad que únicamente se hace referencia a la factura y cheque de una de las dos actuaciones urgentes concernidas (la 65/03); pero de nuevo es claro que, ahora a la inversa, la motivación dada al hecho primero (reconocimiento de D. José P.G. de que ni la obra de las Almenas (65/03), ni tampoco la de la barriada de San Diego (66/02) se pudieron llevar a cabo, y que sin embargo se pasó y cobró la factura correspondiente a las mismas o se llevaron a cabo las obras de demolición, sirven de motivación para el punto 6-G".

Tampoco esta Sala detecta ningún déficit en la motivación del hecho 11 -hecho probado 10 de la sentencia-, según el cual "el dinero cobrado indebidamente por José P.G. por obras no ejecutadas o parcialmente ejecutadas cuya falta o parcial ejecución conocía José M.R., es superior a 4.000 euros". El Jurado explicó esa conclusión en los siguientes términos: "para declarar probado el hecho undécimo se ha tenido en cuenta el valor que correspondería a la parte no realizada teniendo en cuenta el valor total de las obras parcialmente realizadas, IVA incluido. De esta forma, se concluye que el importe relativo a las obras parcialmente realizadas, asciende a un total de 1.578, 31 euros. A los que sumamos otros 4.796,68 euros, correspondientes a las obras de las Almenas y San Diego que consideramos probado que no han sido realizadas y sí cobradas, según se deduce del conjunto de la prueba practicada a lo largo de las sesiones del juicio, así como de la documental examinada por el Jurado".

Considera la defensa del recurrente que esa remisión genérica a las pruebas practicadas a lo largo del juicio y a la documental examinada por el Jurado no colma, por su carácter genérico, las exigencias de motivación.

Tal línea argumental no puede ser acogida. De entrada, lo que el recurrente estima una remisión genérica no es tal. Por el contrario, se trata de una proposición conclusiva cuyo alcance no puede desvincularse de los argumentos expuestos por el Jurado a lo largo de los cuatro últimos folios que integran el acta de votación. En ellos se expresa, de forma sistemática y analizando una por una las proposiciones que integraban la acusación del Fiscal, las razones que han llevado al Jurado a concluir su existencia. Las referencias a facturas perfectamente identificadas con sus números y ubicación en los autos, los entrecomillados que los ciudadanos jurados destacan a la hora de resaltar las declaraciones de testigos e imputados, las precisas alusiones a la relación de facturas conformadas y pagadas por el interventor o al contenido del informe pericial obrante al

folio 91, permiten descartar cualquier oscuridad en el proceso intelectual que ha llevado a la proclamación del importe al que ascendió la cantidad defraudada. Son esos elementos que el Jurado enfatiza los que integran el conjunto de la prueba practicada y que son perfectamente individualizados por el órgano decisorio.

Por cuanto antecede, no ha existido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ni a la tutela judicial efectiva, sin que hayan quedado afectados los principios de legalidad y seguridad jurídica. De ahí que proceda la desestimación del motivo.

TERCERO.- El segundo de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, sostiene infracción de ley, indebida aplicación de los arts. 432, 392 del CP y 61 de la LOTJ.

El desarrollo del motivo lleva a la parte recurrente a entender que no se han cometido ni el delito de malversación de caudales públicos ni el delito de falsedad en documento público.

A) Respecto del primero de ellos, sostiene la defensa, con cita de la doctrina de esta Sala referida al delito previsto en el art. 432 del CP, que la cantidad en que ha sido fijado el perjuicio a los fondos públicos - 5.901,00 euros, de los cuales, 4.796,08 euros se corresponden con las obras consistentes en la demolición de módulos en Las Almenas y en la iglesia de la Barriada de San Diego-, obligan a una importante puntualización. No concurre -se razona- el requisito de la existencia de un daño o menoscabo de los caudales públicos, ya que si bien es cierto que se proclama como hecho probado que se pagaron obras no ejecutadas -hecho probado 1º-, también se declara que con el propósito de ejecutar esas obras se desplazaron al lugar, al menos en dos ocasiones, las maquinarias y el personal de la empresa constructora, pero no pudieron hacerlo por circunstancias ajenas a su voluntad.

No tiene razón el recurrente.

Son presupuestos del delito por el que se ha formulado condena:

a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el art. 24 del CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública.

b) Una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter

que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público.

d) Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

e) Ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción (SSTS 1074/2004, 18 de octubre y 98/1995, 9 de febrero). En el tipo subjetivo, es suficiente el dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado o a las Administraciones, o se hallan depositadas, secuestradas o embargadas por la Autoridad Pública, constituyendo, por tanto, tales objetos caudales o efectos públicos (STS 545/1999, 26 de marzo).

Pues bien, el eje argumental sobre el que se construye el discurso exoneratorio del recurrente parte de un error. El derecho administrativo regulador del régimen jurídico de la contratación pública, no avala la idea de que cualquier contratista que sufra un perjuicio en el desarrollo de la ejecución de un contrato de obra, puede resarcirse presentando una factura en la que esa obra se simula terminada y en la que se abona la cantidad en la que el interesado fija unilateralmente el importe de ese perjuicio. Son otros los principios que informan el cumplimiento prestacional por el contratista y el abono de lo adeudado por la Administración.

La Ley 13/1995, 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en la fecha de comisión de los hechos, establecía como criterio general, en su art. 99, que "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista", excepto en los supuestos de fuerza mayor. Y entre los casos de fuerza mayor, desde luego, no se incluye la simple interrupción de las obras como consecuencia de la oposición vecinal (art. 144). Es en el art. 152.3 en el que se regula el régimen indemnizatorio para los casos de "suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses", atribuyendo al contratista el derecho a percibir "por todos los conceptos una indemnización del 3 por 100 del precio de adjudicación". Añade el apartado 4 del mismo precepto que "si el aplazamiento fuese superior a un año o decidiese la Administración la suspensión definitiva de las obras, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial".

Es cierto que tales principios miran preferentemente a conflictos in-

terpretativos surgidos con ocasión de la ejecución de contratos, frente a otras formas más ágiles de prestación que, por razón de su cuantía, toleran menos rigor formal. Sin embargo, su ponderación en el momento del juicio de tipicidad resulta más que aconsejable, sobre todo, cuando se trata de no amparar vías de hecho de las que resulten un daño o peligro para los fondos públicos.

Lo que no puede aceptarse, en el marco jurídico de la contratación administrativa de cualquier sistema democrático, es la irrelevancia penal de la conducta de aquel que autoriza un pago basado en una factura falsa que no se corresponde con obra realizada y que, en realidad, está encubriendo el abono de una cuantía final que, lejos de ser fijada con arreglo a los criterios legales establecidos por la Ley 13/1995, se determina de forma unilateral por quien se considera perjudicado por la movilización de efectivos y la no ejecución total de las obras.

Tampoco puede acogerse la idea de que no se ha acreditado el ánimo de lucro y que los hechos, en realidad, son expresivos de una imprudencia o impericia en el ejercicio de las funciones que el acusado tenía encomendadas.

Es suficiente una lectura de distintos fragmentos del juicio histórico para rechazar ese razonamiento. Allí puede leerse que "José M.R., como secretario del Distrito Macarena, tenía la función de contratar las órdenes de actuación urgente, dar por concluido esos expedientes y tramitar el pago de las obras realizadas sin la intervención de los funcionarios" (apartado 8). El acusado "conscientemente permitió que José P.G. cobrara obras no ejecutadas o parcialmente ejecutadas pese a conocer que éstas no se habían ejecutado o se habían ejecutado parcialmente" (apartado 9) y "sabía que José P.G. no era el representante de Contratas de Obras y Sevilla SL y no podía actuar en su nombre" (apartado 11).

No es fácil argumentar la ausencia de dolo a partir de esas premisas fácticas. Quien conoce que está abonando facturas por obras no ejecutadas o parcialmente ejecutadas y quien conoce, además, que el beneficiario de esas cuantías carece de título jurídico hábil para la recepción del dinero, no puede luego escudarse en la impericia en el ejercicio de sus funciones. El acusado sabía que con su conducta menoscaba la integridad de los fondos públicos. No podía ignorar, en fin, que mediante la elusión de todo tipo de controles para la fiscalización del gasto, ocasionaba una situación de riesgo para las rentas públicas, situación que fue aprovechada por otros para la obtención de un ilícito beneficio a costa del erario público.

No hubo, por tanto, error jurídico en el juicio de subsunción.

B) Tampoco erró el Tribunal de instancia al calificar los hechos como constitutivos de un delito de falsedad del art. 392 del CP, en relación con los apartados 1 y 3 del art. 390 del mismo texto.

Estima la defensa que la circunstancia de que una vez firmados los cheques por el concejal responsable, el acusado añadiera en algunos de ellos el nombre de José P.G., no supone alteración de la realidad, habida cuenta de que el destinatario de los pagos era el propio acusado José P.G., bien como representante de la entidad mercantil COS, bien a título particular, y lo que es más importante, dicha alteración en los documentos referidos no produjo modificación alguna en el tráfico mercantil, ya que no se ha acreditado que fuera precisa dicha alteración para hacer efectivos los indicados cheques. Se trataría, en fin, de una falsedad inocua y, por tanto, situada extramuros del derecho penal.

La Sala no puede compartir este razonamiento.

De nuevo se hace preciso acudir al juicio histórico, inalterable por la vía del art. 849.1 de la LECrim, para analizar el error jurídico que se denuncia. En él puede leerse que "solo después de que el concejal responsable del Distrito Macarena firmara los cheques para el pago de las obras, en algunos de ellos José M.R. añadió a mano el nombre de José P.G. con el propósito de eludir los controles de la administración".

El añadido del nombre del coacusado en el mandato de pago que hacía posible la obtención de los fondos públicos no era, desde luego, inocente. José M.R. sabía que sin ese añadido la entidad bancaria librada estaría obligada a exigir al acusado la exhibición de los poderes otorgados por la supuesta beneficiaria del pago. Y eso era precisamente lo que ambos querían evitar. La afectación del bien jurídico es evidente. No ya por lo que tiene de deliberada confusión acerca de la persona física/jurídica verdaderamente destinataria de los fondos, sino por la propia alteración de los asientos contables de la entidad bancaria, que iban a reflejar un beneficiario de los fondos -José P.G.- que no debería ser tal. La muestra más clara de la relevancia jurídica-contable de esa adición la ofrece el hecho de que el acusado la ocultaba al concejal responsable del pago en el momento en el que pasaba a la firma las órdenes de pago.

C) También extiende el motivo a la supuesta aplicación indebida del art. 61.1.d) de la LOTJ, en su significado de necesidad de motivación, conforme a las exigencias impuestas por los arts. 24.2, 9.3 y 120.3 de la CE.

Esta impugnación, que se formula con carácter subsidiario, ofreciendo a la Sala una vía distinta a la ya he-

cha valer en el primero de los motivos, reitera argumentos que ya han sido valorados en el FJ 2, letra B) de esta nuestra sentencia.

A lo allí expuesto conviene remitirse, acordando ahora la desestimación íntegra del motivo, conforme exigen los arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim.

CUARTO.- El tercero de los motivos, con invocación del art. 849.2 de la LECrim, denuncia error de hecho en la valoración de la prueba, basado en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador.

A) Con el fin de respaldar su alegación, la defensa menciona el documento fechado el día 24 de enero de 2005, que demostraría que el acusado seguía siendo administrador de la entidad COS S.L, en calidad de factor notorio.

Asimismo, se señala como documento que demostraría la equivocación del Tribunal de instancia, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Sevilla en los autos seguidos a instancia de dos trabajadores de la referida entidad COS S.L.

Sin embargo, ninguno de ellos -como indica el Fiscal en su informe- reúne la calidad de literosuficiente, presupuesto de obligada concurrencia para la estimación del motivo por la vía del art. 849.2 de la LECrim. Como hemos sostenido en numerosos precedentes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo -recordábamos en la STS 1023/2007, 30 de noviembre- no deja a este respecto margen alguno para la duda. El documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo.

Ese dato o elemento no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya soportado el tribunal. Además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, ha de ser relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. La autosuficiencia probatoria tiene que traducirse en que el documento, por sí solo, ha de proyectar su intrínseco significado jurídico frente a todos, sin necesidad de otros medios probatorios. Dicho en palabras de la STS 166/1995, 9 de febrero, resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitablemente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

Pues bien, respecto del documento fechado el día 24 de enero de 2005 -más allá de las fundadas dudas acerca de que ese documento sea algo distinto a una prueba personal docu-

mentada-, lo cierto es que fue debidamente valorado por la Sala de instancia. En el FJ 5º, puede leerse que "tal documento no admite, como única y directa interpretación, sin otras pruebas que lo contradigan (D. David declaró como testigo lo contrario) la de que en 2003 D. José P.G. tenía representación suficiente para cobrar en ventanilla cheques librados a nombre de la mercantil".

Por lo que se refiere a la sentencia dictada en la jurisdicción laboral, se olvida que la jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que las sentencias emanadas de otros órganos jurisdiccionales carecen de valor documental a efectos casacionales. Decíamos en la STS 456/2008, 8 de julio, que constituye doctrina jurisprudencial consagrada y pacífica:

a) Que los testimonios a certificaciones de resoluciones, más concretamente sentencias, dictadas por cualesquiera órganos judiciales, acreditan la realidad de su emisión, pero de ninguna manera, y frente a otros órganos judiciales, hacen fe del acierto y corrección jurídica de lo resuelto, ni de la realidad y veracidad de los hechos que le sirvieron de antecedente y determinaron su pronunciamiento.

b) Lo resuelto por un Tribunal, y excepto en el contenido y alcance propio que contornea la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro distinto, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como correcto lo ya resuelto, o, por el contrario, llegar a conclusiones dispares de las del primero.

c) En consecuencia, no pueden extrapolarse las apreciaciones o valoraciones de los jueces recogidas en una determinada resolución; se incurriría en recusable interferencia en la función de apreciación racional y en conciencia de la prueba reservada inexcusablemente al Juez o Tribunal sentenciador.

d) De ahí que se predique, cuando de error en la apreciación de la prueba se trata, la carencia de virtualidad suficiente de los fundamentos fácticos de sentencias o resoluciones antecedentes, a fin de que en proceso distinto y por Tribunal diferente se haya de estar forzosamente a las conclusiones adoptadas en aquéllas.

e) La jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas (cfr. en el mismo sentido las SSTS 338/1992, 12 marzo y 450/1995, 27 marzo, entre otras muchas).

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 884.4 y 885.1 LECrim).

QUINTO.- El cuarto motivo, con invocación del art. 851.1 de la LE-

Crim, denuncia quebrantamiento de forma, contradicción en los hechos probados.

La contradicción se habría producido entre los hechos probados 7 y 10 de la sentencia. Si de una parte se determina el montante de la supuesta malversación y al mismo tiempo se reconoce que las obras de demolición de los módulos frente a la Barriada de las Almenas y en la Barriada de San Diego, tuvieron que ser suspendidas por circunstancias ajenas a la voluntad del contratista, se está proclamando una afirmación contradictoria, pues ese desplazamiento habría generado unos gastos económicos que tienen que ser reparados por la Administración.

No tiene razón el recurrente.

Para que exista el quebrantamiento de forma consistente en la contradicción entre los hechos probados, es necesario que se den las siguientes condiciones:

a) Que la contradicción sea interna, esto es, que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los fundamentos jurídicos.

b) Que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de contradicción "in terminis" de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de la otra.

c) Que sea manifiesta e insubsana-ble en cuanto oposición antitética y de imposible coexistencia simultánea y armonización, ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato.

d) Que sea esencial y causal respecto del fallo (cfr. STS 999/2007, 26 de noviembre, 168/1999, de 12 de febrero, 570/2002, de 27 de marzo y 99/2005, 2 de febrero).

Volcando este cuerpo de doctrina sobre el supuesto enjuiciado, la Sala ha de concluir que no existe la contradicción que se denuncia. También ahora la defensa del recurrente -en su legítimo ejercicio de discrepancia- parte de la base de que nuestro sistema jurídico autoriza una suerte de compensación unilateral, fijada directamente por el contratista y que vincularía a la Administración contratante.

Sobre este aspecto ya hemos razonado en el FJ 3º, apartado A). Obligado resulta remitirse a lo ya expuesto, acordando ahora la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

Recurso de José P.G.

SEXTO.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la

LOPJ y 852 de la LECrim, anunciando como infracción del derecho a la presunción de inocencia, se descompone en dos submotivos, a saber, "ausencia de motivación del fallo y predeterminación del mismo" (sic) y "vulneración del principio de presunción de inocencia, revirtiendo la carga de la prueba de la inocencia del acusado".

A) Respecto de la primera de las cuestiones, la defensa del recurrente centra su discurso -con un más que discutible enlace conceptual con el derecho que se dice vulnerado- en las vicisitudes que siguieron a la devolución del acta por parte del Magistrado-Presidente.

Ya anticipamos que el motivo no puede ser acogido.

Conviene tener presente que el objeto del recurso de casación no es el veredicto del Jurado ni la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente. Por el contrario, es la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia la que define nuestro ámbito de conocimiento (art. 847 a) LECrim). Y es en esa resolución en la que la cuestión suscitada por el recurrente encuentra adecuada respuesta. En efecto, el FJ 2 pone de manifiesto, de entrada, la quiebra del deber del recurrente de expresar la oportuna protesta como requisito para hacer valer el supuesto quebrantamiento procesal (art. 846 bis c apartado a). En efecto, esta Sala ha podido comprobar, por la lectura del acta de devolución del veredicto, el silencio de quien ahora invoca la lesión de su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Aun así, el Tribunal Superior de Justicia, con el fin de evitar cualquier atisbo de indefensión, entró a valorar esa alegación, calificando la decisión del Magistrado-Presidente como correcta, ya que "la incoherencia entre el veredicto de culpabilidad sobre el delito de malversación y la motivación dada al hecho décimo convertía el veredicto en defectuoso, y corresponde al Jurado, y no al Magistrado-Presidente, subsanar tal incoherencia de motivación".

En efecto, en nuestra STS 359/2009, 8 de abril, contemplábamos un supuesto similar al que ahora nos ocupa, siendo resuelto en los siguientes términos: "examinado el contenido de las actas de devolución del veredicto al Jurado, podemos constatar la realidad de las contradicciones e incongruencias aducidas por el Magistrado-Presidente para justificar su resolución, sobre extremos esenciales cuales son aquellos pronunciamientos que versaban sobre hechos relativos a la muerte accidental o intencionada de la víctima como consecuencia de la acción del acusado de golpear la cabeza de aquélla con una piedra teniendo en cuenta que en sus conclusiones definitivas la defensa del acusado había calificado los hechos como homici-

dio imprudente y, subsidiariamente, como homicidio doloso. (...) Es deber insoslayable del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado velar por la pureza del procedimiento establecido por el legislador y, en lo que aquí interesa, adoptar las medidas legalmente previstas para evitar un veredicto con pronunciamientos fácticos contradictorios, excluyentes entre sí o incompatibles con otros relativos a la culpabilidad del acusado sobre los cuales construir una sentencia inexorablemente abocada a su nulidad".

En el presente caso, la conclusión que obtiene la defensa del recurrente, referida a la obligación del Magistrado-Presidente de aceptar el veredicto que expresaba una supuesta actuación imprudente, no puede ser compartida por esta Sala. En el apartado 10 del veredicto inicial, el Jurado declara probado que "José M.R., que era Secretario del Distrito Macarena, conscientemente permitió que José P.G. cobrara obras no ejecutadas o parcialmente ejecutadas pese a conocer que éstas no se habían ejecutado o se habían ejecutado parcialmente". Esa afirmación le lleva al órgano decisorio a declarar por unanimidad, en el apartado 15, que considera a José M.R. "culpable de permitir conscientemente que José P.G. se beneficiase cobrando indebidamente dinero por obra u obras contratadas con el Ayuntamiento de Sevilla, Distrito Macarena, pese a que conocía que José P.G. no las había realizado o las había ejecutado parcialmente".

Como puede apreciarse, la decisión del Jurado descarta cualquier actuación imprudente, como se desprende con nitidez de la reiterada utilización del vocablo conscientemente. Es luego, en la extensa motivación de esa decisión, favorable a considerar el hecho como eminentemente intencional, cuando el Jurado incurre en un desliz que no tiene la trascendencia que el recurrente le atribuye, pero que obligaba al Magistrado-Presidente a proceder a la devolución del veredicto.

Razonaban los ciudadanos jurados que "para declarar probado el hecho décimo se ha tenido en cuenta en primer lugar el hecho de que en las facturas de las obras de actuación urgente no figuren fecha de terminación y a pesar de ello hayan sido firmadas y en segundo lugar, por un lado la declaración del acusado José M.R. que era el responsable de dichas órdenes -que estaban firmadas por mí- por lo que el jurado considera que eran consciente de las consecuencias de firmar estas facturas sin comprobar previamente que la mayoría de las obras estuvieran previamente concluidas -que yo fui a ver muy pocas obras-" (sic).

La defensa enfatiza el significado jurídico de la expresión "sin comprobar previamente", concluyendo

de forma apodíctica que ello obligaría a una absolución, por declarar el hecho como imprudente. Pero ese desenlace, además de carecer de respaldo jurídico en la propia LOTJ, olvida, no sólo el contenido de los apartados 10 y 15 del objeto del veredicto, sino también una afirmación previa, también insertada en la motivación, y que no está muy lejos de una descripción de lo que habría permitido al Magistrado-Presidente calificar la acción que se declaraba probada como expresiva de un verdadero dolo eventual ("eran conscientes de las consecuencias de firmar estas facturas sin comprobar previamente que la mayoría de las obras estuvieran previamente concluidas.>").

Sea como fuere, lo cierto es que la definitiva exclusión de cualquier duda acerca de la motivación que respaldaba cada una de las afirmaciones del veredicto, obligaban a la devolución del acta. La Sala no puede compartir el argumento de la parte recurrente, cuando reprocha al Magistrado-Presidente el cumplimiento de su obligación de tutelar la congruencia del veredicto. El hecho probado no puede ofrecer un zigzagante itinerario de contradicción. La respuesta del Jurado en esta materia, no se olvide, es una respuesta conclusiva, de desenlace, resultando indispensable un engarce dialéctico con los hechos que anteriormente han sido declarados probados. Esta idea, además de estar avalada por un elemental sentido jurídico, es remarcada por la literalidad del art. 61.1.c) que impone al tercer apartado del acta de la votación un formato encabezado por la locución "por lo anterior", acentuando de esta forma el sentido lógico de la inferencia. Acaso convenga destacar la referencia interpretativa que ofrece el vocablo devolverá que emplea el art. 63.1 de la LOTJ. Con él se acentúa el carácter imperativo de esa devolución -que ahora cuestiona el recurrente- en aquellos casos en que concurran algunos de los supuestos de incongruencia decisoria en el veredicto. Ese carácter imperativo está en llamativo contraste con la expresión "podrá ser devuelto" que utilizaba el art. 107 de la Ley de 1888, cuyo entendimiento dio pie a una línea jurisprudencial que admitía la posibilidad de pronunciamientos insuficientes, siempre que no afectaran "a los fines del juicio criminal" (cfr. STS 22 de mayo de 1907).

Por cuanto antecede, procede la desestimación de las alegaciones del recurrente (art. 885.1 LECrim), remitiéndonos, además, a lo ya expuesto supra al razonar la suficiencia de la motivación del veredicto (FJ 2, apartado B).

B) También defiende el recurrente la posible vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, ahora desde la perspectiva de lo que considera la reversión de la carga de la prueba.

Esa vulneración se habría producido por el hecho de que en la determinación del importe de la cuantía malversada, no se habrían tenido en cuenta los gastos que para el recurrente supuso el desplazamiento de personal y maquinaria para la demolición de obras que, sin embargo, no pudieron llevarse a cabo por la oposición vecinal.

Como quiera que esa alegación es coincidente con la hecha valer por el anterior recurrente y ya ha sido objeto de tratamiento en los FFJJ 2º, apartado B) y 3º, apartado A, procede remitirnos a lo allí expuesto, acordando ahora la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

SÉPTIMO.- Igual suerte desestimatoria merece, por su coincidencia con la línea argumental defendida por la defensa de José M.R., el segundo de los motivos que ahora formaliza el recurrente en el que, además, se reitera, con notorio distanciamiento del factum, la inocencia del acusado.

Por las razones expuestas en el FJ 2º apartado A) de esta nuestra resolución, no existió infracción legal por la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432 del CP. Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

OCTAVO.- El tercero de los motivos, con la misma cobertura del art. 849.1 de la LECrim, denuncia indebida aplicación del art. 392 del CP.

La defensa del recurrente reitera el argumento ya expuesto por el coimputado, referido al supuesto carácter inocuo de las facturas que, en realidad, reflejaban obras ejecutadas parcialmente o supuestas indemnizaciones a las que aquél tendría derecho. Sin embargo, olvida que el delito de falsedad se construye en la sentencia de instancia por la adición que José M.R. hacía del nombre de José P.G. en los cheques pasados a la firma del concejal. El acusado alteraba así el verdadero destinatario de los mandatos de pago, que era la entidad COS S.L (art. 390.1) y atribuía a los órganos administrativos que emitían el cheque una manifestación diferente de la que habían hecho en el momento del libramiento del mandato de pago (art. 390.3).

Las falsedades no eran inocuas y, por tanto, procede la desestimación del motivo, remitiéndonos a lo ya razonado supra respecto del valor probatorio del documento de fecha 24 de enero que el recurrente invoca para demostrar la legitimidad de aquellos cobros.

NOVENO.- El último de los motivos denuncia error en la apreciación de la prueba derivado de documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del Juzgador -art.

849.2 LECrim -, designando como documento que avalarían el error valorativo del órgano de instancia el documento de fecha 24 de enero de 2005, en el que se recoge un acuerdo o convenio entre los socios de la entidad COS S.L y la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Sevilla.

Una vez más, procede remitirnos a lo ya razonado en el FJ 4º de esta misma resolución, reiterando las razones para la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

DÉCIMO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de José M.R. y José P.G., contra la sentencia de fecha 2 de julio de 2009, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior

de Justicia de Andalucía, en la causa seguida por los delitos de malversación y falsedad y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

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

profesional, en los mismos supuestos y condiciones en que lo podría efectuar un empresario privado, o, por el contrario, debe entenderse necesario que por parte de la Administración empleadora, además de dictarse resolución administrativa motivada, se acrediten las circunstancias invocadas para efectuar el referido cambio.

2.- La sentencia recurrida, -dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Sevilla, en fecha 17-julio-2008 (rollo 1046/2007), confirmatoria de la de instancia, dictada por el JS/Sevilla núm. 10 el día 9-junio-2005 (autos 985/2005)-, recae en un supuesto en que la trabajadora demandante tras haber accedido a la condición de personal fijo quedando adscrita como ordenanza, en la categoría Grupo V, en el IES "La Paz" de Sevilla, recibe notificación de una resolución administrativa en la que, indicándosele como fundamento que el IES al que estaba inicialmente adscrita se encontraba con una plantilla que excedía de las necesidades de personal en su categoría, por lo que se hacía necesaria la adscripción del personal excedente a otro con plantilla insuficiente, y posteriormente, ofertados los centros que disponían de plantilla deficitaria de la referida categoría, la actora optó por el IES "Antonio Domínguez Ortiz" ubicado también en Sevilla.

La sentencia recurrida estima la demanda, fundándose en la falta de motivación de la actuación administrativa y la falta de prueba, argumentando que "La sentencia del TS de 25-01-1999 (Sala 4ª) ha declarado que 'la presunción de que la Administración se comporta con arreglo a derecho no le releva de la obligación de dar a conocer a la interesada las concretas necesidades que la llevaron a adoptar el traslado, pues esta comunicación es lo que permite valorar en su momento si la Dirección se comportó correctamente o incurrió en un abuso de poder guareciéndose en una facultad legal'", que:

"Con base en tal exigencia, debe concluirse que el actuar administrativo en el caso de autos no se ajusta al requisito de motivación que se invoca por la recurrente y ello por las razones que se exponen", añadiendo que "Partiendo de que la plaza adjudicada lo fue en el IES La Paz de Sevilla, con carácter definitivo, no puede sin más y sin probar la causa que lo motiva, adscribirla al IES Antonio Domínguez Ortiz de Sevilla por una supuesta falta de plantilla de la categoría de la actora en este Centro, no estando ante una simple modificación accidental, STS de 28/2/07, Rec. 184/05, que sí entraría en el ámbito del 'ius variandi' y en consecuencia, se impone al fracaso del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia".

3.- La sentencia invocada como de contraste por la Administración Pública recurrente, -STSJ/Andalucía, sede de Málaga, de fecha 13-no-



TS Sala 4ª, Sentencia 9 febrero 2010. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Se considera modificación accidental

Válido traslado de personal laboral a otro centro de trabajo sin cambio de residencia

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandada Junta de Andalucía frente a sentencia que no declaró ajustada a derecho la resolución por la que trasladó a la demandante a un instituto de enseñanza secundaria distinto de aquél al que quedó inicialmente adscrita.

Según la Sala, los casos, como el de autos, de traslado del centro de trabajo sin cambio de domicilio y respetando la categoría y funciones, se vienen considerando como una modificación accidental de las condiciones de trabajo encuadrable dentro de la potestad organizativa del empresario, de forma que, a falta de normativa legal, reglamentaria o convencional en la que pudieran mejorarse válidamente a favor de los trabajadores las condiciones contenidas en la normativa estatutaria, la Administración Pública empleadora puede trasladarlos en los mismos supuestos y condiciones en que lo podría efectuar un empresario privado. Además, añade el Alto Tribunal, en el presente caso la resolución que decide el traslado describe su causa -exceso de plantilla-, pudiendo haberse impugnado el mismo por la demandante sobre la base de la inexistencia de tal causa, lo que no se ha efectuado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la Administración Públi-

ca empleadora, en este caso la Junta de Andalucía, puede trasladar a sus trabajadores a un centro de trabajo distinto de la misma empresa, que no exija cambios de residencia ni transporte cambio de categoría y/o grupo

viembre-2003 (rollo 727/2003)-, en un supuesto de hecho análogo de traslado de personal laboral a un centro distinto de la misma ciudad y sin modificación de categoría ni de grupo profesional, en el que el cambio de centro de trabajo se les notifica verbalmente, y constanding en los hechos probados que “El Departamento de Laboratorio de Control de Calidad de Málaga ha venido reduciendo de forma importante su carga de trabajo.

Por el contrario, las necesidades del Departamento de Servicio de Vigilancia y conservación de Carreteras, al verse incrementadas, han motivado la necesidad de mano de obra para atender las mismas”, desestima el recurso de suplicación formulado por los trabajadores demandantes argumentando que “no nos encontramos ante el supuesto contemplado en el art. 19 del Convenio Colectivo que regula la movilidad funcional; así las presentes demandas se formulan en base a una reclamación genérica de derechos y no bajo esta modalidad regulada en el art. 39 del ET, pero es que si fuera éste el caso según doctrina de esta Sala el traslado del trabajador de centro de trabajo que no implique cambio de residencia en un facultad discrecional de la empresa, que no requiere motivación ni justificación alguna, y que se encuentra incluida dentro del ámbito de su poder de organización y dirección”, así como que “La determinación de los trabajos que el operario ha de efectuar es en principio facultad de la empresa ligada a su poder de dirección, con los límites de la clasificación y promoción profesional (arts. 4, 16 y 23 ET; Sentencia del Tribunal Supremo de 27/12/1991 y 3 junio 1992), y prevalece el interés de tutelar la necesaria adaptación de la empresa privada a las necesidades de producción, del mercado, exigencias de la clientela y el fin de lucro de la empresa”.

4.- Concorre, como se deduce de lo expuesto, entre ambas resoluciones comparadas el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora, incluso “a Fortiori” (dado que en la sentencia de contraste no consta la existencia de acto expreso administrativo indicador de las causas del cambio de centro de trabajo), pues ante hechos sustancialmente iguales la respuesta judicial es distinta ante idénticas pretensiones; y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 20 Estatuto de los Trabajadores -ET- y 11 del Convenio Colectivo de la Junta de Andalucía) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

SEGUNDO.- 1.- Con carácter previo a entrar en el fondo de la cuestión planteada, debe tenerse en cuen-

ta la normativa convencional contenida, dada la fecha de los hechos, en el “VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía” (BOJA 28-noviembre-2002), en cuyo art. 11, relativo a la organización del trabajo, se dispone que “La organización del trabajo es facultad y responsabilidad de la Administración a través de su personal directivo, sin perjuicio del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva y el mantenimiento y mejora de los cauces de participación colectiva de las organizaciones sindicales firmantes del presente Convenio”; y en su art. 22, regulador de la movilidad geográfica, se establece, entre otros extremos, relativos a criterios y condiciones, que:

“1. El traslado forzoso que exija cambio de residencia requerirá la existencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen” y que “2. La decisión de traslado deberá ser notificada a la persona afectada, así como a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días naturales a la fecha de su efectividad. Dicha notificación expresará las causas que motivan el traslado, el centro de trabajo al que se le traslada y la fecha a partir de la cual debe surtir efecto”.

2.- Aun siendo posterior a los hechos ahora enjuiciados, y por ende inaplicable al presente supuesto, debe destacarse que el art. 83 de la Ley 7/2007 de 12-2007 (Estatuto Básico del Empleado Público), relativo a la provisión de puestos y movilidad del personal laboral, dispone que “La provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera”.

TERCERO.- 1.- La solución jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia de contraste, puesto que debe entenderse que, a falta de normativa legal, reglamentaria o convencional en la que pudieran mejorarse válidamente a favor de los trabajadores las condiciones contenidas en la normativa estatutaria (arts. 3.1. ET, 28.1 y 37.1 CE y 10.3 LOLS con los límites ex SSTC 208/1993 de 28-junio, 225/2001 de 26-noviembre y SSTS/IV 10-junio-2003 -rc 76/2002, 28-febrero-2007 -rcud 184/2005), la Administración Pública empleadora, en este caso la Junta de Andalucía, puede trasladar a sus trabajadores a un centro de trabajo distinto de la misma empresa, que no exija cambios de residencia ni comporte cambio de categoría y/o grupo profesional, en los mismos supuestos y condiciones en que lo podría efectuar un empresario privado (arg. ex arts. 20, 29, 40 y 41 ET en relación con los arts. 11 y 22 “VI Convenio Colectivo del Personal La-

boral de la Administración de la Junta de Andalucía”), sin que sea necesario que por parte de la Administración empleadora, además de dictarse resolución administrativa motivada, se acrediten las circunstancias invocadas para efectuar el referido cambio; y siempre, como acontece con carácter general, que la actuación administrativa se ajuste estrictamente a la legalidad no incurra en abuso de derecho o fraude de ley ni vulnere derechos fundamentales.

2.- La anterior conclusión se fundamenta, entre otros, en los siguientes razonamientos:

a) La sentencia recurrida incide en el error jurídico de entender que un cambio de centro de trabajo en la misma localidad sin que, lógicamente, implique cambio de residencia ni comporte tampoco cambio de categoría y/o grupo profesional, comporta más que una “simple modificación accidental “que excede del ámbito del “ius variandi”, sin que la STS/IV 28-febrero-2007 (rcud 184/2005), que expresamente se invoca, justifique tal conclusión al referirse a un tipo distinto de modificación de condiciones de trabajo (modificación horaria), aunque en nuestra sentencia fija el criterio general, establecido por la jurisprudencia unificadora, de distinción entre modificaciones sustanciales y accidentales indicando que “por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista ‘ad exemplum’ del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del ‘ius variandi’ empresarial”.

b) Incide también la sentencia recurrida en el error de afirmar que no existe una resolución administrativa motivada, cuando de los propios hechos declarados probados de la sentencia de instancia, inalterados en suplicación, se evidencia en este concreto caso su existencia y contenido suficiente.

Pero, además, pretende fundamentar la referida exigencia en la STS/IV 25-enero-1999 (rcud 1568/1998), la que, como destaca con rotundidad el Ministerio Fiscal en su detallado informe, en modo alguno hace referencia al art. 54 de la Ley 30/1992, sino que se trata de un supuesto de auxiliares administrativos con plazas en propiedad en tareas de atención primaria del INSALUD que impugnan traslados que la Administración ha efectuado en base al art. 87 de la Ley 4/1986 de 25-abril (Ley General de la Salud), -en el que se dispone “El personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respeto de todas las

condiciones laborales y económicas dentro del área de Salud”, traslado que la Sala revoca por no haberse establecido en la resolución administrativa las concretas “necesidades imperativas de la organización sanitaria” que en tales específicos supuestos justifican el traslado, limitándose a transcribir el precepto legal, por lo que no existían datos para poder valorar si la Administración se ajustó a la normativa aplicable, argumentándose en la citada sentencia de esta Sala que “al concederse a la dirección del servicio la facultad de realizar traslados por necesidades imperativas de la organización sanitaria, se otorga poder a la misma para valorar y apreciar la concurrencia de las mismas.

Pero esta presunción de que la administración se comporta con arreglo a derecho no la releva de la obligación de dar a conocer a la interesada las concretas necesidades que la llevaron adoptar el traslado, pues esta comunicación es lo que permite valorar en su momento si la dirección se comportó correctamente o incurrió en un abuso de poder guareciéndose en una facultad legal, como en el caso concreto denunció la actora que atribuyo el traslado a una sanción encubierta, y aunque la carga de la prueba de esta desviación de poder sea de quien la alega, es preciso que previamente se motive adecuadamente el traslado acordado.

Y esta motivación no se cumple, con la mera transcripción del precepto legal, como ocurre en el caso de autos, si no que es preciso indicar las concretas necesidades que imponen el traslado acordado “. Y además, concluye el Ministerio Fiscal, que en el presente caso la resolución que decide el traslado describe su causa (exceso de plantilla), pudiendo haberse impugnado el mismo por la demandante sobre la base de la inexistencia de tal causa, lo que no se ha efectuado.

c) El traslado de centro de trabajo sin cambio de domicilio y respetando la categoría y funciones, se viene considerando por la reiterada jurisprudencia de esta Sala como una modificación accidental de las condiciones de trabajo y encuadrable dentro de la potestad organizativa del empresario. En este sentido, entre otras (SSTS/IV 19-diciembre-2002 -rcud 3369/2001, 18-marzo-2003 -rcud 1708/2002, 16-abril-2003 -rcud 2257/2002, 19-abril-2004 -rcud 1968/2003, 14-octubre-2004 -rcud 2464/2003, 18-diciembre-2007 -rcud 148/2006, 5-diciembre-2008 -rcud 1846/2007), la STS/IV 26-abril-2006 (rcud 2076/2005), concluye que “ desde el momento en que la movilidad geográfica que disciplina aquel precepto -art. 40 - exige cambio de residencia (Sentencias de 14/10/04 -rcud 2464/03; 27/12/99 -rcud 2059/99-; 18/09/90 -rec. 134/90-; 05/06/90 recurso por infracción de ley-; 16/03/89 -recurso por infracción de ley-), hasta el punto de

que tal presupuesto se ha calificado de "elemento característico del supuesto de hecho del art. 40.1 ET" (Sentencia de 12/02/90 -recurso por infracción de ley-) y de que la movilidad geográfica haya de considerarse "débil o no sustancial" cuando no exige "el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET" (Sentencias de 18/03/03 -rcud 1708/02-; 16/04/03 -RCUD 2257/02-; 27/12/99 -rcud 2059/99 -), con ello resulta obligado colegir que "los supuestos de movilidad que no impliquen aquel cambio (bien de forma permanente, en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento) están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los arts. 5.1.c) y 20 ET, no estando sujetos a procedimiento o justificación algunos, a excepción del preceptivo informe del Comité de Empresa (art. 64.1.4 b) ET, para el supuesto de traslado -total o parcial- de las instalaciones)".

E incluso se afirma que aunque hipotéticamente tales cambios pretendieran encuadrarse como un supuesto de movilidad funcional, la conclusión sería la misma, argumentando que "Así, en la Sentencia de 27/12/99 -rec. 2059/1999 - se decía: "Como quiera que existe un espacio de movilidad sin regulación legal, ya que el art. 39 del ET sólo disciplina los supuestos de movilidad funcional y el art. 40 los de movilidad geográfica que exigen el cambio de residencia, algún sector de la doctrina científica, ha optado por incluir los cambios de puesto de trabajo desde un centro a otro sito en la misma localidad, como supuestos de movilidad funcional. Pues bien, tanto si se extiende dicha calificación de movilidad funcional (a los citados cambios de centro), como si califica a éstos, más propiamente, como casos de movilidad geográfica 'lato sensu', débil, o no sustancial por no llevar aparejado el cambio de residencia, es lo cierto que, en cualquier caso, quedan excluidos del art. 40 ET y deben ser incardinados en la esfera del 'ius variandi' del empresario" (en el mismo sentido, considerando tales supuestos como expresión del poder de dirección, también la STS 19/12/02 -rec. 3369/01-). Poder empresarial, añadimos ahora, que hemos de entender -con autorizada doctrina- como "ius variandi" común, en tanto que facultad de especificación de la prestación laboral y de introducir en ella modificaciones accidentales, frente al especial que supone acordar las modificaciones sustanciales a que se refiere el art. 41 ET".

d) Se ha destacado por la jurisprudencia unificadora que "el ET no impone a las manifestaciones del poder de dirección ninguna exigencia de motivación causal ni de comunicación a los representantes de los trabajos y las que establece para las de movilidad funcional son menos intensas que las que enumera el art. 41; y ni en unas ni en otras, otorga al trabajador

afectado el derecho extintivo que si le atribuye en las modificaciones sustanciales" (SSTS/IV 25-septiembre-2002 -rcud 1582/2001, 19-diciembre-2002 -rcud 3369/2001).

e) Por último, en el supuesto concreto ahora enjuiciado, la sentencia recurrida no hace referencia a dato alguno que por sus características funde su decisión de configurar como sustancial el cambio de centro de trabajo impugnado, por lo que debe estarse a la anterior regla general, dado que el cambio de centro de trabajo efectuado en el ámbito de una misma localidad, como se sintetiza también en la citada STS/IV 26-abril-2006, "no reviste aquella esencialidad, sino cualidad accesorio, porque manteniéndose en su integridad todas las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, a excepción del lugar de prestación de servicios, la posible mayor onerosidad que puede determinar el desplazamiento al nuevo centro ofrece una importancia escasa o muy relativa en la significación económica del contrato, sobre todo en el contexto de una realidad social en la que destacan la calidad de los servicios de transporte y de la red viaria".

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar, -de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal-, que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que, en consecuencia, la sentencia recurrida ha de ser casada y anulada; lo que comporta, además, la estimación del recurso de suplicación formulado por la Administración Pública empleadora, revocando la sentencia de instancia, y desestimando la demanda; sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).

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 la representación de la Junta de Andalucía (Consejería de Educación) y casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en fecha 17-julio-2008 (rollo 1046/2007), en el recurso de suplicación interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Sevilla el día 9-junio-2005 (autos 985/2005) en el procedimiento instado por la trabajadora D^a Elisabeth. Resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase formulado por la Administración Pública empleadora, revocamos la sentencia de instancia, y desestimamos la demanda; sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Supe-

rior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, 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. Fernando Salinas Molina.- José Manuel López García de la Serrana.- Juan Francisco García Sánchez.- Luis Fernando de

Castro Fernández.- Milagros Calvo Ibarlucea.

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



2009/275247

TDC

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución: 10 noviembre 2009.
Ponente: D. Miguel Cuervo Mir

Fijación de precios en alquiler de vehículos constitutivo de infracción del art. 1,1 a) LDC

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declara acreditada la existencia de una infracción del art. 1,1 a) LDC, denunciada por la Asociación Hotelera de Menorca, y de la que es responsable la Asociación Menorquina de Alquiler de Coches Sin Conductor, que fijó el precio de alquiler al que debían vender sus servicios todas aquellas empresas asociadas que se adscribieran a la central de ventas por Internet, a través de una página Web diseñada y organizada por la asociación denunciada. Recuerda el Consejo, entre otros pronunciamientos, que tal y como señala el art. 1,1 a) LDC, queda prohibido todo acuerdo de fijación directa de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Consejo tiene que resolver si se ajusta a derecho la Propuesta de Resolución de la DI en la que se señala que "...el acuerdo adoptado por la Asamblea General ordinaria de 13 de marzo de 2007 de la Asociación Empresarial Menorquina de Alquiler sin Conductor de fijación de precio de alquiler de vehículos sin conductor a través de una central de reservas de la propia Asociación es una infracción del artículo 1.1.a de la LDC. Se considera responsable de los hechos a la Asociación Empresarial Menorquina de Alquiler sin Conductor".

Tal y como señala el artículo 1.1 a) de la LDC queda prohibido todo acuerdo de fijación directa de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. La central de reservas para servicios de alquiler de coches sin conductor en Internet puesta en marcha en el seno de AEMASC,

cuya autoría y desarrollo resulta incuestionable a tenor de los Hechos Probados 3 a 9, implica un acuerdo de fijación de precios en la comercialización de estos servicios, al menos en ese canal comercial. Esto significa que se limita expresamente la iniciativa comercial independiente de cada empresario participante y se sustituye por una política comercial común, especialmente en lo que atañe a la fijación de precios de los servicios ofertados. Es decir, una central de ventas con fijación de precios, como la desarrollada por AEMASC, significaría que las empresas participantes renuncian a presentarse individualmente en Internet a favor de una acción colectiva colusoria.

De acuerdo con el modo en que se diseñó y se puso en marcha la comercialización de estos servicios en el canal de Internet por parte de AEMASC, el Consejo entiende que la fijación de precios y las condiciones de acceso a la propia plataforma creada, tal y como se pone de manifiesto en los Hechos Probados 8 y 9, su-

pondría que cualquier asociado a AEMASC -no se establece ninguna condición especial-, por su objeto, desarrolla incentivos en todos los asociados a seguir esta vía concreta de comercialización y, en este sentido, dada la representatividad de AEMASC, se podría llegar a comercializar por ese sistema el total de la flota de vehículos procedente de todos sus asociados. Es decir, potencialmente y de acuerdo con el Hecho Probado 10, casi el 85% de las empresas oferentes de estos servicios en Menorca y el 42% de la flota de vehículos disponibles por el sector en esta isla estarían renunciando a competir en precios y, en este sentido, es factible una alteración real de los precios de competencia en este mercado y, finalmente, su afectación negativa al bienestar general.

La denunciada solicita el sobreseimiento del expediente, sobre la base de que no ha habido efectos anticompetitivos y de que la práctica no tenía aptitud para producirlos y señala que después de seis meses de funcionamiento, la facturación fue de 2.720 euros, con un total de 48 alquileres realizados a través de esta central. Es decir, según ella, unos efectos sobre la competencia "prácticamente nulos", además de una "falta de aptitud de la herramienta informática citada para afectar de una manera efectiva al régimen de competencia".

Sin embargo, este Consejo no puede aceptar este argumento, precisamente por el objeto -fijar un precio común a los partícipes- y por los potenciales efectos -en el seno del acuerdo se podría reunir más del 40% de la flota de vehículos de alquiler sin conductor-.

Precisamente por ello, no se trata tanto de aceptar razones como que los 48 alquileres realizados a través de la página son un reducido efecto o el argumento contrario de que este número de alquileres es una evidencia suficiente del efecto. Son razones relativas a la existencia de una tendencia creciente en la utilización de los servicios de Internet y el propio peso del conjunto de asociados de AEMASC en la oferta de estos servicios en Menorca, entre otras, las que hacen posible los efectos anticompetitivos de la conducta.

Por lo tanto, a pesar de que los alquileres realizados en el periodo entre abril y octubre de 2008 representen tan solo un 0,02% del total de alquileres realizados, el objeto del 10 acuerdo es anticompetitivo y tiene una potencialidad restrictiva en términos de competencia mucho mayor de lo que indican las cifras en un momento dado.

Por otra parte, el Consejo tiene que señalar que la iniciativa, que corresponde a AEMASC, extralimita de forma muy grave lo que puede hacer una asociación empresarial en lo que se refiere al conocimiento,

respeto y aplicación de la LDC. Por lo que, al promover y aplicar en su seno un acuerdo de precios entre empresas, sin lugar a la duda, para este Consejo se produce una infracción muy grave del artículo 1 LDC.

SEGUNDO.- Establecida por el Consejo la infracción de AEMASC, por la fijación de precios en el seno de una asociación empresarial, con el fin de vender los servicios de alquiler de coches sin conductor en la Isla de Menorca, a través de un canal de comercialización, el Consejo también quiere señalar que la eliminación en el futuro de los aspectos anticompetitivos en este tipo de acuerdos, de modo que se promueva efectivamente la libertad de precios entre competidores, no sólo será una obligación para el buen funcionamiento de la iniciativa desarrollada por la denunciada, sino que favorecerá una iniciativa que presenta contenidos pro competitivos en el mercado descrito, subrayados convenientemente por la Dirección de Investigación en su Propuesta de Resolución.

En este sentido, el Consejo entiende que, en la medida en que la central de ventas por Internet de AEMASC es también un intento de cooperación entre empresas pequeñas y medianas del sector de alquiler sin conductor de Menorca, con el fin de fortalecer el acceso a otras vías de comercialización en red, con un reparto más eficiente de los costes generados y una mayor probabilidad de éxito de sus servicios por ese canal, se pondrá de manifiesto, con mayor seguridad, que estas pequeñas empresas podrán ser competidores efectivos frente a otras empresas de mayor tamaño, como las que ofertan en este mercado. De hecho, el Consejo entiende que este es el principal argumento de orden competitivo de las alegaciones de la parte denunciada, cuando señalaba que se trataba de crear una central de ventas para "dar acceso a la red, a coste cero, a empresas con un reducido volumen de vehículos".

Sin embargo, estas iniciativas tienen que asegurar siempre la independencia de la política comercial de cada una de las asociadas a la misma, especialmente en lo que se refiere a la fijación de precios desde la asociación empresarial, pero también en relación con las posibilidades de un acceso objetivo, transparente y neutral como oferentes de las asociadas, en todo aquello que la DI ha señalado en relación con la selección de las mismas y la información disponible. En este sentido, la DI puso de manifiesto que la central de reservas de AEMASC también contenía elementos en su funcionamiento que imposibilitaban la identificación individual de las empresas y no favorecía un sistema de selección de ofertas transparente entre aquellos competidores cuyo comportamiento se supone independiente.

En todo caso, sirva decir que la propia AEMASC consideró que la iniciativa seguiría siendo viable después de la eliminación de todos los elementos anticompetitivos detectados e instruidos por la DI y que configuraban parte del acuerdo inicial en el seno de AEMASC. Efectivamente, el Consejo ha podido valorar que, al hilo de la solicitud de AEMASC de que el expediente se resolviera con una Terminación Convencional, finalmente rechazada por la DI, al considerar que no se reunían los requisitos para aplicar el artículo 52 LDC, puesto que se trataba de un acuerdo horizontal de precios, vigente durante seis meses, en el seno de una asociación empresarial, también se puso de manifiesto que "AEMASC ofrece a la Comisión Nacional de la Competencia el compromiso de transformar su página Web de forma que incluya los precios y condiciones de alquiler libremente aplicados por cada una de las empresas que lo integran, de forma que dicha página web se convierta, no solo en una herramienta de las pequeñas empresas para competir contra las más poderosas, sino también como un instrumento de competencia entre las propias pequeñas empresas integradas en la Asociación, lo que no solo mantendría los niveles de competencia actuales, sino que daría lugar a un mercado más abierto y más competitivo. AEMASC se compromete a vigilar y a garantizar el correcto funcionamiento del sistema". Por lo tanto, para la propia AEMASC, creadora y organizadora de la iniciativa, es viable la central de reservas sin esos elementos anticompetitivos prohibidos que contenían el acuerdo y que deben ser sancionados en esta Resolución.

TERCERO.- A pesar de que la conducta que se ha enjuiciado consistió en un acuerdo de fijación de precios entre empresas competidoras en el seno de una organización empresarial y, por ello, de acuerdo con el artículo 62.4.a) LDC, la Dirección de Investigación la ha considerado "como muy grave", también es cierto que la propia DI ha señalado a este Consejo que la conducta duró seis meses, en el transcurso de los cuales el nivel de actividad de la central de reservas fue muy bajo -48 contratos que representaban el 0,02% del total del año 2008-. Por otra parte, AEMASC suspendió su funcionamiento en cuanto se incoó expediente sancionador, con lo que puso fin a la infracción. Por ello, la DI considera que "concurren numerosos atenuantes" en el caso que nos ocupa.

El Consejo comparte estas consideraciones de la DI y, a mayor abundamiento tiene en cuenta que el volumen contratado efectivamente, a través de la central de ventas denunciada, ha sido muy bajo. A lo que se añade la voluntad negociadora de la denunciada al solicitar una terminación convencional que eliminara los

elementos anticompetitivos del acuerdo denunciado, aunque, por la naturaleza del acuerdo y su puesta en marcha durante seis meses, la DI no lo pudiera considerar.

Por otro lado, el precio medio establecido en Web por la central de reservas de la denunciada, que todas las empresas partícipes aceptaron, no es el precio que cada una de 12 estas competidoras tiene fijado individualmente en sus canales tradicionales. En este sentido, el acuerdo de desarrollo de la plataforma telemática no uniforma totalmente la política comercial de las mismas.

Del mismo modo, no se oculta a este Consejo que la iniciativa, despojada de sus elementos anticompetitivos, puede fortalecer la competencia, no solamente con las grandes empresas del sector que disponen de las facilidades oficiales del aeropuerto de Menorca (Avis, Europcar, Hertz, National Atesa y Solmar/Ownerscars), sino incluso con la propia denunciante, ASHOME, que también oferta a través de su página web la posibilidad de alquilar vehículos sin conductor (visitmenorca.com), utilizando el importante recurso de su presencia en el mercado Web de reservas de plazas hoteleras en la isla de Menorca, aunque solamente sea en calidad de intermediario o comisionista de algunas de las grandes empresas de servicios de alquiler de coches sin conductor.

En definitiva, en la consideración de todos estos elementos de análisis y valoración, el Consejo en aplicación de los artículos 63 y 64 LDC, fija una sanción de Mil euros (1.000 €) e intima a AEMASC a que se abstenga en lo sucesivo de concertar acuerdos semejantes.

Vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la CNC ha resuelto:

FALLO

Primero.- Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 1.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que es responsable la Asociación Empresarial Menorquina de Alquiler sin Conductor, que en aplicación del acuerdo en su Asamblea General Ordinaria de 13 de marzo de 2007, fijó el precio de alquiler de vehículos sin conductor al que debían vender sus servicios todas aquellas empresas asociadas que se adscribieran a la central de ventas por Internet, a través de una página web diseñada y organizada por la asociación denunciada.

Segundo.- Sancionar con mil euros (1.000 euros) a la Asociación Empresarial Menorquina de Alquiler sin Conductor como responsable de la infracción cometida.

Tercero. Intimar a la Asociación Empresarial Menorquina de Alquiler



EL DERECHO

Año XVII. Número 2837

Madrid, 31 de mayo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

sin Conductor para que se abstenga de concertar acuerdos semejantes en lo sucesivo.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la

CNC y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el pla-

zo de dos meses a contar desde su notificación.

Excmos. Sres.: Luis Berenguer Fuster, Presidente.- Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresi-

dente.- Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero.- Miguel Cuerdo Mir, Consejero.- Pilar Sánchez Núñez, Consejera.- Julio Costas Comesaña, Consejero.- María Jesús González López, Consejera.

RESEÑA

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



2009/239957

TS Sala 1ª, Sentencia 13 octubre 2009.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Calificación de lícita de la publicidad para promover la contratación de suministro de energía

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la acción de cesación de publicidad ilícita ejercitada por la OCU, considerando que la publicidad identificada en la demanda, realizada por la demandada para promover entre los consumidores la contratación del suministro de energía, actividad que desarrolla, no se puede calificar de ilícita ya que no era engañosa a la vista del contenido de los informes aportados a las actuaciones por las partes.

2009/239962

TS Sala 1ª, Sentencia 19 octubre 2009.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Prescripción de acción dirigida contra aseguradora al presentarse después de reclamación extrajudicial

El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que declaró prescrita la acción formulada por los actores contra la entidad aseguradora demandada en reclamación de daños y perjuicios sufridos en accidente de tráfico al considerar que los actores realizaron una última reclamación extrajudicial a la demandada que fue contestada en la fecha fijada y habiéndose interpuesto la demanda, a partir de esta fecha, fue-

ra del término legal establecido, rechazándose los argumentos que pretendían una extensión del plazo en las dos sentencias de instancia.

2009/239966

TS Sala 1ª, Sentencia 15 octubre 2009.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Prescripción de la acción de responsabilidad por accidente laboral

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió al demandado como empleador responsable de los daños sufridos por el actor en accidente laboral acaecido cuando se encontraba trabajando a las órdenes del demandado, cayendo al suelo al quebrarse el poste de teléfonos que estaba reponiendo desde la cima del mismo, al acoger la sentencia la excepción de prescripción dado el transcurso del plazo legal previsto para ejercitar el actor la reclamación de daños fundamentada en responsabilidad extracontractual del demandado.



2009/307283

TS Sala 2ª, Sentencia 29 diciembre 2009.
Ponente: D. Luciano Varela Castro

Falsedad en documento privado por imitación de firma

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito de falsedad en documento privado. El TS rechaza la existencia de vulneración del principio de presunción de inocencia, pues la sentencia de instancia argumenta la imputación a ambos acusados del acuerdo para la confección unilateral del documento y

de la falsificación de la firma del arrendador. El argumento, continúa la Sala, sobre la escasa fiabilidad científica de la pericia, que denuncia la falsedad de la firma imitadora de la del arrendador, cae fuera de la garantía constitucional, es gratuita y no va más allá de la discusión sobre la credibilidad del medio de prueba que no cabe replantear en casación.

2009/307288

TS Sala 2ª, Sentencia 16 diciembre 2009.
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. El TS considera acreditado que el acusado era la persona que estaba realizando las labores de extracción de áridos; siendo de destacar, a los efectos que ahora interesan, el escrito dirigido por el acusado a la dirección general de promoción y disciplina ambiental, en el que dice que el uso de las parcelas es agrícola y que desarrolla actividades para la preparación del terreno para su cultivo y para la construcción de invernaderos, reconociendo que ha tenido que remover tierras para tal finalidad.



2010/12553

TS Sala 4ª, Sentencia 15 enero 2010.
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

Falta de reconocimiento de subsidio de desempleo a mayor de 52 años

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formu-

lado por la entidad gestora demandada contra sentencia que declaró el derecho de la beneficiaria accionante a subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Explica la Sala que en el caso enjuiciado no se puede aplicar la técnica del paréntesis, puesto que en la vida laboral, y de ausencia de trabajo del demandante, no cabe apreciar la continuidad de voluntad de permanencia en el mundo del trabajo.

2010/12557

TS Sala 4ª, Sentencia 28 enero 2010.
Ponente: D. Antonio Martín Valverde

Valoración combinada de dolencias a efectos de discapacidad

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la entidad gestora demandada contra sentencia que acogió la pretensión del beneficiario accionante sobre grado de minusvalía. Señala la Sala que el sistema correcto de cómputo de las dolencias o enfermedades crónicas a efectos de la valoración de la discapacidad no consiste en la suma de los porcentajes de las distintas dolencias, operación efectuada por error en la sentencia recurrida, sino en la combinación de los mismos de acuerdo con la tabla de valores combinados.

2010/14354

TS Sala 4ª, Sentencia 2 febrero 2010.
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

Ayuda a la prejubilación en la industria de la minería del carbón

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el minero accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre ayuda a la prejubilación con cargo al Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras. Explica la Sala que si bien es cierto que en el art. 9,4 RD 808/2006, de 30 junio, se contiene una primera aproximación en los topes a límites a aplicar a la cantidad mensual que haya de percibir el trabajador acogido a las ayudas de prejubilación, la norma tiene una cláusula de cierre final, en la que se especifica que esa cantidad bruta garantizada no podrá desviarse, en ningún caso, al alza o a la baja, en más de un 8% del 80% del salario medio de los doce meses anteriores al período sobre el que se realiza la valoración.