



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 2842

Madrid, miércoles 9 de junio de 2010



TS CIVIL

2010/36932

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

Información veraz en un tema de conflicto laboral

Inexistente intromisión en el derecho al honor por representante sindical

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que, revocando la de instancia, rechazó la demanda en relación con la carta remitida por el demandado en su condición de representante sindical, al Director de informativos y a la Directora de Personal de TVE, en orden a si las afirmaciones y exposición de hechos contenidos en la citada carta implican o no una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor.

Concluye la Sala que no existió intromisión ilegítima al tener cobertura legal la conducta del demandado en el derecho de la libertad de expresión, en concreto en el derecho a comunicar libremente información en esencia veraz, en el ámbito de la información sindical, en un tema de conflicto laboral preexistente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se centra la cuestión sometida a objeto de enjuiciamiento en, la carta remitida por el demandado D. Francisco en su condición de Cargo000 de UGT- RTVE, el día 3 de junio de 2004, al Director de informativos y a la Directora de Personal de TVE, en orden a si las afirmaciones y exposición de hechos contenidos en la misiva en cuestión, implican o no una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor.

La Audiencia Provincial de Madrid revocando la sentencia del Juzgado de primera Instancia núm. 9 de Madrid, desestimó la pretensión ejercitada declarando que "La conducta del demandado halla cobertura en derechos fundamentales prevalentes, en este caso al del honor del demandante"

Nos encontramos ante un supuesto de una posible confrontación entre el derecho al honor del recurrente y el derecho a la libertad de información utilizada por los recurridos.

Interpone recurso de casación la parte demandante articulando su recurso un único motivo: Infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de de Protección Civil del Derecho al Honor.

El recurso debe ser desestimado.

SEGUNDO.- La resolución recurrida no ha infringido en su aplicación los preceptos citados. Tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional desde sentencia de 17 de julio de 1986, vienen distinguiendo entre la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, no siempre es fácil

de separar, pues suele ocurrir que los hechos objeto de enjuiciamiento consisten en una amalgama de ambos.

El artículo 20.1 de la Constitución Española ni protege la divulgación de hechos que son simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos. Por esta razón, procede examinar en primer lugar la veracidad de aquella y, a continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula. Debe precisarse de igual modo que, la exigencia de "verdad" aplicable a la libertad de información, no es necesariamente absoluta, pueden concurrir inexactitudes que no afecten al fondo; no se exige que resulte absoluta y total, sino que la esencia es que el hecho sea veraz, aun con inexactitudes, como declara la sentencia de 15 de junio de 2009, se exige del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida.

TERCERO.- La aplicación de lo antedicho al caso de autos, nos lleva a declarar que:

1º.- La actuación de los demandados es encuadrable en su condición de delegados sindicales. Nada se opone a que un sindicato sea titular del derecho a la libertad de información y pueda ejercerlo en el contexto de la libertad sindical (artículo 28.1 de la Constitución Española) a través de un representante o dirigente que manifieste públicamente la opinión de la organización en relación con un asunto que afecta a los intereses de sus afiliados, lo cual a su vez debe encuadrarse entre las funciones de representación y reivindicación que el sindicato tiene constitucionalmente atribuidas por el artículo 20.1 de la Constitución Española.

2º.- En su escrito hacen mención a las quejas -la contratación de personal ajeno- puesta de manifiesto por el colectivo de trabajadores afectados, en la que se incluye la mención al actor.

3º.- La información difundida en esencia es veraz, pues queda constancia de las actuaciones de la de-

SUMARIO

TS

CIVIL

Inexistente intromisión en el derecho al honor por representante sindical **1**

Nulidad de cláusula abusiva en contrato de adhesión limitadora del derecho de propiedad **2**

PENAL

Legitimación de la acusación popular para solicitar en solitario apertura del juicio oral **3**

ADMINISTRATIVO

Deducción de gastos reconocida por promover la venta de bienes y servicios **11**

SOCIAL

Competencia del INSS para dictar resolución fijando el plazo de revisión de incapacidad permanente **13**

Improcedente extinción de contrato por jubilación forzosa **14**

RS

RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

nuncia formulada y un concreto resultado: la contratación de reporteros autónomos o personal de productoras privadas par ala cobertura de acontecimientos en los informativos de fin de semana.

4º.- Los comentarios o expresiones referidos a la persona del actor, no comportan un carácter insidioso o vejatorio.

5º.- La posible comunicación a los trabajadores se produce en el campo del ejercicio de la libertad sindical. Se comunica el contenido de la reunión mantenida con la dirección de la empresa, sobre un tema en conflicto, conocido.

CUARTO.- Como conclusión, se actúa en consecuencia dentro del marco del derecho a la información veraz del artículo 20.1.d) de la Constitución Española, al existir una situación de conflicto que legitima su intervención, que motiva su actuación, como representantes de una organización sindical, siendo el vehículo entre los trabajadores y la Dirección de la empresa. Se da el inevitable problema de la subjetivización u objetivización del derecho al honor, no permitiéndose que el criterio subjetivo de la persona que se siente ofendida prevalezca sobre una consideración objetiva, es decir, la inevitable subjetivización debe quedar mitigada por las circunstancias objetivas de la persona, su situación de tiempo y lugar.

Así pues, no existió intromisión ilegítima al tener cobertura legal la conducta del hoy recurrido en el derecho de la libertad de expresión y mas concretamente en el derecho a comunicar libremente información en esencia veraz, en el ámbito de la información sindical, en un tema de conflicto laboral preexistente.

Por todo ello, el recurso de casación se rechaza y se confirma la sentencia recurrida, como dice el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con imposición de costas a la parte recurrente, aplicando el artículo 398 en su remisión al 394 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Víctor

Requejo Calvo en nombre y representación de D. Juan Manuel contra la sentencia dictada por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 12 de junio de 2007.

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

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 Ferrándiz 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.

2010/21691

TS Sala 1ª, Sentencia 17 marzo 2010. Ponente: D. Román García Varela

Nulidad de cláusula abusiva en contrato de adhesión limitadora del derecho de propiedad

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que consideró el contrato celebrado entre las partes como un contrato de adhesión, declarando nula la cláusula referente a que los actores compradores de los apartamentos en el caso de desear arrendarlos debían hacerlo a través de la sociedad de explotación designada por la promotora. La sentencia recurrida entiende que aquélla constituye una clara manifestación de cláusula abusiva en el seno de un contrato de dicha naturaleza, ya que con ella se limita injustificadamente el derecho de uso y disposición de la

propiedad, coartando el derecho de libertad contractual y desequilibrando las prestaciones entre las partes, imponiendo además unos servicios accesorios no solicitados por los actores, sin que dicha nulidad se subsane por el hecho de que la cláusula haya sido aceptada por éstos. Condena la Sala a la entidad demandada a otorgar escritura pública sin la inclusión de la cláusula referida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Jaime y Dª Daniela demandaron por los trámites del juicio ordinario a la entidad "BERNINA BLANCA S.A.", y solicitaron la declaración de validez del contrato de compraventa celebrado entre las partes sobre nueve apartamentos sitos en la localidad de Calpe, a excepción de la cláusula contenida en el párrafo último, apartado 2º, referente a que, en caso de que los demandantes compradores desearan arrendar sus apartamentos deberán hacerlo a través de la sociedad de explotación designada por la promotora, con la declaración de la nulidad y sin efecto de este apartado, y la condena a la mercantil al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa con la exclusión de dicha cláusula.

La entidad demandada contestó a la demanda y se allanó parcialmente a la misma, pero con oposición a que en la escritura pública de compraventa no se incluyese la mencionada cláusula.

El Juzgado acogió en parte la demanda al rechazar la petición de no declarar la validez de la cláusula contenida en el párrafo último, apartado 2º, del contrato, y la consiguiente desestimación de que en la escritura pública no se incluyera la misma; y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de manifestar la nulidad del inciso "para el caso de que el comprador esté interesado en alquilar sus unidades, viene obligado a hacerlo a través de la sociedad designada por el promotor", contenido en el contrato privado celebrado entre las partes, con la condena a la demandada a otorgar escritura pública sin la inclusión de la cláusula referida, al colegir que se trata de una relación entre consumidor y empresario, y que los actores son los adquirentes de un conjunto de viviendas cuyo destino no está predeterminado, aunque sea el más probable el alquiler, pero que en la actualidad son los destinatarios

finales de la venta, ya que no consta que se dediquen profesionalmente a la locación de viviendas, e indica que de la prueba practicada ha quedado constancia de que estamos ante un contrato de adhesión, y el inciso que se discute constituye una clara manifestación de cláusula abusiva en el seno de un contrato de esta naturaleza, ya que con ella se limita, de modo que no aparece justificado, el derecho de uso y disposición de la propiedad, coartando el derecho de libertad contractual de modo que desequilibra además las prestaciones que a cada parte corresponde, y ante un supuesto de imposición al adquirente de unos servicios accesorios no solicitados - Disposición Adicional 1ª de la Ley 26/94, cláusula 23ª -, y precisa que se trata de un claro supuesto de infracción de los principios de la contratación (artículo 1255 Código Civil) y, por tanto, ante un evidente caso de pacto abusivo cuya nulidad tanto será dable por la vía de la legislación de protección de consumidores, como por la vía de las condiciones generales, nulidad que no se subsana por el hecho de que la cláusula haya sido aceptada por los actores.

La entidad demandada ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, el segundo con cobertura en el artículo 477.2 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 23 de septiembre de 2008, ha dispuesto la inadmisión del primer recurso por carencia de fundamento y la admisión del recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- El motivo primero de este recurso acusa la infracción del artículo 7.1 del Código Civil, con la alegación de que los demandantes actuaron con mala fe al ocultar la constitución de una sociedad mercantil.

El motivo se desestima.

Los argumentos esgrimidos por la recurrente se apoyan en una cuestión nueva, ya que merecen tal consideración las no aducidas por las partes en sus escritos alegatorios y las surgidas "ex novo" en casación.

Reiterada doctrina de esta Sala impide conocer en casación de las cuestiones nuevas.

Las cuestiones nuevas alteran el objeto de la controversia, atentan a los principios de preclusión e igualdad de las partes (entre otras, SSTS

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94
ISSN 1888-5020
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

de 4 de junio de 1994, 2 de junio y 19 de noviembre de 1999, 20 de enero de 2001 y 23 de octubre de 2003) y producen indefensión para la otra parte (aparte de otras, SSTS de 22 de julio y 20 de septiembre de 1994 y 22 de julio de 2003).

TERCERO.- El motivo segundo de este recurso denuncia la transgresión del artículo 348 del Código Civil, pues la cláusula contractual que la sentencia recurrida declara nula no puede considerarse como una limitación del dominio de las vedadas por la ley y, además, no se ha instado la nulidad de los estatutos ni la cancelación de los asientos registrales correspondientes con infracción de los artículos 1, párrafo 3º, y 38, párrafos 1º y 2º, de la Ley Hipotecaria.

El motivo se desestima.

Ninguno de los preceptos citados en el motivo como conculcados se ha mencionado en la sentencia recurrida, por lo cual no cabe su infracción.

Por demás, la recurrente pretende una nueva calificación de la cláusula contractual declarada nula en la resolución de apelación por ser abusiva, pero es doctrina reiterada de esta Sala que, tanto la determinación jurídica del negocio celebrado entre las partes, como su interpretación por el Tribunal de instancia, han de respetarse en casación, salvo que sean arbitrarias, absurdas o ilegales, nada de lo cual es predicable en la que la resolución recurrida ha hecho de la cláusula del contrato litigioso que nos ocupa (entre otras, SSTS de 29 de mayo de 2001, 17 de febrero de 2003, 10 de junio y 6 de octubre de 2005, 7 de junio de 2006, 13 de mayo de 2007, 18 y 26 de junio de 2008 y 19 de febrero de 2009).

CUARTO.- El motivo tercero de este recurso reprocha la vulneración del artículo 1255 del Código Civil, y manifiesta que las partes firmaron el contrato privado de compraventa y las arras al amparo de la libertad de pacto.

El motivo se desestima.

El artículo 1255 del Código Civil, referido a la libertad contractual y la autonomía de voluntad, ostenta el carácter de genérico, de manera que puede acoger cualquier tesis y en cualquier sentido con tal de que se refiera a la contratación (SSTS de 19 de diciembre de 2001).

QUINTO.- El motivo cuarto de este recurso censura la violación del artículo 1258 del Código Civil, y aduce que los demandantes debieron ser coherentes con sus propios actos y acceder al otorgamiento de la escritura pública respetando el contenido de la cláusula firmada.

El motivo se desestima.

Otra vez se ampara el motivo en un precepto de carácter general, por

lo que para su decaimiento, en evitación de repeticiones, reiteramos lo expresado en el fundamento de derecho precedente.

SEXTO.- El quinto motivo quinto de este recurso acusa la infracción de los artículos 1.2, 1.3, 8.2º, 10 bis y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/84, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, ya que no pueden acogerse a las disposiciones tuitivas de estos preceptos quienes adquieren bienes con la finalidad de comercializarlos o prestarlos a terceros.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho primero, integra la siguiente argumentación:

(...) De la prueba practicada ha quedado constancia plena de que estamos ante un claro contrato de adhesión, afirmación que por sí sola, como bien sabemos, no determina su nulidad dado que, siendo una modalidad que encuentra su justificación en el mercado de las contrataciones en masa, no por ello debe entenderse o presumirse que su clausulado debe venir como presupuesto de esta modalidad contractual, impuesto a las partes. Pero sin duda alguna para este Tribunal, el inciso cuya nulidad se insta sí constituye una clara manifestación de cláusula abusiva en el seno de este contrato adhesivo ya que con ella se limita, de manera que no aparece justificada, el derecho del uso y disposición de la propiedad que se adquiere en cuanto la facultad de dominio otorga a los dominos, el poder de disposición, de un derecho de libertad contractual que se coarta en este caso de modo que desequilibra además, las prestaciones que a cada parte corresponde (...).

En definitiva, nos encontramos ante una cuestión jurídica relativa a la calificación como abusiva de una cláusula del contrato de adhesión celebrado entre las partes, y esta Sala muestra su conformidad con los razonamientos recién expresados de la sentencia de instancia.

Aparte de la referida posición jurisprudencial de que la calificación de los contratos es función propia del Juzgador de instancia, que ha de ser mantenida en casación, excepto en los supuestos excepcionales indicados, asimismo constituye doctrina de este Tribunal la de que toda limitación a la propiedad individual ha de interpretarse de modo restrictivo (entre otras, SSTS de 7 de febrero de 1989, 13 de diciembre de 1991, 14 de octubre de 1996, 2 de julio de 1997 y 30 de mayo de 2001).

SÉPTIMO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, con la condena a la parte recurrente de las costas causadas en este recurso (artículos 394 y 398 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 entidad "BERNINA BLANCA, S.A." contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante en fecha de cinco de julio de dos mil cinco. Condenamos a la parte recurrente al abono de las costas ocasionadas en este recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día 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 Rios; Roman Garcia Varela; Francisco Marin Castan; José Antonio Seijas Quintana; Encarnacion Roca Trias. Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, 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.



2010/2484

TS Sala 2ª, Sentencia 20 enero 2010. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Legitimación de la acusación popular para solicitar en solitario apertura del juicio oral

Se estima el recurso de casación interpuesto por la acusación popular contra auto por el que se declaraba el libre sobreseimiento de las actuaciones. Subraya el TS que en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, pero esa doctrina se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que, por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio Fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral.

Formula voto particular el Magistrado D. Alberto Jorge Barreiro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Auto objeto de la casación es el dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de enero de 2009. La Sala ha tenido una integración de Magistrados ciertamente compleja dadas las recusaciones planteadas y admitidas. En el Auto recurrido se acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones "por falta de acusación legítima para el ejercicio de la acción penal", en referencia a que el juicio oral fue instado solamente por las acusaciones populares personadas en la causa. Son cuatro los apartados que hemos de considerar en la presente resolución. En primer lugar, la correcta integración del tribunal sentenciador, en el que analizamos los motivos planteados por la acusación popular Foro de Ermuia; en segundo término,

la disensión planteada respecto a la apertura del juicio oral, recurso formalizado por las dos acusaciones populares en el enjuiciamiento; en tercer lugar, la procedencia o no de analizar el fondo del objeto del proceso, según ha sido planteada por la defensa del Lehendakari al tiempo del enjuiciamiento, Sr. Juan José, y también por el Ministerio fiscal en su informe de impugnación. Por último, el análisis de la tipicidad de los hechos en el delito de desobediencia por el que se acusó. Sobre los cuatro aspectos hay una jurisprudencia firme y reiterada que será preciso traer a esta resolución para dar la respuesta adecuada a las pretensiones deducidas por las partes.

SEGUNDO.- Analizamos en este primer apartado del examen de la impugnación los motivos planteados por la defensa de la acusación parti-

cular Foro de Ermua que plantea cinco motivos, los primeros de su escrito de formalización, en los que discute la correcta integración del tribunal de enjuiciamiento.

1.- En el primero de los motivos denuncia el quebrantamiento de forma del art. 851.6 de la Ley procesal "al haberse admitido la recusación" de dos de los Magistrados integrantes de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El recurrente es consciente de que su queja no tiene el amparo legal que la ley prevé en el art. 851.6 de la Ley procesal, a cuyo tenor, podrá interponerse recurso de casación cuando hayan concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal, se hubiera rechazado. Resulta patente que ninguno de los dos Magistrados a los que se refiere la impugnación concurrieron a dictar sentencia, pues su recusación había sido acordada con anterioridad. Por ello intenta que prospere el motivo desde una interpretación analógica del art. 851.6 de la Ley procesal penal. El motivo se desestima. La naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide que pueda extenderse la recurribilidad de la sentencia a supuestos no expresamente previstos en la Ley procesal penal. Ese tratamiento de la previsión del recurso es acorde con las reglas de la lógica, pues la imparcialidad debe adornar a los Magistrados que integran el órgano de enjuiciar, es decir, a los llamados a ejercer la jurisdicción en el caso objeto del enjuiciamiento.

Los requisitos de imparcialidad están previstos en la ley y aparecen objetivados en la ley procesal de manera que el Juez imparcial es aquel llamado a la resolución del conflicto planteado en quien no concurren las circunstancias de abstención y de recusación previstas. Por tal motivo la Ley procesal permite la recurribilidad para las resoluciones de recusación intentadas y rechazadas y no para las acordadas, pues respecto a los Magistrados recusados ya no forman parte del órgano de enjuiciar y respecto de ellos no existe la causa de recurrir porque no han participado en el fallo que se recurre.

2.- En el segundo motivo reproduce la argumentación del anterior desde la perspectiva del derecho fundamental al juez predeterminado por ley y el derecho a un proceso con las garantías debidas. Arguye el recurrente que la indebida aplicación del instituto de la recusación, cuando no era procedente, ha conformado una Sala de enjuiciar distinta de la pertinente y con lesión del derecho que invoca en la impugnación.

La desestimación es procedente. El proceso de formación de las salas de enjuiciar parte de una previa conformación legal del órgano de enjuiciar y de una integración en las salas de los Magistrados que la componen.

La Ley procesal y la orgánica del poder judicial prevén, respectivamente, arts. 54 y 219, una serie de causas de abstención y de recusación, las cuales serán de interpretación restrictiva (STS 14 de junio de 1991, entre otras muchas), que tienden a garantizar la imparcialidad de los miembros del tribunal tanto por la concurrencia de causas objetivas que pueden afectar a la imparcialidad como por la apariencia de parcialidad que su concurrencia puede comportar. En tales casos acordada la abstención y, en su caso, la recusación, de un Magistrado en la integración de una sala de justicia, esa decisión es irrecurrible y los Magistrados inmediatamente sustituidos por otros quienes integrarán la sala de enjuiciamiento respecto a los cuales ha de predicarse la imparcialidad en el ejercicio de su función. Desde la perspectiva expuesta la declaración de concurrencia de una causa de recusación no quiere decir otra cosa que la posibilidad de que la imparcialidad de un miembro del tribunal puede aparecer comprometida por la concurrencia de una causa objetiva que así lo establece y que su persona sea inmediatamente sustituida por otro Magistrado que conformará el tribunal imparcial al que las partes tienen derecho.

El tribunal constituido de esta manera es el tribunal predeterminado por la ley si en su integración se han seguido las normas del proceso debido, como así ha ocurrido en el presente supuesto al haberse actuado conforme a las disposiciones orgánicas y procesales aplicables, hasta el punto de que el recurrente no hace alegación alguna en sentido contrario, por lo que el derecho en el que fundamenta la impugnación ha sido observado.

Las alegaciones del recurrente sobre la no concurrencia de la causa de recusación aplicada son extrañas al derecho que invoca. Como dijimos anteriormente, el órgano que debía decidir sobre la recusación, así lo estimó y esa decisión es irrecurrible, al no haber llegado a formar parte del órgano de enjuiciar, en tanto que los nombrados en sustitución, han conformado un órgano imparcial de enjuiciamiento, como la ley procesal y la orgánica del poder judicial dibujan en la regulación del modo de integrar las salas. En todo caso, como pone de manifiesto el Ministerio fiscal en su impugnación al motivo, la lectura del Auto de 21 de mayo de 2008, dictado por la Sala especial del art. 77 de la LOPJ, que obra en el rollo de sala en sus páginas 626 y siguientes, es claro y correcto en la aplicación de la causa de recusación del art. 219.11 LOPJ, como el propio recurrente expresó al plantear la recusación de una tercera Magistrado que integraba la sala que participó en la admisión a trámite de la querrela, y resolvió los recursos de súplica, y los de apelación contra autos dictados por el juez instructor, lo que comporta un prejuicio sobre los hechos. Ese prejuicio sobre los hechos

objeto del juicio resulta corroborado por el propio contenido de los autos y de los votos particulares, que dan idea del alcance y contenido de la deliberación existente entre los integrantes de la sala cuyos miembros fueron recusados y, por lo tanto, del prejuicio que tenían sobre los hechos. El remedio a la concurrencia de las causas de recusación se produce mediante la incorporación de nuevos Magistrados a la sala, conformando un tribunal imparcial al que se tiene derecho.

3.- En el tercer motivo denuncia el quebrantamiento de forma en el que se ha incurrido al rechazar la recusación instada por el recurrente del Magistrado D. Manuel Díaz de Rábago Villar. Señala el recurrente que había interesado la recusación de dicho Magistrado al incurrir en la causa de abstención núm. 10 del art. 219 de la LOPJ, por tener interés directo o indirecto en el pleito, habiendo sido rechazada esa recusación siendo procedente. Argumenta sobre la recusación pretendida sobre la base de pronunciamientos públicos del Magistrado sobre la ley de partidos, que consideraba inoportuna y de difícil encaje constitucional, sobre la constitución de una mesa de partidos con reunión de todas las sensibilidades políticas, y en un periódico había expresado su opinión favorable a las reuniones con Batasuna, partido político cuyas reuniones, afirma el recurrente, supusieron una desobediencia al Tribunal Supremo que lo había ilegalizado.

Para la desestimación del motivo forzoso es referirse al auto de 16 de septiembre de 2008 dictado por la Sala especial del art. 77 de la LOPJ y que obra en el rollo de sala, folios 764 y siguientes. La resolución, ampliamente motivada, permite conocer el alcance y fundamento de la decisión. Particular relevancia tiene en la convicción expresada el Auto del Tribunal Constitucional 81/2008, de 12 de marzo, que en un supuesto similar de recusación de un Magistrado del Tribunal Constitucional, afirmó, como doctrina de la recusación por este motivo, que "no cabe dar por sentado que la manifestación de opiniones mas o menos relacionadas con el objeto del proceso (constitucional) justifiquen sin mas la existencia de un interés directo en su resolución, salvo que mediante tales opiniones se desvirtúe la garantía constitucional de imparcialidad." Para que ello suceda habrá que atender en cada caso a las circunstancias concurrentes y que estas permitan constatar objetivamente dicha manifestación de opinión como una toma de postura sobre el fondo del concreto proceso en el que la recusación se plantea (ATC 226/2002, de 20 de noviembre).

El tal sentido hemos considerado relevantes (STC 5/2004, de 16 de enero, AATC 226/2002, de 20 de noviembre, 61/2003, de 19 de febrero y 26/2007, de 5 de febrero) entre

otras posibles circunstancias, si la opinión ha sido manifestada en la condición de Magistrado de este Tribunal o antes de haberse adquirido la misma; una vez que el proceso se haya iniciado o resulte probable su inicio o en momentos anteriores al mismo, es decir, la lejanía entre el objeto de la opinión y el objeto del proceso (constitucional); el medio o ámbito en el que las opiniones se vierten y dejan traslucir; así como el grado de precisión, la amplitud o "el tenor, la contundencia y radicalidad de la opinión manifestada". Esta doctrina, puesta en relación con el supuesto concreto de la recusación planteada sirve para corroborar lo acertado de la decisión adoptada en al instancia, pues el Magistrado, cuya recusación se instó, realizó esas declaraciones con anterioridad a la existencia del proceso, además, pertenece al orden social de la jurisdicción, por lo que sus posibilidades de intervenir en este objeto procesal eran remotas y sólo un cúmulo de recusaciones dio lugar a que fueran llamados a formar parte de la sala de enjuiciar. Las opiniones manifestadas expresan de forma general ciertas posiciones sobre un hecho que no es el propio objeto procesal al que fue llamado para integrar la Sala. Por tales motivos la recusación fue correctamente resuelta y ningún error cabe declarar.

4.- En el cuarto motivo de la oposición denuncia el quebrantamiento de forma del art. 851.6 al haber sido admitida la recusación del Magistrado Sr. Juan Luis Ibarra sin que hubiera dato alguno que apuntara a un interés directo o indirecto en la causa.

La desestimación es procedente con reiteración de cuanto dijimos en el numeral primero de este fundamento, referido a la posibilidad de recurrir un Auto que admite una recusación, añadiendo que en este supuesto el Magistrado al que se refiere la impugnación ni siquiera había sido llamado a enjuiciar la causa, limitando su participación a integrar la sala especial del art. 77 de la LOPJ para conocer de las recusaciones formuladas.

SEGUNDO.- En este segundo fundamento abordamos el núcleo de la disensión planteada por las acusaciones populares recurrentes. La Asociación social y cultural Foro de Ermua opone tres motivos, en tanto que la otra acusación recurrente, Dignidad y Justicia, opone un único motivo. En las impugnaciones, que serán analizadas conjuntamente, denuncian la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, la vulneración del art. 125 de la Constitución, de los arts. 782 de la Ley procesal, y en todos alzan su queja casacional contra el sobreseimiento acordado al no considerar que la acusación popular, actuando en soledad, tenga capacidad para abrir el juicio oral con su intervención procesal.

La cuestión objeto de la censura es ampliamente tratada en el Auto recurrido, en los escritos de formalización y en los de impugnación del Ministerio fiscal y las defensas de los imputados. En todos ellos se relacionan y se realizan interpretaciones, en ocasiones interesadas por la posición que respectivamente ocupan en el proceso, de las dos Sentencias de esta Sala que han interpretado el art. 782 de la Ley de enjuiciamiento criminal en su redacción dada por la ley 38/2002, de 24 de octubre, SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre, y 54/2008, de 8 de abril, que abordan la posibilidad de accionar en solitario la acción popular en el procedimiento abreviado.

Anticipamos que la oposición planteada será estimada con reiteración de cuanto hemos declarado en nuestra jurisprudencia, concretamente en las Sentencias anteriormente referenciadas, que contienen la doctrina de esta Sala sobre la interpretación del art. 782 de la Ley procesal penal. Para la resolución de la impugnación hemos de señalar el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema jurisdiccional, la función que debe cumplir y el grado de vinculación de la doctrina jurisprudencial respecto a la función jurisdiccional de los tribunales. Para su concreción partimos de que toda norma aparece redactada en términos necesarios de generalidad y requiere ser interpretada por los aplicadores del derecho para darle su contenido a la situación concreta a la que se aplica. Corresponde a los órganos jurisdiccionales la esencial función de aplicar la norma al hecho conflictivo sometido a su jurisdicción, vivificando la norma a la situación concreta que deben resolver.

Además, la necesidad de procurar la uniformidad en la aplicación del derecho, como manifestación del principio de igualdad, implica que la interpretación que de la norma realice el Tribunal Supremo, órgano superior de la organización judicial y supremo intérprete de la legalidad ordinaria, aparezca rodeada de la exigencia de una cierta vinculación, horizontal y vertical respectivamente dirigida al propio Tribunal Supremo y a los órganos de la jurisdicción, para proporcionar la necesaria estabilidad al sistema y satisfacer la seguridad jurídica y las exigencias del principio de igualdad. Es obvio que las normas pueden tener distintos significados en función de los distintos criterios interpretativos empleados y las distintas realidades a las que se aplican, pero lo relevante es que esa aplicación de la norma sea uniforme por todos los órganos jurisdiccionales y poder asegurar la vigencia del derecho fundamental a la igualdad, la satisfacción de la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del derecho y, en definitiva, la unidad del ordenamiento y la vigencia del principio de legalidad. Esa uniformidad en la aplicación de la norma es compatible con la evolu-

ción necesaria de la jurisprudencia a través de las disensiones ordenadas derivadas de la tensión dialéctica permanente entre el principio de independencia judicial y el principio de legalidad. La vinculación, horizontal y vertical, permite la disensión que requerirá una específica motivación para justificar la desvinculación respecto a la doctrina nacida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Con relación al supuesto objeto de la impugnación de las acusaciones populares, constatamos la existencia de una doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 782 de la ley procesal que se encuentra desarrollada, y explicada, en las SSTS 1045/2007 y 54/2008 a las que nos remitimos. Esa doctrina es vinculante para los órganos de la jurisdicción en los términos anteriormente señalados. La doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008).

La motivación de esta doctrina se encuentra ampliamente desarrollada en las Sentencias antedichas y los recurrentes no interesan su modificación, sino que, por el contrario, instan la aplicación de esa doctrina y, en el sentido que resulta de esa doctrina, la casación y anulación del Auto recurrido. El Auto objeto de la impugnación casacional, se limita a reproducir la primera de las Sentencias, la 1045/2007, sin mención alguna a la STS 54/2008, que además de complementar la anterior, contiene la doctrina de la Sala en orden a la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa seguida por las normas de procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la acusación popular. La disensión a la doctrina de la Sala no ha sido motivada por lo que es preciso reiterar la interpretación del art. 782 en los términos anteriormente señalados que se apoya, como dijimos en la STS 54/2008, en que "satisfecho el interés público en la persecución del delito y expresada formalmente en el proceso la voluntad del perjudicado de no instar la apertura del juicio oral, el proceso penal se apartaría de sus principios fundamentadores si, pese a todo, sometiera a enjuiciamiento, a exclusiva petición de la acusación popular, a quien ni el Ministerio fiscal ni la víctima consideraran merecedor de soportar la preten-

sión punitiva". Cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral.

Los motivos, consecuentemente, se admiten para reiterar la doctrina jurisprudencial expresada en las SSTS 1045/2007 y 54/2008, cuyo contenido doctrinal se reproduce como fundamento de la estimación de la pretensión revisora.

TERCERO.- Analizamos en este fundamento la oportunidad de proceder a un examen del fondo del asunto sometido al enjuiciamiento ante el Tribunal Superior de Justicia.

Con lo anteriormente expuesto no terminan las cuestiones que se plantean en el presente recurso. La defensa del Lehendakari al tiempo de la resolución recurrida de forma expresa como cuestión preliminar, y el Ministerio fiscal de forma implícita en el escrito de impugnación, plantean un nuevo objeto del recurso. En efecto, el escrito de impugnación del Ministerio público, tras impugnar los recursos formalizados desarrolla el estudio de la cuestión de fondo del objeto del proceso para postular la confirmación del Auto recurrido, interesando el sobreseimiento de la causa por falta de tipicidad de los hechos de la acusación. La representación procesal del Lehendakari en el momento del enjuiciamiento de los hechos plantea, como cuestión preliminar a la impugnación, la vulneración de derechos fundamentales ante la falta de tipicidad manifiesta de la conducta objeto de la acusación. Ambas partes procesales desarrollan su argumentación con trascipción de resoluciones de esta Sala que en supuestos coincidentes con el que es objeto de la acción ejercitada determinó la falta de tipicidad del hecho, y acordaron el sobreseimiento de la querrela presentada contra el Presidente del Gobierno. Los dos escritos argumentan sobre la lesión de los derechos fundamentales de los querrelados y acusados que se ven inmersos en un procedimiento penal, como acusados en el juicio oral, por unos hechos respecto a los que la Sala II del Tribunal Supremo, tanto con carácter general, al analizar el delito de desobediencia, como de forma específica, al analizar la tipicidad en el delito de desobediencia el mantenimiento de conversaciones con miembros de un partido ilegalizado, han establecido unos requisitos de los que resulta la atipicidad y la ausencia de relevancia penal de esas conversaciones, en los términos que se acusó. En ese sentido la falta de tipicidad es tan patente que estar sentado en el banquillo de los acusados, por hechos atípicos de acuerdo a la reiterada jurisprudencia, lesiona los derechos fundamentales que invoca para pedir el sobreseimiento de la causa.

La pretensión de ambas partes sólo puede ser entendida como adhesión

al recurso en el sentido amplio de la adhesión que propició la STC 50/2002, de 25 de octubre de 2002 y que ha sido recogido por la jurisprudencia de esta Sala en SSTS 205 y 250 de 2004 y STS 1618/2000, de 19 de octubre y en el Auto de 29 de marzo de 2001, en los términos que veremos. Estas partes procesales en el inicio del juicio oral plantearon el sobreseimiento de los hechos de la acusación, por falta de tipicidad. Ante la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia, sobreseyendo por falta de legitimidad de la acusación particular, carecen de gravamen para recurrir, porque el objeto procesal ha sido sobreseído con una argumentación que pueden no compartir, total o parcialmente como en el caso del Ministerio fiscal, pero el sobreseimiento acordado les impide recurrir por ausencia de gravamen. Recurrida la resolución de sobreseimiento por las acusaciones populares, postulan ante esta Sala, en tiempo procesal hábil, un nuevo objeto procesal, la pretensión de sobreseimiento por falta de tipicidad de los hechos y lesión de derechos fundamentales que ya fue mantenida por el Ministerio fiscal y la defensa de los querrelados en la instrucción y en el juicio oral. Esa pretensión la materializan en este recurso a través del planteamiento de un nuevo objeto procesal en la casación que contiene los elementos de la adhesión al recurso formalizado por otra parte procesal, aunque formalmente no empleen ese término.

La situación producida por la pretensión de la defensa del Sr. Juan José, y en menor medida por el Ministerio fiscal, puede ser solucionada desde la consideración de lo que deba entenderse por objeto del recurso de casación. El objeto del proceso penal es un concepto dinámico que se integra de forma distinta en cada fase procesal. Así, durante la instrucción, el objeto de la investigación lo proporciona la "notitia criminis" y los sucesivos hechos que a lo largo de la instrucción aparezcan con contenido penal para enmarcar la investigación judicial. En el enjuiciamiento, el objeto procesal lo determinan los escritos de calificación de las partes del proceso, de manera que la aparición de hechos nuevos en el juicio oral determinará, bien su inclusión en el proceso, si tienen conexión o la deducción del testimonio para su investigación y, si procediera, enjuiciamiento, teniendo previsto la Ley procesal, especiales prevenciones, arts. 746, 733, etc., que aseguran la observancia del objeto del juicio según las calificaciones de las partes. En la fase de recursos, el objeto se integra por las pretensiones de las partes que a través de sus recursos y de las impugnaciones delimitan el conocimiento del órgano jurisdiccional encargado del estudio del recurso, de manera que corresponde al recurrente, y en su caso al adherente, señalar el ámbito del conocimiento del recurso, qué es lo que recurre y por qué lo recurre, esto es,

el ámbito que interesa a la parte recurrente cuestionar ante el órgano superior encargado de la revisión, el cual limita su conocimiento a los extremos interesados en la impugnación, deviniendo los restantes firmes, por no aparecer discutidos en la impugnación y aparecer al margen del objeto del recurso.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la regulación de la adhesión en el recurso de casación en los arts. 861, 873, 874 y 882. En el primero, en su último párrafo, refiere que “la parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra, alegando los motivos que le convenzan” y el art. 882.1, “Dentro del término señalado para la formación de la nota por el art. 880, el fiscal las partes se instruirán y podrán impugnar la admisión del recurso o la adhesión al mismo”.

De la regulación de la adhesión resulta que pueden adherirse, y formalizar el recurso, aquellas partes del proceso penal que conforme al art. 854 de la Ley procesal estén legitimados para la preparación del recurso y su formalización, consistiendo la especialidad de la adhesión en que el mismo puede ser empleado por las partes que no hayan preparado el recurso de casación.

El principal problema que plantea la adhesión es el de señalar su contenido, respecto al que caben dos opciones: la de considerar que la adhesión es un recurso supeditado, coadyuvante y enconsertado al recurso principal al que se adhiere, o, por el contrario, la adhesión se plantea como una impugnación nueva, desvinculada a la del recurso principal sobre el que se ha estructurado.

La jurisprudencia tradicionalmente mantuvo una interpretación estricta estableciendo una vinculación de esa naturaleza con el recurso principal. Esta situación se modifica con la STC de 25 de febrero de 2002 que propició una nueva interpretación de la adhesión, y esa nueva jurisprudencia del Constitucional ha replanteado la posición del Tribunal Supremo, propiciando una salida procesal respecto a los supuestos, como el del acusado absuelto que sin estar de acuerdo con el hecho probado, carece de gravamen para recurrir, o en el de la acusación que no puede recurrir frente a una sentencia que condena de acuerdo a su pretensión, a pesar de una argumentación de la que discrepa, u otras situaciones que pueden producirse en casos resueltos con doble grado de jurisdicción. El desarrollo argumental de esta concepción de la adhesión al recurso se ha desarrollado en varias Sentencias, la 1618/2000, de 19 de octubre, y el posterior Auto de de 29 de marzo de 2001, la 205/2004, de 18 de febrero, la 250/2004, de 26 de febrero, la 797/2006, de 20 de julio, con el argumento destacado de “El objeto de

la impugnación casacional se contrae al contenido de los escritos de formalización y el de impugnación en el que las partes pueden, y deben, expresar, respectivamente sus discrepancias con la Sentencia recurrida y con la impugnación e, incluso, reproducir ante esta Sala la disensión que en su día se articuló a través de la apelación realizada en previsión de una hipotética estimación del recurso planteado frente a una nulidad declarada. Así, de esta manera, satisfaremos los derechos e intereses de las partes en el enjuiciamiento y la necesidad de resolver definitivamente el objeto del proceso en un plazo razonable por los órganos jurisdiccionales del orden penal en el que, como se dijo, se integra esta Sala como órgano jurisdiccional superior”.

Esta interpretación se consolida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 27 de abril de 2005 en la que se plantearon tres alternativas posibles en la interpretación de la adhesión: la mas estricta, que limita la admisión de la adhesión al mismo sentido del recurso principal, es decir si coincide o lo apoya. La mas amplia, acogida por la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que permitía la subsistencia de la adhesión aunque el recurso principal hubiera desistido. O una intermedia, recogida en la ley del Jurado (art. 846 bis b), al regular el recurso de apelación supeditado en el cual el desistimiento del recurrente principal pone fin a todo procedimiento y con ello al trámite de la adhesión. Se acuerda “admitir la adhesión en casación supeditada en los términos previstos en la Ley del Jurado, arts., 846 bis b), bis d) y bis e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este Acuerdo ha sido desarrollado en la STS 577/2005, de 4 de mayo.

El análisis de la cuestión de fondo es solicitada de manera expresa por la defensa del Lehendakari al tiempo del enjuiciamiento, que planteó como “cuestión preliminar” la vulneración de derechos fundamentales y del principio de legalidad sobre la base de la falta de tipicidad de los hechos de la acusación que ha habido sido resueltos por el Tribunal Supremo ante una situación fáctica semejante y también por el Ministerio fiscal que concluye su alegato impugnativo reflejando su posición sobre el fondo del objeto de la acusación expresando la falta de tipicidad del hecho. De la “cuestión preliminar” y de la impugnación del Ministerio fiscal se ha dado traslado a los recurrentes, digamos principales, que han tomado conocimiento de las pretensiones deducidas y han tenido oportunidad de expresar lo que a su derecho conviniera. Por otra parte, la Sala ha tenido ocasión de visionar la documentación, videográfica, de los distintos momentos procesales en los que se pretendió el archivo y los recursos contra las denegaciones, así como los escritos de las partes sobre ese particular. En todo caso, la cuestión de fondo del objeto del proceso,

la relevancia penal de las conversaciones con miembros de un partido ilegalizado, es una cuestión puramente jurídica sobre la tipicidad de esos hechos en el art. 410 del Código penal. Consecuentemente, la pretensión de sobreseimiento forma parte del objeto del recurso de casación, incorporado por la defensa de uno de los acusados y por el Ministerio fiscal, y su tramitación en el proceso de la casación ha permitido establecer la oportunidad de la contradicción, por lo que la cuestión ha de ser resuelta por esta Sala para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva impenetrada.

CUARTO.- En este fundamento abordamos la pretensión de sobreseimiento por falta de tipicidad que ha sido planteada por el Ministerio fiscal y la defensa del Lehendakari al tiempo del enjuiciamiento de los hechos.

También sobre esta cuestión, el fondo del objeto procesal, existen pronunciamientos de esta Sala. Reseñamos como antecedente específico el Auto de esta Sala 13 de noviembre de 2006, dictado en la causa especial 20389/2006, y el posterior, resolutorio de la súplica de 21 de febrero de 2007, confirman la falta de tipicidad de los hechos pues “sería un fraude constitucional que alguien pretendiese mediante el ejercicio de la acción penal y la puesta en marcha de un proceso de la misma naturaleza, corregir la dirección de la política interior o exterior que el art. 97 CE encomienda al Gobierno democráticamente legitimado. En cuanto al delito de desobediencia del art. 410 del Código penal, baste decir que sin orden expresa no puede existir negativa abierta a su cumplimiento”, ausencia de orden expresa que la defensa del Lehendakari al tiempo del enjuiciamiento incorpora a su escrito, folio 9, un testimonio de la certificación negativa emitido por el Secretario de la Sala del art. 61 de la LOPJ.

Esta doctrina alcanza una especial significación en el presente enjuiciamiento pues se trata de una resolución de archivo respecto a hechos sustancialmente idénticos a los que son objeto de la presenta causa. Así lo pone de manifiesto, el Ministerio fiscal, las defensas de los querellados y aparece igualmente expresado en los votos particulares de los Autos del Tribunal Superior de Justicia que han conocido de las peticiones de sobreseimiento, en recursos de súplica respecto a los Autos de incoación del proceso, o de apelación respecto a las decisiones del Magistrado instructor de la causa. En las mencionadas resoluciones del Tribunal Superior de Justicia, no obstante, se establecen diferencias entre los supuestos de hecho. Así se afirma que el objeto del procedimiento seguido ante al Sala segunda del Tribunal Supremo era una querrela contra el Presidente del Gobierno y miembros del gobierno reunidos en Consejo de Ministros que habían autorizado reu-

niones con el partido ilegalizado Batasuna y que el delito imputado era el del art. 410 del Código penal, el delito de desobediencia de los funcionarios públicos, en tanto que el objeto de este proceso, el seguido ante el Tribunal Superior de Justicia, es la efectiva realización de entrevistas con el partido ilegalizado y la imputación es el delito de desobediencia del art. 556 como cooperadores necesarios del delito del que eran autores lo miembros del partido ilegalizado que acudieron a la reunión. De ahí, concluyen que teniendo en cuenta el diferente tipo de acusación, la distinta forma de responsabilidad, la doctrina anteriormente expuesta contenida en los Autos del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2006 y 21 de febrero de 2007, no sea de aplicación al presente supuesto. Estas pretendidas diferencias no son reales. El art. 410 es especial respecto al art. 556 Cp, dado los elementos especiales de autoría que prevé la tipicidad, por lo tanto de aplicación a los aforados ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Además ambas figuras delictivas son homogéneas y presentan una estructura típica similar, por la que la exigencia de orden expresa, susceptible de desobedecida, forma parte de ambas tipicidades.

De otra parte y ya con carácter general, la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de desobediencia ha destacado que este delito requiere la existencia de una orden expresa que sea desobedecida, exigencia es continuamente señalada por la jurisprudencia de esta Sala. Así en las SSTS 285/2007 y 394/2007, por citar dos Sentencias recientes, destacan “el delito de desobediencia, desde el punto de la vista de la tipicidad, requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

a) La existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias.

b) Que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido.

c) La resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde.” De la misma manera que cuando analizamos la legitimidad de la acusación popular para solicitar la apertura del juicio oral, en este apartado de la impugnación, el análisis de la tipicidad del delito de desobediencia, es preciso actuar la vinculación de la doctrina jurisprudencial sobre el delito de desobediencia a los

pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales, en los términos que señalamos anteriormente. Así, el órgano jurisdiccional que pretenda discrepar de esa doctrina consolidada debe esforzarse en explicitar las razones de su disensión. Como antes expusimos las razones que expresa el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al incoar la causa y conocer los recursos de súplica contra el Auto de incoación y contra los Autos del Juez de instrucción del Tribunal Superior de Justicia, y los dictados por el Juez de instructor, en los que señalan las diferencias entre la causa de la que conocen y la que fue objeto de conocimiento por la Sala II del Tribunal Supremo no son reales. Ya dijimos que el delito de desobediencia del art. 410 y del art. 556, ambos del Código penal, son homogéneos, participan de una estructura similar y, además, el art. 410 presenta un elemento especial de autoría que lo rellenan los aforados ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, requiriendo un mandato expreso, concreto y terminante susceptible de ser desobedecido.

La doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo sobre la necesidad de una orden expresa susceptible de ser desobedecida, ha de ser aplicada al presente supuesto ante la identidad fáctica entre ambas situaciones, la que fue objeto de la causa especial cuya resolución hemos traído como antecedente y la que es objeto del procedimiento seguido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ratificando los límites de la jurisdicción penal en orden al control de la actividad política ejercida por el gobierno democráticamente elegido y al que compete la dirección de la política ene. ámbito de sus facultades para las que ha sido elegido, sin que puedan ser, en principio, criminalizadas las posiciones de diálogo para la búsqueda de la mejor opción de gobierno que garantice la ordenada convivencia social. Estos requisitos de la tipicidad del delito de desobediencia no concurren en los hechos objeto del proceso seguido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por lo que es preciso reproducir esa jurisprudencia para aplicarla al presente supuesto. Esa aplicación debió ser realizada por el tribunal de instancia, durante la instrucción de la causa, una vez comprobada la identidad fáctica de las situaciones sometidas a la jurisdicción de ambos tribunales y conocida la doctrina de la Sala II al respecto, como le fue puesta de manifiesto por las defensas de los querrelados y por el Ministerio fiscal, archivando la causa de trascendencia política y mediática, con grave deterioro de la función jurisdiccional en los términos que se reflejan en la propia resolución que ahora se impugna y se estima.

Consecuentemente, procede la estimación de la impugnación opuesta por la defensa del Lehendakari al tiempo del juicio oral.

QUINTO.- La estimación de los motivos opuestos, tanto los de la acusación popular, en lo referente a la legitimación de su actuación para abrir el juicio oral, como el planteado de forma adhesiva por la defensa del Sr. Juan José, y el planteamiento en el mismo sentido del Ministerio fiscal, hace que no debamos realizar ningún pronunciamiento de condena en orden a las costas del recurso de casación, por lo que serán declaradas de oficio.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de la Asociación Social y Cultural Foro de Ermua y la Asociación Dignidad y Justicia, contra el Auto dictado el día 15 de enero de dos mil nueve por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, rollo de Sala núm. 6/2006, declarando la legitimidad de las mismas para solicitar la apertura del juicio oral, manteniendo el sobreseimiento libre de la causa por no ser los hechos constitutivos de delito. Declarando de oficio las costas procesales causadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Alberto Jorge Barreiro a la sentencia núm. 8/2010, de 20 de enero, que resuelve el recurso de casación 693/2009.

Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con los criterios que se siguen en la sentencia de la mayoría sobre la restricción de la aplicación de la acción popular en el procedimiento abreviado, discrepancia que no afecta a la decisión final adoptada en el caso, toda vez que no sólo no excluye la legitimidad para recurrir de las acciones populares sino que la refuerza y acrecienta. Y como en lo que concierne a la atipicidad de la conducta de los imputados no tengo nada que objetar a la argumentación y a la decisión adoptada por la mayoría, es claro que este voto particular no discrepa con la decisión final adoptada en la sentencia de la Sala.

La disidencia se circunscribe por tanto a la interpretación del art. 782 de la LECr. que hace la mayoría al

acoger los criterios seguidos en las SSTs 1045/2007, de 17 de diciembre, y 54/2008, de 8 de abril. Los razonamientos discrepantes que vierto en este voto particular ya fueron expuestos en su día en otras resoluciones dictadas fuera de esta Sala, por lo que, en sustancia y por coherencia, he de reiterarlos en el presente caso.

1. El auto que ahora se recurre por las acciones populares acordó el sobreseimiento libre de la causa en aplicación del art. 782 de la Ley Procesal Penal, siguiendo la interpretación que de esa norma ha efectuado el Tribunal Supremo en la sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre. Se fundamenta, pues, en la tesis de que las dos acusaciones populares que figuran en la causa carecen de legitimidad para ejercitar la acción penal al no tener la condición de acusadores particulares y no formular acusación el Ministerio Fiscal. Ante la inexistencia de una acusación formalizada con arreglo a derecho, el Tribunal de instancia sobresee libremente la causa por razones procesales y libera de toda responsabilidad penal a los acusados sin necesidad de celebrar la vista oral del juicio. Para fundamentar pues mi discrepancia se hace preciso examinar la doctrina que establecen las dos sentencias reseñadas de esta Sala. No sólo la que rompió moldes iniciando una nueva vía interpretativa que considero llamativamente heterodoxa, sino también la que, posteriormente, matizó la primera modificándola en algún aspecto sustancial, que en cierto modo venía a insuflar algo de vida a una acción popular que había quedado exangüe después del giro hermenéutico padecido con motivo de la primera resolución citada.

2. La sentencia de este Tribunal 1045/2007, de 17 de diciembre, que por la relevancia de las cuestiones a dilucidar fue dictada por el Pleno de la Sala, acoge una doctrina jurisprudencial que merma de forma sustancial el ejercicio de la acción popular en nuestro ordenamiento procesal. La tesis que en esa resolución postuló la mayoría del Tribunal, confirmando la decisión adoptada por Sala 1ª de la Audiencia Nacional que dejó sin efecto el auto de apertura del juicio oral, se basó en el siguiente argumento nuclear: en el procedimiento abreviado, según la redacción del art. 782 de la Ley Procesal Penal, no puede abrirse el juicio oral a petición sólo de la acusación popular; de modo que en los supuestos en que el Ministerio Fiscal y la acusación particular interesen el sobreseimiento, éste deberá acordarse imperativamente, aunque en el proceso se halle personada una acusación popular que, discrepando del criterio de las otras dos acusaciones, interese la apertura del juicio oral. Las razones de la mayoría de la Sala se condensan sustancialmente en tres argumentos puntuales. El principal se apoya en la interpretación literal del art. 782 de la LECr., y los otros dos

conciernen al derecho de defensa y al principio de celeridad en el procedimiento abreviado. En cuanto al principio de legalidad procesal penal y a la interpretación del art. 782 de la LECr., considero necesario transcribir el contenido del precepto con el fin de esclarecer el debate:

1. Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal.

Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas cautelares acordadas.

2. Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción:

a) Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.

b) Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días.

Pues bien, según la argumentación de la sentencia 1045/2007, "es claro que el Legislador ha admitido la distinción entre el derecho del perjudicado por el delito y el de quien actúa en representación del interés popular. En el núm. 1 del art. 782 sólo hizo referencia a la acusación particular y al Ministerio Fiscal. En el núm. 2 del mismo artículo identifica al acusador particular con los -directamente ofendidos o perjudicados-. Por dos veces, por lo tanto -sigue diciendo la sentencia-, no mencionó a la acusación ejercida por quienes no son directamente ofendidos. Sin perjuicio de ello, la distinción entre la acción (privada) del perjudicado y la acción (popular) de todo ciudadano es reconocida en la doctrina procesal española y europea. Nada indica que el Legislador haya querido innovar conceptualmente al respecto". "Por otra parte -añade la argumentación de la mayoría en esa sentencia-, des-

de la perspectiva de una interpretación subjetiva o histórica se llegaría a igual conclusión, pues el debate parlamentario giró en torno a enmiendas que proponían -esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales de acusador particular -como representante del perjudicado por la acción delictiva- y el acusador popular” (B.O. de las Cortes Generales de 23.5.2002, enmienda Núm. 133 respecto de la L. 38/2002, citado en el auto recurrido y por los recurrentes). Este párrafo pone de manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa *quibus ex populo*, sin haber sido perjudicado por el delito”.

3. La debilidad de la argumentación de la sentencia en lo que atañe a este extremo concreto de la interpretación literal del precepto, queda puesta de relieve en los exhaustivos razonamientos de los votos particulares de los magistrados que discreparon de la decisión de la mayoría del Tribunal, e incluso en lo argumentado por algún voto particular que compartió la decisión mayoritaria pero no así la argumentación. El análisis de los razonamientos de la sentencia permite verificar que la interpretación de la mayoría descontextualiza de forma ostensible el precepto supuestamente innovador, acudiendo para ello a una interpretación literalista que contradice no sólo el texto general de la Ley Procesal Penal, sino también la regulación específica referente al procedimiento abreviado. En efecto, en primer lugar, y tal como se expone en la argumentación de alguno de los votos particulares, debe subrayarse que la LECrim. sólo menciona la acción popular al referirse a ella con carácter general en el art. 270 (en relación con el art. 101), pero nunca la cita expresamente cuando contempla la tramitación procesal. Al regular los actos procesales en que puede intervenir la acusación popular la nombra siempre de forma indirecta o tácita, utilizando en unos casos la denominación de “partes personadas” (arts. 759.2º, 759.3º, 760, 779.5ª y 801); también la cobija bajo el sintagma de “las otras partes” (art. 762.5º) o de “las partes” (arts. 785.1 y 789.2); y en otras ocasiones se vale de la expresión “acusaciones personadas” (art. 780.1 y 781.2), “parte acusadora” (art. 786.1) o “partes acusadoras” (art. 798.1). Por consiguiente, cuando en el art. 782.1 el legislador utiliza la expresión “acusador particular” ha de ser interpretada en el sentido con que se emplea en otros preceptos de la LECrim., tanto en el procedimiento ordinario como en el propio abreviado.

La interpretación que hace la sentencia 1045/2007 descontextualiza el significado de la norma y llega a conclusiones irrazonables, no sólo con respecto al conjunto del sistema del proceso penal, sino también dentro de la propia regulación del procedimiento abreviado. Y ello porque,

de seguirse esa interpretación sobre el significado de la expresión “acusación particular”, habría que entender que cuando se refiere en el art. 783.2 a la “acusación particular” debiera quedar excluida la acusación popular, lo cual resulta realmente ilógico. Y en lo que atañe al procedimiento ordinario, en el caso de que no se entienda comprendida la acusación popular dentro del término acusación particular habría que expulsarla de facto de la tramitación del proceso (ver arts. 623, 627, 651 y 734 a 736). Pues bien, una interpretación de una norma que aboca a la incongruencia y que nos introduce en una vía sin una salida mínimamente razonable, hasta el punto de expulsar a las acusaciones populares en momentos estelares del procedimiento abreviado y del ordinario, nunca puede ser una interpretación idónea.

4. Y si el argumento de interpretación literal que se expone en la sentencia 1045/2007 quiebra ante una interpretación sistemática, contextual y teleológica de la Ley, otro tanto puede decirse del argumento que la sentencia denomina subjetivo o histórico. En este caso se razona, tal como ya se apuntó, en el sentido de que el debate parlamentario giró en torno a las enmiendas que proponían “esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales de acusador particular -como representante del perjudicado por la acción delictiva- y el acusador popular” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, enmienda núm. 133 respecto de la Ley 38/2002). Pues bien, en este caso las razones en contra de ese argumento subjetivo o histórico se muestran determinantes. La sentencia 1045/2007 cita para justificar el cambio de criterio del legislador una enmienda presentada por Convergència I Unió y extrae conclusiones de la misma que van mucho más allá de lo que realmente pretende la propia enmienda, conclusiones que, además, contravienen sustancialmente el texto de la exposición de motivos de la Ley 38/2002.

En efecto, lo que pretende la enmienda es que precisamente en ese párrafo del art. 782.2, ante la equiparación que hace el legislador en todo el texto de la LECrim. de los términos acusación particular y acusación popular, se utilicen en este caso concreto las expresiones “ofendidos” o “perjudicados” por el delito para estrechar el perímetro del concepto de “acusación particular”, aplicándolo en su significado más propio o estricto. Lo cual tiene su lógica, puesto que sería absurdo que, ante la no personación de un acusador particular, se pretendiera llamar al procedimiento a todos los españoles que tuvieran interés en ejercitar la acción popular. Por lo tanto, frente a la redacción del proyecto de Ley que empleaba el término “interesados”, la enmienda del Grupo Parlamentario Convergència I Unió propone la sus-

titución de ese vocablo por el de “ofendidos” o “perjudicados”. Y lo mismo hace el Grupo Parlamentario Vasco. En efecto, este grupo propone en su enmienda 56 sustituir la palabra “interesados” por “directamente perjudicados”, y argumenta para justificarla el fin de “evitar hacer un ofrecimiento erga omnes en delitos que atacan bienes jurídicos colectivos”. Más claro no se puede decir. Y en la misma línea se pronuncia el representante del Grupo Parlamentario Popular cuando propone una redacción transaccional que acoge las distintas propuestas a la hora de justificar la necesidad de la concreción del término “interesados” (sesión de 24 de junio de 2002).

Una cosa es, pues, la sustitución de la palabra “interesados” por la de “ofendidos” o “perjudicados” a los efectos de limitar la llamada formal a juicio de terceras personas cuando se retire del proceso el Ministerio Fiscal y no haya sujetos particulares personados, y otra muy distinta distorsionar ese objetivo concreto interpretando la norma en el sentido de que el legislador buscaba expulsar del proceso a los terceros “interesados” que se hallaran personados voluntariamente sin necesidad de citación procesal previa alguna. No cabe por tanto extrapolar esa advertencia terminológica del apartado 2 -razonable y comprensible en el contexto de la norma- al apartado número 1 del mismo artículo 782. En primer lugar, porque el legislador no innovó los términos “ofendido” o “perjudicado” por el delito en ese primer apartado, sino que mantuvo en él íntegramente su redacción tradicional, y nunca se entendió que de ese apartado 1 quedaran excluidos los acusadores populares. Y en segundo lugar, porque en la propia exposición de motivos expone el legislador que la modificación relativa al art. 782.2 tiene el carácter de una modificación sistemática o de redacción, mediante la que “se traspone al procedimiento abreviado la previsión, ya existente en el procedimiento ordinario, de hacerse saber la pretensión del Ministerio Fiscal a dichos interesados en el ejercicio de la acción penal”.

Por consiguiente, si el propio legislador afirma en la exposición de motivos que se limita a insertar (“trasponer”, dice literalmente) en el procedimiento abreviado lo que ya consta en el ordinario, carece de sustento razonable la argumentación de la sentencia 1045/2007 cuando sienta como premisa que el legislador implanta un régimen totalmente distinto para la acción popular en el procedimiento ordinario y en el abreviado. No sólo no dice eso el legislador, sino que está diciendo todo lo contrario cuando, al referirse al contenido del art. 782.2 de LECr., afirma de modo concluyente que lo que pretende es trasladar al procedimiento abreviado lo que ya dice en la regulación específica del ordinario (ver art. 642 de la Ley). A este respecto, es importante destacar que la

finalidad de los arts. 642 y 643 de LECr. es la de no dejar en manos del Ministerio Fiscal la prosecución del proceso penal cuando existen ofendidos o perjudicados por el delito. Se trata, pues, de evitar que una actuación cuestionable del Ministerio Público solicitando el sobreseimiento deje desprotegidos los derechos de unos ofendidos o perjudicados cuyos intereses estaban siendo tutelados hasta ese momento por el Ministerio Fiscal. Por ello se les llama al proceso para que conozcan la nueva situación y se les ofrece la posibilidad de que sean ellos los que prosigan con el ejercicio de la acción penal.

Esto quiere decir que cuando en los arts. 642 y 643 de la LECr. se emplea el término “interesados” se está haciendo también en este caso en el sentido de “ofendidos” o “perjudicados” por el delito, pues sería ilógico que fueran llamados como posibles acusadores todos los ciudadanos. Así lo avala el art. 643 de LECr. cuando ordena llamar por edictos a los interesados cuyo paradero fuere desconocido, previsión normativa que sólo puede entenderse interpretando el término “interesados” como perjudicados. Lo que pretendió, pues, la reforma del art. 782.2 de LECr. de 2002 fue extender ese supuesto del procedimiento ordinario al procedimiento abreviado, pero, claro está, utilizando la terminología con un mayor rigor técnico, y así se expuso en las enmiendas formuladas al proyecto. Pero lo que no cabe, insisto, es valerse de esa nueva regulación establecida para tutelar con una llamada al proceso a los posibles acusadores particulares en sentido estricto para expulsar de la causa a las acusaciones populares que pudieran hallarse personadas. Pero si ello no fuera ya de por sí un argumento sólido para desvirtuar las tesis relativas a la voluntad legislativa que se plasman en la sentencia 1045/2007, todavía consta otro a mayores en la misma dirección. Se trata de la total omisión en la exposición de motivos de cualquier referencia a una modificación legislativa que consistiría nada menos que en yugular prácticamente la intervención de las acusaciones populares en la fase de plenario, esto es, en el momento decisivo y culminante del proceso.

La lógica de lo razonable nos lleva a pensar que si el legislador pretendía realmente con la reforma del art. 782.2 cercenar de forma sustancial la intervención de la acusación popular en el noventa por ciento de los procesos por delito (ese es el porcentaje que alcanza la aplicación del procedimiento abreviado), lo mínimo exigible es que lo anunciara en la exposición de motivos cuando alude a lo que denomina “cambios de mayor calado”. Máxime cuando el propio legislador admite expresamente que la mayoría de los procesos por delito se sustancian por los trámites del procedimiento abreviado. Lo cierto es que en la exposición de motivos no se recoge ni una sola línea relati-

va a un cambio que pudiera afectar al núcleo del sistema procesal penal y a la mayor parte de los procesos por delito. Pese a ello, y desdeñando más de cien años de jurisprudencia en sentido contrario, la mayoría del Tribunal consideró que la interpretación literal de un inciso de un precepto era suficiente para abandonar los cánones de la interpretación sistemática, contextual y teleológica, y para acabar entendiendo lo que la ley no dice realmente. Es más, acude la sentencia 1045/2007 con la mayor naturalidad del mundo al argumento subjetivo de la voluntad legislativa cuando la exposición de motivos de la reforma legal sólo puede utilizarse realmente para afirmar lo contrario de la conclusión que termina obteniendo, y se utiliza a tal efecto la aprobación de una enmienda cuyo fin aclaratorio no pretende en modo alguno apartar a la acción popular del procedimiento abreviado, sino equiparar su regulación a la que ya tiene en el procedimiento ordinario pero con un mayor rigor terminológico.

No deja de resultar chocante que, pretendiendo el legislador con su reforma, según se expone en la exposición de motivos y en los trabajos parlamentarios, asimilar con la nueva redacción del art. 782.2 de la LECr. en un extremo concreto de la fase intermedia el procedimiento abreviado al ordinario, la jurisprudencia, basándose además en la propia voluntad legislativa, haya conseguido no sólo desigualar ambos procesos, sino incluso generar un auténtico cisma procesal de gran calado entre ambas modalidades de proceso en lo que respecta a la intervención de las acusaciones populares.

Así las cosas, no se puede comparar la afirmación de la sentencia 1045/2007 cuando, a modo de conclusión final, dice que “esa exclusión de la acción popular en el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es una decisión consciente del legislador”. Por lo demás, este Tribunal siempre ha tendido, en la medida de lo posible, a igualar las garantías procesales de los distintos procesos. Y así lo ha hecho cuando, con motivo de aplicar el art. 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, se pretendió aplicar un sistema probatorio diferente en el procedimiento por Jurado y en los ordinarios, intento que fue cortado de raíz horadando el sentido literal del referido precepto (ver SSTs 649/2000, 19-4; 1825/2001, 16-10; 1992/2001, 5-11; 1721/2002, 14-10; 2049/2002, 4-12, entre otras). Y también se ha operado en la misma línea unificada cuando se extendió al procedimiento ordinario el trámite del turno de intervenciones para cuestiones previas previsto expresamente en el art. 766.2 LECr. sólo para el procedimiento abreviado, para lo cual este Tribunal de Casación acudió al principio de unidad del ordenamiento jurídico y a la exigencia de equiparación de las garantías de las partes en

ambos procesos (SSTs 2/1998 y 1287/2006). Por ello, llama poderosamente la atención que al interpretar el art. 782 de la Ley Procesal Penal la sentencia 1045/2007 descontextualice el precepto y lo prive del sentido que fluye con mayor naturalidad en el marco de la ley, implantando dos sistemas procesales distintos en lo que respecta a la intervención de las partes acusadoras.

No es fácil por tanto hallar una explicación al giro copernicano que ha dado el Tribunal Supremo imponiendo una interpretación sin duda anómala de la norma procesal al operar de un modo poco ortodoxo con los cánones hermenéuticos. Y la explicación es todavía más difícil de entender si se leen detenidamente los votos particulares, a tenor de los concluyentes argumentos mediante los que la minoría del Tribunal va laminando paso a paso la argumentación jurídica de la sentencia mayoritaria. A este respecto, es importante reseñar que los cánones y métodos de interpretación deben proporcionar un grado notable de certeza, seguridad jurídica, calculabilidad y previsibilidad en las decisiones judiciales. De modo que el justiciable pueda contar con aplicaciones congruentes y sistemáticas de las normas, para poder ajustar así su conducta a las previsiones normativas sustantivo materiales y procesales que impone el legislador. Y lo cierto es que la interpretación de la sentencia 1045/2008 ni siquiera fue atisbada por los manuales más al uso de derecho procesal penal que se publicaron a partir de la reforma del año 2002.

5. De otra parte, y en lo que respecta al argumento concreto de la celeridad, poco se puede decir sobre el dada la insustancialidad de su contenido. Cuando se enarbola el argumento de la aceleración procesal es que quiebran los razonamientos de las premisas mayores. Sí conviene no obstante hacer un par de apostillas para evidenciar la inoportunidad de traer a colación en este caso la tesis de la celeridad. En primer lugar, hablar de celeridad en un procedimiento en el que se pueden imponer penas de hasta nueve años de prisión es un contrasentido. Y además supone obviar que por la vía del procedimiento abreviado se tramitan procesos que en un número muy importante de casos alcanzan una mayor complejidad que los que se sustancian por el trámite ordinario. Y en segundo lugar, la feblidad del argumento de la celeridad procesal queda evidenciada al ponderar que las acusaciones populares seguirán interviniendo en lo sucesivo en la fase de instrucción. Si se repara en que esta fase es la que dilata de forma excesiva el proceso penal y no la fase intermedia ni la de juicio oral, queda comprobado que la aceleración poco tiene que ver con los problemas que se dilucidan con el desierro de la acción popular.

Y para verificar lo que se afirma sólo se precisa traer a colación el

dato concreto de que la instrucción en el proceso por delito fiscal y falsedad de la Audiencia Nacional que examina la STS 1045/2007 duró un periodo de diez años, desde el año 1992 al 2002, en el que se dictó el auto de transformación del procedimiento. Poco se va a solventar pues en el capítulo de la celeridad de los procesos si las acusaciones populares van a seguir interviniendo en la fase que más dilaciones genera.

6. Por último, y en lo concerniente al argumento del voto mayoritario de la STS 1045/2007 relativo a la tutela del derecho de defensa de los acusados, es claro que la intervención de las acusaciones populares poco tiene que ver con la restricción del derecho de defensa. Pues si los acusados van a poder formular las alegaciones y aportar las pruebas que estimen pertinentes contra las imputaciones de las diferentes acusaciones, no se entiende cómo se puede cercenar en estos casos el derecho de defensa. Y si la sentencia quiere referirse con ello a que al incrementarse el número de acusaciones tienen que acentuar los acusados su esfuerzo defensivo, ello sucede siempre que concurren varias acusaciones particulares en un proceso y nadie considera mermado por ello el derecho de defensa. El problema se centra entonces en determinar si las acusaciones se hallan legitimadas o no para intervenir, pero una vez que sí lo están el derecho de defensa aparece salvaguardado siempre que no se le limite a los acusados su derecho a contraargumentar y a contra probar. Resulta, por lo demás, paradójico que se acuda al argumento cuantitativo para garantizar el derecho de la defensa de los acusados equilibrando numéricamente las partes precisamente en un proceso como el que dirige la sentencia 1045/2007, en el que figuraban sólo dos partes acusadoras y varios acusados, que, en principio, no denotaban una posición de inferioridad. Tampoco parece, pues, oportuno en este caso un argumento que orilla los criterios cualitativos como definitorios del derecho de defensa para enfatizar el aspecto cuantitativo del número de acusaciones que incriminan a los acusados. Resumiendo, pues, no puedo compartir los razonamientos plasmados por la mayoría del Tribunal en la STS 1045/2007 porque:

a) Contiene una interpretación del art. 782 de la LECr. que descontextualiza sustancialmente el precepto, se opone de forma ostensible al criterio de la interpretación sistemática, deja innominada a la acusación popular en varios preceptos de la ley y contradice el espíritu y el fin de la norma procesal, además de sortear la voluntad legislativa.

b) Instaure dos modelos procesales de acusación, uno para el procedimiento abreviado y otro para el ordinario, rompiendo así la unidad del ordenamiento jurídico procesal, con lo que contradice numerosos precedentes en los que esta Sala se orienta

por ese principio unificador y veda los intentos de desigualar las garantías procesales en los distintos procedimientos. En este caso, rizando un poco el rizo, la fragmentación procesal se lleva hasta el extremo de imponer dos regímenes jurídicos para la intervención de la acusación popular dentro de una misma causa: uno para la fase de instrucción y otro distinto para la de juicio oral.

c) Contraviene el principio pro actione como criterio orientador de interpretación de las normas que regulan la intervención de las partes en los distintos procesos, a tenor de numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

d) Desnaturaliza el concepto del derecho de defensa con criterios cuantitativos ajenos a la esencia de ese derecho y a la forma en que debe operar en el proceso penal.

e) Por último, se vale del principio de celeridad para fundamentar la exclusión de la acusación popular en la fase de juicio oral cuando las dilaciones procesales se centran fundamentalmente en la fase de instrucción, en la que seguirá interviniendo como parte personada la acusación popular.

7. Como era previsible, una interpretación tan singular de una norma procesal penal no podía tardar en ser autocuestionada por el propio Tribunal Supremo. Y así, en menos de dos meses se deliberó y dictó una segunda sentencia en la que, en alguna medida, se desactivaron las consecuencias de la resolución anterior.

En efecto, en la STS 54/2008, de 8 de abril, se decidió el recurso de casación interpuesto por el sindicato de funcionarios “Manos Limpias” contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que absolvió a Juan María, a Gorka y a María de la Concepción Bilbao del delito de desobediencia previsto en el art. 410 del C. Penal, imputación delictiva que se basaba en el incumplimiento de los requerimientos que le dirigió la Sala Especial del Tribunal Supremo al Presidente del Parlamento Vasco, miembros de la Mesa y Presidentes de las Comisiones Permanentes con el fin de que se adoptaran las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia dictada el 23 de marzo de 2003, en la que el Tribunal declaró ilegales y acordó la disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herriarrok y Batasuna. En este caso el Tribunal Supremo consideró, a diferencia del supuesto contemplado en la STS 1045/2007, que la acusación popular se hallaba legitimada para instar la apertura del juicio oral contra los acusados, a pesar haber solicitado el sobreseimiento el Ministerio Fiscal y no concurrir perjudicados directos ni ofendidos por el delito.

En los argumentos nucleares de la nueva sentencia se afirma que “la so-

licitud de aplicación de la doctrina fijada en nuestra anterior sentencia 1045/2007, exige tomar como punto de partida la diferencia entre el supuesto que allí fue objeto de examen y el que ahora motiva nuestro análisis. Y es que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. Esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim, sino del significado mismo del proceso penal. Éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal”.

Y más adelante, se argumenta en la propia sentencia que “La posición de la acción popular en el proceso, ligada al estatus de parte, no puede ser degradada hasta el punto de condicionar su legitimidad para obtener la apertura del juicio oral, al hecho de que el acusador particular acepte, a última hora, la invitación al proceso que le formula el Juez instructor. Esa limitación no se desprende, desde luego, de la literalidad del art. 782.1 que, como venimos repitiendo, contempla una doble petición de sobreseimiento, la emanada del Ministerio Fiscal y la interesada por el perjudicado por el delito”.

“...Si el Fiscal insta el sobreseimiento, condicionar la capacidad de la acción popular para obtener la apertura del juicio oral a una previa petición coincidente con la suya, emanada del perjudicado por el delito, conduce a situaciones imprevisibles. De entrada, convierte el hecho contingente de la presencia o ausencia del perjudicado en el proceso, en un presupuesto habilitante para que una de las partes pueda desplegar todas las posibilidades inherentes a su estatus. Además, otorga la llave del proceso a una parte que, por definición, puede no estar presente en ese mismo proceso, hecho inevitable cuando se trata de la persecución de delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales. Y es precisamente en este ámbito en el que se propugna el efecto excluyente, donde la acción popular puede desplegar su función más genuina. Tratándose de delitos que afectan a

bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público”.

...Por tanto, nuestro criterio de la legitimidad de la restricción fijada por el art. 782.1 de la LECrim, no puede extenderse ahora, como pretenden la defensa de los recurridos y el Ministerio Fiscal, a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican nuestra doctrina. El delito de desobediencia por el que se formuló acusación carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular. Traducción obligada de la naturaleza del bien jurídico tutelado por el art. 401 del CP es que el Fiscal no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito. De ahí la importancia de que, en relación con esa clase de delitos, la acción popular no conozca, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal. Como ya expresábamos en nuestra STS 1045/2007, 17 de diciembre, esta Sala no se identifica con una visión de la acción popular como expresión de una singular forma de control democrático en el proceso. La acción popular no debe ser entendida como un exclusivo mecanismo jurídico de fiscalización de la acusación pública. Más allá de sus orígenes históricos, su presencia puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal”.

La tesis por tanto que se sostiene en esta sentencia se sintetiza en que sólo quedará excluida la acusación popular del proceso en los casos en que hayan comparecido como partes acusadoras el Ministerio Fiscal y un perjudicado directo por el delito. De no ser así, y ya se deba ello a que la naturaleza del delito impida la existencia de perjudicados o a que éstos no se han personado en el procedimiento, la acusación popular sí estará legitimada para actuar autónomamente como única parte acusadora. También debe subrayarse que en esta segunda sentencia la mayoría enfatiza el hecho de que los acusadores populares defienden a través del ejercicio de la acción popular el interés social o interés público, defensa que adquiere especial relevancia en los supuestos relativos a delitos que tutelan bienes jurídicos supraindividuales o de titularidad colectiva.

Pues bien, en el análisis de la STS 54/2008 se aprecian algunas contradicciones con respecto a la primera (STS 1045/2007), pudiendo afirmar

se que se ha constituido una segunda mayoría de forma cuando menos anómala. En este sentido, se observa cierta contradicción entre las argumentaciones que asumen los magistrados integrantes de la mayoría de ambas sentencias, pues no parece compatible mantener íntegramente los razonamientos de los votos mayoritarios de ambas resoluciones. Veamos por qué.

a) En primer lugar, porque la mayoría de la primera sentencia acogió como uno de sus argumentos nucleares el de que “la cuestión que aquí se plantea se relaciona con el método interpretativo, y, en particular, con la cuestión de carácter cerrado o abierto de las enumeraciones legales; en este caso se trata de la enumeración de quiénes están autorizados a solicitar por sí la apertura del juicio, que se desprende del art. 782.1 LECr.”. Y a continuación el voto mayoritario aplica el principio del “expresio unius es exclusio alterius” para concluir que sólo están legitimados para solicitar la apertura del juicio oral el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y no la popular (apartado 13 del fundamento primero).

Sin embargo, si se suscribe ese criterio de interpretación del art. 782.1 LECr. en la primera sentencia, parece claro que no puede sostenerse en la segunda que sí está legitimada la acusación popular para pedir la apertura del juicio oral como única parte acusadora, dado que el argumento de la primera sentencia se fundamentaba en que no consta “enumerada” como parte legítima en el referido precepto para formular tal solicitud.

b) También se incurre en una notable contradicción al sostener en la primera sentencia que cuando concurren como partes acusadoras el Ministerio Fiscal y un perjudicado como acusador particular, el primero defiende el interés público o el interés social y el segundo el interés individual de la víctima, y se matiza que tal concurrencia justifica la exclusión de la acción popular; y, en cambio, en la segunda sentencia se argumenta que cuando no se persona el perjudicado directo a defender el interés individual, revive o renace la posibilidad de intervención de la acusación popular como defensora del interés social o público. Y es que entendemos que carece de un fundamento coherente con la premisa de la primera sentencia que se reactive la intervención de la acusación popular por un hecho ajeno al interés social o público, cual es la no personación del particular perjudicado que sólo está defendiendo un interés individual.

c) Tampoco se muestra muy coherente la tesis mayoritaria de la segunda sentencia con la de la primera, al operar en aquélla con el argumento de que el art. 782.2 LECr. coincide con lo dispuesto en los arts. 642 y 644 para el procedimiento ordinario. Es decir, que el art. 782.2 “se limita a

regular una fórmula tendente a impedir que la efectividad de los derechos de los perjudicados por el delito pueda hacerse depender de la exclusiva voluntad del Ministerio Público” (STS 54/2008). Y es que si se admite, como estimo correcto y ya se ha razonado, que la única finalidad del cambio de redacción del art. 782.2 ha sido la de tutelar el derecho de los perjudicados directos por el delito ante un sorpresivo o inesperado abandono del proceso por el Ministerio Público, carece de todo fundamento distorsionar en la primera sentencia (1045/2007) el significado de esa norma para acabar legitimando con una interpretación descontextualizada la exclusión de las acusaciones populares en el procedimiento abreviado. Si en la segunda sentencia se acoge cuál es el auténtico fin y significado de la reforma del art. 782.2 de la LECr., esto es, asimilar las fases intermedias del procedimiento ordinario y del abreviado, carece de razón que se siga manteniendo que el precepto pretendía expulsar de la fase de plenario a las acusaciones populares, cosa que en modo alguno sale a relucir en la exposición de motivos y en los trabajos parlamentarios.

d) Asimismo, resulta en cierto modo contradictorio afirmar en la segunda sentencia que en el enjuiciamiento de los delitos que tutelan bienes jurídicos de titularidad colectiva o de carácter metaindividual es cuando la acción popular puede desplegar su función más genuina, y argumentar, en cambio, en la primera sentencia que en un caso de delito contra la Hacienda Pública no ha de intervenir la acusación popular. Pues, siendo éste un delito en que se tutelan intereses colectivos o supraindividuales, resulta irrazonable excluir la intervención de la acusación popular mediante el artificioso argumento de que actúa como parte perjudicada el Estado, como si éste fuera un perjudicado individual que defendiera a través del Abogado del Estado intereses individuales o personales ajenos al interés público o común.

e) Se acaba estableciendo en la segunda sentencia un sistema procesal híbrido para la acción popular, mediante el que las acusaciones populares y los intereses sociales que pudieran defender quedan al albur de la clase de delito que se juzgue y también de la decisión, siempre manipulable, de los perjudicados particulares.

8. Los razonamientos expuestos en los apartados anteriores permiten concluir que las dos acusaciones populares sí están legitimadas para intervenir como partes en este procedimiento; pero no porque se enjuicie un delito que tutela un bien jurídico colectivo, sino porque tienen la misma legitimidad que las acusaciones particulares para intervenir como parte en el proceso penal en cualquier clase de delitos no específicamente excluidos en la Ley, no asumiéndose por tanto la interpretación que se hace del art. 782 de la LECr.

por la mayoría de este Tribunal. No obstante lo anterior, y como ya advertí al inicio de este voto particular, comparto la decisión final adoptada por la mayoría de la Sala, pues entiendo que la conducta de los acusados, tal como se argumenta en la sentencia mayoritaria, es atípica, y mi discrepancia de índole procesal no sólo no limita la intervención en la causa de las acusaciones popula-

res sino que realmente la refuerza. Alberto Jorge Barreiro.

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



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/19200

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 8 febrero 2010. Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

Deducción de gastos reconocida por promocionar la venta de bienes y servicios

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por la entidad mercantil, anula la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, y estima el recurso contencioso-administrativo, ordenando la anulación del acto administrativo de liquidación en concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1995, dictado por la AEAT. La Sala considera que la empresa recurrente no dispone de personal dedicado a la venta de la máquina conocida con el nombre de "Rainbow", sino que se realiza a través de las empresas minoristas, de ahí la necesidad de promocionar el producto a través de convenciones a las que asiste el personal de estas últimas y en las que se incurre en los gastos discutidos cuya deducibilidad, por tanto, se ha de reconocer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna, mediante este recurso de casación en unificación de doctrina, la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo 496/02, interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de noviembre de 2001, desestimatoria del recurso de alzada deducido por la entidad ahora recurrente frente al Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Asturias de 6 de noviembre de 1998, confirmatorio del Acuerdo liquidatorio dictado por el Inspector Regional en fecha de 3 de febrero de 1998, de conformidad con la propuestas de liquidación derivada del acta de disconformidad extendida en concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1995 e importe de 71.055,68 euros.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en la Sección Cuarta, Capítulo III, Título IV (arts. 96 a 99) de

la Ley procesal de esta Jurisdicción, se configura como un recurso excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, que tiene por finalidad corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero sólo en cuanto constituyan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. "Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación -siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia-, sino "sólo" cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas... No es, pues,

esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido. Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir" (S.15-7-2003).

Esa configuración legal del recurso de casación para la unificación de doctrina determina la exigencia de que en su escrito de formalización se razone y relacione de manera precisa y circunstanciada las identidades que determinan la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia (art. 97).

Por ello, como señala la sentencia de 20 de abril de 2004, "la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones. No cabe, en consecuencia, apreciar dicha identidad sobre la base de la doctrina sentada en las mismas sobre supuestos de hecho distintos, entre sujetos diferentes o en aplicación de normas distintas del ordenamiento jurídico.

Si se admitiera la contradicción con esta amplitud, el recurso de casación para la unificación de doctrina no se distinguiría del recurso de casación ordinario por infracción de la jurisprudencia cuando se invocara la contradicción con sentencias del Tribunal Supremo. No se trata de denunciar el quebrantamiento de la doctrina, siquiera reiterada, sentada por el Tribunal de casación, sino de demostrar la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta."

Sobre el alcance de la exigencia o carga procesal impuesta al recurrente de reflejar en el escrito de interposición la relación precisa y circunstanciada de las referidas identidades, se pronuncia la sentencia de 3 de marzo de 2005, señalando que "Como decían muy expresivamente las sentencias de 29 de septiembre de 2003 (recurso núm. 312/2002) y 10 de febrero de 2004 (recurso núm. 25/2003), no es la primera vez que nuestra Sala ha tenido ocasión de comprobar que quienes hacen uso de

este recurso de casación excepcional centran su discurso casi exclusivamente en la demostración de que la doctrina de la sentencia impugnada está en contradicción con las sentencias de contraste y prestan, en cambio, muy escasa e incluso ninguna atención a los requisitos de identidad sustancial entre hechos, fundamentos y pretensiones de una y otra sentencia (art. 96.1 de la L.J.C.A.).

Y el art. 97.1 dispone imperativamente que el recurso de casación para la unificación de doctrina se interpondrá mediante escrito razonado que deberá contener relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida. Y es que, precisamente porque ésta modalidad de recurso de casación es un recurso contra sentencias no susceptibles de recurso de casación ordinario y cuya cuantía sea superior a tres millones de pesetas (art. 96.3), ha de ponerse particular cuidado en razonar que esos presupuestos efectivamente se dan en el caso que se somete al Tribunal de casación.

Queremos decir con esto que, al conocer de este tipo de recursos, nuestra Sala tiene que empezar por determinar si existe igualdad sustancial entre los hechos, fundamentos y pretensiones (art. 96.1), para lo cual el Letrado de la parte recurrente ha de poner un exquisito cuidado en razonar, de forma "precisa y circunstanciada", que se dan las tres clases de identidades sustanciales que exige ese precepto: en los hechos, en los fundamentos y en las pretensiones. Y esa argumentación demostrativa ha de someterla el Letrado a la Sala en su escrito de interposición del recurso (art. 97.1), sin que basten meras afirmaciones genéricas de que esos presupuestos concurren en el caso. Y es éste Tribunal el que luego, y a la vista de esos razonamientos y de las sentencias de contraste que, testimoniadas con expresión de su firmeza, se acompañen, decidirá si, tal como dice la parte recurrente, se dan esas identidades en cuyo caso pasará a analizar si hay o no contradicción en la doctrina.

En resumen, en el recurso de casación para la unificación de doctrina es tan importante razonar con precisión las identidades cuya concurrencia exigen los arts. 96.1 y 97.1 (presupuestos de admisión) como la identidad de doctrina (cuestión de fondo). Sin la concurrencia de esas identidades sustanciales en los hechos, en los fundamentos y en las pretensiones no hay lugar a entrar a analizar el problema de fondo, o sea, la contradicción de doctrina. Y ésta doble exigencia vincula en primer lugar al Letrado de la parte recurrente, sin que éste Tribunal pueda suplir lo no hecho por aquél, y ello porque el principio de la tutela judicial efectiva protege tanto a la parte que recurre como a la que se opone".

En el mismo sentido las sentencias de 21 y 28 de febrero y 23 de mayo de 2005.

TERCERO.- El análisis de la Sentencia de 25 de noviembre de 2004 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, objeto de recurso, y de la sentencia de 24 de septiembre de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, una de las que se citan como contraste, pone claramente de manifiesto que tanto los hechos como los razonamientos jurídicos que fundamentan el fallo en las citadas Sentencias son análogos y, por tanto, sería posible apreciar la contradicción de doctrinas denunciada, siempre y cuando se acredite que la doctrina de la sentencia combatida no es la correcta.

Así, como hemos señalado, la Sentencia de 25 de noviembre de 2004 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, asumiendo íntegramente la tesis mantenida por la Inspección de los Tributos, fundamenta el fallo desestimatorio de la determinación como "gasto deducible" fiscalmente de las cantidades satisfechas por los conceptos "Gastos Convención", "Regalos y premios de Convenciones" y "Otros gastos conexos Convenciones", sobre la base de la debatida definición de "gastos necesarios" derivada de la regulación disímil efectuada en las Leyes sobre Sociedades de 1978 y 1995. Asimismo, la sentencia impugnada cita abundante jurisprudencia de esta Sala para llegar a la conclusión de que los importes satisfechos por la entidad recurrente consistentes en gastos de hospedaje en hoteles, manutención en hoteles y restaurantes, gastos de recreo como excursiones turísticas, cursos deportivos de esquí o piragüismo, paseos en barca, etc., tanto de determinados empleados como de sus cónyuges, y de distribuidores minoristas, no responden a gastos tendentes a la promoción de los productos elaborados por la entidad o de captación de nuevos clientes, de forma que la repercusión de los mismos en la obtención de rendimientos sea, directa o indirectamente, patente, considerando por el contrario que dichos gastos constituyen en realidad atenciones sociales, al margen de la verdadera finalidad o "ratio legis" de la "deducibilidad" que el legislador pretende, al beneficiar o bonificar a aquellas sociedades que "invierten" en la promoción de sus productos o servicios con el fin de obtener un mayor número de ventas o de clientes potenciales. Las conclusiones de la Sala vienen a confirmar los argumentos esgrimidos por el TEAC, que a su vez corroboró el Informe de la Dependencia Regional de Inspección de Asturias de 23 de diciembre de 1997, en el que subraya el carácter eminentemente lúdico de estas "Convenciones" más allá de su tan-

gencial incidencia en beneficio de la actividad empresarial, sobre la base de una serie de circunstancias que relaciona en su informe tales como: el lugar de desarrollo de las reuniones -localidades de singular atractivo turístico-, los gastos conexos con la celebración de las mismas -actividades de esparcimiento, excursiones, folclore- o el perfil de los asistentes a las convenciones -distribuidores minoristas, cónyuges de empleados-.

No obstante, debe señalarse que en la sentencia de contraste aportada dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 1 de octubre de 1997, la cuestión planteada difiere notablemente de la que ahora se sustancia, pues en aquel supuesto, los gastos pretendidamente deducibles sometidos a litigio tienen una naturaleza diferente a los que se discuten en el presente, pues se trata de "atenciones a terceros y otros pagos sin contraprestación" como almuerzos, cenas y otras invitaciones a persona ajenas a la empresa; o bien "servicios profesionales independientes satisfechos a determinadas personas jurídicas y físicas o "relaciones públicas".

En segundo lugar, también ha de ponderarse las notables diferencias que se manifiestan en cuanto a la naturaleza de la actividad económica desarrollada por aquellas entidades recurrentes de contraste -Agencia Efe, Acciona, Ramilo, S.A.- con las peculiaridades que la sociedad recurrente tiene en su trato comercial, al ser una organización mercantil de perfil multinivel, de forma que un único distribuidor es el que suministra las mercaderías a minoristas y a cualquier persona capaz de cerrar una venta, aspecto que no resulta baladí a la hora de catalogar los gastos promocionales en los que incurre. Esta praxis comercial, es también conocida como Network Marketing o marketing multinivel, y puede definirse como aquella modalidad de distribución de productos en el mercado basada en una estructura en red de representantes independientes que además de vender a otros, compran los productos para sí. Esta estructura permite que cada representante obtenga beneficios, a su vez, por las ventas de los representantes que él incorporó al sistema. Debe no obstante diferenciarse lo que es marketing multinivel de las pirámides, esquemas piramidales o cadenas, que nuestro ordenamiento prohíbe merced al artículo 23 de la Ley 7/1996, de 15 de enero del Comercio Minorista.

Por el contrario, este tipo de venta multinivel si viene contemplada en el citado texto sectorial, disponiendo su artículo 22: "La venta multinivel constituye una forma especial de comercio en la que un fabricante o un comerciante mayorista vende sus productos o servicios al consumidor final a través de una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes, pero coordinados den-

tro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público, que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los consumidores y de los comerciantes y/o distribuidores independientes integrados en la red comercial, y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado."

El Network Marketing, al basarse en la red de contactos de cada representante independiente, no requiere de grandes gastos de promoción ni de mantenimiento de locales comerciales, por lo que la única vía de promoción y distribución de los productos son precisamente este tipo de convenciones y eventos lúdicos de los que estamos hablando.

Ahora bien, la sentencia también invocada de contraste dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 24 de septiembre de 2004, sí que reúne los requisitos previstos en el artículo 96 de la Ley Jurisdiccional, teniendo en cuenta que además, la recurrente en aquella es también la entidad Picassa. Los fundamentos que la referida sentencia articula para estimar el recurso son los siguientes:

"Primero.- Constituye el objeto de este proceso determinar la conformidad a Derecho de la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Asturias en sesión celebrada el día 28 de mayo de 1999, desestimatoria de la reclamación de igual naturaleza ante el mismo formulada impugnando el acuerdo dictado por la Inspección de los Tributos de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Asturias con fecha 1 de julio de 1998, relativo al acta de disconformidad incoada el 29 de mayo anterior por el concepto tributario Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1996, ascendiendo la deuda tributaria a 2.932.283 pesetas, incluidos intereses de demora, como consecuencia de incrementarse la base imponible comprobada con gastos contables que se consideran liberalidades, alegándose en apoyo de la pretensión anulatoria deducida que el desembolso efectuado cumple los fines de promoción que le otorgan el carácter de deducible, por cuanto la promoción se dirige, por un lado, al mantenimiento de los actuales clientes y, por otro, a la captación de otros nuevos, siendo estos últimos, aquellos respecto de los cuales la Inspección no ha podido establecer la relación con la empresa, lo que no podía ser de otra manera, pues tal relación no existía en ese momento.

Segundo.- La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, establece en su artículo 14. 1. e) que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deduci-

bles los donativos y liberalidades, matizando que "no se considerarán comprendidos en esta letra los gastos por relaciones públicas con clientes y proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestaciones de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos". La resolución recurrida al analizar si los gastos de organización y asistencia a convenciones, en las que se tratan determinados aspectos relacionados con la actividad comercial de la entidad y de los distribuidores de su producto, pueden tener o no la consideración de gastos deducibles a los efectos del Impuesto sobre Sociedades, señala que por parte de la Inspección, y en base al precepto citado, se admite la deducción de la parte de gasto de organización de estas convenciones relacionado con trabajadores, distribuidores y proveedores de la entidad; no obstante, no se admite la deducibilidad de la parte del gasto relacionado con personas ajenas, como son los cónyuges y el resto no relacionado con la entidad. En consecuencia el criterio seguido por la Inspección, que la resolución impugnada confirma, al practicar la regularización de la situación tributaria de la entidad por este impuesto y ejercicio, consiste en no considerar como deducibles los gastos lúdicos realizados al margen de estas convenciones, como los de gymkhana, competición de karts, alquiler de trajes regionales, etc., por no estar relacionados con la promoción del producto y aumento de sus ventas. Criterio que la Sala no comparte al no tener en cuenta que los gastos considerados como no deducibles en el Impuesto no son auténticas liberalidades, aunque no estén del todo exentos de animus donandi, sino que en el marco de la actividad desarrollada por la empresa revelan la intención de obtener un beneficio futuro que compense el desembolso efectuado con la única finalidad de promocionar las ventas de los productos que aquella comercializa, por cuanto como se indica en la demanda su organización comercial es piramidal, de manera que un único distribuidor suministra a minoristas y a cualquier persona que consiga una venta, realizándose las demostraciones, a falta de centros de venta, en el domicilio del posible cliente a cargo del vendedor; de ahí que en las convenciones se entreguen trofeos a los mejores vendedores y con fines de promoción del producto se convoque a los potenciales clientes y a sus cónyuges o familiares más allegados cuya concurrencia puede ser determinante en la promoción. En consecuencia, excluido el carácter de liberal de los desembolsos que la Inspección no acepta como deducibles, los mismos encuentran encaje en los que el artículo 14 de la Ley del Impuesto considera como deducibles por estar relacionados con la promoción del producto y aumento de sus ventas,

con la consiguiente incidencia en la determinación de la base imponible.”

El pronunciamiento de la Sala de Asturias entra de lleno en contradicción con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional que se combate, en cuanto a la deducibilidad de los gastos presentados. No obstante, y como también se avanzaba anteriormente, la concurrencia de la contradicción resulta elemento necesario pero no suficiente para estimar la pretensión casacional de la recurrente, pues debe asimismo acreditarse que la doctrina de la sentencia impugnada es incorrecta. Y en este sentido, se advierte que la doctrina de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 7 de octubre de 2004 no es la correcta. Y ello porque en la Sentencia de esta Sala y Sección de 6 de febrero de 2008 (rec. 7125/2002) se aborda la cuestión de la deducibilidad de los gastos enmarcables en la partida “Convenciones” en sentido contrario a lo resuelto en la instancia, como a continuación se reproduce, por lo que en virtud del principio de unidad de doctrina habrá de estarse a la doctrina ya establecida por esta Sala:

“Cuarto.- En el segundo de los motivos, que afecta exclusivamente al ejercicio de 1990, y en el que el Abogado del Estado alega la infracción por la sentencia, del artículo 14.f) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, al considerar deducible “determinados gastos denominados convenciones con clientes, consistentes en un viaje turístico a Canarias, pagado a los concesionarios como premio a los objetivos alcanzados”.

El Defensor de la Administración entiende en esta ocasión que no se trata de gastos necesarios para los ingresos y, en consecuencia, deben ser calificados como “liberalidades”, sin posibilidad de deducción, según el precepto legal antes indicado.

Por último, afirma el Abogado del Estado que aún cuando la sentencia requiere el requisito de que el gasto sea “necesario”, sin embargo, en el caso presente, aludiendo a la finalidad de la empresa, que es la venta de productos, entiende que los gastos consistentes en meras convenciones, tienen aquél carácter y no el de mera liberalidad. Y frente a ello aduce que ello “no es así: todos los gastos se dirigen con la finalidad de fomentar y de incentivar las ventas, pero unos tienen el carácter de necesarios para la obtención de los ingresos, y de otros, son liberalidades, a los concesionarios que, a modo de premio, incentivan a estos, como es el caso”.

Para resolver este motivo, debemos partir de que el artículo 13 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, establece: “Para la determinación de los rendimientos netos se deducirán, en su caso, de los rendimientos íntegros obtenidos por el sujeto pasivo los gastos necesarios para la obten-

ción de aquéllos”, alumbrando así un concepto jurídico indeterminado, que permite siempre distintas interpretaciones del caso concreto y que es fuente de controversias y, en definitiva, de inseguridad jurídica.

Especial aplicación tiene ello, en el caso de los “gastos de promoción”, porque el artículo 14.f) de la Ley 61/1978, de 15 de octubre, del Impuesto de Sociedades, considera que no son deducibles:

“Las liberalidades, cualquiera que fuere su denominación, salvo lo dispuesto en el epígrafe m) del artículo anterior.

A estos efectos no se considerarán liberalidades aquellas prestaciones en las que haya contraprestación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de esta Ley. Asimismo, tampoco se considerarán liberalidades las cantidades que las Empresas dediquen a la promoción de sus productos.”

Por ello, la Sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1997, acogió con júbilo la concreción contenida en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, aún cuando allí, como aquí, no fuera directamente aplicable, al señalar en su artículo 14, que no tendrían la consideración de gastos fiscalmente deducibles: “... e) Los donativos y liberalidades. No se entenderán comprendidos en esta letra los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos. De esta forma parece que el nuevo precepto viene a decirnos que son gastos necesarios para la obtención de los ingresos:

1.º Los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores.

2.º Los gastos que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa.

3.º Los gastos realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes o la prestación de servicios.

4.º Los gastos que se hallen correlacionados con los ingresos. De esta manera, y aunque no destierra por completo la licencia de acudir a conceptos jurídicos indeterminados, evidentemente cierra mucho más el concepto”.

De acuerdo con ello, en la referida Sentencia, y utilizando el criterio interpretativo derivado de la Ley 43/1995, se consideraban deducibles los gastos derivados de “atenciones a clientes que consistieron en pagar comidas de éstos y su estancia en hoteles”, cuya realidad había sido aceptada en el acta de Inspección.

Por tanto, lo que hizo la Ley de 1995 fue suprimir la exigencia de prueba del carácter de “necesarios” a los gastos enumerados, atribuyéndoles el carácter de deducibles, pero exigiendo, como es lógico, justificación de la realidad de los mismos, así como su efectiva contabilización.

Pues bien, la Sala anticipa su criterio de rechazar el motivo alegado por el Abogado del Estado, pues la Sala ha apreciado que los gastos declarados deducibles “han sido dirigidos a la finalidad de fomentar y de incentivar a los concesionarios”, a lo que ha añadirse que, efectivamente, se trata de gastos admitidos como deducibles por la nueva legislación y que derivan de prácticas habituales de las empresas para promocionar las ventas de bienes y servicios prestados por aquellas.”

En el mismo sentido, las sentencias de 25 de junio de 2009 rec. 9897/2004 y 9 de octubre de 2009 rec. 9187/2003.

Como dice esta última sentencia “Deben, pues, admitirse incluso antes de la vigencia de la Ley de 1995, que los gastos de relaciones públicas y de promoción, y en general, todos los gastos en que efectivamente incurren las empresas no son liberalidades, en cuanto los mismos son dispendios que hacen falta o conviene realizar con el fin de incentivar las ventas y de obtener mayores rendimientos o beneficios económicos.”

En este caso, la necesidad del gasto, deriva de la estructura piramidal de la empresa recurrente que asume la distribución al por mayor en exclusiva en España de un determinado producto, la máquina conocida con el nombre de “Rainbow” a través de unos distribuidores minoristas en diferentes provincias españolas que son los que venden a los consumidores finales. En realidad, la empresa recurrente no dispone de personal

dedicado a la venta que se realiza a través de las empresas minoristas, de ahí la necesidad de promocionar el producto a través de Convenciones a las que asiste el personal de estas últimas y en las que se incurre en los gastos discutidos cuya deducibilidad, por tanto, se ha de reconocer.

CUARTO.- Procede, por tanto, la estimación del recurso, sin hacer imposición de costas ni en casación, ni en la instancia.

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

FALLO

1º) Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por la entidad Promotora Industrial y Comercial Arias Sánchez, S.A. (Picassa).

2º) Que debemos anular y anulamos la sentencia impugnada de 25 de noviembre de 2004 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

3º) Que estimamos el recurso contencioso-administrativo número 496/02, ordenando la anulación del acto administrativo de liquidación en concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1995, dictado por la Delegación Especial de Asturias de la AEAT de fecha 3 de febrero de 1998, por importe de 71.055,68 euros, con devolución de las cantidades que en virtud de lo razonado resulten procedentes con los intereses legales que correspondan.

4º) No hacemos imposición de las costas causadas ni en casación ni en la instancia.

(...)



2010/21815

TS Sala 4ª, Sentencia 25 febrero 2010. Ponente: D. Joaquín Samper Juan

Competencia del INSS para dictar resolución fijando el plazo de revisión de incapacidad permanente

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que anuló la resolución sobre plazo de revisión de incapacidad permanente.

Señala la Sala que como en el supuesto enjuiciado la resolución judicial revisora del acto administrativo denegatorio se limitó a reconocer la existencia de una incapacidad permanente y el grado de incapacidad, es al INSS a quien compete fijar el plazo a partir del cual se puede instar la revisión de la situación de invalidez, mediante la correspondiente resolución administrativa, sin perjuicio del ulterior control judicial de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que interpone el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia dictada del 23 de marzo de 2.007 (rec. 4465/06) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia consiste en determinar si la Entidad Gestora puede o no dictar resoluciones que establezcan un plazo para la revisión de las incapacidades permanentes que han sido reconocidas en virtud de sentencia firme.

En el caso resuelto por la sentencia recurrida el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense el 27 de septiembre de 2.005; y el INSS en resolución de 18 de enero de 2.006 fijó como fecha a partir de la cual se podría instar la revisión por agravación o mejoría la de 1 de abril de 2.008.

El trabajador, tras agotar la correspondiente vía previa, interpuso demanda para que se declarase nula y sin efecto la resolución impugnada. El Juzgado estimó la demanda. El INSS interpuso recurso de suplicación denunciando la infracción del art. 143.2 LGSS en relación con el art. 6 del RD 1.300/95 y la O. de 18-1-96 que en su opinión le autorizan a establecer un plazo de revisión ante toda declaración de invalidez. Y la sentencia de 27 de marzo de 2.009 (rec. 4465/2006) desestimó el recurso y confirmó el pronunciamiento de instancia, tras razonar que las facultades que el art. 143.2 LGSS reconoce a la Entidad Gestora se limitan a los supuestos en que la invalidez permanente ha sido reconocida en resolución administrativa, no así cuando es una sentencia la que la declara.

SEGUNDO.- Dicha sentencia es recurrida en casación para la unificación de doctrina por el INSS que ha elegido como sentencia referencial, la de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2002, recaída en el recurso de suplicación núm. 5471/01. La parte recurrida no ha impugnado el recurso. Y el Ministerio Fiscal ha emitido el preceptivo informe en el sentido de considerarlo procedente.

En el supuesto examinado en la sentencia referencial la actora había sido declarada en situación de invalidez permanente total, por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona de 20 de marzo de 2000 que devino firme. El Instituto Nacional de la Seguridad Social procedió a dictar resolución el 31 de mayo de 2000, declarando que se podía instar la revisión, por agravamiento o mejoría, a partir de marzo de 2002. En instancia prosperó la demanda de la actora y se dejó sin efecto la resolución administrativa. Pero la sentencia referencial estimó el recurso de suplicación del INSS, por entender que la resolución dictada por dicha entidad gestora se encuentra comprendida en su ámbito competencial.

Concorre el presupuesto de la contradicción, ya que pese a la indudable identidad subjetiva y objetiva de los supuestos resueltos por las sentencias comparadas, éstas han llegado a pronunciamientos distintos en los términos y con el alcance exigido por el art. 217 LPL. Procede pues entrar a resolver el fondo de la cuestión planteada.

TERCERO.- El INSS recurrente alega interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 143.2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el Real Decreto 1300/1995 y Orden de 18 de enero de 1996.

La cuestión planteada ha sido ya unificada por esta Sala en sentencias de 17-5-007 (rscud. 2104/06 y 3440/06) 6-6-07 (rcud. recurso 172/06), 18-10-07 (rcud. 2307/06), 16-11-07 (rcud. 1713/07), 29-2-08 (rcud. 1506/08) y 27-11-08 (rcud. 2399/2007) a cuya doctrina hemos de estar ahora por elementales razones de seguridad jurídica. Los argumentos que nos han llevado a confirmar la resolución administrativa son los que a continuación se exponen.

El art. 143.2 LGSS dispone en su apartado 1 que "corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente sección". Y por su parte el apartado 2 establece que: " toda resolución inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta ley, para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión ".

Acudiendo al sentido propio de las palabras que utiliza el precepto, primer canon interpretativo de las normas según previene el artículo 3.1 del Código Civil, el texto no ofrece duda. Podrán fijar plazos para instar la revisión las resoluciones administrativas por las que se reconozca el derecho a prestaciones de invalidez y aquellas posteriores que lo modifiquen por apreciar mejoría o agravación del estado invalidante.

A igual conclusión conduce la interpretación literal de los artículos 6.2 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de junio y artículo 13. 3 de la Orden de 18 de enero de 1996 que desarrolló a su vez el Real Decreto. El artículo 6.2 establece que "cuando en la resolución se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente en cualquiera de sus grados, se hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante en los términos y circunstancias previstos en el apartado 2 del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social ".

Es cierto que, en el supuesto aquí examinado, la invalidez permanente no fue reconocida por el INSS sino por sentencia firme que no fijó plazo para su revisión, ya que no está previsto legalmente que así se haga. Y no cabe entender que se trata de un olvido del legislador pues la misma Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social que modificó el apartado 2 del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, modificó también el entonces vigente texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, sin contener previsión alguna al respecto. Lo que aconseja extender las facultades del INSS también a estos supuestos, ya que de seguirse la tesis contraria se establecería un régimen diferente para las resoluciones administrativas y las judiciales que reconozcan el derecho a prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, pues mientras las primeras estarían sujetas a un plazo de revisión, las segundas no; interpretación que no resultaría acorde con los principios informadores del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, como quiera que la resolución judicial, revisora del acto administrativo denegatorio, se limita a reconocer la existencia de una incapacidad permanente y el grado de incapacidad, es al INSS a quien compete fijar el plazo a partir del cual se puede instar la revisión de la situación de invalidez, mediante la correspondiente resolución administrativa, sin perjuicio del ulterior control judicial de la misma.

CUARTO.- Por todo lo anteriormente razonado procede la estimación del recurso de casación unifica-

dora interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y casar y anular la sentencia recurrida. Y resolviendo el debate planteado en suplicación de acuerdo con la anterior doctrina, estimar el recurso de tal clase planteado en su día por aquel y, revocando la sentencia de instancia, absolver a la Entidad Gestora de la pretensión formulada en su contra. Sin 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 el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2.009 (rec. 4465/2006) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación número 4093/06, que casamos y anulamos. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto en su día por el INSS, revocamos la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Ourense, recaída en los autos 267/06, seguidos a instancia de D. Valentín y desestimamos su demanda, con absolución de la Entidad Gestora de la pretensión en su contra formulada. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional que correspondía, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2010/19313

TS Sala 4ª, Sentencia 1 febrero 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Improcedente extinción de contrato por jubilación forzosa

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador demandante contra sentencia que convalidó la extinción de su contrato por jubilación forzosa.

Señala la Sala que el art. 59 II Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de Administra-

ción General del Estado no cumple los requisitos previstos para el establecimiento de la jubilación forzosa en la disp. adic. 10ª ET, ya que se limita a realizar una referencia genérica a los objetivos de estabilidad y mejora del empleo público que establezca la oferta de empleo público, y de la consideración general del convenio tampoco se deduce el establecimiento en la negociación colectiva de las acciones en materia de empleo exigidas por la citada disposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina determinar si la jubilación de un trabajador, acordada al amparo del art. 59 del II Convenio Colectivo Único Para el Personal Laboral de Administración General del Estado (CUAGE) estuvo o no ajustada a derecho, a la luz de la Disposición Adicional (DA) 10ª del Estatuto de los Trabajadores (ET), en su actual redacción otorgada por Ley 14/2005 de 1 de julio.

La situación fáctica a enjuiciar es, en esencia, la siguiente: a un trabajador, con categoría de titulado superior, al servicio del Ministerio de Defensa le comunicó el empleador que debería cesar al haber cumplido la edad de 65 años, medida que se adoptó con apoyo en el art. 59 del II CUAGE.

Formuló el trabajador demanda por despido, que fue desestimada, tanto en la instancia como en sede de suplicación, en ésta última por la Sentencia dictada el día 9 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, frente a la que el actor ha interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como infringidos los citados art. 59 del II CUAGE y la DA 10ª del ET. Apoyaron ambos tribunales su decisión en la acreditación de que, si bien la plaza que cubría el actor no estaba actualmente ocupada por ningún otro trabajador ni afectada por ninguna convocatoria de oferta de empleo público, ello no obstante, dicha plaza había sido sometida, con aprobación del CECIR, a modificación en la RPT relativa al Área Funcional de pertenencia y titulación académica requerida para su posterior ocupación interinamente, situación ésta que, según ambos consideraban, encajaba en la vinculación a objetivos coherentes con la política de empleo a que se refiere la DA 10ª del ET, así como en “los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público se establezcan anualmente en el Real Decreto de Oferta de Empleo Público” a los que hace referencia el art. 59 del II CUAGE.

SEGUNDO.- Aporta el recurrente para el contraste la Sentencia dictada el día 14 de noviembre de 2007 por

la propia Sala madrileña, que era ya firme al recaer la aquí recurrida. Enjuició la referida resolución referencial el supuesto de un trabajador laboral, con categoría de titulado superior, al servicio del Ministerio de Trabajo, al que dicho empleador comunicó el cese por jubilación al cumplir los 65 años. La Sala en este caso declaró la improcedencia del despido por aplicación de la misma norma del convenio colectivo.

Tal como ya señaláramos en nuestra Sentencia de 14 de octubre de 2009 (rec. 3505/08), recaída en una controversia sustancialmente igual a la presente y en cuyo caso se había elegido la misma resolución referencial que en esta ocasión, los supuestos enjuiciados en cada una de las resoluciones comparadas son los mismos y las decisiones opuestas. La única diferencia consiste en que mientras en la sentencia de contraste consta que el puesto del actor no se ha ocupado por persona alguna, en la recurrida se acredita que el puesto va a ser cubierto interinamente en su día, una vez sea modificada la RPT. Pero el dato es irrelevante, pues una nueva provisión con carácter de interinidad no constituye en absoluto una medida de fomento del empleo; es simplemente una sustitución de personas en el mismo puesto de trabajo.

Procede, por consiguiente, entrar en el tratamiento y decisión del fondo de la controversia.

TERCERO.- La doctrina en la materia ya ha sido unificada por nuestra ya citada Sentencia de 14 de octubre de 2009 (rec. 3505/08), siguiendo el criterio de la de 22 de diciembre de 2008 (rec. 856/07), votada por el Pleno.

En el 2º fundamento de la reseñada en primer lugar, razonábamos en los siguientes términos:

Hay que aclarar que en el presente caso se trata de un convenio colectivo negociado y aprobado bajo la vigencia de la nueva redacción de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores en la redacción de la Ley 14/2005, por lo que no se plantea el problema de la cláusula de convalidación retroactiva de las regulaciones convencionales anteriores que contiene la disposición transitoria única de la mencionada ley. Se trata aquí de determinar si una cláusula convencional, como la que contiene el artículo 59 del II Convenio Único, cumple la exigencia de la justificación que establece el apartado a) de la disposición adicional 10ª, a tenor del cual estas medidas deberán “vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”. Por su parte, el artículo 59 del II Conve-

nio Colectivo Único prevé que “de acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público se establezcan anualmente en el Real Decreto de oferta de empleo público, la jubilación será obligatoria con carácter general al cumplir el trabajador los sesenta y cinco años de edad”. La redacción es la misma que ya contempló el Pleno de esta Sala para el artículo 61 del I Convenio Colectivo Único en sus sentencias de 22 de diciembre de 2002, que, en síntesis y en lo que aquí interesa, establecen que para la validez de las medidas de jubilación forzosa previstas en la negociación colectiva es necesario que:

1º) Se cumplan de forma efectiva los objetivos de política de empleo que establece la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, sin que baste a estos efectos una mera remisión a estos objetivos, sin determinar las medidas concretas que los aplican e instrumentan, y

2º) Las medidas han de adoptarse en el marco de la negociación colectiva e incorporarse al propio convenio colectivo que apruebe la jubilación forzosa, lo que supone un enlace directo entre ambas; enlace que normalmente no puede producirse en el ámbito de las Administraciones públicas, sometidas al principio de legalidad y de jerarquía, por lo que, al estar vinculadas por las normas presupuestarias y por la oferta pública de empleo, difícilmente pueden negociar en un convenio colectivo las medidas previstas en el apartado a) de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra Parte -sigue razonando nuestra referida Sentencia de 14-X-2009 -, no basta ara cumplir estos objetivos la previsión de que se procederá a la cobertura de la vacante producida por el cese del trabajador jubilado, pues con ello no se mejora, ni se aumenta el empleo, sino que simplemente se sustituyen unos trabajadores por otros, posiblemente con una reducción del coste final para el empleador.- Por ello, ha de concluirse que la cláusula convencional examinada no cumple los requisitos previstos para el establecimiento de la jubilación forzosa en la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, ya que se limita a realizar una referencia genérica a los objetivos genéricos de estabilidad y mejora del empleo público que establezca la oferta de empleo público. De la consideración general del convenio tampoco se deduce el establecimiento en la negociación colectiva de las acciones en materia de empleo que exige la disposición adicional citada, siendo por lo demás obvio que la convocatoria en concurso de la plaza no puede ser una medida de esta clase.

CUARTO.- Siguiendo la doctrina expuesta, se llega a la conclusión en el sentido de que procede la estimación del presente recurso, así como

la decisión del debate suscitado en suplicación, haciéndolo conforme a la ortodoxia doctrinal (art. 226.2 LPL), lo que comporta el deber de estimar asimismo el recurso de esta última clase para revocar la decisión de instancia y, en consecuencia, estimar la demanda. Sin costas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Carlos José contra la Sentencia dictada el día 9 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Recurso de suplicación 857/09, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 24 de septiembre de 2008 pronunció el Juzgado de lo Social número 27 de Madrid en el Proceso 578/08, que se siguió sobre despido, a instancia del mencionado recurrente contra el MINISTERIO DE DEFENSA. Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, y resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar asimismo el recurso de esta última clase.

En su virtud, revocamos la Sentencia del Juzgado y estimamos la demanda para declarar la improcedencia del despido comunicado al actor con efectos del día 26 de marzo de 2008, condenando a la parte demandada a optar entre readmitir a aquél en su mismo puesto de trabajo y condiciones, o resolver el contrato mediante una indemnización en cuantía de 45 días de salarios por cada año de servicio (prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y hasta un máximo de 42 mensualidades) y, en cualquier caso, a abonarle los salarios devengados - a razón de 2.412'46 euros al mes desde la indicada fecha del despido hasta la de la notificación de la presente Sentencia, a menos que con anterioridad hubiere encontrado el demandante otro empleo y el empresario probase el importe de los salarios percibidos por el trabajador. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2842

Madrid, 9 de junio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

RESEÑA

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

TS CIVIL

2010/19170

TS Sala 1ª, Sentencia 18 marzo 2010.
Ponente: D. Román García Varela

Improcedencia del desahucio al no existir transformación de la vivienda en local de negocio

El TS declara no haber lugar al rec. de casación con motivo de la demanda de desahucio, confirmando la sentencia impugnada que apreció que la parte actora no había aportado ninguna prueba concluyente de que la transformación en vivienda del local comercial arrendado se hubiera efectivamente producido por su inquilino, negando igualmente que concurriera la segunda causa de resolución alegada, al apreciar que no se ha constituido ningún subarriendo, cesión o traspaso del local que faculte a dicha parte a exigir la resolución contractual por no haber prestado su consentimiento al mismo. Señala que sólo se ha tolerado un uso del local por las asociaciones deportivas que en nada altera el control que del mismo tiene el arrendatario y que no ha supuesto modificación alguna en la relación arrendaticia ni introducción en la misma de terceros, por lo que no concurre el interés casacional invocado.

2009/239963

TS Sala 1ª, Sentencia 21 octubre 2009.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Legitimación pasiva de administrador único societario

El TS declara no haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia impugnada que reconoció la legitimación pasiva del administrador demandado, dado que las acciones litigiosas a que se refiere la demanda fueron adquiridas por éste para las sociedades de las que era administrador único, con dinero del que la mitad pertenecía al demandante. Condena a dicho demandado y a las sociedades codemandadas a hacer entrega al demandante de la mitad del valor dinerario de dichas acciones, que

se determinará prorrateando el precio de la totalidad de las acciones que figura en la escritura pública de compraventa.

TS PENAL

2010/3904

TS Sala 2ª, Sentencia 25 enero 2010.
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Delito de falsedad en documento público: comisión culposa

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por delito de falsedad en documento público. Indica la Sala que el auto objeto del enjuiciamiento ha generado una relación jurídica, la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, con independencia de que el documento no llegara a ser firmado por todos los integrantes de la sala de justicia, al ser costumbre en el órgano jurisdiccional que se notificara con la firma de dos integrantes. Esa "costumbre" es irregular y no se ajusta a las exigencias legales sobre la conformación de las resoluciones judiciales, pero en el caso concreto lo que resulta del documento son unos hechos falsos, esto es, la resolución emitida no se ajusta a la realidad.

2009/315057

TS Sala 2ª, Sentencia 23 diciembre 2009.
Ponente: D. Joaquín Delgado García

No existió delito de estafa pero sí de apropiación indebida cualificada por su cuantía

Se estima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de estafa y apropiación indebida. El TS dicta segunda sentencia por la que establece la condena del acusado por un delito de apropiación indebida, ya que el no conocer el destino concreto dado a las cantidades distraídas no es obstáculo para la existencia de tal infracción penal; basta para su comisión haber desviado de su destino -el negocio para el que se realizó la aportación de cuentas

en participación- las cantidades entregadas en tal concepto.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/251552

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 14 octubre 2009.
Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí

Protección del medio ambiente mediante ordenanza

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró la nulidad de diversos preceptos de la ordenanza reguladora de la aplicación de estiércol, purines y fangos de depuradora, aprobada por el ayuntamiento recurrido. La Sala establece que las corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente.

TS SOCIAL

2010/21813

TS Sala 4ª, Sentencia 4 febrero 2010.
Ponente: D. Joaquín Samper Juan

Denegación a minero de ayuda para la prejubilación

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.

TDC TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

2009/251328

Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución 12 noviembre 2009. Ponente: D. Julio Costas Comesaña

Acuerdo entre aseguradoras para fijar precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación prohibido por la LDC

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declara, respecto de ASEFA, S.A. Compañía Española de Seguros y Reaseguros, Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y Reaseguros, MAPFRE Empresas Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., MAPFRE RE Compañía de Reaseguros, SCOR Global P&C Ibérica Sucursal, Suiza de Reaseguros Ibérica Agencia de Reaseguros, S.A., Swiss Reinsurance Company y Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft, Sucursal en España y Portugal, que en el presente expediente ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el art. 81,1 letra a) del Tratado CE y por el art. 1,1 letra a) Ley 16/1989, LDC. El Consejo considera que existe evidencia suficiente de que la finalidad de la concertación era "incrementar sustancialmente las tarifas y endurecer los criterios de suscripción", adoptando una "serie de medidas mínimas que de acuerdo con nuestros criterios de suscripción eran imprescindibles para mantener los criterios que antes de la publicación de la LOE habían hecho del ramo un modelo a seguir", lo que se hizo en 2002, que "fue el año del necesario golpe de timón de algunas reaseguradoras y de las principales aseguradoras al observar una sustancial baja de las primas de riesgo, tanto por las menores tasas aplicadas como por las sumas aseguradas que situaban el ratio euros/m2 en valores muy por debajo de los mínimos conocidos en el mercado de la construcción". Emite voto particular discrepante el Señor Consejero D. Fernando Torremocha y García-Sáenz.