

10

DOSSIER DE

Jurisprudencia

Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS

Emilio Cortés Bechiarelli
(Director)



Adela Serra Rodríguez
Ana Gutiérrez Castañeda
Juan Alemany Garcías
Mario Barros García
Gabriel Navarro Azpíroz



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizabal



tirant
lo blanch



DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 10
Sentencias de especial relevancia TC y TS

ADELA SERRA RODRÍGUEZ
ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA
JUAN ALEMANY GARCÍAS
MARIO BARROS GARCÍA
GABRIEL NAVARRO AZPIROZ



Cátedra de Derechos Humanos

Manuel de Lardizabal



tirant lo blanch

Valencia, 2016

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Índice

Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Civil.....	4
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal.....	30
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ...	100
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social.....	121
Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional	142

CIVIL

ADELA SERRA RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho civil acreditada a Catedrática
Universidad de Valencia*

Cabecera: Responsabilidad civil extracontractual. Reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados por el amianto a trabajadores de las entidades demandadas. Delimitación del orden jurisdiccional competente. Responsabilidad civil extracontractual reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados por el amianto. Responsabilidad extracontractual culpa extracontractual varios demandantes determinación de cuantía. Responsabilidad y empresarios y «accidentes laborales»

Jurisdicción: Civil

Ponente: José Antonio Seijas Quintana

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 03/12/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 639/2015

Número Recurso: 558/2014

Supuesto de hecho: El Tribunal Supremo confirma las indemnizaciones a las esposas de tres trabajadores de Uralita afectadas por el amianto. Las mujeres sufrieron daños como consecuencia de la manipulación de la ropa de trabajo de sus maridos

RESUMEN:

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha confirmado las indemnizaciones a las esposas de tres trabajadores de las fábricas de Uralita de Getafe y Valdemoro (una de ellas ya fallecida) por los daños derivados del amianto como consecuencia de su exposición al manipular la ropa de trabajo de sus maridos.

En la sentencia se establece la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas de los trabajadores y los sucesores de los trabajadores, ya que ello corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional social. Pero sí resuelve en favor de las esposas perjudicadas por el amianto al lavar la ropa de sus maridos, ya que ellas estaban al margen de relación laboral alguna.

En este aspecto, se destaca que la responsabilidad que se imputa no se hace descansar únicamente en el riesgo creado por la utilización de un producto como el amianto, sino que se asienta en la omisión de la diligencia

extrema que cabía exigir a las empresas en atención a un riesgo previsible frente a terceros ajenos a la relación laboral pero que manipulaban la ropa de los trabajadores, una vez que a partir de los años cuarenta se fue teniendo un mayor conocimiento del riesgo que en general suponía la exposición al polvo de amianto, incluso para terceros ajenos a la relación laboral que la empresa sabía que podían entrar en contacto con este material, por ocuparse del lavado en su casa de la ropa de trabajo y no en la propia empresa.

La Sala Primera del Tribunal Supremo —STS nº 639/2015, de 3 de diciembre, ponente el magistrado José Antonio Seijas Quintana—, en relación a la demanda interpuesta un grupo numeroso de perjudicados frente a las mercantiles «Uralita, SA» y «Uralita Sistemas de Tuberías, SA», en ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños ocasionados a trabajadores y a familiares de estos producidos por el amianto, material empleado por las empresas demandadas ha estimado en parte el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por las entidades demandadas y ha declarado la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de esta demanda formulada por trabajadores y sucesores de los trabajadores ya fallecidos, al entender que su conocimiento corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional social. Únicamente estima competente a la jurisdicción civil para conocer de las reclamaciones que formularon tres perjudicadas, ya que en estos casos sufrieron los daños derivados del amianto como consecuencia de su exposición al manipular la ropa de trabajo de sus maridos, trabajadores de las fábricas de uralita de Getafe y Valdemoro y, en consecuencia, estas perjudicadas se sitúan al margen de relación laboral alguna.

Para adoptar esta decisión, la Sala ha aplicado su doctrina ya fijada y asentada desde la STS de 15 de enero de 2008 al declarar que «las reclamaciones de responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo, de cuyo contenido forman parte las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores, deben ser competencia de la jurisdicción social». En este sentido, se precisa que si bien la demanda de los perjudicados se presentó antes dictarse la sentencia aludida, la parte demandada había denunciado la falta de jurisdicción civil desde la contestación a la demanda y en los trámites procedimentales posteriores, por lo que cuando se dictaron tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial ya se conocía este criterio jurisprudencial y debió ser aplicarlo. También se precisa para declinar el conocimiento de la jurisdicción civil que, pese a invocarse en la demanda como fundamento jurídico la existencia de una responsabilidad civil extra-

contractual, ésta tiene su origen en la normativa existente sobre prevención de riesgos laborales y en el incumplimiento de los deberes de seguridad e higiene impuestos por tal normativa.

Por lo que se refiere a la reclamación formulada por las tres perjudicadas en la que se mantiene el conocimiento de la jurisdicción civil, mujeres de trabajadores que reclaman fuera del ámbito de la relación laboral de sus maridos por su exposición al lavar la ropa de éstos, la sentencia confirma la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid y aprecia la existencia de responsabilidad en las empresas demandadas. En este aspecto se destaca que la responsabilidad que se imputa no se hace descansar únicamente en el riesgo creado por la utilización de un producto como el amianto, sino que se asienta en la omisión de la diligencia extrema que cabía exigirles en atención a un riesgo previsible frente a terceros ajenos a la relación laboral pero que manipulaban la ropa de los trabajadores, una vez que a partir de los años cuarenta se fue teniendo un mayor conocimiento del riesgo que en general suponía la exposición al polvo de amianto, incluso para terceros ajenos a la relación laboral que la empresa sabía que podían entrar en contacto con este material, por ocuparse del lavado en su casa de la ropa de trabajo y no en la propia empresa.

COMENTARIO:

1. El objeto del proceso: la relación fáctica, la pretensión indemnizatoria y su fundamentación jurídica

Los actores —cincuenta afectados por la exposición al amianto— interpusieron demanda frente a Uralita S.A. y uno de ellos frente a Uralita Sistemas de Tuberías S.A., ejercitando acción de responsabilidad civil extracontractual ex arts. 1902 y 1903 CC, derivada de los daños ocasionados por la manipulación y exposición al amianto o asbestos, material empleado por las entidades mercantiles demandadas. Cada uno de los perjudicados solicitaba una indemnización en la que cuantificaba el daño sufrido, consistente en diversas enfermedades pulmonares crónicas e incurables en muchos de los casos. La mayoría de los actores eran trabajadores de las fábricas de las demandadas; otros, herederos de los trabajadores que habían fallecido como consecuencia de la enfermedad profesional, mientras que otras tres demandantes eran esposas de los trabajadores de las demandadas que se habían visto afectadas por la enfermedad al manipular la ropa expuesta al amianto de sus esposos.

Los actores fundamentan su pretensión resarcitoria en la infracción del deber general de no causar daño a otros, por la omisión de las cautelas que eran exigibles a las empresas en la utilización del amianto para los productos que comercializaban, desvinculándola del incumplimiento de contrato laboral. Entienden que hay una relación de causalidad entre la actividad del agente y el daño causado. Esta responsabilidad, según la demanda, se enmarcaría en la tendencia jurisprudencial hacia la objetivación de la responsabilidad en el ejercicio de actividades empresariales peligrosas, con inversión de la carga de la prueba, incumbiendo a los demandados la prueba de que obraron con la diligencia exigible, y la diligencia exigible no equivale a la simple observancia de las prescripciones impuestas por los reglamentos pues las mismas se revelan como insuficientes, si no obstante su cumplimiento, el daño se produce. Junto a ello, se defiende la compatibilidad entre las indemnizaciones por accidentes de trabajo percibidas por el trabajador con cargo a la Seguridad Social y las que pueden dimanar de actos derivados de los arts. 1902 y 1903 CC.

Las demandadas plantearon declinatoria de jurisdicción, al entender que la jurisdicción competente era la laboral y no la civil, que fue desestimada, confirmando su competencia el Juzgado de Primera Instancia; excepción que volvieron a reproducir en apelación, con cita de la STS (Pleno) de 15 de enero de 2008, pero que también la Audiencia rechazó.

2. Las resoluciones de instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Madrid dictó Sentencia, con fecha de 14 de octubre de 2009, estimando parcialmente la demanda, y condenando a las demandadas al pago de distintas cantidades a los demandantes, en algunos casos por importe algo inferior a lo pretendido.

Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha de 21 de octubre de 2013, estimándolo parcialmente, modificando de nuevo las cuantías indemnizatorias y desestimando la demanda de los sucesores de un trabajador fallecido, al estimar prescrita la acción de responsabilidad civil.

3. Los recursos ante el Tribunal Supremo

Contra la referida sentencia las demandadas interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal, con base en el art. 469.1º LEC, esto es, por infracción por la sentencia de instancia de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva.

Además, interpusieron recurso de casación con base en los siguientes motivos: Primero.- Infracción de normas jurídicas aplicables al caso; en concreto, el art. 1902 CC, que requiere la existencia de culpa o negligencia. Segundo.- Fundado en el art. 477.1 LEC, infracción de normas jurídicas aplicables al caso; en concreto, del art. 1902 CC, al aplicar la «doctrina del riesgo», sin haber tenido en cuenta su origen, su fundamento, sus requisitos y sus límites. Entre ellos, la finalidad de tutela de terceros ajenos a la actividad de que se trate y el límite de los llamados riesgos del desarrollo, en función del estado de los conocimientos médicos, científicos y técnicos en el momento histórico que se enjuicia. Tercero.- Fundado en el art. 477.1 LEC, se denuncia la infracción por la sentencia de normas jurídicas aplicables para resolver el objeto del proceso; en concreto, del art. 1902 CC en relación con el art. 127.2 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 30 de junio, vigente en aquel momento), por no haber tenido en cuenta al fijar las indemnizaciones las cantidades ya percibidas por los interesados a cargo de la Seguridad Social.

Tres de los demandantes, herederos de un trabajador fallecido, cuya demanda había sido desestimada en apelación, por considerar prescrita la acción de responsabilidad, interpusieron recurso de casación con base en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, al interpretar los arts. 1968.2 y 1969 CC, determina que el *dies a quo* en los supuestos de daños físicos o lesiones no comienza a contar hasta que se conozcan de modo definitivo los efectos de los mismos, lo que, a su juicio, se produce cuando el fallecimiento del perjudicado, pues sólo entonces se puede evaluar el alcance efectivo del daño y el importe indemnizatorio.

4. La decisión del Tribunal Supremo y su fundamentación jurídica

La STS de 3 de diciembre de 2015 desestimó el recurso de casación de los sucesores y estimó en parte el recurso extraordinario de infracción procesal de las sociedades demandadas.

A continuación, analizaremos las cuestiones más relevantes que trata la Sentencia del Tribunal Supremo.

4.1. La cuantía en caso de acumulación de acciones con misma causa de pedir

En primer lugar, el Tribunal Supremo se ocupa de la oposición al recurso de casación que había planteado la parte actora, al considerar que la cuan-

tía del procedimiento no permitía este recurso, dado que, conforme al art. 252.1º LEC, en caso de acumulación de varias acciones, la cuantía vendrá determinada por la acción de mayor valor, que era la de uno de los trabajadores y que no superaba los 241.000 euros (cfr. art. 477.2.1º LEC).

El Tribunal Supremo, haciéndose eco de la doctrina asentadas en varias Sentencias [Sentencia del Pleno de 9 de diciembre de 2010 (*Tol 2021482*), que reiteran las Sentencias de 17 de junio de 2011 (*Tol 2161152*), 6 de junio de 2012 (*Tol 2559074*), 18 de junio de 2013 (*Tol 3793166*) y 10 de julio de 2014 (*Tol 4478976*)], desestima la oposición al recurso, ya que «cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumulados en aquellos casos en los que exista identidad de título o de causa de pedir», entendiendo que existe ésta cuando sean los mismos hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas.

4.2. Responsabilidad civil derivada de enfermedad profesional o accidente de trabajo y jurisdicción competente

En segundo lugar, el Tribunal Supremo se enfrenta a lo que constituye la disputa jurídica central de esta resolución, esto es, al recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del ordinal 1º del art. 469.1 LEC, al denunciar los recurrentes infracción de la sentencia de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva. Para éstos, la jurisdicción civil no era la competente para conocer de la demanda, porque cuando se imputa a una empresa responsabilidad como consecuencia de una enfermedad profesional, estamos ante daños producidos con ocasión del contrato de trabajo y en el seno de la relación laboral, por lo que su conocimiento está encomendado a la jurisdicción social, tanto por el art. 9.5 LOPJ, como por el art. 2 a) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL) —actualmente derogado por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de Jurisdicción Social, cuyo art. 2 a) claramente atribuye a la jurisdicción del orden social las cuestiones litigiosas que susciten entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, «por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales»—.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso, haciendo una serie de precisiones que constituye la doctrina jurídica fundamental en este tema.

A juicio del Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de diciembre de 2015, la cuestión sobre cuál es la jurisdicción competente —la civil o la social— para conocer de las reclamaciones de responsabilidad civil derivada de una enfermedad profesional o accidente de trabajo ha de resolverse siguiendo la doctrina de la relevante STS (Pleno) de 15 de enero de 2008 (*ToI 1292785*), que zanjó la cuestión decantándose por la jurisdicción social como la competente, siguiendo el criterio de la Sala Especial de Conflictos de Competencia [ATS 10 de junio de 1996, 21 de diciembre de 2000, 23 de octubre de 2001] y en contra de la tesis tradicionalmente mantenida por la Sala Primera del TS [entre otras, SSTS 15 de julio de 2002 (*ToI 202955*), 18 de noviembre de 2005 (*ToI 759110*), 3 de abril de 2006 (*ToI 883056*), 4 de octubre de 2006 (*ToI 1014555*)]. Según la STS (Pleno) de 15 de enero de 2008 «para deslindar la competencia es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta totalmente ajena al contrato de trabajo. (...) Para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar, por tanto, si existe la infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que requiere que el empresario actúe como tal». Por tanto, sigue razonando el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, será competente la jurisdicción social «siempre que el daño dimane de normas reguladoras de la relación laboral, incluyendo las que desarrollan los deberes del empresario, entre los que se encuentra el de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene (arts. 5 d) y 19 ET y 14 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, siendo únicamente competente la jurisdicción civil cuando conste que el daño se funda en la infracción de normas distintas a aquellas que regulan el contenido de la relación laboral».

Es cierto que la doctrina fijada por la STS de 15 de enero de 2008 fue matizada en sentencias posteriores, como la de 11 de septiembre de 2009 (*ToI 1627875*), en la que se apoyó la Sentencia de instancia —la SAP (Secc. 11ª) Madrid de 21 de octubre de 2013— para rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción, opuesta por las demandadas, y confirmar la competencia del orden jurisdiccional civil. Sin embargo, para el Tribunal Supremo los presupuestos que permiten matizar la competencia de la jurisdicción social y la asunción excepcional de la civil no concurren en el supuesto enjuiciado, como también fue confirmado por la STS de 27 de febrero de 2012 (*ToI 2468066*). En efecto, la matización (más bien, excepción) a la tesis de que la jurisdicción competente, para conocer la responsabilidad civil por daños derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional es la social, realizada por la STS de 11 de septiembre de 2009 se hace respecto de un proceso iniciado antes de la Sentencia de 15 de enero de 2008,

que supuso, como hemos visto, un trascendente cambio jurisprudencial. No obstante, este argumento no resulta decisivo en el caso que nos ocupa, ya que aquí también la demanda había sido planteada antes de tal Sentencia. Además, en dicho supuesto —en el de la STS 11 septiembre 2009— no había sido alegada en ninguna instancia la incompetencia de la jurisdicción civil, a diferencia de lo sucedido en el caso resuelto por la Sentencia ahora comentada, que tanto en primera instancia, como en el recurso de apelación había sido planteada (declinatoria por incompetencia) por las demandadas.

En suma, según entiende el TS en la Sentencia de 3 de diciembre de 2015, siguiendo la de 15 de enero de 2008, el incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y de los deberes de seguridad e higiene en el trabajo por el empresario es incumplimiento del contrato de trabajo y, aunque la demanda se fundamente en los arts. 1902 y 1903 CC, es competente la jurisdicción social «para conocer de la demanda de responsabilidad por daños causados con ocasión del contrato de trabajo o la relación laboral». Se supera ya definitivamente con esta Sentencia la tesis, anterior a la STS (Pleno) de 15 de enero de 2008, que hacía depender la jurisdicción competente de las normas en que se fundamentara la responsabilidad civil del empresario, de modo que si se planteaba con base en el art. 1902 CC, en lugar de hacerlo con base en la normativa laboral de seguridad y salud laboral, la acción debía ser considerada civil, extracontractual, desvinculada del contrato de trabajo y de las normas laborales.

Como ha sido destacado por la doctrina, tanto en la STS 15 enero 2008 como en la de 3 de diciembre de 2015 se parte de que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, consecuencia del incumplimiento de deberes de protección, impuestos legalmente al empresario, no quedan ya «fuera de órbita de lo pactado» —lo que permitía entender, a numerosas Sentencias de la Sala 1ª del TS, que se trataba de responsabilidad extracontractual—, sino que suponen una infracción del contrato de trabajo, ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1258 CC el contrato no obliga a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los usos y la ley (y, entre ellas, las normas de seguridad e higiene en el trabajo). En consecuencia, la responsabilidad derivada de tales daños será civil, y contractual, pero su conocimiento corresponde al orden jurisdicción social, según prevé el art. 9.5 LOPJ y ha sido confirmado por la posterior Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, en su art. 2 b). Solamente cuando el daño sufrido por el trabajador no sea consecuencia del incumplimiento de deberes de protección impuestos al empresario la competencia corresponderá a la jurisdicción civil.

Ahora bien, como ya hiciera la STS de 15 de enero de 2008, la STS de 3 de diciembre de 2015 reconoce que esta doctrina debe ser exceptuada en determinados supuestos. Así, como sucedió en la STS de 15 de enero de 2008, cuando se demande conjuntamente a las empresas contratistas y subcontratistas (empresarios) y a otras personas que no tienen relación laboral con la víctima, en cuyo caso en virtud de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil establecida en el art. 9.2 LOPJ, debe declararse la competencia de dicha jurisdicción para conocer la acción de responsabilidad, y al no poder dividirse la continencia de la causa, esta *vis atractiva* «afectará también a aquellas demandadas...que ostentaban una relación laboral con el trabajador fallecido». En cambio, seguiría siendo competente la jurisdicción social si el trabajador ejercitara acción directa contra la aseguradora [cfr. art. 2 b) in fine Ley 36/2011, de Jurisdicción Social].

Esta solución, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, es extraña a otros conflictos de competencia que se han suscitado en nuestro país, como cuando se demandaba conjuntamente a la Administración Pública, sujeta a un régimen especial de responsabilidad (arts. 139 y sigs. Ley 30/1992), y a los funcionarios que habían causado el daño, antes de la reforma del art. 9.4 LOPJ por la LO 19/2003. El legislador fue consciente de que la dualidad jurisdiccional ocasionaba distorsiones en el sistema y se decantó por atribuir la competencia a los tribunales del orden contencioso-administrativo, lo que no prejuzga que la responsabilidad «patrimonial» de la Administración sea civil.

El otro supuesto que impide el conocimiento del asunto por el orden jurisdiccional social concurre cuando, como sucede en los hechos que dieron lugar a la STS de 3 de diciembre de 2015, la demanda se formula no sólo por los trabajadores, sino también por familiares de los trabajadores (amas de casa) que contrajeron la enfermedad como consecuencia de manipular la ropa de trabajo de sus esposos y, por tanto, sin ninguna relación laboral susceptible de derivar el asunto a la jurisdicción social. Esta reclamación sí que debe ser enjuiciada por la jurisdicción civil, al no afectarle la doctrina de la STS de 15 de enero de 2008, según el Alto Tribunal. No se rompe la continencia de la causa, porque se tratan de acciones distintas, ya que en el caso de las esposas de los trabajadores el daño resulta de la culpa o negligencia de un tercero con el que no mantienen ninguna relación, esto es, el daño no se imputa a un incumplimiento laboral, sino a la responsabilidad del art. 1902 CC. Las pretensiones ejercitadas en el proceso por los trabajadores y por las esposas de tres de ellos eran distintas, correspondiendo su conocimiento a diferentes jurisdicciones y, por tanto, no deberían haberse acumulado aten-

diendo al art. 73 LEC (que exige que el juez ante el que se acumulan las acciones sea competente por razón de la materia para conocer de todas ellas).

He aquí donde reside la novedosa doctrina asentada por el Tribunal Supremo, que obligará al juez que conozca de una demanda de responsabilidad derivada de enfermedad profesional o accidente de trabajo, cuando examine su competencia, a atender a la condición de quienes ejercitan la acción de responsabilidad civil (si trabajadores o terceros ajenos a la relación laboral), sujetos a un distinto régimen legal de responsabilidad.

Distinta es la posición de los familiares de trabajadores fallecidos que también aparecen como demandantes en el pleito que dio origen a la sentencia que comentamos. A ellos la legitimación les viene determinada «por la relación de contrato de trabajo como sucesores de los antiguos trabajadores de Uralita y trae causa directa del accidente del trabajo y de la relación laboral que mantenían los afectados con la empresa». El TS considera que la pretensión entablada por éstos deberá ser conocida, al igual que la de los trabajadores, por el orden jurisdiccional social, lo que ha venido confirmado por la ley 36/2011, de 10 de octubre, de Jurisdicción Social (art. 2 b).

4.3. La responsabilidad civil extracontractual fundamentada en la omisión de la diligencia exigible. La inaplicación de la doctrina del riesgo a la actividad empresarial

En tercer lugar, una vez descartada que la jurisdicción civil sea competente para conocer de las reclamaciones de los trabajadores y familiares sucesores de los trabajadores fallecidos, estimando parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal, el Tribunal Supremo entra a conocer del recurso de casación, pero sólo respecto de las tres esposas de los trabajadores que, como perjudicadas, sufrieron la enfermedad como consecuencia de la manipulación de ropa de sus esposos, trabajadores de las mercantiles demandadas.

El recurso de casación, fundamentado en la incorrecta aplicación de la doctrina del riesgo, es desestimado por el Tribunal Supremo al entender que la responsabilidad de las demandadas no se hace descansar únicamente en el riesgo creado por la utilización de un producto como el amianto, «sino que, con absoluto respecto al reproche culpabilístico, se asienta en la omisión de la diligencia extrema que cabía exigirles en atención a un riesgo previsible». En suma, según se desprende, no considera aplicable el TS la doctrina del riesgo, que sólo sería aplicable en los supuestos previstos por la ley, sino que sustenta la responsabilidad de las demandadas en la falta

de diligencia exigible, cuando a partir de los años cuarenta ya van teniendo conocimiento del riesgo general que suponía la exposición al polvo de amianto, incluso para terceros ajenos a la relación laboral.

Entre la argumentación del TS para desestimar los recursos de casación respecto de los trabajadores, aparece una controvertida afirmación, si bien en *obiter dicta*, al descartar la aplicación de la doctrina del riesgo (que implica la objetivación de la responsabilidad civil) a aquellos supuestos en que los perjudicados sean «los propios sujetos de la actividad económica o industrial, como son los trabajadores, que en ella obtienen también su utilidad o beneficio» (F. J. Cuarto, 2). Según el TS la «doctrina del riesgo no es aplicable a las actividades laborales con carácter general, sin sólo a las que realmente comportan una creación de riesgos de evidente magnitud, lo que no es el caso puesto que su aplicación se hace a favor o en protección de terceros ajenos a la actividad empresarial», lo que no sucede en el supuesto examinado, ya que los trabajadores no son terceros extraños a la actividad empresarial. Aun compartiendo la afirmación de que esta doctrina sólo es aplicable a actividades especialmente peligrosas, que generen un riesgo especial por encima de los estándares medios —entre las que, a mi juicio, habría que incluir aquellas que implican manipulación de asbesto o amianto, ya que desde el año 1947 la asbestosis estaba catalogada como enfermedad profesional—, considero que olvida el TS que el fundamento de aquélla reside en que aquél que crea un riesgo para obtener beneficios debe indemnizar los daños causados («ubi emolumentum, ibi onus»; «cuius commoda, eius incommoda»), y en el caso de los trabajadores, aun beneficiándose de dicha actividad peligrosa (indudablemente, obtienen una contraprestación económica por su trabajo), no son ellos los creadores del riesgo, ni están en situación de asegurarlo, ni a ellos incumbe la adopción de deberes legales de prevención, sino que es la empresa la que asume, de modo organizado y estable, la iniciativa económica de una actividad potencialmente peligrosa, la que puede calcular bien sus costos y la que está en condiciones de contratar seguros. Por ello, la empresa debe asumir los riesgos típicos de la actividad empresarial, entendiendo por tales aquellos que la actividad lleva conocidamente consigo y no otros que pueden resultar imprevisibles, aun cuando la normativa no prohibiera el uso del amianto hasta el año 2002. Ahora bien, esta última puntualización —responsabilidad por riesgos típicos, conocidos y no imprevisibles— enlaza con una cuestión que aparece planteada entre los motivos del recurso de casación de las demandadas, cual es, la del límite de los llamados riesgos del desarrollo, en función de los conocimientos médicos, científicos y técnicos del momento de producción de los daños. Efectivamente, si atendiendo al estado de los

conocimientos científicos o de las técnicas existentes en el momento en que acaecieron los hechos no era posible prever o evitar los daños sufridos por los trabajadores o sus familiares —por la exposición al amianto— no serán indemnizables (cfr. art. 141 Ley 30/1992; actualmente, art. 34.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). No obstante, el TS desestima la aplicación de tal causa exoneradora de responsabilidad, porque la fundamenta en la culpa de las empresas demandadas, «al omitir la diligencia extrema que cabía exigirles en atención aun riesgo previsible», por cuanto ya eran conocedoras del riesgo que suponía la exposición al polvo del amianto.

4.4. La indemnización por responsabilidad civil y las prestaciones a cargo de la Seguridad Social: ¿compatibilidad, deducción o acumulación?

No entra a valorar expresamente el Tribunal Supremo el tercer motivo del recurso de casación alegado por las empresas demandadas, en el que se denunciaba la infracción del art. 1902 CC, en relación con el art. 127.3.I TRLGSS (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2014, de 20 de junio; hoy derogado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, cuyo art. 168.3 reproduce el anterior), por no haber tenido en cuenta, al fijar las indemnizaciones, las cantidades ya percibidas por los interesados a cargo de la Seguridad Social. La razón de esta omisión estriba en considerar la Sala 1ª del TS que sólo es competente para conocer las pretensiones indemnizatorias por los daños causados a las esposas de los trabajadores y no las de éstos, a quienes deriva a la jurisdicción social, que será la que, en su caso, deba resolver dicha cuestión.

No obstante, en cuanto que es un tema controvertido conviene apuntar, aun someramente, cuál ha sido y es la posición de los tribunales.

Durante algún tiempo ha sido frecuente la afirmación de la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de la total compatibilidad entre la indemnización derivada de la responsabilidad civil por accidente de trabajo o enfermedad profesional y las prestaciones a cargo de la Seguridad Social en caso de incapacidad temporal o permanente en sus distintos grados (parcial, total, total cualificada, absoluta o gran invalidez), además del recargo que impone el art. 123 TRLGSS (actual art. 164 LGSS) en caso de lesión por no haber observado medidas de seguridad y salud en el trabajo, provocando, en ocasiones, un enriquecimiento injustificado en el trabajador perjudicado. En esta línea, entre otras, las SSTs de 11 de diciembre de 1997 (*Tol 5114597*), 19 de julio de 2005 (*Tol 674298*), 18 de mayo de 2006 (*Tol*

934849). El cambio de orientación jurisprudencial se produjo con la Sentencia del Pleno (Sala 1ª) de 23 de abril de 2009 (Tol 1509900), en la que ya se dice claramente que «los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de la compensación plena», teniendo en cuenta para la fijación del *quantum* indemnizatorio todas las indemnizaciones obtenidas por el trabajador en las distintas vías jurisdiccionales (en la vía laboral con cargo a la Seguridad Social).

En cambio, la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha defendido la compatibilidad de las prestaciones, pero deduciendo lo percibido como prestaciones de la Seguridad Social de lo que habría de percibir como indemnización por daños por responsabilidad civil, aplicando el principio de la *compensatio lucri cum danno*, hasta el límite de obtener la plena reparación del daño sufrido. Se habla, por tanto, de compatibilidad entre las prestaciones sociales y la indemnización por responsabilidad civil, de complementariedad o de acumulación relativa, pero no de independencia, en tanto que la pretensión indemnizatoria es única (y su fuente es la misma, el daño sufrido), aunque existan dos vías de reclamación complementarias. Así, entre otras, la STS (Sala 4ª) de 10 de diciembre de 1998 (Tol 4371616) y dos Sentencias de 17 de julio de 2007 (Tol 1612565 y 161253).

Coincido con el sector doctrinal que sostiene que lo que hay es una concurrencia de normas (laborales y civiles), que sólo determinará la acumulación de indemnizaciones cuando respondan a conceptos dañosos distintos, persiguiendo la reparación integral del daño sufrido. El perjudicado ejercita la acción indemnizatoria (por el cauce laboral o civil) para obtener una adecuada compensación de daños sufridos, pero no puede aumentar su patrimonio más allá de tales daños.

Referencia bibliográfica

- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- Gómez Ligüerre, Carlos, «Responsabilidad civil y responsabilidad laboral derivadas de la misma contingencia profesional. De nuevo sobre la jurisdicción competente», *Indret* 1/2016.
- Luque Parra, Manuel; Gómez Ligüerre, Carlos; Ruiz García, Juan Antonio, «Accidentes de trabajo y responsabilidad civil», *Indret* 2/2000.
- Luque Parra, Manuel y Ruiz García, Juan Antonio, «Accidentes de trabajo, responsabilidad civil y competencia de jurisdicción. Comentario a la STS, 1ª, 8.10.2001», *Indret* 3/2002.
- Marín Castán, Francisco, «Aspectos civiles (jurisdicción, naturaleza de la responsabilidad, criterios de imputación y sujetos responsables)», AAVV, *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, 53-70.
- Roca Trías, Encarna, «Concurrencia de indemnizaciones en los accidentes de trabajo», AAVV, *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: as-*

pectos penales, civiles y laborales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, 13-49.

Sempere Navarro, Antonio V., «Problemas de jurisdicción: el ámbito de la jurisdicción penal, contencioso-administrativa, civil y social», AAVV, *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, 333-464.

Yzquierdo Tolsada, Mariano, «Responsabilidad civil por accidente de trabajo», AAVV, *Tratado de responsabilidad civil*, L. F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago (coords.), Tomo II, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 1857-1935.

SENTENCIA En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 1229/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de las entidades Uralitas S.A y Uralitas Sistemas de Tuberías S.A, la Procuradora de los Tribunales doña Rocío Martín Echagüe; siendo parte recurrente doña Tarsila Juliana y don Felipe Gustavo y don Gustavo Silvio, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Albadalejo Díaz Alabart.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La procuradora doña Silvia Albadalejo Aiaz-Alabart, en nombre y representación de Don Nazario Olegario, Don Inocencio Alonso, Doña Felisa Marisa; Doña Tarsila Juliana, Don Felipe Gustavo y Don Gustavo Silvio, Don Adrian Feliciano, Don Baltasar Marcial, Don Carlos Belarmino, Don Herminio Valeriano, Don Marcos Eulalio, Don Hilario Herminio, Don Eulalio Aureliano, Don Porfirio Valentin, Don Narciso Melchor, Don Eulogio Heraclio, Don Sergio Celso, Don Ovidio Paulino, Doña Estibaliz Isidora; Doña Teodora Ramona, Doña Florinda Remedios, Doña Inocencia Tomasa, Doña Almudena Teodora, Doña Florinda Tomasa, Doña Camino Violeta y Doña Florencia Camino; Doña Eloisa

Tomasa, Doña Visitacion Zaida, Don Daniel Benjamin, Don Landelino Donato y Don Landelino Gines; Don Manuel Benedicto, Don Leopoldo Humberto, Don Dimas Teofilo y Don Florentino Humberto; Don Leonardo Ismael; Doña Leonor Zulima, Don Jesus Ovidio doña Valentina Violeta y Don Gaspar Luis; Don Miguel Raul, Don Pedro Maximiliano, Don Domingo Jenaro; Doña Isidora Marisol, Don Landelino Edmundo, Doña Carolina Trinidad y Don Edmundo Gonzalo; Don Melchor Leovigildo, y Don Pelayo Teodoro, se formuló demanda de juicio ordinario contra URALITA S.A. y URALITA SISTEMAS DE TUBERÍAS S.A., que correspondió por turno de reparto a este Juzgado, y que basó en los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y terminaba suplicando que se dicte sentencia en la cual se estime la demanda y: A) Se declare la responsabilidad de URALITA S.A. y se la condene al abono de las siguientes indemnizaciones a favor de los demandantes (cuyos conceptos se detallan en los fundamentos de derecho de la demanda):

1. Nazario Olegario: 102.095,28 €.
2. DON Inocencio Alonso: 115.670,87 €.
3. DOÑA Felisa Marisa: 12.218,85 €
4. FAMILIARES DE DON Leovigildo Valentin
 - a) DOÑA Tarsila Juliana (esposa): 81.858,72 €.
 - b) DON Felipe Gustavo (hijo): 8.268,56 €
 - c) Gustavo Silvio (hijo): 8.268,56 €
5. DON Adrian Feliciano: 191.847,14 €
6. DON Baltasar Marcial: 189.567,67 €
7. DON Carlos Belarmino: 109.161,55 €
8. DON Herminio Valeriano: 206.087,32 €

9. DON Marcos Eulalio: 28.755,96 €
 10. DON Hilario Herminio: 130.953,48 €
 11. DON Eulalio Aureliano: 114.843,79 €
 12. DON Porfirio Valentin: 129.843,79 €
 13. Narciso Melchor: 104.177,2 €
 14. Eulogio Heraclio: 28.755,96 €
 15. Sergio Celso 28.755,96 €
 16. DON Ovidio Paulino: 219.625,23 €
 17. DOÑA Estibaliz Isidora: 28.755,96 €
 18. FAMILIARES DE DON Cornelio Ovidio
 a) DOÑA Felisa Marisa (esposa): 81.858,72€
 b) DOÑA Teodora Ramona (hija): 9.094,41 €
 c) DOÑA Florinda Remedios: 9.094,41 €
 d) DOÑA Inocencia Tomasa: 9.094,41 €.
 e) DOÑA Almudena Teodora: 9.094,41 €
 f) DOÑA Florinda Tomasa: 9.094,41 €
 g) DOÑA Camino Violeta: 9.094,41 €
 h) DOÑA Florencia Camino: 9.094,41 €
 19. FAMILIARES DE DON Jon Baldomero
 a) DOÑA Eloisa Tomasa (esposa) 81 858,72 €
 b) DOÑA Visitacion Zaida (hija) 9094,41 €
 e) DON Daniel Benjamin 9094,41 €
 d) DON Landelino Donato 9094,41 €
 e) DON Landelino Gines 9094,41 €
 20 FAMILIARES DE DOÑA Inmaculada Felisa
 a) DON Manuel Benedicto (esposo) 81 858,72 €
 b) DON Leopoldo Humberto (hijo): 9.094,41 €
 e) DON Dimas Teofilo 9094,41 €
 d) DON Florentino Humberto 9094,41 €
 21 DON Leonardo Ismael 226 403,17 €
 22 FAMILIARES DE DON Romualdo Pelayo
 a) DOÑA Leonor Zulima (esposa) 82 602,89€
 b) DON Jesus Ovidio (hijo) 9178,10€
 e) DOÑA Valentina Violeta (hija): 9.178,10€
 d) DON Gaspar Luis (hijo) 9178,10€
 23. DON Miguel Raul 126 362,28 €
 24. DON Pedro Maximiliano: 39.393,12 €.
 25 DON Domingo Jenaro 229 506,37 €
 26 FAMILIARES DE DON Andres Fausto
 a) DOÑA Isidora Marisol (esposa): 9.000€
 b) DON Landelino Edmundo (hijo): 3000 €
 e) DOÑA Carolina Trinidad: 3000 €
 d) DON Edmundo Gonzalo: 3.000 €
 27 DON Melchor Leovigildo: 26.145,4€
 B) Se declare RESPONSABILIDAD DE URALITA SISTEMAS DE TUBERÍAS S.A. por los daños y

perjuicios ocasionados a DON Pelayo Teodoro, condenándola a que abone a éste 240.550,25 €. C) Se condene a URALITA S.A. y a URALITA SISTEMAS DE TUBERÍAS al abono a los demandantes de los intereses por demora correspondientes a las cantidades reclamadas desde la fecha de esta demanda hasta la fecha de Sentencia, y, a partir de la misma, de los correspondientes intereses procesales.

D) Se condene a las demandadas al abono de las costas del presente procedimiento.

2.- La Procuradora Doña Rocío Martínez Echagüe, en nombre y representación de las entidades Uralitas S.A y Uralitas Sistemas de Tuberías S.A, planteó declinatoria por falta de jurisdicción, que tras los trámites legales fue desestimada por auto de 30 de noviembre de 2.007. Conferido traslado a la parte demandada, contestó a la demanda oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y terminó suplicando que se dictase sentencia desestimando la demanda, con imposición de las costas a la parte demandante.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Madrid, dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Se estima parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Silvia Albaladejo Aíaz-Alba, en nombre y representación de Don Nazario Olegario, Don Inocencio Alonso, Doña Felisa Marisa; Doña Tarsila Juliana, Don Felipe Gustavo y Don Gustavo Julio; Don Adrian Feliciano, Don Baltasar Marcial, Don Carlos Belarmino, Don Herminio Valeriano, Don Marcos Eulalio; Doña Estibaliz Isidora, Don Jon Raimundo, Doña Asuncion Nicolasa, Don Hilario Herminio y Doña Paulina Encarnacion, (como herederos de Don Hilario Herminio); Don Eulalio Aureliano, Don Porfirio Valentin, Don Narciso Melchor, Don Eulogio Heraclio, Don Sergio Celso, Don Ovidio Paulino, Doña Estibaliz Isidora; Doña Teodora Ramona, Doña Florinda Remedios, Doña Inocencia Tomasa, Doña Almudena Teodora, Doña Florinda Tomasa, Doña Camino Violeta y Doña

Florencia Camino; Doña Eloisa Tomasa, Doña Visitación Zaida, Don Daniel Benjamin, Don Landelino Donato y Don Landelino Gines; Don Manuel Benedicto, Don Leopoldo Humberto, Don Dimas Teofilo y Don Florentino Humberto; Doña Rebeca Hortensia, Doña Angela Salome, Don Gabriel Narciso y Don Horacio Urbano, (herederos de Don Leonardo Ismael; Doña Leonor Zulima, Don Jesus Ovidio, Doña Valentina Violeta y Don Gaspar Luis; Don Miguel Raul, Don Pedro Maximiliano; Doña Elena Vanesa, Doña Constanza Nieves, Doña Monica Ofelia, Doña Adelina Vanesa, Doña Penelope Valentina, (como herederos de Don Domingo Jenaro); Doña Isidora Marisol, Don Landelino Edmundo, Doña Carolina Trinidad y Don Edmundo Gonzalo; Don Melchor Leovigildo, y Don Pelayo Teodoro, defendidos por el Letrado Sr. Morillo González, contra URALITA S.A. y URALITA SISTEMAS DE TUBERÍAS S.A., representadas por la procuradora Doña Rocío Martín Echagüe y defendidas por el Letrado Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, y:

A) Se declara la responsabilidad de URALITA S.A. se la condena al abono de las siguen indemnización a favor de los siguientes demandantes:

- 1) Don Inocencio Alonso: 106.670,87 €
- 2) Herederos de Don Leovigildo Valentín:
 - a) Dona Tarsila Juliana, 81.858,72 €.
 - b) Don Felipe Gustavo, 9.094,41 €
 - c) Don Gustavo Silvio, 9094,4 1 €.
- 3) Don Marcos Eulalio: 22.755,96 €
- 4) Herederos de Don Hilario Herminio, (Doña Estibaliz Isidora, Don Jon Raimundo, Doña Asuncion Nicolasa, Don Hilario Herminio y Doña Paulina Encarnacion): 107.313,48€
- 5) Don Eulalio Aureliano: 105.843,79 €
- 6) Doña Estibaliz Isidora: 22.755,96 €
- 7) Herederos de Don Cornelio Ovidio:
 - a) Doña Felisa Marisa, 81.858,72 €.
 - b) Doña Teodora Ramona, 9.094,41 €
 - c) Doña Florinda Remedios 9.094,41 €,
 - d) Doña Inocencia Tomasa 9.094,41 €,
 - e) Doña Almudena Teodora 9.094,41 €,
 - f) Doña Florinda Tomasa 9.094,41 €.

Herederos de Don Jon Baldomero:

- a) Doña Eloisa Tomasa 81.858,72 €.
- b) Doña Visitación Zaida, 9.094,41 €,

- c) Don Daniel Benjamin 9.094,41 €
- c) Don Landelino Donato 9.094,41 €
- e) Don Landelino Gines 9.094,41 €
- 9) Herederos de Doña Inmaculada Felisa:
 - a) Don Manuel Benedicto, 81.858,72€.
 - b) Leopoldo Humberto, 9.094,41€
 - c) Don Dimas Teofilo 9.094,41 €
 - d) Don Florentino Humberto 9.094,41 €
- 10) Herederos de Don Leonardo Ismael, (Doña Rebeca Hortensia, Doña Angela Salome, Don Gabriel Narciso, Don Horacio Urbano) 199.506,3 €.
- 11) Herederos de Don Romualdo Pelayo:
 - a) Doña Leonor Zulima, 82.602,89 €.
 - b) Don Jesus Ovidio, 9.178,10 €
 - e) Doña Valentina Violeta 9.178,10 €
 - d) Don Gaspar Luis 9.178,10 €
- 12) Don Miguel Raul: 96.541,59 €
- 13) Herederos de Don Domingo Jenaro, (Doña Elena Vanesa, Doña Constanza Nieves, Doña Monica Ofelia, Doña Adelina Vanesa, Doña Penelope Valentina: 199.506,37 €
- 14) Herederos de Don Andres Fausto:
 - a) Doña Isidora Marisol: 9.000 €
 - b) Don Landelino Edmundo: 3.000 €
 - c) Doña Carolina Trinidad: 3.000 €
 - d) Don Edmundo Gonzalo: 3.000 €

B) Se declara la responsabilidad de URALITA SISTEMAS DE TUBERÍAS S.A. y se la condena al abono a Don Pelayo Teodoro de 213.856,61 €. Todas las cantidades indicadas devengarán los intereses legales desde la interpelación judicial. Se absuelve a las codemandadas del resto de pretensiones contra ellas deducida. Todo ello sin expresa condena en costas debiendo cada parte abonar las suyas las comunes por mitad.

Con fecha 12 de noviembre de 2009, se dicto auto de aclaración cuya parte dispositiva dice: Acuerdo estimar la solicitud de completar la sentencia dictada el 14 de octubre de 2009, formulada por la procuradora doña Silvia Albadalejo Diaz-Alabat en la representación que tiene conferida, añadiendo a la misma:

- 1) En el razonamiento jurídico undécimo, apartado 7) «g) doña Camino Violeta: 9.049,41 €. h) Doña Florencia Camino: 9049,41 €.

2) En el fallo, apartado 7) g) Doña Camino Violeta: 9.049,41 €. h) doña Florencia Camino: 9.049,41 €.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Uralita Sistemas de Tuberías S.A y Uralita S.A. La Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de Octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Uralita S.A. y Uralita Sistemas de Tuberías S.A. frente a la sentencia dictada el 14 de octubre de 2009 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Madrid en los Autos de Juicio Ordinario nº 1229/2007, a que este rollo se contrae, resolución que revocamos también parcialmente para en su lugar dicta la siguiente:

1).- Se desestima la demanda de los herederos de D. Leovigildo Valentin: a) Dña Tarsila Juliana, b) D. Felipe Gustavo y D. Gustavo Silvio. 2).- El abono de las indemnizaciones a favor de los siguientes demandantes serán las que aquí se expresan: a).- D. Inocencio Alonso: 104.490,39.-€; b).- D. Florencio Millan: 22.190,61.-€; c).- D. Hilario Herminio: 106.953,48.-€; d).- D. Eulalio Aureliano: 103.738,50.-€; e).- Dña. Estibalz Isidora: 22.190,61.-€; f).- Herederos de Don Cornelio Ovidio: Doña Felisa Marisa: 74.417,02.-€, Doña Teodora Ramona, 8.268,56.-€, Doña Florinda Remedios 8.268,56.-€, Doña Inocencia Tomasa 8.268,56.-€, Doña Almudena Teodora 8.268,56.-€, Dña Florinda Tomasa 8.268,56.-€; g).- Herederos de D Jon Baldomero: Doña Eloisa Tomasa 74.417,02.-€, Doña Visitacion Zaida, 8.268,56.-€, Don Daniel Benjamin 8.268,56.-€, Don Landelino Donato 8.268,56.-€, Don Landelino Gines 8.268,56.-€ h).- Herederos de Dña. Inmaculada Felisa Don Manuel Benedicto, 74.417,02.-€, Don Leopoldo Humberto, 8.268,56.-€, Don Dimas Teofilo 8.268,56.-€, Don Florentino Humberto 8.268,56.-€; i).- D. Leonardo Ismael: 196.403,17.-€; j).- Herederos de D. Romualdo Pelayo: Doña Leonor Zulima, 74.417,02.-€, Don Jesus Ovidio, 8.268,56.-€, Doña Valentina Vio-

leta 8.268,56.-€, Don Gaspar Luis 8.268,56.-€; k).- D. Miguel Raul: 94.672,49.-€; l).- D. Domingo Jenaro: 196.403,17; ll).- Herederos de D. Andres Fausto: Doña Isidora Marisol: 9.000.-€, Don Landelino Edmundo: 3.000 €, Doña Carolina Trinidad: 3.000 €, Don Edmundo Gonzalo 3 000 -€, m) - D Pelayo Teodoro 211 897,61 -€. En todo lo no expresamente sentado en la presente resolución, la sentencia recurrida permanecerá incólume y en cuanto a las costas de la Instancia se estará a lo dispuesto y con respecto a la de esta alzada cada parte abonará las por ella causadas y las comunes si las hubiera serán por mitad.

Con fecha 17 de diciembre de 2013, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice: «LA SALA ACUERDA: No procede la subsanación del error material de la sentencia dictada el 21 de octubre de 21013 por esta sección en el rollo 242/10 solicitado por la representación de doña Tarsila Juliana, don Felipe Gustavo y don Gustavo Silvio «.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación de Uralita S.A y Uralita Sistemas de Tuberías S.A con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Apartado 1º del artículo 469 de la LEC y denuncia la infracción por la sentencia de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva.

Asimismo se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Infracción de normas jurídicas aplicables para resolver el objeto del proceso. En concreto denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil, cuya aplicación a casos como el que nos ocupa requiere la existencia de culpa o negligencia. **SEGUNDO.-** Fundado en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia infracción de normas jurídicas aplicables para resolver el objeto del proceso. En concreto denuncia la infracción por la sentencia del artículo 1902 del Código civil aplicando la llamada «doctrina del riesgo», sin haber tenido en cuenta su origen, su fundamento, sus requisitos y sus límites. Entre ellos, la finalidad de tutela de terceros ajenos a la actividad de que se trate y el límite de los llama-

dos riesgos del desarrollo, en función del estado de los conocimientos médicos, científicos técnicos del momento histórico que se enjuicia. **TERCERO.-** Fundado en el artículo 4771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción por la sentencia de normas jurídicas aplicables para resolver el objeto del proceso concreto, denuncia la infracción del artículo 1902 del Código civil en relación con el artículo 1273 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, por no haber tenido en cuenta al fijar las indemnizaciones las cantidades ya percibidas por los interesados a cargo de la Seguridad Social.

Por la representación procesal de doña Tarsila Juliana, don Felipe Gustavo y don Gustavo Silvio se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Argumentado en el hecho de que la sentencia objeto del presente recurso, al declarar en su fundamento de derecho undécimo, que en los supuestos en los que fallece el perjudicado, el plazo de prescripción para la reclamación por parte de sus familiares comienza a contar desde el diagnóstico de la enfermedad y no desde dicho fallecimiento, resulta contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, al interpretar lo dispuesto en los artículos 1968.2 y 1969 del CC, determina que el *dies a quo* en los supuestos de daños físicos o lesiones no comienza a contar hasta que se conozcan de modo definitivo los efectos de los mismos, que, en el presente supuesto, es el fallecimiento del perjudicado, pues sólo entonces, y a los fines del art. 1969 del CC, se puede estar en condiciones de ejercitar la acción evaluando el alcance efectivo y total del daño y el importe de la pertinente indemnización.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 15 de julio de 2015 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Silvia Albadalejo Díaz Alabart, en nombre y representación de don Nazario Olegario y otros y la procuradora doña Rocío Martín Echagüe, en nombre y representación de la sociedad Uralita S.A y Uralita Sistemas

de Tuberías S.A, presentaron escritos de impugnación a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de Noviembre de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Los actores —un grupo numeroso de perjudicados— interpusieron demanda frente a las mercantiles Uralita, SA y Uralita Sistemas de Tuberías, SA en ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil derivada de los daños ocasionados a trabajadores y a familiares de estos producidos por el amianto, material empleado por las empresas demandadas. La demanda tiene entrada en el Decanato de los Juzgados de Madrid el día 23 de julio de 2007.

Defiende la compatibilidad entre las indemnizaciones por accidentes de trabajo y las que pueden dimanar de actos derivados de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, con cita de jurisprudencia de esta Sala, y añade, respecto a la responsabilidad extracontractual de la demandada, que no está ligada al incumplimiento del contrato laboral sino al deber general de no causar daño a otros amparado en la omisión de las cautelas que le son exigibles en la utilización del amianto para la fabricación de los productos que comercializa, con relación de causalidad entre la actividad del agente y el daño causado, en el marco de una tendencia jurisprudencial hacia la objetivación de la responsabilidad en el ejercicio empresarial de actividades peligrosas, con inversión de la carga de la prueba de la culpa de manera que corresponde al demandado probar que obró con toda la diligencia que le era exigible; diligencia que no equivale a la simple observancia de las prescripciones impuestas por los reglamentos pues las mismas se revelan como insuficientes, si no obstante su cumplimiento, el daño se produce.

Entiende que Uralita ha actuado de manera negligente, amparada en una legislación excesivamente permisiva, y aunque el daño resultara imprevisible ello no le exoneraría de responsabilidad.

2.- En lo que aquí interesa, una vez que las demandadas se personaron en tiempo y forma, plantearon declinatoria de jurisdicción, que fue desestimada por auto de 30 de noviembre de 2007. Cuestionaban que la jurisdicción competente para conocer de la demanda fuera la jurisdicción civil y no la social, por lo que vuelve a reproducir en apelación la excepción de incompetencia de jurisdicción, basándose en la sentencia de esta Sala —Pleno— de 15 de enero de 2008, que la sentencia de la Audiencia Provincial rechazó, con cita tanto de esta sentencia como de la de 11 de septiembre de 2009. Recogiendo argumentos de esta Sala, dice lo siguiente: «*Aunque esta Sala haya examinado de oficio su competencia en asuntos referidos a los accidentes laborales por los que se reclama* (SSTS de 17 de noviembre y 15 de diciembre de 2008, entre otras), *es preciso tener en cuenta ahora que la doctrina referida la ha matizado recientemente la STS de 11 de septiembre de 2009, RC N° 1997/2002, la cual se pronuncia acerca de la inoportunidad de aplicarla a procesos, como el presente, iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta. Según resulta de esta sentencia, las razones apuntadas hasta entonces por la doctrina que emana de la de 15 de enero de 2008 no constituyen motivo suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto, siendo además la solución de apreciar de oficio la falta de jurisdicción, en casos como el de autos, contraria a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se compadece con esa tutela que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de cinco años desde que se interpuso la demanda,*

se declare inadmisble en la jurisdicción en la que había sido planteada vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a la evitación de dilaciones indebidas». Añadiendo «esta Sala ha señalado que si bien pueden existir acciones diferentes para alcanzar la total compensación del daño ocasionado por un accidente de trabajo, la compatibilidad no queda excluida cuando mediante las prestaciones de la Seguridad Social no se alcanza la completa reparación del daño. La finalidad de la indemnización es la de reparar el daño causado y no la de enriquecer el perjudicado, de modo que para evitar un posible enriquecimiento injusto en la determinación de la indemnización, se debe concretar cuál es el daño producido y el importe por el que se indemniza».

A ello añade lo siguiente: «*aunque la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 señala que para que sea competencia la jurisdicción civil el daño ha de deberse a normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral, declara competente esta jurisdicción al haber sido demandados terceros que no tenían relación laboral con la víctima del accidente. Pues bien, en el caso tratado no todos los demandante son trabajadores de las empresas demandadas sino personas vinculadas a ellos y que reclaman por daño moral o aquellos que demandan por haberse visto perjudicados por la exposición indirecta al polvo de amianto. Procede por todo ello desestimar este motivo del recurso para evitar el peregrinaje de jurisdicción y no vulnerar así la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que provocaría un nuevo retraso».*

3.- En cuanto al fondo del asunto tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia Provincial, estimaron la demanda y condenaron a las demandadas al pago de distintas cantidades a aquellos demandantes cuyas acciones no fueron declaradas prescritas.

4.- Uralita, SA y Uralita Sistemas de Tuberías, SA formulan un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Doña Tarsila Juliana, don Felipe Gustavo y don Gustavo Silvio formulan recurso de casación.

5.- La parte actora se opuso inicialmente al recurso porque la cuantía del procedimiento no permite su admisión, dado que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 252.1 de la LEC, quedó fijada en la acción de mayor valor, que era la de don Pelayo Teodoro, que reclamaba una indemnización de 240.550,35 euros, a la cual no se opuso la demandada.

Se desestima.

La doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia de Pleno de fecha 9 de diciembre de 2010 (RC. 1433/2006), que se reitera en las sentencias de 17 de junio de 2011 (RJ 2011/4639, 28 de mayo (RJ 2012/6545), 6 de junio de 2012 (RJ 2012/6702), 18 de junio 2013 (RJ 2013/4630) y 10 de julio 2014 (RJ 2014/4318), dice lo siguiente:

«...cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas en aquellos casos en los cuales exista identidad de título o de causa de pedir. Esta premisa no sufre alteración alguna en la LEC (según reconoce implícitamente el ATS 2 de junio 2009 (RC núm. 1481/07), pues el artículo 252, 2ª LEC, entre otras reglas, establece que, cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, si las acciones acumuladas provienen del mismo título la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. El concepto de título no debe ser interpretado en sentido estricto, sino que debe entenderse que se incluye también la causa de pedir, pues el artículo 252. 2ª LEC, aplicando criterios sistemáticos, debe ser interpretado en relación con lo dispuesto en el artículo 72 LEC, en el cual se establece que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir.

En suma, para la acumulación de cuantías en el supuesto que estamos considerando es exigible que sea el mismo el negocio jurídico (título) o sean los mismos los hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas (causa de pedir)».

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Se formula un único motivo al amparo del ordinal 1º del artículo 469.1 LEC en el que se denuncia la infracción por la sentencia de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva. La jurisdicción civil, se dice, no es competente para conocer de la demanda porque cuando se imputa a una empresa responsabilidad como consecuencia de una enfermedad profesional, estamos ante daños producidos con ocasión del contrato de trabajo y en el seno de la relación laboral y su conocimiento está encomendado a la jurisdicción social, tanto por el artículo 9,5 LOPJ, como por el artículo 2. a) de la LPL.

En este supuesto los recurrentes plantearon declinatoria por falta de jurisdicción e impugnaron la sentencia de instancia por esta cuestión. El criterio mantenido en el recurso fue definitivamente sentado por la STS de 15 de enero de 2008 al fijar como doctrina que «las reclamaciones de responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo, de cuyo contenido forman parte las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores, deben ser competencia de la jurisdicción social». Se argumenta asimismo que las excepciones a la no aplicación de esta doctrina en procesos iniciados con anterioridad a dicha sentencia, en aras al respeto al derecho a la tutela judicial efectiva y para evitar dilaciones indebidas, se refieren a aquellos procesos en los que en ninguna de las instancias se planteó la declinatoria o se cuestionó la jurisdicción. Por último, en relación a aquellas reclamaciones formuladas por familiares, se razona que no impiden el conocimiento por la jurisdicción social al reclamar en calidad de sucesores de trabajadores fallecidos. Se estima, con las precisiones que más adelante se dirán.

1.- La jurisdicción es improrrogable (artículo 9.6 LOPJ). La jurisdicción es un presupuesto procesal absoluto para el válido desarrollo de la relación jurídica procesal y como tal de obligada observancia por su naturaleza de orden público, por lo que su control en modo alguno puede negarse al Tribunal superior que tiene la competencia para

conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan, cuando consta claramente la falta de la misma.

2.- Esta Sala, a partir de la doctrina sentada por las sentencias de pleno, de 15 de enero de 2008, RC nº 2374/2000, RC n.º 2374/2000, viene considerando, en aplicación del art. 9 LOPJ, que en supuestos de reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, para deslindar la competencia de cada uno de los dos órdenes en conflicto, civil y social, es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo, de manera que, encontrándose en el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal, o colectiva, para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar, por tanto, si existe la infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal. Resultado de todo lo anterior es que será competente la jurisdicción social siempre que el daño dimanara de la vulneración de normas reguladoras de la relación laboral, incluyendo las que desarrollan los deberes del empresario, entre los que se encuentra el de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene (arts. 5 d) y 19 E.T. y 14 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales), siendo únicamente competente la jurisdicción civil cuando conste que el daño se funda en la infracción de normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral.

3.- Es cierto que esta doctrina se ha matizado en sentencias posteriores (SSTS 11 de septiembre 2009; 9 de marzo 2010; 31 de mayo y 20 de octubre 2011). La aceptación de las anteriores conclusiones, se argumenta, «no es suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Lo contrario contradice la misma esen-

cia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmita a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones y, precisamente tras ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del peregrinaje enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos —la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación de dilaciones indebidas»—.

Se trata de la asunción excepcional de la competencia de la jurisdicción civil para conocer de estas reclamaciones en aquellos asuntos anteriores a la fijación del nuevo criterio.

La matización contenida en la sentencia de 11 de septiembre de 2009 se hace sobre la base de los siguientes presupuestos: 1º) proceso iniciado antes de la sentencia de 15 de enero de 2008; b) ausencia de alegación y debate, tanto en primera instancia como en el recurso de apelación de la cuestión de competencia de jurisdicción que obligaría a la apreciación de oficio, y c) concurrencia de circunstancias especiales referidas al tiempo de solución del conflicto.

Ninguno de ellos se da en el supuesto enjuiciado. Cualquier duda interpretativa queda zanjada en la sentencia de 27 de febrero de 2012 (la demanda se presentó en este caso el 13 de julio de 2005), la cual «en recta interpretación» de la doctrina sentada en la Sentencia de 11 de septiembre de 2009, recuerda que esta se refiere a los supuestos en los que en ninguna instancia ha sido alegada la posible incompetencia de la jurisdicción civil, «siendo contrario al que ahora se trata pues, en el presente caso, la falta de competencia fue alegada por la demandada-recurrente, ya desde la contestación a la demanda, y en la Audiencia Previa del juicio ordinario, supuesto distinto al de la citada Sentencia del Pleno y al de la STS 25 de marzo de 2011 (Rec 754/2007), donde en ambos casos no se había hecho alegación alguna de incompetencia en ninguna de las instancias, y que resolvieron manteniendo la competencia de la jurisdicción civil, y

semejante al de la sentencia de 25 de febrero de 2010 (RJ 2010,1480), donde sí se había alegado esa incompetencia, como en el caso presente, y donde se resolvió declarando la falta de competencia de la jurisdicción civil».

Pues bien, cuando se dicta la sentencia del Juzgado ya se conocía el criterio de la Sala, pese a lo cual no se aplicó, como tampoco lo hizo la sentencia de la Audiencia Provincial, propiciando la continuación del asunto hasta casación, pese a ser haber sido cuestionada la jurisdicción desde el inicio del procedimiento.

4.- Se dice en la demanda que esta no se fundamenta en el cumplimiento o incumplimiento por parte de las demandadas de la normativa propia de la relación de trabajo, sino en la existencia de una clara responsabilidad extracontractual, para cuya apreciación resulta indiferente esta circunstancia.

Es cierto que los criterios utilizados hasta la sentencia de Pleno para determinar la competencia de la jurisdicción civil distinguían, en general, según fuera lo pedido en la demanda; de tal forma que, si la demanda se basaba en la infracción exclusiva de normas laborales, se declaraba la competencia de la legislación laboral y la consiguiente incompetencia de la jurisdicción civil (SSTS de 6 marzo, 4 mayo y 28 septiembre 2006), mientras que si se fundaba en la culpa extracontractual o aquiliana de los empresarios demandados, se declaraba la competencia de la jurisdicción civil (SSTS 20 julio y 4 octubre 2006), por exigir hasta la citada sentencia que la demanda se basara inexorablemente en normas meramente civiles, por lo tanto, excluidas las laborales.

Sin embargo, la sentencia de 15 enero 2008 formula la doctrina que se ha expuesto por lo que si bien la demanda se refiere a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, la acción u omisión culpable de las empresas demandadas se sitúa en el incumplimiento por las misma de la normativa existente sobre prevención de riesgos laborales y en el incumplimiento de los deberes de seguridad e higiene impuestos por tal normativa, consecuencia de lo cual fue que durante el desempeño de su actividad laboral los actores inhalaran durante años una sustancia altamente nociva

para el organismo sin los medios de protección exigibles y, en consecuencia, que contrajeran la grave enfermedad que desarrollaron, lo que determina la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones formuladas en la demanda, de acuerdo con lo que establecen los artículos 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, que sientan la competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda de responsabilidad por daños causados con ocasión del contrato de trabajo o de la relación laboral.

En definitiva, resulta irrelevante que la responsabilidad discutida pudiera calificarse de extracontractual, según los criterios de esta Sala 1ª, pues «lo decisivo es que el daño se impute a un incumplimiento laboral y no civil», como ya venía señalando la Sala IV del Tribunal Supremo (SS de 22 de junio de 2005; 13 de octubre 2011).

5.- Ciertamente es que la sentencia de 15 enero 2008 estableció una excepción a la regla de jurisdicción determinada por el hecho de que entre los demandados figuren personas que no tuvieran ninguna relación contractual laboral con la víctima del accidente, estableciendo la siguiente doctrina: «debe descartarse la declaración de exceso de jurisdicción y en virtud de la vis atractiva de la jurisdicción civil establecida en el Art. 9.22 LOPJ, debe declararse la competencia de esta jurisdicción para conocer la acción de responsabilidad interpuesta por la demandante [...]. Al no poder dividirse la causa, esta vis atractiva afectará también a aquellas demandadas, una de las cuales es ahora recurrente, que ostentaban una relación laboral con el trabajador fallecido».

Ocurre en este caso lo siguiente. Por un lado, la demanda se formula no solo por los trabajadores directamente afectados, sino por los familiares de aquellos trabajadores fallecidos por el daño ocasionado, y, por otro, la reclamación trae causa de la enfermedad contraída por tres amas de casa (una de ellas fallecida) como consecuencia de manipular la ropa de trabajo de sus esposos y, por tanto, sin ninguna relación de contrato susceptible de derivar el asunto a la jurisdicción social puesto que carece de competencia para ello.

En el primer caso —familiares de trabajadores fallecidos—, no estamos en el supuesto de la sentencia. La legitimación viene determinada por la relación de contrato de trabajo como sucesores de los antiguos trabajadores de Uralita y trae causa directa del accidente de trabajo y de la relación laboral que mantenían los afectados con la empresa.

Cualquier duda al respecto, ha quedado resuelta en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en cuyo artículo 2 b dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan «en relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente».

Es decir, que incluso en el supuesto contemplado por la sentencia de Pleno de esta Sala, la atribución de competencia al orden civil, por la reclamación a personas ajenas a la relación laboral, quedaría sin efecto, como ya venía sosteniendo la Sala IV del Tribunal Supremo. Esta doctrina jurisprudencial, señala, queda reflejada en la atribución de competencias al orden jurisdiccional social en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L. 36/2011, de 10 de octubre) que afronta la concentración de la materia laboral en el orden social de la jurisdicción, para que sea la jurisdicción social la competente para enjuiciar todas las cuestiones relativas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral, o en conexión directa con el mismo (SS de 14 de octubre de 2011; 30 de octubre 2012).

El criterio de no dividir la continencia de la causa es el que informa este criterio, incluyendo en el mismo procedimiento ante la jurisdicción social

la responsabilidad contra los técnicos intervinientes como garantes de la seguridad porque se trata de la misma causa de pedir y del mismo fundamento de la responsabilidad (infracción de medidas de seguridad) propia del ámbito laboral. En el segundo caso, quienes reclaman por perjuicio propio son unas amas de casa ajenas al contrato de trabajo puesto que el daño no está vinculado a ninguno de los supuestos que determinan la competencia de la jurisdicción social, expresados en el auto de 28 febrero 2007, que resume los criterios utilizados por la Sala de conflictos, de manera reiterada y constante, desde el año 1993: a) en la relación entre empresario y trabajador, la responsabilidad tiene un marcado carácter contractual al derivarse el daño de un contrato de trabajo; b) la obligación de prevención forma parte, normativamente, del contrato; c) la obligación impuesta *ex lege*, debe implicar que «[la] no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, contrato que es el parámetro esencial para determinar y delimitar la competencia[...].», de manera que cuando se demanda una indemnización por el contrato de trabajo «que se ha producido como consecuencia de la infracción de una obligación de seguridad[...].», la competente será la jurisdicción social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ.».

TERCERO.- La consecuencia es doble. De un lado declarar la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de la reclamación formulada en la demanda por los trabajadores de las demandadas y herederos de las personas fallecidas, declinándola en favor de la jurisdicción social y, como consecuencia, no entrar en el análisis y resolución de recurso formulado por doña Tarsila Juliana, don Felipe Gustavo y don Gustavo Silvio, cuya acción se declaró prescrita en la sentencia. De otro mantener la competencia de esta Sala para resolver sobre las reclamaciones formuladas por doña Estibaliz Isidora y los familiares de doña Inmaculada Felisa por el daño sufrido como consecuencia de la manipulación de la ropa de sus esposos, manteniendo el pronunciamiento de la sentencia que declara prescrita la acción por

daño propio de doña Felisa Marisa, que no ha sido recurrida. Únicamente en este concepto.

Y es así porque su reclamación debe ser enjuiciada por la jurisdicción civil puesto que no le afecta la doctrina contenida en la jurisprudencia de ésta Sala (en la sentencia de 15 enero 2008 se analiza el caso desde la perspectiva de los demandados y no de los demandantes). Con ello no se divide la continenencia de la causa que justifique el conocimiento conjunto de las acciones ejercitadas en la jurisdicción civil evitando la existencia de sentencias injustificadamente discordantes. Las acciones no solo son distintas, sino que tampoco existe una conexión entre ellas en su aspecto fáctico y además su enjuiciamiento corresponde a jurisdicciones diferentes habiéndose acumulado en contra de lo dispuesto en el artículo 73 de la LEC, que tampoco cede por la vis atractiva de esta jurisdicción, conforme al artículo 9 LOPJ, puesto que ninguna de ellas está vinculada a una relación laboral, sino al daño que resulta de la culpa o negligencia de un tercero con el que ninguna relación tienen, o lo que es lo mismo, el daño no se imputa a un incumplimiento laboral, porque no son trabajadoras del causante del daño, sino a la responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil, para cuyo enjuiciamiento no resulta competente la jurisdicción social.

RECURSO DE CASACIÓN.

CUARTO.- El recurso de casación se articula en tres motivos. En el primero se denuncia la infracción del artículo 1902 CC, en cuanto a la aplicación del principio de responsabilidad por culpa al supuesto litigioso. Se argumenta que los criterios de atenuación de la responsabilidad por culpa no tienen aplicación cuando se trata de responsabilidad por accidentes de trabajo y por enfermedades profesionales, porque en estos supuestos existe ya un régimen de responsabilidad objetiva —la cobertura ofrecida por la Seguridad Social— y no tendría fundamento, aunque exista compatibilidad de ambas responsabilidades, superponer a dicho régimen legal de responsabilidad otra responsabilidad de la misma clase, con base a una interpretación correctora del artículo 1902 CC.

En el motivo segundo se denuncia la infracción del artículo 1902 CC interpretado y aplicado conforme a la llamada «doctrina del riesgo», sin haber tenido en cuenta su origen, su fundamento, sus requisitos y sus límites. En su desarrollo se sostiene, siempre para el supuesto de que no se estime el motivo primero, que de aplicar el artículo 1902 CC, en relación a la responsabilidad por enfermedades profesionales, conforme a la doctrina del riesgo, la sentencia habría aplicado esta doctrina de forma inadecuada por las siguientes razones:

– Porque a la altura de nuestro tiempo y en atención al estado de nuestro ordenamiento jurídico, la referida doctrina no puede extenderse más allá de los supuestos en que ha sido normativamente establecida por el legislador.

– Porque las normas y la jurisprudencia que objetivan la responsabilidad lo hacen a favor de terceros ajenos a la actividad, generalmente industrial o empresarial de que se trate, y en el supuesto los perjudicados eran antiguos trabajadores de las factorías de Uralita de Getafe y de Valdemoro.

– Porque olvida que incluso los supuestos de responsabilidad objetiva, tienen como límite el estado de los conocimientos médicos y científicos, y la aptitud de los medios técnicos disponibles, de forma que no cubren los llamados riesgos del desarrollo. En concreto en relación con los riesgos del asbesto tanto las regulaciones como las empresas fueron adoptando las medidas de protección disponibles hasta el momento, año 2002, en que se optó por la prohibición por la práctica imposibilidad de suprimir los riesgos inherentes al trabajo con asbesto.

En el motivo tercero se denuncia la infracción del artículo 1902 CC, en relación con el artículo 127.3 TRLGSS, por no haber tenido en cuenta, al fijar las indemnizaciones, las cantidades ya percibidas por los interesados a cargo de la Seguridad Social. Partiendo de que la mejor jurisprudencia ha precisado que la responsabilidad adicional del artículo 1902 CC debe estar encaminada a cubrir la eventual diferencia entre el daño reparado por las prestaciones de la seguridad social y el daño total producido por el accidente o la

enfermedad profesional, en virtud de los principios de realidad del daño, de evitación de sobre indemnizaciones y del principio del enriquecimiento injustificado; la sentencia de la Audiencia habría infringido esta interpretación al no haber tenido en cuenta las cantidades percibidas o que hubieran podido percibir los demandantes de la Seguridad Social.

Se interesa de la Sala que proceda a fijar las indemnizaciones atendiendo a la cobertura prestada por la Seguridad Social, en los términos que la Sala estime conveniente o en cualquiera de las alternativas que se ofrecen que son: desestimar la demanda por falta de prueba del daño real, desestimarla por falta de prueba de los daños adicionales a los ya cubiertos, fijar una indemnización simbólica por daño moral o eliminar directamente, para evitar la duplicidad, la partida correspondiente a la incapacidad típicamente cubierta por la Seguridad Social.

Se desestiman.

1. No es posible partir del carácter estrictamente laboral de los daños causados a las amas de casa afectadas por lavar la ropa de sus esposos trabajadores de Uralita, por lo que tampoco ninguna cantidad procedería detraer en razón a lo percibido por la Seguridad Social.

2. La doctrina del riesgo no es aplicable a las actividades laborales con carácter general, sino sólo a las que realmente comportan una creación de riesgos de evidente magnitud, lo que no es del caso puesto que su aplicación se hace en favor o en protección de terceros ajenos a la actividad empresarial y no de los propios sujetos de la actividad económica o industrial, como son los trabajadores, que en ella obtienen también su utilidad o beneficio.

3. La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006, 5 de abril de 2010 y 22 de septiembre de 2005), y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación posi-

tiva. La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS 28 de julio 2008).

La responsabilidad de tipo subjetivo es el sistema común de responsabilidad, o lo que es lo mismo, la responsabilidad extracontractual responde al principio de la culpa del autor del daño, no convirtiéndose en objetiva por la facilitación de la prueba, ya que como afirmaba la sentencia de 27 enero 1987, si ello fuera así,»(s) e caería en una responsabilidad por el resultado, propia de épocas primitivas, y que no puede por sola servir de base a aquella responsabilidad por creación de riesgos o peligros (...)» (STS 7 de enero 2008). Se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen legalmente previstas en la ley (SSTS de 3 abril 2006, 23 de mayo 2008).

Siendo ello así, sí puede ser estimada la reclamación de estas personas. Desde el punto de vista de la imputación objetiva del resultado lesivo al agente, contrariamente a lo que se sostiene, la responsabilidad de las demandadas no se hace descansar únicamente en el riesgo creado por la utilización de un producto como el amianto, sino que, con absoluto respeto al sistema tradicional culpabilístico, se asienta en la omisión de la diligencia extrema que cabía exigirles en atención a un riesgo previsible, que se invoca para poner de manifiesto la conducta de los demandados y el peligro creado por el material empleado, lo que no les exime de responsabilidad en el ámbito de la culpa civil sobre la base de una causalidad debidamente fundamentada en lo material y en lo

jurídico, y de un pronunciamiento sobre el fondo que sólo va a afectar a las tres demandantes en la exclusiva condición de amas de casa, aunque represente una empresa o explotación permitida. Y es que, no se trata de analizar si Uralita S.A. cumplió o no con la normativa laboral en materia de prevención de riesgos por la manipulación de asbesto o amianto, lo que es propio de la jurisdicción social, sino si aquella actuó frente a terceros ajenos a esta relación con la diligencia exigible una vez que a partir de los años cuarenta va teniendo un mayor conocimiento del riesgo que en general suponía la exposición al polvo de amianto, incluso para terceros ajenos a la relación laboral, que sabía que podían entrar en contacto con fibras de amianto por ocuparse del lavado y cuidado en su casa de la ropa, y no en la propia empresa, como ha sucedido en el supuesto enjuiciado.

QUINTO.- En consecuencia, la competencia para el conocimiento del proceso corresponde a la jurisdicción social, salvo la reclamación formulada por doña Estibaliz Isidora por daño propio y no como viuda de don Hilario Herminio, los familiares de doña Inmaculada Felisa y doña Felisa Marisa que corresponde a esta jurisdicción. En cuanto a costas, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las causadas en las instancias. Tampoco las originadas por los recursos.

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

FALLO:

1º. Estimar en parte el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Uralita, S.A. y Uralita Sistemas de Tuberías, S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 11ª— de fecha 21 de octubre de 2012, declarando la incompetencia de la jurisdicción civil para co-

nocer de la demanda, salvo de la reclamación formulada por doña Estibaliz Isidora, los familiares de doña Inmaculada Felisa y doña Felisa Marisa, cuyo conocimiento corresponde a esta jurisdicción, quedando para los demás a salvo el derecho a ejercitar las pretensiones ante la jurisdicción social.

2º. Desestimar el recurso de casación en lo que respecta a doña Estibaliz Isidora, los familiares de doña Inmaculada Felisa y doña Felisa Marisa, manteniendo la sentencia de la Audiencia Provincial.

3º. Nos abstenemos de conocer del recurso de casación formulado por doña Tarsila Juliana y don Felipe Gustavo y don Gustavo Silvio, por corresponder el conocimiento del asunto al orden jurisdiccional social.

4º. No hacer especial declaración sobre las costas de ninguna de las instancias. Tampoco de las generadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, 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.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

PENAL

ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA

P. Contratado Doctor (interino)

Universidad de Cantabria

(Tol 5593493)

Cabecera: Malversación, prevaricación y falsedad de la Alcaldesa de Jerez. Prueba indiciaria. Doctrina del Tribunal Constitucional, a los efectos del recurso de amparo. Doctrina de esta Sala, a los efectos del recurso de casación. Requisitos formales y materiales. Requisitos relativos a los indicios y requisitos relativos a la inducción o inferencia. Control de la razonabilidad de la inferencia. Acusación particular. Legitimación. Principio acusatorio. Elementos fácticos. Falsificación. Prevaricación. Arbitrariedad. Malversación. Elemento subjetivo del tipo. Reforma CP 2015. Norma más beneficiosa. Inadmisión de prueba. Doctrina general. Prueba sobre la prueba. Artículo 729 3º Lecrim. Secreto profesional de los Abogados. Regulación legal. (artículo 542.3 LOPJ). Recurso Ministerio Fiscal. Relación concursal entre el delito de fraude y el de malversación. Consolidación de doctrina jurisprudencial controvertida. El delito de fraude seguido de malversación debe sancionarse, ordinariamente, en relación de concurso medial, consolidando con ello la doctrina establecida en la STS 806/2014, de 13 de diciembre, entre otras. Reforma Código Penal 2015. Artículo 77. Nueva penalidad del concurso medial. El recurso debe ser desestimado. Prevaricación malversación caudales públicos. Secreto profesional del abogado

Jurisdicción: Penal

Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 24/11/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 797/2015

Número Recurso: 599/2015

Supuesto de hecho: El Tribunal Supremo confirma la condena a 4 años y 6 meses de prisión a la ex alcaldesa de Jerez de la Frontera. Por delitos de falsedad en documento oficial, prevaricación y malversación de caudales públicos

RESUMEN:

El Tribunal Supremo ha confirmado la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz que condenó a cuatro años y seis meses de prisión y a ocho de inhabilitación a la ex alcaldesa de Jerez de la Frontera por los delitos de falsedad en documento oficial cometido por particular con la agravante de prevalerse de su carácter público, de prevaricación y de malversación de

caudales públicos en relación con la concesión de una subvención del 40 por ciento a la empresa Tecnología e Innovación Sanitaria (TISA) para la adquisición de suelo en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez.

La Audiencia Provincial de Cádiz también condenó a dos años, seis meses y quince días de prisión a la concejal M C M M por los mismos delitos y a un año y nueve meses de prisión a un capataz municipal por falsedad en documento oficial.

La Sala Segunda rechaza los recursos de casación interpuestos por las dos condenadas contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz que también estableció el pago por parte de las recurrentes, de forma solidaria, de 122.360 euros al ayuntamiento de Jerez.

La sentencia indica que la actuación de la alcaldesa no se limitó a dictar una resolución manifiestamente arbitraria —prevaricación— permitiendo con ello que un tercero sustrajese caudales públicos que tenía a su cargo por razón de sus funciones —malversación— sino que utilizó como instrumento la falsificación de un documento oficial, atacando la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos suscritos por los funcionarios públicos y cuestionando la esencia misma del buen funcionamiento de la administración, pues si se manipulan desde el ámbito político los elementos esenciales de los documentos oficiales que sirven de sustrato a los expedientes administrativos, se burla la última garantía de los ciudadanos en el funcionamiento fiable de los servicios públicos.

La decisión de la alcaldesa de adjudicar la ayuda máxima a la empresa TISA, subrayan los magistrados, constituyó una resolución adoptada con el único sustento de «su exclusiva voluntad», convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional.

La Sala destaca que primero influyó sobre el funcionario competente para que tratase con cariño a la empresa. Añade que, después, presionó al perito para que cambiase el informe en el que no adjudicaba a TISA la puntuación máxima, necesaria para la concesión de la ayuda máxima. Por último, según la resolución, como el nuevo informe tampoco daba cobertura a la máxima subvención que arbitrariamente quería conceder la alcaldesa, se manipuló el informe y se sustituyó por otro firmado por un capataz.

La sentencia explica que en los delitos de prevaricación y malversación concurre prueba directa de los elementos objetivos, ya que la resolución administrativa que materializa la prevaricación y constituye el instrumento de la malversación fue dictada personalmente por la recurrente, en su calidad de alcaldesa de Jerez, dato indiscutido, documentalmente acreditado

y reconocido. Lo que se cuestiona es el requisito subjetivo, «a sabiendas de su injusticia», que es lo que se ha acreditado a través de prueba indiciaria.

En este sentido, según la Sala, consta que la recurrente llamó al técnico responsable para solicitarle que tratase a una empresa «con cariño». Esta actuación no implica necesariamente un interés espurio, ni una propuesta de actuación delictiva, pues puede estar motivada por el deseo de promover el desarrollo industrial de la ciudad, y la creación de puestos de trabajo. Sin embargo, pone de relieve que la alcaldesa estaba al tanto de las circunstancias que rodeaban la solicitud, conocía desde el principio la naturaleza de la empresa y la imposibilidad de que le fuese otorgada la máxima calificación, y con ella la máxima subvención, por lo que permite concluir razonablemente que firmó las resoluciones «a sabiendas de su injusticia».

Los magistrados afirman que no existe ninguna hipótesis razonable a que la operación, que exigía necesariamente como instrumento esencial la manipulación del informe, se pudiese realizar sin el impulso y aquiescencia de la alcaldesa. «Era ésta, además, la que iba a beneficiarse de la falsificación del dictamen, al permitir que su resolución del expediente pudiese superar las objeciones de la Intervención, si la concesión de la máxima subvención no estuviese apoyada en un dictamen con la máxima puntuación».

Malversación, prevaricación y falsedad de la Alcaldesa de Jerez.- Prueba indiciaria.- Doctrina del Tribunal Constitucional, a los efectos del recurso de amparo.- Doctrina de esta Sala, a los efectos del recurso de casación.- Requisitos formales y materiales.- Requisitos relativos a los indicios y requisitos relativos a la inducción o inferencia.- Control de la razonabilidad de la inferencia.- Deben excluirse aquellos supuestos en los que en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias (canon de la lógica o cohesión) o en los que la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada, derivándose de los indicios un amplio abanico de conclusiones alternativas (canon de la suficiencia o calidad de la conclusión), o bien se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales (canon de la constitucionalidad de los criterios).

Prevaricación.- Prueba.- La recurrente ha sido condenada por los delitos de prevaricación, falsedad y malversación, en relación de concurso medial. En los delitos de prevaricación y malversación concurre prueba directa de los elementos objetivos, ya que la resolución administrativa que materializa la prevaricación y constituye el instrumento de la malversación fue dictada personalmente por la recurrente, en su calidad de Alcaldesa de Jerez, dato indiscutido, documentalmente acreditado y reconocido. Lo que se cuestiona

es el requisito subjetivo, «a sabiendas de su injusticia», que es lo que se ha acreditado a través de prueba indiciaria. Pero la acreditación del elemento subjetivo del tipo de prevaricación a través de la prueba de indicios constituye un supuesto generalizado, que no aporta motivo alguno para cuestionar la resolución impugnada.

Indicios.- Consta que la recurrente llamó al técnico responsable para solicitarle que tratase a esa empresa «con cariño». Esta actuación no implica necesariamente un interés espurio, ni una propuesta de actuación delictiva, pues puede estar motivada por el deseo de promover el desarrollo industrial de la ciudad, y la creación de puestos de trabajo. Pero pone de relieve que la Alcaldesa estaba al tanto de las circunstancias que rodeaban la solitud, conocía desde el principio la naturaleza de la empresa y la imposibilidad de que le fuese otorgada la máxima calificación, y con ella la máxima subvención, por lo que permite concluir razonablemente que la recurrente firmó las resoluciones «a sabiendas de su injusticia».

Falsificación.- Prueba.- El delito de falsedad no constituye un delito de propia mano que exija la realización material de la falsedad por el propio autor, sino que admite su realización a través de persona interpuesta que actúe a su instancia, por lo que la responsabilidad en concepto de autor no precisa de la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación bastando el concierto y el previo reparto de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que es autor tanto quien falsifica materialmente como quien en concierto con él se aprovecha de la acción con tal de que tenga el dominio funcional sobre la falsificación.

No existe ninguna hipótesis alternativa razonable a que la operación, que exigía necesariamente como instrumento esencial la manipulación del informe, se pudiese realizar sin el impulso y aquiescencia de la Alcaldesa. Era ésta, además, la que iba a beneficiarse de la falsificación del dictamen, al permitir que su resolución del expediente pudiese superar las objeciones de la Intervención, si la concesión de la máxima subvención no estuviese apoyada en un dictamen con la máxima puntuación. Valorados en su conjunto los plurales indicios existentes y relacionándolos racionalmente, surge como conclusión natural de las normas ordinarias de la lógica y la experiencia que la falsificación se realizó a instancia de la recurrente, que fue quien se aprovechó de la documentación falseada, conclusión que supera el canon de la lógica o cohesión interna, y el canon externo de la suficiencia o calidad de la conclusión.

Acusación particular.- Legitimación.- El art 109 Lecrim otorga la posibilidad de ser parte como acusador particular al ofendido por el delito, por lo que la legitimación para actuar en tal condición en el proceso no depen-

de necesariamente de la condición de perjudicado, en el sentido de beneficiario de la responsabilidad civil. Como recuerda la reciente STS núm. 754/2015, de 17 de noviembre, constituye un error manifiesto denegar la condición de acusación particular al ofendido por el delito para ligar esta condición exclusivamente a quien sucesivamente fuese el titular del patrimonio dañado, o excluir como acusador a quien no pudiese ejercitar la acción civil, pues en tal caso todo el que fuese indemnizado perdería la condición de acusador particular.

El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral por la comisión del hecho delictivo, e incluye tanto a la víctima directa como a los terceros (art 113 CP). En el caso actual el Estado es ofendido por el delito porque el dinero malversado, incrementando ilícitamente la ayuda o subvención que recibió la empresa adjudicataria, procedía en su mayor parte de una subvención de once millones de euros concedida al Ayuntamiento de Jerez por el Ministerio de Agricultura, con una finalidad específica. El Estado se convierte en ofendido por el delito en la medida en que dichos fondos son malversados por miembros del Ayuntamiento, desviándolos de la finalidad acordada.

Principio acusatorio.- Elementos fácticos.- El juicio oral constituye el momento esencial del proceso penal, en el que debe practicarse la prueba. La contradicción a la que se somete la prueba puede, y debe, dar lugar a que aparezcan elementos de convicción, fruto de la viveza de los interrogatorios, que no se encuentren expresamente relacionados en los escritos de acusación, pero el hecho de que el Tribunal los tome en consideración no vulnera el principio acusatorio. Lo que prohíbe este principio es que la condena se fundamente en hechos sustancialmente diferentes de los que han sido objeto de acusación, no que el Tribunal valore datos o elementos de convicción emanados de la prueba practicada y sometidos a contradicción en el juicio, que no apareciesen minuciosamente relacionados en la calificación acusatoria, pues lo contrario fosilizaría el juicio.

Falsificación.- La doctrina de esta Sala ha optado en la aplicación del art 390.1.2º (simular un documento, en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad), por una interpretación lata del concepto de autenticidad, incluyendo en dicha modalidad falsaria tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad), como los de formación de un documento esencialmente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de auten-

tividad objetiva). En el caso actual concurren ambos supuestos. En primer lugar, el contenido del documento objetivamente auténtico, el dictamen emitido por el técnico competente para elaborarlo, se ha alterado de una forma sustancial (lo que también determina la aplicación concurrente de la modalidad primera de falsedad del art 390 1, alterar un documento en alguno de sus elementos esenciales), e implica en cualquier caso la simulación de un documento que induce a error sobre su autenticidad objetiva. Y, en segundo lugar, en la firma del documento se ha incorporado a un capataz del servicio, persona que en realidad no tuvo intervención en su redacción (lo que también determina la aplicación concurrente de la modalidad tercera de falsedad documental, art 390 1 3º «suponiendo en un acto la intervención de persona que no la ha tenido»), e implica la simulación de un documento que induce a error sobre su autenticidad subjetiva, o genuinidad. Es decir, que la falsedad cometida es triple: alterar un documento en sus elementos esenciales, simular un documento induciendo a error sobre su autenticidad y hacer intervenir en el mismo a una persona que no la ha tenido.

Esta falsificación documental, que conforme a su tipificación legal influye de modo determinante en la gravedad de la pena impuesta, dota a la conducta enjuiciada de una especial gravedad. La actuación de la recurrente no se limitó a dictar una resolución manifiestamente arbitraria (prevaricación), permitiendo con ello que un tercero sustrajese caudales públicos que la Alcaldesa tenía a su cargo por razón de sus funciones (malversación), sino que utilizó como instrumento la falsificación de un documento oficial, atacando la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos suscritos por los funcionarios públicos y cuestionando la esencia misma del buen funcionamiento de la administración, pues si se manipulan desde el ámbito político los elementos esenciales de los documentos oficiales que sirven de sustrato a los expedientes administrativos, se burla la última garantía de los ciudadanos en el funcionamiento fiable de los servicios públicos. Prevaricación.- Arbitrariedad.- La decisión de la Alcaldesa recurrente de adjudicar la ayuda máxima a la empresa TISA constituyó una resolución adoptada con el único sustento de su exclusiva voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional. El seguimiento de todo el proceso así lo indica. Primero influyó sobre el funcionario competente para que tratase con cariño a la empresa. Seguidamente, visto que el perito no le adjudicaba a la empresa TISA la puntuación máxima, necesaria para la concesión de la ayuda máxima, se le presionó para que cambiase el informe. Y, por último, como el nuevo informe tampoco daba cobertura a la máxima subvención que arbitrariamente quería conce-

der la Alcaldesa, se manipuló el informe y se sustituyó por otro firmado por un capataz. La arbitrariedad del proceso es manifiesta.

Malversación.- Elemento subjetivo del tipo.- El ánimo de lucro, elemento subjetivo añadido a la figura por el CP 95, ha de ser interpretado como propósito de cualquier tipo de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, y siendo también indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el deseo de enriquecer a los terceros, pues en cualquier caso estas finalidades últimas son ajenas al tipo. En consecuencia, el hecho de que la recurrente dispusiera ilícitamente de fondos públicos en beneficio de terceros, consciente de que les proporcionaba un enriquecimiento, provecho o ventaja ilícitos, en perjuicio del patrimonio municipal, integra el ánimo de lucro, con independencia de que el fin último sea el de conceder una mera liberalidad para beneficiar a una compañía y así facilitar ilícitamente la instalación de la empresa en la comarca. Pues lo requerido por el tipo es que la conducta enjuiciada incluya un propósito de enriquecimiento o ganancia, que puede ser, bien directa para el sujeto público implicado, o bien indirecta cuando su interés radique en propiciar el lucro de un tercero a costa del erario público, ya que tal interés tendría en todo caso una incuestionable dimensión económica de signo negativo para los fondos públicos.

Malversación.- Reforma CP 2015.- El delito de malversación de caudales públicos ha sido modificado por la reforma operada en la LO 1/2015. Esta modificación es relevante pues, siguiendo el modelo germánico que tanto ha influido en la reciente reforma, se ha abandonado nuestra definición consolidada del delito de malversación de caudales públicos, bien delimitada por la doctrina jurisprudencial, para construir un nuevo modelo en el que se transforma la malversación en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal (art 252) y apropiación indebida (art 253,) a los que se remite de modo expreso el nuevo art 432, cuando tengan por objeto el patrimonio público. Esta modificación, que parece responder al mero mimetismo pues es sabido que al no existir en Alemania un delito específico de malversación de caudales públicos los supuestos correspondientes se tienen que resolver mediante la aplicación del tipo de administración desleal (266 StGB), puede provocar problemas interpretativos pues, como ha señalado acertadamente la doctrina, la modalidad de malversación construida por mera remisión a la administración desleal del patrimonio privado puede generar distorsiones al no ser totalmente equiparable la finalidad de la gestión del patrimonio público y el privado.

Malversación.- Norma más beneficiosa.- Lo que interesa a los efectos de la aplicación retroactiva de la norma penal más beneficiosa, es determinar si la conducta sancionada como malversación de caudales públicos en la sentencia impugnada es también típica conforme a la nueva definición de la malversación, y, en su caso, si está sancionada de modo más benévolo. Para ello se ha dado traslado a las partes, que no han cuestionado que la conducta enjuiciada continúe siendo típica como malversación en la nueva redacción, y además interesan que se mantenga la aplicación de la normativa anterior, por estimarla más beneficiosa. La cuestión no es sencilla, pues se ha sostenido doctrinalmente que los supuestos de distracción, antes comprendidos en la modalidad ordinaria de malversación apropiatoria, deberían tratarse ahora como administración desleal de patrimonio público, lo que puede introducir un cambio de enfoque no sometido a contradicción en la sentencia impugnada, que fue dictada con anterioridad a la modificación legal. Pero en el caso actual esta cuestión no se ha planteado, por lo que podemos considerar que nos encontramos ante un supuesto de malversación apropiatoria que debe ser sancionado manteniendo la regulación anterior, por resultar más beneficiosa, dado que al ser su cuantía superior a 50.000 euros la nueva regulación impondría la aplicación de la modalidad agravada prevenida en el nuevo art 432 3 b (CP 2015).

Inadmisión de prueba.- Doctrina general.- Prueba sobre la prueba.- Art 729 3º Lecrim.- Secreto profesional de los Abogados.- Regulación legal.- Es claro que una prueba que exige a un Abogado declarar sobre un hecho o noticia conocido a través de su intervención profesional en el proceso es inadmisibles por contravenir el secreto profesional (art. 542.3 LOPJ).

Recurso Ministerio Fiscal.- Relación concursal entre el delito de fraude y el de malversación.- Consolidación de doctrina jurisprudencial controvertida.- El delito de fraude seguido de malversación debe sancionarse, ordinariamente, en relación de concurso medial, consolidando con ello la doctrina establecida en la STS 806/2014, de 13 de diciembre, entre otras.

Reforma Código Penal 2015.- Art. 77.- Nueva penalidad del concurso medial.- Precisamos que se trata de un concurso medial porque el fraude es el instrumento para cometer la malversación, y no un concurso ideal porque no nos encontramos ante un mismo hecho, ya que generalmente ambos delitos exigen conductas diferenciadas y sucesivas. Distinción que hoy es conveniente realizar, porque la reforma de 2015, a través de una modificación insuficientemente explicada, ha separado la penalidad de ambas modalidades de concurso aunque las siga regulando en el mismo precepto (Art. Aplicación al caso específico.- Desestimación del recurso del Fiscal.- Nueva doctrina para supuestos en que la totalidad del desvalor de la conducta ya esté

comprendido en la sanción impuesta.- La punición como concurso de delitos, y no de normas, exige que la sanción del delito más grave (la malversación) no abarque el total desvalor de la conducta, consistente en estos casos tanto en el artificio y concierto con terceros propios del fraude (que lesionan los principios de objetividad y transparencia), como el efectivo perjuicio del patrimonio público, propio de la malversación. De otro modo vulneraríamos el principio non bis in ídem, sancionando doblemente una conducta cuyo desvalor ya está comprendido en la sanción de una sola de ellas. Por esta vía debe darse la razón al Tribunal de Instancia, y desestimarse el recurso del Ministerio Público. En efecto, en el específico caso actual nos encontramos con que no se ha producido concierto alguno con los interesados, pues el Tribunal sentenciador considera que no se ha probado, y absuelve a los terceros. No concurre, en consecuencia, la modalidad de fraude por concierto.

Nos resta la modalidad de fraude por uso de artificio. En el caso enjuiciado, el artificio consiste en la falsificación de un informe pericial necesario en el proceso de contratación. Pero esta falsificación ya se ha sancionado autónomamente, como delito de falsificación de documento oficial. La Sala sentenciadora ha condenado a las recurrentes por un triple concurso de delitos, falsificación, prevaricación y malversación de caudales públicos, en concurso medial. Sancionar además la falsificación, en su calidad de artificio, como constitutiva de un delito adicional de fraude, constituiría una punición duplicada, que vulneraría el principio non bis in ídem, pues el desvalor de dicha conducta ya ha sido tomado en consideración a través del delito de falsedad. En consecuencia, estimamos que en el supuesto actual, el triple concurso ya abarca la totalidad del desvalor de la conducta, y no procede añadir un cuarto tipo delictivo, como interesa el Ministerio Fiscal. El recurso debe ser desestimado.

I. RESUMEN

La Sentencia del Tribunal Supremo 797/2015, de 24 de noviembre (de la que ha sido ponente el Sr. Conde-Pumpido Tourón) resuelve los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª), de 20 de febrero de 2015, que condenó a Pilar Sánchez Muñoz y Mª del Carmen Martínez Martínez (Alcaldesa y Concejala del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, respectivamente) por los delitos de falsedad en documento oficial cometido por particular, prevaricación y malversación, y a D. Salvador Rubio Menacho como autor penalmente responsable de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular. Asimismo,

la Sentencia de instancia absolvió a las dos condenadas del delito de fraude a la Administración Pública, del que también fueron acusadas, así como a otros cuatro acusados de los delitos que se les imputaban.

Los Hechos Probados de la Sentencia describen un conjunto de actuaciones, realizadas principalmente por las que en el momento de los hechos eran Alcaldesa de Jerez y Concejal en el Ayuntamiento de dicha localidad, dirigidas a conceder a la empresa T.I.S.A una subvención, pese a no cumplir los requisitos exigidos.

En el año 2003 el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera recibió del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación una subvención de 11 millones de Euros para, entre otros fines, la creación de un Parque empresarial destinado a la instalación de empresas relacionadas con el sector agroalimentario. El Ayuntamiento acordó que dicha subvención repercutiría en los empresarios adquirentes de parcelas en dicho parque, quienes se beneficiarían de una minoración en el precio de las mismas en función de la puntuación asignada en un informe técnico en base a ciertos criterios de valoración previamente fijado.

En el año 2007 la empresa T.I.S.A. resultó adjudicataria de una parcela en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez de la Frontera (Cádiz) sobre la base de un informe técnico que le asignaba una valoración de 9 puntos sobre 14 y que, en consecuencia, no permitía otorgarle la máxima subvención. Con conocimiento de la Alcaldesa, personas no identificadas realizaron modificaciones en dicho informe, en el que pasó a otorgarse a la empresa adjudicataria la máxima puntuación. El documento alterado fue firmado, a instancias de la Concejal del área afectada, por un capataz sin competencia para ello, dictándose a continuación resolución por la Alcaldesa concediendo a TISA la máxima subvención, consistente en un 40% sobre el precio de venta de la parcela.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 797/2015, DE 24 DE NOVIEMBRE

La Sentencia comentada desestima los Recursos de Casación interpuestos por las dos condenadas y por el Ministerio Fiscal, y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

Como consecuencia de los motivos alegados por cada uno de los recurrentes, se plantean en la sentencia cuestiones diversas, tanto de índole procesal como relativas al Derecho Penal material.

1. Cuestiones de carácter procesal

Aunque también plantean algunas de índole material, los recursos interpuestos por las dos condenadas se fundamentan principalmente en cuestiones procesales.

Entre ellas cabe destacar, en primer lugar, la infracción del principio de igualdad ante la Ley derivada —a juicio de la recurrente— de la existencia de irregularidades en otros expedientes que, sin embargo, no han dado lugar a condena alguna. El Tribunal rechaza este motivo, no solo porque el principio acusatorio impide condenar por irregularidades que no han sido objeto de acusación, sino también porque la responsabilidad penal es personal, de modo que cada persona responde de su propia conducta independientemente de que los comportamientos similares de terceros sean o no sancionados.

Por otro lado, una de las recurrentes alega la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse reconocido a la Administración General del Estado como acusación particular. También este motivo de recurso es rechazado por el Tribunal, pues la Administración General del Estado, al ser la entidad que otorgó al Ayuntamiento de Jerez la subvención para la puesta en marcha del parque empresarial mencionado anteriormente, tiene la condición de ofendido por el delito de malversación y, en consecuencia, puede personarse en el proceso como acusación particular. Y ello con independencia —como se afirma expresamente en la sentencia— de que la titularidad de la eventual indemnización corresponda al Ayuntamiento, en tanto que ente en cuyo patrimonio se integraron los fondos recibidos del Estado.

Sin embargo, las cuestiones procesales más importantes de todas las que son analizadas en la sentencia comentada son las referidas a los requisitos y alcance del control casacional de la valoración de la prueba y, en especial, de la prueba de indicios; cuestiones que son analizadas de un modo riguroso y detallado por el Tribunal, que termina por confirmar la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial, rechazando las alegaciones de las dos recurrentes acerca de la falta de prueba suficiente en relación con los delitos por los que fueron condenadas.

Así, el Tribunal recuerda que la invocación del derecho a la presunción de inocencia permite revisar la prueba practicada para constatar si existe prueba suficiente referida a todos los elementos esenciales del delito, si dicha prueba ha sido obtenida sin vulneraciones constitucionales y practicada legalmente y, por último, si ha sido valorada racionalmente por el Tribunal de instancia. En relación con esto último —el control de la valoración de la prueba—, la Sentencia analizada reitera la doctrina consolidada de la Sala, según la cual revisión de la prueba practicada ha de referirse únicamente a

su estructura racional y limitarse a comprobar si el Tribunal de instancia la ha valorado razonablemente, observando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. De acuerdo con este criterio, salvo en caso de irracionalidad o arbitrariedad, no cabe llevar a cabo una nueva valoración de la prueba practicada que sustituya la realizada en la instancia.

Este criterio posee una singular trascendencia en relación con la prueba indiciaria, cuyo control en sede casacional puede resultar complejo —dado el amplio margen de apreciación subjetiva que caracteriza a esta modalidad de prueba— y está sometido a importantes limitaciones. Tras la exposición de los requisitos formales y materiales que, según el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, han de concurrir para que la prueba de indicios sea válida, la sentencia analiza con rigor y en profundidad el alcance del control casacional, que puede recaer tanto sobre los indicios o «hechos base», como sobre el juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia, y que está sometido a dos límites fundamentales:

En primer lugar, respecto de los indicios o «hechos base», salvo arbitrariedad, no cabe entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de instancia y, en consecuencia, no puede cuestionarse la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral que le ha conducido a declarar probado un determinado indicio.

En segundo lugar, respecto del juicio de inferencia, su control ha de limitarse a la comprobación de su razonabilidad y su adecuación a las reglas de la lógica y la experiencia. Para ello, la sentencia alude a un triple canon:

a) El «canon de la lógica o cohesión», dirigido a comprobar la posible existencia de saltos lógicos o la inexistencia de premisas intermedias necesarias en el razonamiento del Tribunal de instancia.

b) El «canon de la suficiencia o calidad de la conclusión», que permite considerar el juicio de inferencia débil o indeterminado cuando de los indicios declarados probados se deriva un amplio abanico de conclusiones o explicaciones alternativas.

c) «Canon de la constitucionalidad de los criterios», que permite revisar aquellos juicios de inferencia en los que se hayan empleado criterios contrarios a los principios y valores constitucionales.

Los estrechos límites a los que está sometido el control casacional de la prueba de indicios, y la aplicación de estos criterios, conducen al Tribunal Supremo a rechazar las alegaciones de las dos recurrentes acerca de la insuficiencia de la prueba relativa, sobre todo, a los delitos de prevaricación y falsedad documental, pues la valoración del Tribunal de instancia no puede tacharse de irracional o arbitraria.

Finalmente, relacionado también con la prueba indiciaria, una de las recurrentes alega vulneración del principio acusatorio, lo que permite al Tribunal completar el detallado análisis que de esta clase de prueba se realiza en la sentencia comentada.

En relación con los hechos objeto de acusación, dicho principio impone que no sean alterados de modo sustancial, prohibiendo que el órgano judicial introduzca en el relato fáctico hechos distintos de los consignados por la acusación. Sin embargo, tal y como expone la sentencia analizada, esta prohibición —relacionada con el derecho de defensa y el derecho a un juez imparcial— no impide al Tribunal prescindir de elementos fácticos aportados por la acusación, y que no han resultado debidamente probados, ni tomar en consideración datos, o «elementos circunstanciales o de detalle» que permitan una mejor comprensión de los hechos. En este sentido, la sentencia establece que no existe vulneración alguna del principio acusatorio por el mero hecho de que en la valoración de la prueba el Tribunal tome en consideración elementos fácticos que, aunque no hayan sido expresamente incluidos en el escrito de acusación, hayan aflorado durante el juicio oral —por ejemplo, durante la práctica de los interrogatorios—, siempre que hayan sido sometidos a contradicción.

2. Cuestiones de derecho penal material

En respuesta a los recursos presentados por las dos acusadas, el Tribunal analiza también algunas cuestiones de índole material.

Por lo que se refiere a la condena por malversación de caudales públicos, se cuestiona, sobre todo, la existencia del ánimo de lucro exigido por el delito, alegando que la subvención cuestionada no fue destinada a un fin particular, sino a la satisfacción de un interés público, consistente en la creación y puesta en funcionamiento del parque tecnológico agropecuario de Jerez. En contra de este argumento, la sentencia analizada pone de manifiesto que la subvención concedida consistía en una aminoración del precio de adquisición de una parcela que habría de integrarse en el patrimonio de la empresa, que se benefició indebidamente de fondos públicos.

En relación con la condena por falsedad documental, se cuestiona que el segundo informe de valoración técnica pueda considerarse falso, y no el reflejo de una nueva valoración realizada por el firmante —el Sr. Menacho, también condenado por este delito por la Audiencia Provincial—. Tanto la sentencia de instancia como la del Tribunal Supremo razonan suficientemente cómo este segundo informe fue firmado por una persona sin competencia para ello y que, además, no había participado en la valoración de la empresa

—desconociendo, incluso, el contenido del informe—, lo que sería suficiente para apreciar un delito de falsedad documental, en la modalidad prevista en el art. 390.1.3º Cp. Pero es que, además, se ha considerado acreditado que el documento auténtico (el primer informe realizado por el técnico competente) fue alterado por personas que no han podido ser identificadas, después de que el técnico autor del mismo se negara a otorgar a la empresa la máxima puntuación. Ello conduce al Tribunal Supremo a afirmar la concurrencia de la modalidad de alteración de un documento en sus elementos esenciales, recogida en el art. 390.1.1º Cp, que, junto a la modalidad prevista en el art. 390.1.3º Cp, permiten afirmar la falta de autenticidad objetiva y subjetiva del documento cuestionado.

Sin embargo, de las cuestiones jurídico-penales que se plantean en la sentencia analizada, sin duda la más destacada es la relativa a la naturaleza jurídica del concurso entre los delitos de malversación de caudales públicos (art. 432 Cp) y fraude a la Administración (art. 436 Cp), que integra el único motivo del recurso interpuesto contra la sentencia de instancia por el Ministerio Fiscal. En relación con esta cuestión el Tribunal Supremo confirma el criterio adoptado por el Tribunal de instancia y, con ello, se aparta de la solución que había adoptado hasta ahora en la mayoría de sus resoluciones, o, por lo menos, introduce matizaciones importantes que impiden una aplicación automática del mismo contraria al principio *non bis in idem*. Ello confiere a la sentencia un singular interés y justifica que buena parte de este comentario se dedique al análisis de este problema.

Dejando a un lado la condena por prevaricación, la sentencia de instancia condenó a las acusadas por un delito de malversación de caudales públicos y otro de falsedad documental —ambos en concurso medial— absolviéndolas del fraude a la Administración que también se les imputaba.

Acogiendo parcialmente la tesis de la acusación, la conducta realizada por las acusadas se estimó constitutiva de un delito de fraude a la administración tipificado en el art. 436 Cp, en la modalidad de empleo de artificio de cualquier clase. Tal y como establece la sentencia de instancia, dicho artificio consistió en lograr que se emitiese un informe técnico falso en el que, pese a no cumplir los requisitos, se otorgaba a la empresa T.I.S.A. la puntuación que le permitía obtener la máxima subvención en la compra de una parcela del Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez de la Frontera. Sin embargo, ambas acusadas fueron absueltas de este delito, que se consideró absorbido por la malversación de caudales públicos. La argumentación de la Audiencia Provincial gira en torno a la naturaleza y estructura del delito de fraude a la Administración, al que —acogiendo el razonamiento de la STS 841/2013, de 18 de noviembre (Tol 4040332)— considera un delito

de peligro que incrimina una fase o estadio previo a la efectiva producción del perjuicio patrimonial a la Administración, consistente en este caso en la concesión de una subvención notablemente superior a aquella a la que la empresa tenía derecho conforme a los criterios generales previamente establecidos. Partiendo de esta idea, la sentencia de instancia entiende que el artificio empleado por las acusadas agotó su utilidad en el otorgamiento de esa subvención, sin que creara un peligro de nuevos fraudes que pudiera justificar una condena por el delito del art. 436 CP.

El Ministerio Fiscal interpuso Recurso de casación contra la sentencia —adhiriéndose al mismo también la Abogacía del Estado— por infracción del art. 436 Cp en relación con el art. 77 Cp, alegando indebida aplicación de los mismos. El recurrente estima que la relación existente entre los delitos de fraude a la Administración y malversación de caudales públicos no es constitutiva de un concurso de leyes —como sostiene la sentencia recurrida—, sino de delitos, por lo que la condena por malversación no excluiría la posibilidad de condenar por el fraude en caso de que se dieran todos sus elementos, como sucede en el supuesto enjuiciado. En apoyo de sus tesis, el recurrente invoca la sentencia 806/2014, de 13 de diciembre (*Tol* 4748326), en la que el propio Tribunal Supremo afirmó la compatibilidad entre ambos delitos, citando diversas resoluciones anteriores en las que había optado por esta misma solución.

La desestimación del Recurso, y la confirmación de la tesis adoptada en la sentencia de instancia, supone el establecimiento de un nuevo criterio que, al menos de forma expresa, no había sido utilizado hasta ahora por el Tribunal Supremo y que, sin descartar la posibilidad de que ambas infracciones puedan entrar en concurso ideal, permite condenar únicamente por malversación cuando la aplicación de este tipo penal permita abarcar todo el desvalor de la conducta realizada por el sujeto.

La relación entre la malversación y el fraude a la Administración ha sido, efectivamente, analizada en diversas sentencias del Tribunal Supremo, en las que se ha optado mayoritariamente por afirmar su compatibilidad y la existencia entre ambos de un concurso de delitos. Los argumentos en los que ha fundado esta doctrina —que aparecen desarrollados de forma muy completa en la STS 806/2014, invocada por el Ministerio Fiscal en su Recurso contra la resolución aquí comentada— giran en torno a tres aspectos: la estructura típica, el bien jurídico protegido y la penalidad de ambos delitos.

a) En cuanto a su estructura típica, existe unanimidad en considerar el fraude a la Administración un delito de mera actividad, cuya consumación exige únicamente el concierto con terceros o el uso de cualquier clase de artificio con una finalidad defraudatoria, sin que forme parte del delito la

efectiva producción de un perjuicio patrimonial a la Administración. De llegar a producirse, este perjuicio debe sancionarse a través de la malversación de caudales públicos.

b) Asimismo, son frecuentes las sentencias en las que se atribuye a cada uno de los delitos un bien jurídico distinto. Así, mientras que la malversación protegería el patrimonio público, el fraude tiene como bien inmediata y directamente protegido la transparencia y publicidad en la contratación de los entes públicos, protegiéndose su patrimonio sólo de manera mediata.

c) Finalmente, el Tribunal Supremo ha aludido también a las inadmisibles consecuencias penológicas a que conduciría la apreciación de un concurso de leyes a resolver, en base al principio de consunción, en favor del delito de malversación. En este sentido, son varias las sentencias que han señalado que, de condenarse solo por este delito cuando se llegara a causar un perjuicio patrimonial efectivo a la Administración, podría sancionarse con una pena menor a quien realiza la conducta típica de fraude y logra su propósito, que a quien no lo logra. Y ello porque en aquellos supuestos en los que la malversación de caudales públicos sea inferior a 4000 Euros la pena prevista —antes y después de la última reforma del Código Penal— es inferior a la del delito de fraude.

Pese a desestimar el recurso y afirmar que la malversación de caudales públicos absorbe el fraude a la Administración, apartándose de la doctrina que había establecido en sentencias anteriores, la sentencia aquí analizada no constituye una ruptura tan radical como quizá pudiera parecer tras una primera lectura de la misma. En este sentido, el Tribunal Supremo asume su doctrina anterior cuando afirma que «el delito de fraude seguido de malversación debe sancionarse, ordinariamente, en relación de concurso medial», introduciendo algunas matizaciones importantes, dirigidas a evitar que una aplicación automática y generalizada de dicha doctrina acabe conduciendo a una doble sanción vulneradora del principio *non bis in idem*. Así, establece que para que pueda apreciarse un concurso de delitos es necesario que la sanción de la malversación no abarque todo el desvalor de la conducta, debiendo apreciarse un concurso de normas en caso contrario.

Esto es, precisamente, lo que sucede en el supuesto objeto de la sentencia comentada, en el que las condenadas recurren a un artificio —consistente en la alteración de un informe de valoración técnica emitido en relación con un concreto solicitante de una subvención— cuya potencialidad defraudatoria se agota en la concesión de la subvención, sin que pueda ser utilizado de nuevo para perjudicar al patrimonio público. De ahí que la sentencia recurrida afirme que la condena por el delito de malversación cubre todo el desvalor de la conducta realizada por las acusadas, de modo que la

imposición adicional de la pena prevista para el fraude a la Administración constituiría una vulneración de principio *non bis in idem*.

La solución adoptada por la sentencia objeto de este comentario no supone, en realidad, un cambio tan radical como podría parecer en la doctrina del Tribunal Supremo, que se ha ido consolidando respecto de supuestos en los que las maniobras defraudatorias realizadas por los acusados —consistentes en el concierto con terceros o en el uso de cualquier otra clase de artificios— no se dirigían a lograr una concreta y singular apropiación o distracción de fondos públicos, sino que daban lugar a tramas complejas y dotadas de una cierta estabilidad en el tiempo, mediante las cuales se posibilitaba el desvío de fondos públicos. A este esquema responden los hechos probados de la STS 806/2014, ya citada, y otras anteriores en las que el Tribunal adoptaba idéntica solución, como, por ejemplo, las SSTS 166/2014, de 28 de febrero (*Tol 4144637*) y 1537/2002, de 27 de septiembre (*Tol 4914144*).

Pero es que, además, entiendo que es la solución que mejor se adecúa tanto a la naturaleza y estructura típica, como a la dimensión dual que suele atribuirse al bien jurídico protegido por ambos delitos. En este sentido, ha de partirse de la idea de que, tanto la malversación como el fraude, presentan una doble vertiente: una patrimonial y otra referida a los principios que han de regir el funcionamiento de la Administración Pública. El hecho de que estos dos aspectos puedan tener una relevancia distinta en cada uno de los dos delitos, no significa que estemos ante dos bienes jurídicos distintos —como, en cambio, se afirma en la Sentencia 806/2014, ya citada—.

Partiendo de esta idea, se ha afirmado que el delito de fraude a la Administración representa un adelantamiento de la intervención penal, incriminando conductas —consistentes en concertarse con terceros o utilizar cualquier otra clase de artificio— realizadas con la finalidad de defraudar a la Administración y, por tanto, a ocasionar a esta un perjuicio patrimonial. Se trata, pues, de actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo, cuya consumación no requiere la producción de perjuicio patrimonial alguno. De esta configuración del delito de fraude ha de extraerse, como consecuencia natural, la siguiente conclusión: de producirse un perjuicio efectivo al patrimonio de la Administración, este debería sancionarse a través del delito de malversación (obviamente, siempre que concurrieran todos sus elementos típicos), que debería absorber todas las conductas preparatorias.

Este criterio —que fue, incluso, adoptado en la STS 841/2013, de 18 de noviembre— encontraría, sin embargo, una excepción que ha sido reconocida por un sector de la Doctrina y que, aunque no siempre haya sido explicado de forma expresa, se encuentra en la base de buena parte de los

pronunciamientos anteriores del Alto Tribunal: los supuestos en los que la maniobra fraudulenta constitutiva de fraude no se agotara en la producción de un perjuicio concreto y específico al erario público, sino que, más allá de este, creara un peligro para el bien jurídico protegido cuyo desvalor no quedaría suficientemente abarcado por la pena prevista para el delito de malversación de caudales públicos.

Sentencia nº: 797/2015

ENCABEZAMIENTO:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 797/2015

RECURSO CASACIÓN N°: 599/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 10/11/2015

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz

Fecha Sentencia: 24/11/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido Tourón

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: AMM

Recurso N°: 599/2015

Recurso N°: 599/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido

Tourón

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María

Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 797/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral García

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil quince.

En los recursos de casación que ante Nos pende, interpuestos por infracción de ley por el **MINISTERIO FISCAL** y por quebrantamiento de forma e infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Custodia Celia y por Rosa Yolanda contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, de fecha 20 de febrero de 20015, en causa seguida a Custodia Celia y Rosa Yolanda por delitos de prevaricación, malversación y falsedad documental, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichas recurrentes representadas, respectivamente, por los Procuradores D. Francisco Fernández Rosa y D^a Ana M^a Llorens Pardo; y como recurridos Cosme Leovigildo, Pascual Dionisio, Eloy Justino y Anton Benedicto, representados todos ellos por el Procurador D. Álvaro José de Luis Otero; y el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Jerez de La Frontera, instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 23/2014, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, con sede en Jerez de la Frontera, que con fecha 20 de febrero de 2015, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«PRIMERO.- El 4 de septiembre de 2003 se firmó un protocolo de colaboración entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, (M.A.P.A.) y el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. El 24 de enero de 2004 se firmó un convenio de colaboración entre el referido Ministerio y el Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, (I.P.D.C.), que era un organismo autónomo adscrito al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. El objeto del convenio era la creación y puesta en funcionamiento de un centro agroindustrial en Jerez de la Frontera. Se pactó que el M.A.P.A. aportaría 11 millones de euros mientras que el I.P.D.C. aportaría 1.500.000 euros. El destino de esas cantidades sería:

– 3 millones de euros aportados por el M.A.P.A. para cursos de formación sobre materias agroalimentarias y agrarias.

– 2 millones de euros aportados por el M.A.P.A. y 600.000 euros por el I.P.D.C. para la construcción de un edificio donde ubicar servicios a la agricultura.

– 6 millones de euros aportados por el M.A.P.A. y 900.000 euros aportados por el I.P.D.C. para la urbanización de un parque empresarial especializado en el sector agroalimentario que permitiese disponer de 140.000 metros cuadrados destinados a la instalación de empresas relacionadas con el sector agroalimentario. El 7 de septiembre de 2005 se modificó el convenio sólo en lo relativo a los planes de formación para introducir un programa de innovación tecnológica vinculado a la producción agraria.

SEGUNDO.- El 24 de septiembre de 2004 se firmó un acuerdo de colaboración entre el I.P.D.C., que como ya hemos dicho era un organismo autónomo del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, y la «Empresa Municipal del Suelo de Jerez», (EMUSUJESA), que era una empresa municipal dependiente de la citada corporación municipal. El objetivo del convenio era el desarrollo del centro agroindustrial conforme a los acuerdos con el M.A.P.A. EMUSUJESA se comprometió a destinar una finca de su propiedad a la instalación del futuro Parque Agroalimentario de Jerez y a tramitar los expedientes necesarios para las obras de urbanización, mientras que el I.P.D.C. se com-

prometió a financiar las obras de urbanización y a definir y gestionar la política de ayudas municipales a los futuros adquirentes de parcelas en el parque. En ese acuerdo se estableció que para la ejecución del proyecto I.P.D.C. y EMUSUJESA constituirían una «comisión de seguimiento» en la que, entre otras funciones, se analizaría las solicitudes de adquisición de parcelas mediante un procedimiento de valoración objetiva. Doña Custodia Celia fue alcaldesa de Jerez y presidenta del I.P.D.C. desde antes del 20 de enero de 2005. En esa fecha el pleno del Ayuntamiento designó a Don Cosme Leovigildo vocal de dicho organismo (folio 1044 de las actuaciones). El señor Cosme Leovigildo era concejal. Por resolución de 16 de marzo de 2005 fue designado vicepresidente del I.P.D.C. (folio 1045 de las actuaciones). La señora Custodia Celia también era presidenta de EMUSUJESA (Empresa Municipal del Suelo de Jerez sa.), en su condición de alcaldesa. El señor Cosme Leovigildo también era consejero de EMUSUJESA desde al menos el 20 de enero de 2005 y por resolución de 21 de junio de 2007 fue nombrado vicepresidente de esa sociedad (folios 1059 a 1060 de las actuaciones). La señora Rosa Yolanda no tenía ni en el I.P.D.C. ni en EMUSUJESA ningún cargo que le permitiese la disposición de fondos.

TERCERO.- El 16 de febrero de 2005 el Consejo de Administración de EMUSUJESA, con intervención de Doña Custodia Celia y de Don Cosme Leovigildo, fijó las bases para la venta de las parcelas del parque agroalimentario, haciendo constar la voluntad del gobierno local de repercutir el importe de la subvención ministerial en los empresarios que adquiriesen las parcelas. En el acuerdo adoptado se indicó que era necesario «un procedimiento de enajenación por el que realmente se garantice que las parcelas finales del Parque Agroalimentario cumplan el objetivo fundamental para el que se destinaron: Servir de base industrial a la actividad agropecuaria de nuestra comarca.»

Se estableció que, tras la solicitud de adquisición, se realizarían dos informes técnicos:

– Un informe de la Delegación de Desarrollo Rural del Ayuntamiento de Jerez para valorar la

adecuación del proyecto empresarial a los objetivos del proyecto de modernización agroindustrial de Jerez.

– Un informe de EMUSUJESA sobre la adecuación del proyecto a lo (7 establecido en el plan parcial del sector 38-parque agroalimentario.

Esos informes serían trasladados a la «comisión de seguimiento», creada por el convenio entre EMUSUJESA y el I.P.D.C. Esa comisión sería la que acordaría si el proyecto presentado cumplía o no las condiciones exigidas para incorporarse al parque.

En caso de ser favorable la decisión, se pasaría a la fase de contratación. Concretamente, a la firma del contrato privado de compraventa de la parcela el comprador tendría que abonar el 30 % del precio, «dicho importe será sobre el precio final sin subvencionar».

Una vez firmado el contrato privado y antes de formalizar la escritura pública de compraventa, el adquirente podría solicitar al I.P.D.C. la concesión de ayudas directas sobre el precio de adquisición, correspondiendo ese procedimiento al I.P.D.C. que sería el encargado de regularlo.

A la firma de la escritura pública debería abonarse el 70 % restante del precio de la parcela, pudiendo el adquirente presentar la resolución con la subvención concedida por el I.P.D.C. descontando del precio de la parcela las cantidades entregadas a cuenta y el importe de la subvención.

En ese acuerdo del Consejo de Administración de EMUSUJESA se estableció el precio de venta de cada una de las parcelas, que oscilaba entre 95 y 105 euros por metro cuadrado, según la actividad a la que se podía destinar la parcela. Se añadió que ese precio de referencia de las parcelas podría ser objeto de subvención por el I.P.D.C. o por la Delegación de Desarrollo Agroindustrial del Ayuntamiento de Jerez.

Se indicó también que para los casos de incumplimiento de sus obligaciones por los adquirentes se establecería la procedencia de la resolución contractual y la reversión de los terrenos a EMUSUJESA con reintegro del 80 % de las cantidades abonadas por el adquirente. A solicitud del comprador el derecho de reversión podría sustituirse por un aval a favor de EMUSUJESA.

CUARTO.- La firma el 6 de abril de 2005 de un protocolo entre el Ayuntamiento de Jerez y dos Consejerías de la Junta de Andalucía, se comunicó a la comisión de seguimiento del convenio con el M.A.P.A. y dio lugar a que se incorporase el concepto de innovación y se cambiase la denominación de «centro agroalimentario» por la de «Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez».

QUINTO.- El 19 de julio de 2005 el Consejo Rector del I.P.D.C. fijó los criterios de valoración de empresas para su ubicación en el «parque tecnológico agroindustrial de Jerez». En ese consejo rector intervino Don Cosme Leovigildo. El consejo rector del I.P.D.C. decidió que para evaluar la pertinencia de ubicación de una empresa en el Parque Agroindustrial de Jerez se estaría a los siguientes criterios:

– Criterios de tecnología e innovación. Puntuación máxima 2 puntos.

– Criterios de actividad. Puntuación máxima 3 puntos.

– Criterios de desarrollo rural. Puntuación máxima 4 puntos.

– Criterios de oportunidad. Puntuación máxima 2 puntos.

– Criterios de inversión/empleo. Puntuación máxima 3 puntos.

La máxima puntuación total posible era de 14 puntos. Se acordó que las empresas serían valoradas de acuerdo con esos criterios y que tendrían que cumplir:

– Un criterio de necesidad, debiendo obtener puntuación en, al menos, dos de los criterios establecidos. En caso contrario se entenderá que la empresa no es apta para su ubicación en el parque.

– Un criterio de suficiencia, debiendo obtener al menos 6 puntos.

Se indicó que «una vez se disponga de valoración positiva para la incorporación en el parque, las empresas podrán optar a una minoración en el precio tipo de venta del suelo», según la siguiente tabla:

14 puntos 40% de minoración

13-12 puntos 30% de minoración

11-10 puntos 25 % de minoración

9-8-7-6 puntos 20 % de minoración

SEXTO.- Por resolución de la Alcaldía, de 18 de junio de 2007, se crearon nuevas Delegaciones en el Ayuntamiento de Jerez, entre las que estaban la de Fomento Económico, desempeñada por Don Cosme Leovigildo, y la de Medio Rural, desempeñada por Doña Rosa Yolanda. Tanto el Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, (I.P.D.C.), como EMUSUJESA dependían de la Delegación de Fomento Económico, mientras que el Parque Tecnológico Agroalimentario, (P.T.A.), dependía de la Delegación de Medio Rural.

SÉPTIMO.- El 24 de julio de 2007 Doña Custodia Celia, como presidenta del I.P.D.C. y Don Cosme Leovigildo, como vicepresidente de «EMUSUJESA» acordaron una 'addenda' al acuerdo de colaboración firmado entre ambas entidades el 29 de septiembre de 2004 para el desarrollo del Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez. En la 'addenda' se dijo:

1. El I.P.D.C. fijará la ayuda que debe corresponder a cada adquirente de suelo «en forma de porcentaje de bonificación sobre el precio del suelo, en función de los criterios que el mismo instituto ha establecido y previa valoración de las circunstancias concurrentes en cada adquirente».

2. EMUSUJESA concederá una subvención directa, mediante la firma del correspondiente convenio, a cada adquirente de suelo que haya sido propuesto como beneficiario por el I.P.D.C.

OCTAVO.- Las adjudicaciones de parcelas en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez de la Frontera se resolvieron en las siguientes reuniones de la «Comisión de Seguimiento», creada por el convenio entre «EMUSUJESA» y el I.P.D.C.:

a.- El 30 de diciembre de 2005 se reunió la comisión, interviniendo:

– En nombre del I.P.D.C., el Delegado de Desarrollo Agroindustrial y Rural, el gerente del I.P.D.C. y Don Constancio Carlos, director del Área de Desarrollo Agroindustrial y Rural que se indicó que intervino con voz pero sin voto.

– En nombre de EMUSUJESA el coordinador de suelo de la Gerencia Municipal de Urbanismo y el gerente de EMUSUJESA.

Se realizaron 29 adjudicaciones sobre 39 solicitudes. Las solicitudes fueron valoradas conforme al

baremo establecido, siendo la máxima puntuación concedida la de 12 puntos. Al menos 7 de los adjudicatarios de las parcelas habían obtenido menos de 6 puntos en la valoración realizada por la Delegación de Desarrollo Agrícola y Rural, cuando en los criterios establecidos en la reunión de 19 de julio de 2005 del I.P.D.C. se había establecido que para la incorporación al parque debía cumplirse un criterio de suficiencia consistente en obtener al menos 6 puntos. En las fichas de valoración realizadas por la Delegación de Desarrollo Agrícola y Rural para esta reunión de la comisión de seguimiento se incluyó un apartado de «propuesta de subvención en el coste del suelo» en el que se cuantificó el porcentaje de minoración que correspondería a cada adjudicatario en función de los puntos obtenidos.

b.- El 10 de julio de 2006 hubo una nueva reunión de la comisión de seguimiento en la que intervinieron:

– Por el IPDC, Don Cosme Leovigildo, como Delegado de Desarrollo Económico y Promoción, el director gerente del LPDC. y Don Constancio Carlos, director del Área de Desarrollo Agroindustrial y Rural.

– Por EMUSUJESA el Delegado de Política Territorial y el gerente de dicha sociedad.

Fueron 15 las adjudicaciones realizadas, constando en la documentación incorporada la puntuación concedida a todos los adjudicatarios menos la de «Arconet S.L. dedicada a la actividad de servicios informáticos. Además habla un adjudicatario, «Invisa», que había sido valorado con 4 puntos. Los restantes tenían más de 6 puntos y la máxima puntuación reconocida fue de 11 puntos. En esta reunión se adjudicó una parcela a «Asaja».

c.- El 16 de abril de 2007 se reunió la comisión de seguimiento en la que intervinieron:

– Por el IPDC su director y Don Constancio Carlos, director del Área de Desarrollo Agroindustrial y Rural.

– Por EMUSUJESA su gerente.

Se efectuaron 9 adjudicaciones. En los expedientes administrativos constan las fichas de valoración de todos los que resultaron adjudicatarios, que superaban los 6 puntos, siendo la más pun-

tuada «Tecnología e Innovación Sanitaria S.L.» que obtuvo 9 puntos, según el contenido de la ficha de valoración que reflejaremos en el siguiente apartado de esta resolución.

d.- El 21 de enero de 2008 tuvo lugar otra reunión en la que intervino Don Cosme Leovigildo, haciéndose constar en el acta que lo hacía tanto en nombre del I.P.D.C. como de EMUSUJESA. Además intervinieron el director del I.P.D.C. y el gerente de EMUSUJESA. En esta reunión se produjeron

8 adjudicaciones. En los expedientes consta la puntuación asignada a cada solicitante, que en todos los casos fue de entre 6 y 8 puntos.

e.- El 24 de Julio de 2008 hubo otra reunión de la comisión de seguimiento. Al haberse suprimido el I.P.D.C. la reunión tuvo lugar entre el Ayuntamiento de Jerez, sucesor del I.P.D.C., y EMUSUJESA. Asistieron:

– Por el Ayuntamiento de Jerez Doña Rosa Yolanda, Delegada de Medio Rural.

– Por EMUSUJESA Don Cosme Leovigildo, vicepresidente de esa empresa.

Se adjudicaron 2 parcelas, sin que en los expedientes conste la valoración conforme al baremo de los adjudicatarios.

Pese a que no hay más reuniones de la comisión de seguimiento, la documentación aportada recoge otras solicitudes y adjudicaciones posteriores.

NOVENO.- «Tecnología e Innovación Sanitaria S.L.», (T.I.S.A.), se constituyó el 30 de septiembre de 2005 con tres socios, Don Eloy Justino, Don Pascual Dionisio y Don Anton Benedicto, todos ellos consejeros delegados mancomunados. El objeto social indicado en los estatutos de T.I.S.A. hacía referencia a la comercialización y representación de suministros y material clínico, los sistemas de mantenimiento técnico del material y maquinaria médica, la asesoría sobre esas cuestiones, la limpieza y mantenimiento de edificios y jardinería, los sistemas de seguridad y la hostelería. En enero de 2006 T.I.S.A. solicitó una subvención a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía para un proyecto que iba a realizar en «Huévar del Aljarafe» e indicó que su principal producto era

una planta generadora y, opcionalmente, envasadora de oxígeno para uso médico e industrial, presentando un estudio de mercado en el que 25 millones de euros de un total de 305 se referían a usos ajenos al médico. El 10 de julio de 2006 T.I.S.A. había presentado ya una solicitud para incorporarse al parque agroalimentario de Jerez. En esa solicitud T.I.S.A. indicó que el generador de oxígeno de T.I.S.A. permitiría mejorar la asistencia a los pacientes y ofrecer un coste económico inferior en el oxígeno hospitalario o industrial, con mejoras en el transporte, manipulación y seguridad. En la solicitud se indicó que la inversión prevista era de 7.585.162 euros y que se crearían 25 puestos de trabajo. En relación a esa solicitud, Don Constancio Carlos le comentó al señor Cosme Leovigildo las dificultades que veía para poder informar favorablemente la incorporación de esa empresa al parque agroindustrial por tratarse de una empresa dedicada a la actividad sanitaria. El señor Constancio Carlos trabajaba en la Delegación de Desarrollo Rural, era ingeniero agrónomo, estaba encargado de emitir los informes técnicos de valoración de los solicitantes de incorporación al parque agroalimentario y había intervenido en las dos reuniones de la comisión de seguimiento celebradas hasta el momento. Tras esos comentarios le el señor Constancio Carlos hizo al señor Cosme Leovigildo, la alcaldesa, Doña Custodia Celia, habló con Don Constancio Carlos y le dijo que tratase con cariño a esa empresa, facilitándole diversa documentación y un teléfono de contacto. Seguidamente el señor Constancio Carlos contactó con un asesor de T.I.S.A. al que le expuso las razones por las que consideraba que la disparidad entre su actividad y la propia del parque impedía la adjudicación solicitada. El 22 de septiembre de 2006 T.I.S.A. presentó un escrito en el I.P.D.C. destacando que la fabricación de generadores de nitrógeno y de oxígeno se enfocaría hacia los sectores de servicios y agroindustrial, incluyendo el tratamiento de agua, la conservación de alimentos y la acuicultura. El 22 de noviembre de 2006 T.I.S.A. presentó una nueva solicitud de incorporación al parque en la que indicó como actividad principal la fabricación de generadores

de oxígeno y nitrógeno para la acuicultura, dirigida a sectores como los de tratamiento de aguas residuales, industria hortofrutícola y conservera, congelación de alimentos en túneles por nitrógeno, conservas de fruta y hortalizas.

El 29 de enero de 2007 Doña Custodia Celia firmó un certificado indicando que lo hacía como Alcaldesa y Presidenta del Consejo de Administración de EMUSUJESA. La señora Custodia Celia certificó:

– Que T.I.S.A. había presentado el 22 de noviembre de 2006 una solicitud para la adquisición de una parcela edificable en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez.

– Que con esa solicitud T.I.S.A. había presentado el comprobante de ingreso de una cantidad a cuenta en concepto de fianza y parte de pago del precio de compraventa de la parcela «de la que resulte adjudicataria la citada entidad mercantil en la próxima reunión de la Comisión de Seguimiento del Proyecto de Puesta en Funcionamiento del Parque Agroindustrial de Jerez.»

– Que la citada Comisión de Seguimiento «procederá a adjudicar, en su próxima reunión y en aplicación de los criterios de valoración aprobados, parcelas de este espacio empresarial entre las que se encuentra la parcela NUM000 de este espacio empresarial, con una superficie total de 6.440'00 metros cuadrados de extensión superficial y una edificabilidad total de 4.54664 metros cuadrados, solicitada y afianzada por la entidad mercantil Tecnología e Innovación Sanitaria S.L.»

Como ya hemos indicado anteriormente, en la comisión de seguimiento celebrada el 16 de abril de 2007 se adjudicó una parcela a T.I.S.A. Esa adjudicación se basó en una ficha de valoración realizada por Don Constancio Carlos con el siguiente contenido:

«Breve descripción de la actividad T.I.S.A. es una sociedad promovida por personas relacionadas con el mundo de la medicina cuyo objetivo es la producción de oxígeno para uso hospitalario e industrial. Según informe adjuntado por la empresa, se pretendo abrir una línea de comercialización para el oxígeno dirigida a la acuicultura y la industria alimentaria. Concretamente los sec-

tores a los que fría destinada la producción de la planta prevista en el parque son el tratamiento, esterilización y desinfección de aguas residuales procedentes de industrias agroalimentarias (con fuerte DBO), limpieza y oxigenación de aguas de acuicultura, la desinfección de depuradora de mariscos, la congelación de alimentos (túneles de N2) y la conservación de frutas y hortalizas en atmósfera inerte.»

En la ficha el señor Constancio Carlos propuso que T.I.S.A. se incorporase al parque agroindustrial con la siguiente valoración:

Criterio de tecnología e innovación: 3 puntos. (Cuando el máximo establecido para ese apartado era de 2 puntos)

Criterio de actividad: 1 punto. Criterio de desarrollo rural: 1 punto. Criterio de oportunidad: 2 puntos. Criterio de inversión y empleo: 2 puntos. Total: 9 puntos.

El señor Constancio Carlos incluyó en su ficha de valoración una nota con el siguiente contenido: «Aunque la empresa reúne los requisitos formales para incorporarse al PTA (sobre todo en lo referente al desarrollo tecnológico) debe tenerse en cuenta que su actividad principal es el suministro de oxígeno a hospitales, por lo que su actividad no encajaría con los objetivos del parque agroindustrial. Con todo, se ha considerado positivamente la intención de la empresa de desarrollar una línea de trabajo vinculada al sector agroalimentario en los términos señalados anteriormente. Asimismo, se ha tenido en cuenta la adjudicación anterior de suelo a empresas dedicadas a la producción de componentes y aditivos alimentarios, creándose las condiciones para configurar una agrupación de empresas vinculadas a dicho sector. Lo mismo se podría decir de empresas relacionadas con tecnologías del agua.»

El 18 de mayo de 2007 se firmó contrato privado de compraventa de la parcela adjudicada entre T.I.S.A., representada por Don Eloy Justino, Don Anton Benedicto y Don Pascual Dionisio, y EMUSUJESA, representada por la alcaldesa de Jerez, Doña Custodia Celia. El precio de la parcela era de 611.800 euros más 97.888 euros de I.V.A.; T.I.S.A. abonó 106.45320 euros mediante che-

que bancario y 106.453'20 euros mediante pagaré con vencimiento el 18 de agosto de 2007, mientras que el resto se abonaría a la fecha de otorgamiento de la escritura pública. En acuerdo del consejo de Administración de EMUSUJESA de 16 de febrero de 2005 se había establecido que a la firma del contrato privado debía abonarse el 30 % del precio del suelo sin subvencionar. T.I.S.A. abonó mediante un cheque el 15 % de ese precio y el otro 15 % mediante un pagaré con vencimiento a tres meses. El pagaré no fue abonado en la fecha de vencimiento, 18 de agosto de 2007, sino que el 26 de septiembre de 2007 T.I.S.A. solicitó un aplazamiento hasta el 19 de octubre de 2007, fecha en que fue abonado.

DÉCIMO. - Aunque T.I.S.A. habla obtenido la adjudicación de la parcela, la alcaldesa Doña Custodia Celia decidió que iba a concederle una ayuda del 40 % del precio establecido por el Consejo de Administración de EMUSUJESA. La ficha técnica que otorgaba 9 puntos a la propuesta de T.I.S.A. era un impedimento para ella porque el acuerdo del Consejo Rector del I.P.D.C. de 19 de julio de 2005 suponía que un adjudicatario valorado con 9 puntos sólo tenía derecho a un 20 % de minoración del precio. Por ello Doña Custodia Celia le dijo a la concejal Doña Rosa Yolanda que solicitase a Don Constancio Carlos la realización de un informe técnico que reconociese los 14 puntos necesarios a la solicitud de T.I.S.A. para concederle la minoración del 40 % del precio.

Doña Rosa Yolanda, que era la Delegada Municipal de la que dependía el señor Constancio Carlos, conociendo que el objetivo del nuevo informe era aprobar una subvención del 40 % del precio de la parcela adjudicada a T.I.S.A. le solicitó al señor Constancio Carlos que realizase ese informe con 14 puntos. El señor Constancio Carlos no accedió a hacer el informe en los términos interesados y mantuvo que los 9 puntos indicados en la ficha técnica eran correctos. Posteriormente fueron diversos empleados de la Delegación de Fomento quienes insistieron al señor Constancio Carlos que debía hacer el informe porque «arriba» estaban esperándolo. El señor Constancio Carlos entendió que con la expresión «arriba» se referían a la Delegación de

Fomento, de la que era Delegado el señor Cosme Leovigildo. Finalmente el señor Constancio Carlos decidió redactar un documento con el siguiente contenido:

«En el presente informe se realiza una valoración de la empresa Tecnología Innovación Sanitaria S.L. (TIS), en base a los criterios adoptados por el Consejo del Instituto de promoción y Desarrollo de la Ciudad de 19 de julio de 2005, a efectos de conceder una posible subvención a dicha empresa para la adquisición de suelo en el parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez (PTA JEREZ).

I.- Consideraciones Generales

En relación con la actividad que desarrolla la empresa y su papel en el PTA-JEREZ, cabe hacerse las siguientes consideraciones:

Primero. El Parque Agroindustrial de Jerez es una infraestructura financiada por el Ministerio de Agricultura a través del convenio firmado el 24 de enero de 2004 con el Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad (modificado el 29 de marzo de 2005). El origen de la financiación obliga, por tanto, a que las empresas adjudicatarias de parcelas de dicho parque estén relacionadas con el sector agroindustrial, ya sea porque participen en la cadena de valor de productos agroindustriales finales o porque suministren insumos o servicios a dicha cadena.

Segundo.- En la primera semana de julio de 2006 se mantiene un contacto informal con la empresa TIS SL que expresa su interés en realizar una inversión en el parque agroindustrial de Jerez consistente en la creación de una planta de producción de oxígeno y nitrógeno. Se le informa de la orientación sectorial del parque, del procedimiento de adjudicación y se le requieren los estatutos de la sociedad y una breve memoria para evaluar la oportunidad de realizar la solicitud.

Tercero.- «Recibida la documentación anterior se constata que el objeto social de TIS SL está relacionado con la prestación de servicios y suministros a instituciones sanitarias. Sólo el punto e) (hostelería, explotación por sí o por cuenta de terceros de cafetería, bares y comedores o cualquier otra actividad de hostelería) del artículo re-

ferente al objeto social, podría relacionarse con el sistema agroalimentario (consumo social).

Cuarto.- El objeto específico de las inversiones que se realizarían en el parque agroindustrial es la construcción de una planta de producción de nitrógeno y oxígeno. Puestos en contacto con la empresa se nos informa que la producción de oxígeno está orientada a instituciones hospitalarias e industrias agroalimentarias con especial incidencia en los siguientes sectores:

– Tratamiento, esterilización y desinfección de aguas residuales de: Industrias hortofrutícolas. Industrias conserveras.

– Limpieza y oxigenación de aguas en la acuicultura

– Desinfección de depuradoras de marisco.

– Congelación de alimentos en túneles por nitrógeno.

– Conservación industrial de frutas y hortaliza.

Dado que estos fines encajan con el objeto del parque agroindustrial se le comunica la necesidad de proceder a formalizar la solicitud para lo que es necesario realizar un ingreso de 600 euros en cuenta de EMUSUJESA y redactar el impreso de solicitud. Posteriormente la empresa nos informa que el 1718/2006 se realiza el pago referido.

Quinto.- Con todo, se le requiere a la empresa una ampliación de la información sobre su vinculación al sector agroindustrial, por lo que el 22 de septiembre de 2006 se recibe en el registro del IPDC un informe firmado por D. Pascual Dionisio, Presidente de TIS SL, en el que se recogen sus líneas de negocio relacionadas con el sector agroindustrial

En consecuencia, a pesar de que el objeto social de la sociedad y la inversión a realizar no están relacionadas directamente con el sector agroindustrial, la empresa ha demostrado suficientemente que la producción de la planta que se ubicaría en el parque se destinaría en más de una (sic) 40% al sector agroindustrial, de hecho, se nos informa verbalmente que una de las razones por las que se decide ubicar la planta en Jerez es precisamente por el crecimiento que se prevé que tenga la acuicultura en los próximos años,

sin dejar a un lado la línea de negocio relacionada con la depuración de aguas.

Por otro lado, es altamente valorable el potencial de la empresa como colaboradora y socia en proyectos de I+D+I vinculados a los usos del oxígeno y el nitrógeno en los sectores anteriores, por lo que puede resultar de interés para el conjunto del proyecto del PTA, la presencia de TIS SL en el mismo, siempre y cuando se garantice el compromiso de la empresa de orientar la producción a los usos (dentro de la cadena alimentaria) anteriormente referidos.

2.- Valoración

a.- Criterio de tecnología e innovación (hasta 3 puntos): La empresa utiliza tecnologías, participe en proyectos de I+D (o puede ser un socio solvente en la puesta en marcha de futuros proyectos) y presenta en su dirección y equipo técnico titulados superiores con fuerte implicación en el ámbito empresarial. Por todo ello se propone una puntuación de 3.

b.- Criterio de actividad (hasta 3 puntos). La empresa no está directamente vinculada con el sector agroalimentario pero, como se apuntó anteriormente, puede ofrecer servicios y producir insumos para el mismo, por lo que proponemos una puntuación de 1.

c.- Criterio de desarrollo rural (hasta 3 puntos). A este respecto la empresa tendrá un impacto escaso sobre el desarrollo rural de Jerez. No obstante, su presencia en el pamue puede inducir la atracción de empresas que promuevan la diversificación productiva del campo jerezano. En consecuencia propones (sic) se valore este criterio con 1 punto.

d.- Criterio de oportunidad (hasta 3 puntos). La presencia en el parque de una empresa conectada con el sistema sanitario facilitará un puente en un ámbito clave en la industria agroalimentaria como es el de la alimentación y la salud. Esto dará singularidad al parque, por lo que proponemos una puntuación de 2.

e.- Criterio de inversión-empleo (hasta 2 puntos). Tanto por el carácter de la inversión como por la cantidad y calidad del empleo generado por la empresa, proponemos una puntuación de 2.

En consecuencia, la empresa obtendría una puntuación de 9 puntos sobre 14 (un 64%), lo que deberá tenerse en cuenta a la hora de (en base a la Ordenanza Municipal de Subvenciones y la LEY 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones) aplicar una posible minoración en el precio de compra de suelo en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez.

En Jerez de la Frontera, a 21 de enero de 2008. Servicios Técnicos de la Delegación de Medio Rural.

Ese documento lo envió por correo electrónico el señor Constancio Carlos a Doña Rosa Yolanda y, siguiendo las indicaciones que otras personas le transmitieron de parte de la señora Rosa Yolanda, lo remitió por correo electrónico el 23 de enero de 2008 a las 13:36 horas a Don Esteban Hugo y a Don Alexis Severiano.

El señor Esteban Hugo era en aquél momento el jefe de gabinete de la señora alcaldesa, Doña Custodia Celia, y es actualmente su marido. La Alcaldesa no disponía de una dirección de correo electrónico oficial en el Ayuntamiento sino que los mensajes electrónicos para ella se dirigían a las direcciones de correo oficiales de los integrantes de su gabinete. A Doña Custodia Celia le fue entregado ese correo electrónico y también el documento adjunto al mismo y que había sido remitido por el señor Constancio Carlos.

Don Alexis Severiano había sido desde el 11 de mayo de 2005 al 16 de junio de 2007 director del Área de Desarrollo Económico de la que era Delegado Don Cosme Leovigildo. A partir de esa fecha el señor Alexis Severiano pasó a trabajar en la «Escuela de Negocios» que era otro organismo dependiente del Ayuntamiento y que estaba situada en el mismo edificio del Área de Desarrollo Económico.

En el correo figuraba como asunto «informe TIS S.L.» y se mencionaba como datos adjuntos «informe minoración suelo tisa.docx». El texto del correo decía: «Siguiendo instrucciones de Rosa Yolanda, os adjunto informe justificativo para la posible concesión de una subvención para la compra de suelo en el PTA, a la empresa TIS S.L. Un cordial saludo. Constancio Carlos «.

Puesto que el documento redactado por el señor Constancio Carlos no era suficiente para conceder la subvención del 40 % del precio de la parcela, una o más personas no identificadas, con conocimiento de Doña Custodia Celia, procedieron a realizar las siguientes modificaciones en el mismo:

– El apartado tercero de las consideraciones generales quedó como sigue:

«Recibida la documentación anterior se constata que el objeto social de TIS SL, está relacionado con la prestación de servicios y suministros a instituciones sanitarias y producción industrial, relacionándose con el sistema agroalimentario, prestando servicios y suministrando insumos. Cuando la relación de ese párrafo en el documento anterior decía: «Recibida la documentación anterior se constata que el objeto social de TIS SL, está relacionado con la prestación de servicios y suministros a instituciones sanitarias. Sólo el punto e) (hostelería, explotación por sí o por cuenta de terceros de cafetería, bares y comedores o cualquier otra actividad de hostelería) del artículo referente al objeto social, podría relacionarse con el sistema agroalimentario (consumo social).

– El apartado quinto, en su párrafo segundo, sufrió una modificación que hizo que su comienzo quedase así: «La empresa ha demostrado suficientemente que la producción de la planta que se ubicada en el pamue se destinaría en gran medida al sector agroindustrial...» Cuando la redacción en el documento anterior de ese párrafo comenzaba así: «En consecuencia, a pesar de que el objeto social de la sociedad y de la inversión a realizar no están relacionadas directamente con el sector agroindustrial, la empresa ha demostrado suficientemente que la producción de la planta que se ubicaría en el parque se destinaría en más de una (sic) 40 % al sector agroindustrial... «.

En la parte del documento relativa a valoración, no se modificó el criterio a.- relativo a tecnología e innovación, manteniendo los tres puntos concedidos que excedían del máximo posible de 2 según las normas de valoración.

Si se modificó el criterio b.-, denominado de actividad, que quedó como sigue: «La empresa está directamente vinculada, aunque no exclusivamente, con el sector agroalimentario, como se apuntó anteriormente, ofrece servicios y produce insumos para el mismo, por lo que proponemos una puntuación de 3.» La anterior redacción del apartado decía: «La empresa no está directamente vinculada con el sector agroalimentario pero, como se apuntó anteriormente, puede ofrecer servicios y producir «insumos» para el mismo, por lo que proponemos una puntuación de 1.»

También se modificó el criterio c.-, relativo al desarrollo rural, que se redactó en los siguientes términos: «A este respecto, la presencia en el parque, inducirá la atracción de empresas que promuevan la diversificación productiva del campo jerezano, además de crear sinergias importantes en el sector agroindustrial, que ayudarán a fortalecer el sector agroalimentario. En consecuencia proponemos se valore este criterio con 3 puntos. Sin embargo, este apartado en el documento que el señor Constancio Carlos admite haber redactado decía:

«A este respecto, la empresa tendrá un impacto escaso sobre el desarrollo rural de Jerez. No obstante, su presencia en el parque puede inducir la atracción de empresas que promuevan la diversificación productiva del campo jerezano. En consecuencia, propones (sic) se valore este criterio con 1 punto.»

En el criterio d.-, el criterio de oportunidad, la modificación consistió en incrementar a 3 puntos los 2 puntos que incluía el documento cuya autoría admite el señor Constancio Carlos.

El criterio e.- no fue modificado.

En el último párrafo del escrito se indicó que la puntuación total sería de 14 puntos sobre 14 (un 100 %), sustituyendo así la indicación del documento elaborado por el señor Constancio Carlos en el que se había indicado que los puntos eran 9 sobre 14, (un 64 %). Se mantuvo la indicación relativa al lugar y fecha, (En Jerez de la Frontera, a 21 de enero de 2008), pero se suprimió la indicación «servicios técnicos de la Delegación de Medio Rural» en el lugar destinado a la firma.

Puesto que el señor Constancio Carlos no estaba dispuesto a reconocer los 14 puntos de valoración, las señoras Custodia Celia y Rosa Yolanda decidieron que ese documento tenía que firmarlo otro empleado municipal. Entre el 23 y el 25 de enero de 2008, la señora Rosa Yolanda le indicó a su secretaria Doña Herminia Noelia que buscara a Don Miguel Efrain o a Don Segismundo Mario y les dijese que acudiesen urgentemente a Alcaldía, Donde estaba ella, sin que la señora Rosa Yolanda le indicase a su secretaria el motivo de su solicitud.

Don Miguel Efrain prestaba servicios en el mismo departamento que el señor Constancio Carlos, con la categoría de técnico medio.

Don Segismundo Mario también prestaba servicios en ese mismo departamento y su categoría profesional era la de capataz, sin que nunca hubiese firmado informes técnicos.

La señora Rosa Yolanda y el señor Cosme Leovigildo tenían su despacho en el edificio popularmente conocido como «La Moncloita», en la Avenida Alcalde Alvaro Domecq, Donde estaba también el lugar de trabajo de los señores Miguel Efrain y Segismundo Mario. La Alcaldía estaba situada en el edificio principal del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera en la calle Consistorio, aproximadamente a mil metros del anterior edificio. Allí tenía su despacho Doña Custodia Celia. La secretaria de la señora Rosa Yolanda localizó a Don Segismundo Mario y le dijo que se desplazase urgentemente a Alcaldía porque Doña Rosa Yolanda le estaba esperando. El señor Segismundo Mario acudió a las dependencias de Alcaldía, sin saber el motivo por el que le llamaban, y la señora Rosa Yolanda le dijo que tenía que firmar un informe, que al señor Constancio Carlos no lo localizaban y que había que firmarlo. El señor Segismundo Mario le dijo a la señora Rosa Yolanda que él no sabía, pero leyó el documento y le preguntó a la señora Rosa Yolanda sobre el mismo, contestando la señora Rosa Yolanda que el documento lo había visto Constancio Carlos y que todo estaba correcto. El señor Segismundo Mario, confiando en la señora Rosa Yolanda, decidió hacer lo que le pedían y firmó el documento, con una firma ilegible y sin indicar su nombre. Segui-

damente el señor Segismundo Mario regresó al edificio de «La Moncloita» en el que estaba la Delegación Municipal a la que estaba adscrito y le dijo a Doña Herminia Noelia que le habían hecho firmar un papel y que si no sería nada malo. La señora Rosa Yolanda sabía que el documento que presentaba al señor Segismundo Mario para que lo firmase estaba elaborado sobre el borrador remitido por el señor Constancio Carlos y también sabía que respecto a ese borrador se había alterado la puntuación, introduciendo la concesión de 14 puntos, así como que el señor Constancio Carlos se negaba a firmar un documento en el que se concediese más de 9 puntos a la solicitud de T.I.S.A.

UNDÉCIMO.- Una vez firmado el documento por el señor Segismundo Mario, se incorporó al expediente administrativo. El 24 de enero de 2008 el interventor municipal informó en los siguientes términos:

«Informe sobre expediente de gasto. En relación con la propuesta de otorgamiento de subvención a «Tecnología Innovación Sanitaria, S.L.» por importe de 244.720 euros, para su ubicación en el Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez, he de informar:

1. Que existe crédito previsto en el presupuesto de gastos del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, prórroga del presupuesto para el año 2007, en la partida de gastos 02/711-A489.01. Una vez se produzca la integración de este organismo autónomo en el Ayuntamiento de Jerez, en el presupuesto municipal de gastos para el año 2008 el crédito se encuentra consignado en la partida 02/721-C470.00.

2. Que habrá de cumplirse la normativa vigente en materia de SUBVENCIONES (en mayúsculas en el documento firmado por el interventor.)

3. Fase de aprobación: Fase ADO.

4.- Órgano de aprobación del gasto: La Presidenta.»

El 25 de enero de 2008 se dictó una resolución con el siguiente encabezamiento: «Resolución de la Presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, de 25 de enero de 2008, por la que se fija ayuda económica por adquisición de suelo en el parque tecnológico agroali-

mentario de Jerez en favor de Tecnología Innovación Sanitaria S.L.». Decía la resolución que se dictaba al amparo del acuerdo de colaboración entre el I.P.D.C. y EMUSUJESA, en relación con la addenda de 24 de julio de 2007, en aplicación de los criterios acordados por el consejo rector del I.P.D.C. el 19 de julio de 2005 y de acuerdo con el informe técnico de valoración emitido por el Área de Medio Rural de 21 de enero de 2008, indicando que «La ayuda que corresponde a Tecnología Innovación Sanitaria S.L.» por la adquisición de suelo en el Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez es de un 40 % sobre el precio de venta.» y que se notificase a EMUSUJESA. La resolución la firmó Doña Custodia Celia sabiendo que a los restantes adjudicatarios del parque no se les había otorgado ninguna subvención y habían pagado el precio acordado por EMUSUJESA, con la única excepción de «Bornay Desserts s.l.» y de lo ocurrido con la entidad ASAJA con la que en esa fecha se estaba renegociando el precio de venta. También era consciente la señora Custodia Celia al firmar esa resolución de que la solicitud de incorporación al parque de T.I.S.A. había sido valorada con 9 puntos, lo cual sólo permitía una subvención del 20 % del precio de venta, según los criterios establecidos por el I.P.D.C. La señora Custodia Celia sabía que el informe incorporado al expediente había sido elaborado modificando el borrador remitido por el señor Constancio Carlos, subiendo la puntuación de 9 a 14 puntos contra el criterio de dicho señor. También sabía la señora Custodia Celia que posteriormente se había conseguido que ese documento lo firmase un empleado municipal que no había intervenido en su realización y que se había limitado a estampar su firma en el documento que le habían presentado, sin que el firmante hubiese realizado ninguna valoración.

DUODÉCIMO.- Por acuerdo dictado por el Pleno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera el 27 de diciembre de 2007 se había acordado la supresión, entre otros organismos, del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, sucediéndole el Ayuntamiento de Jerez en los derechos y obligaciones contraídos. Se fijó como fecha de entrada en vigor de ese acuerdo la de entrada en

vigor del presupuesto general del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera para el año 2008. EL LP.D.C. se integró en el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera el 1 de febrero de 2000

DECIMOTERCERO.- El 6 de Junio de 2008 se firmó la escritura pública por la que EMUSUJESA vendió la parcela a T.I.S.A. por un precio de 611.800 euros, más el I.V.A. por importe de 97.888 euros, por lo que el precio total de la venta fue de 709.688 euros pagados del siguiente modo:

– 106.45320 euros ya habían sido abonados mediante un pagaré fechado el 18 de mayo de 2007.

– 106.453'20 euros ya abonados con otro pagaré de 18 de mayo de 2007.

– 143.323'83 euros fueron abonados mediante la entrega de un cheque de la misma fecha que la escritura de compraventa.

– 108.737'77 euros fueron abonados mediante la entrega de otro cheque de la misma fecha que la escritura de compraventa.

– 244.720 euros fueron abonados mediante la aplicación de la ayuda que corresponde a la entidad compradora», T.I.S.A., «., tal y como consta en la resolución de la Presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad de fecha 25 de enero de 2008». A la escritura pública se unió fotocopia de los pagarés, de los cheques y de la resolución de 25 de enero de 2008. Esa escritura se firmó por Doña Custodia Celia, como presidenta de EMUSUJESA, y por Don Anton Benedicto, Don Pascual Dionisio y Don Eloy Justino en nombre de T.I.S.A. Con esa misma fecha EMUSUJESA emitió una factura que en uno de sus apartados indicó: aplicación subvención 244.720 euros. Se realizó un apunte contable de aplicación de la subvención por compensación contable, (folio 797 tercer tomo), que era el mecanismo habitual entre entidades dependientes del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Como el I.P.D.C. se había extinguido ya, que el Ayuntamiento de Jerez quien dispuso de una partida de 244.720 euros de su presupuesto para aplicarla a parte del precio cobrado por EMUSUJESA por esa parcela.

DECIMOCUARTO.- En la escritura de venta de la parcela, de 6 de junio de 2008, T.I.S.A. aceptó una serie de condiciones relativas a la obligación de solicitar licencia de obras en el plazo de 10 meses desde esa escritura, respetar en la edificación el plan parcial y construir en el plazo señalado en la licencia, no efectuar actos de enajenación o cesión de uso de la parcela antes de obtener la licencia de apertura, debiendo solicitar esa licencia antes de un mes desde la obtención de la licencia de primera utilización, además de ejercer la actividad de fabricación y envase de oxígeno destinado a la industria agroalimentaria durante el plazo de 5 años desde la obtención de la licencia de apertura, con prohibición de enajenar o traspasar la parcela o la edificación durante ese plazo. Se pactó que el incumplimiento de cualquiera de las condiciones anteriores conllevaría la resolución de la compraventa y la reversión de la parcela a EMUSUJESA con reintegro a la parte compradora del 80 % del importe del precio. En escrito fechado el 11 de junio de 2008, dirigido a la señora Alcaldesa y Presidenta de EMUSUJESA, Doña Custodia Celia, por Don Pascual Dionisio, actuando en nombre de T.I.S.A., aunque no está firmado por dicho señor, se indicó que diversas entidades bancarias habían manifestado la imposibilidad de proporcionar financiación para la construcción de la nave si no se eliminaban las condiciones establecidas en la cláusula cuarta de la escritura de compraventa. En el escrito se indicó también que T.I.S.A. conocía la posibilidad de sustituir esas obligaciones por un aval bancario, pero no podía asumir el coste, por lo que proponía la realización de otra escritura pública en la que se cancelasen las obligaciones de la cláusula cuarta de la escritura de compraventa y que en su lugar se firmase un acuerdo privado en el que T.I.S.A. se comprometiera a cumplir las condiciones de la estipulación cuarta de la escritura de compraventa. El 23 de julio de 2008 el gerente de EMUSUJESA, señor Lorenzo Urbano, informó respecto a esa solicitud indicando que hasta el momento cuando una empresa alegaba problemas con esas condiciones de la estipulación cuarta se había sustituido las mismas por un aval bancario, que la finalidad de las condiciones

era garantizar la ejecución del proyecto empresarial e impedir la enajenación de las parcelas antes del transcurso de 5 años desde el otorgamiento de la licencia, dado que los precios de la parcela eran sensiblemente inferiores a los de mercado, que la sustitución del aval bancario por un convenio privado no garantizaría con absoluta certeza el cumplimiento de las condiciones y supondría la necesidad de iniciar un procedimiento judicial en caso de incumplimiento y que a T.I.S.A. se la habla reconocido una ayuda del 40 % del precio de venta de la parcela. No obstante, añadió Don Lorenzo Urbano que las condiciones del mercado financiero habían variado desde el año 2005, fecha en que se había fijado las condiciones de venta de las parcelas, y que parecía razonable que la Presidenta de EMUSUJESA elevase al Consejo de Administración de dicha sociedad una propuesta para flexibilizar las condiciones de venta permitiendo a todas las empresas la posibilidad de suscribir un convenio privado, aplicando esa posibilidad con carácter retroactivo, una vez aprobada por el Consejo de Administración. El 25 de julio de 2008 Doña Custodia Celia dictó una «resolución de la Presidenta del Consejo de Administración» de EMUSUJESA en la que accedió a la solicitud de T.I.S.A. El mismo 25 de julio de 2008 se firmó un contrato privado en el que T.I.S.A. se comprometió a cumplir las mismas obligaciones de la cláusula cuarta de la escritura de compraventa y a abonar la cantidad de 386.400 euros en caso de incumplimiento de esas condiciones. En esa misma fecha, 25 de julio de 2008, se firmó la escritura pública de cancelación del derecho de reversión pactado en la escritura de compraventa y su sustitución por el convenio privado firmado entre las partes.

EMUSUJESA firmó entre el 25 de julio de 2008 y el 9 de marzo de 2009 los siguientes convenios relativos al compromiso de cumplir una serie de obligaciones, la resolución del contrato en caso de no hacerlo y el abono de una indemnización de 60 euros por metro cuadrado, además de la pérdida del 20 % de lo abonado:

– El 28 de octubre de 2008 con Don Agapito Casimiro, que sólo había firmado hasta el momento un contrato privado.

– El 4 de noviembre de 2008 con el representante de «Biorganic Research and Services, S.L.» que también había firmado un contrato privado.

– El 5 de noviembre de 2008 con «Viñedos La Trinidad s.l que también tenía contrato privado.

– El 7 de noviembre de 2008 con «Laboratorios Gómez Besser S.L. que había firmado ya la escritura pública de compraventa y que había constituido un aval bancario por importe de 83.226 euros para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas. Ese aval fue devuelto con motivo de la firma de este acuerdo entre las partes.

– El 28 de noviembre de 2008 con «Derivados Naturales Agrícolas S.L.», que también había firmado ya la escritura pública y había constituido un aval bancario por importe de 227.748 euros para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones y que fue devuelto como consecuencia de haberse firmado este acuerdo.

– El 28 de noviembre de 2008 con «Felipe Gómez Ingenieros S.L.» que tenía sólo contrato privado.

– El 9 de marzo de 2009 el consejo de administración de EMUSUJESA aprobó una serie de medidas para flexibilizar las condiciones de venta de las parcelas destinadas a actividades económicas, entre las que se incluyó la posibilidad de cancelar las condiciones reflejadas en la estipulación cuarta de las escrituras públicas de compraventa otorgadas y sustituirlas por un convenio privado en el que los adjudicatarios asumiesen esas mismas condiciones junto a una condición resolutoria por incumplimiento de las mismas.

DECIMOQUINTO.- En la comisión de seguimiento celebrada el 10 de julio de 2006 se había aprobado una adjudicación en favor de ASAJA. En un escrito fechado el 5 de septiembre de 2007 y dirigido a la señora alcaldesa, el gerente de EMUSUJESA, Don Lorenzo Urbano, explicó que, conforme a lo aprobado por el consejo de administración de EMUSUJESA en reunión de 16 de febrero de 2005, el precio de venta de la parcela adjudicada a ASAJA, a razón de 105

euros el metro cuadrado y sin incluir el I.V.A., debía ser de 885.806'25 euros, pero que el 15 de diciembre de 2006 el vicepresidente de EMUSUJESA, que en esa fecha no era el señor Cosme Leovigildo sino el señor Donato Diego, elegido concejal por un partido político distinto al de la señora Rosa Yolanda, había suscrito un contrato privado de compraventa estableciendo como precio de la parcela el de 265.741'88 euros, (a razón de 31'50 euros el metro cuadrado sin incluir el I.V.A.). En el expediente administrativo correspondiente a ASAJA consta ese contrato privado de compraventa de 15 de diciembre de 2006, en el que intervino también «Agricultores y ganaderos de Cádiz S.L.» Ese contrato de 15 de diciembre de 2006 en su estipulación segunda indica que el precio de la compraventa era de 885.806'25 euros más I.V.A. y que de esa suma la cantidad de 620.064 euros más I.V.A. sería satisfecha mediante el endoso a EMUSUJESA de la subvención que para la adquisición de la parcela pudiera ser concedida por el I.P.D.C. En ese contrato se pactó que, si llegado el momento del otorgamiento de la escritura pública el I.P.D.C. no hubiese concedido ninguna subvención para la compra de la parcela, del precio de compraventa se descontaría la subvención no concedida.

Don Lorenzo Urbano en un informe distinto, de 4 de diciembre de 2007, destacó esa y otras posibles anomalías del contrato suscrito con ASAJA y propuso que fuese resuelto y se firmase uno nuevo en el que se respetase el precio de venta aprobado por el consejo de administración de EMUSUJESA y las restantes condiciones establecidas. El 7 de marzo de 2008 Doña Custodia Celia firmó la resolución del contrato de 15 de diciembre de 2006 celebrado entre EMUSUJESA y «Agricultores y Ganaderos de Cádiz s.l.». El mismo 7 de marzo de 2008 la señora Custodia Celia firmó la escritura de compraventa de la parcela en la que se estableció el precio de 729.644'78 euros más I.V.A. Según consta en un escrito fechado el 8 de febrero de 2008 y firmado por Don Lorenzo Urbano, la diferencia con el precio original es consecuencia de que se fijó un coste unitario de 31'50 euros por metro cuadrado

para los 2.12465 metros cuadrados necesarios para que con un coeficiente de edificabilidad de 0'7060 pudieran construirse los 1.500 metros cuadrados sobre rasante que se iban a destinar a las dependencias de ASAJA en el edificio proyectado. Al resto de metros cuadrados de la parcela, 6.311'60 euros, se les aplicó el precio de 105 euros el metro cuadrado, que era el establecido por el consejo de administración de EMUSUJESA.

DECIMOSEXTO.- En el mes de diciembre de 2004 «Innovación y soluciones frigoríficas sa.» y «Marbrone S.L.» habían presentado sendas solicitudes de incorporación al parque agroalimentario de Jerez de la Frontera. En ese mismo mes se había presentado un escrito indicando que ambos proyectos eran complementarios e indivisibles. En la comisión de seguimiento celebrada el 30 de diciembre de 2005 se había acordado adjudicar a esos solicitantes las parcelas en base a unas fichas técnicas de valoración realizadas por el señor Constancio Carlos en las que había otorgado 9 puntos a «Marbrone S.L.» y 10 puntos a «Innovación y soluciones frigoríficas S.A.», indicando en ambas fichas una «propuesta de subvención en el coste del suelo» del 20 % para «Marbrone S.L. y del 25 % para «innovación y soluciones frigoríficas S.A.». Posteriormente «Innovación y soluciones frigoríficas S.A.» comunicó que no estaba interesada en continuar con el proyecto y el 31 de agosto de 2007 se había firmado la escritura pública por la que «Bornay Desserts S.L.» adquirió las parcelas que inicialmente habían sido adjudicadas las dos sociedades antes indicadas. En la escritura pública se indicó que del precio total de 2.135.880 euros, la cantidad de 854.352 euros se abonaba mediante la aplicación de la ayuda que corresponde a «Bornay Desserts S.L. tal y como constaba en la resolución de la presidenta del I.P.D.C. de 2 de agosto de 2007. De esa resolución se unió una copia a la escritura. El texto de la resolución es el mismo que posteriormente se utilizó para la resolución dictada el 25 de enero de 2008 sobre la ayuda a T.I.S.A., con las únicas diferencias de la fecha, la empresa beneficiaria y la mención al informe de valoración que en este caso se indicó que había sido emitido por el «director del Área

de Desarrollo Agroindustrial» del I.P.D.C. Ese informe habla sido emitido por Don Constancio Carlos el 25 de julio de 2007 y en el mismo el señor Constancio Carlos había valorado a 'Bornay Dessert S.L.» con 13 puntos ampliables a 14 si se cerrase un compromiso mínimo de contratación de trabajadores de la zona rural de Jerez.

DECIMOSÉPTIMO.- Don Abel Balbino presentó una denuncia en la Fiscalía por estos hechos el 5 de noviembre de 2009. En escrito fechado el 27 de mayo de 2010 el Ministerio Fiscal comunicó los hechos al Decanato de los Juzgados de Instrucción. Las diligencias previas se incoaron el 17 de junio de 2010. En esas diligencias, mediante escrito fechado el 5 de octubre de 2010 Doña Rosa Yolanda comunicó que el informe de valoración de 21 de enero de 2008 referido a T.I.S.A. había sido emitido por «el técnico Don Segismundo Mario». El señor Segismundo Mario declaró el 27 de octubre de 2010 y reconoció su firma en ese documento.

DECIMOCTAVO.- El 28 de enero de 2010 «Tecnología Innovación Sanitaria s.l.» cambió su denominación por la de «Sistema de Innovación de Fluidos si» y modificó su objeto social para introducir en el mismo que las plantas productoras de oxígeno para uso humano están destinadas a la industria agroalimentaria, conservera, piscifactoría y de tratamiento de agua, entre otros, además de mantener la mención a su destino a centros sanitarios. En escrito fechado el 12 de mayo de 2011 «Sistema de Innovación de Fluidos S.L. solicitó a EMUSEJESA la resolución de la compraventa realizada en escritura pública de 6 de junio de 2008.

DECIMONOVENO.- La ordenanza general reguladora de subvenciones fue aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera el 30 de marzo de 2004 y se publicó en el boletín oficial de la provincia el 23 de junio de 2004. En su artículo 5 la ordenanza establece una serie de requisitos mínimos que deben cumplir los solicitantes, como encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de seguridad social, no tener anteriores subvenciones pendientes de justificación, no haber sido condenado a la pérdida de la posibilidad de ob-

tener subvenciones, no haber sido declarado en concurso de acreedores, entre otros. El artículo establece que excepcionalmente y siempre que exista un claro interés público por la naturaleza de la subvención se podrá acordar por el órgano concedente la exoneración en el cumplimiento de algunos de esos requisitos. El artículo 8 indica que las subvenciones se pueden otorgar por el procedimiento ordinario, en régimen de libre concurrencia competitiva, o por el procedimiento especial, de forma directa, para ayudas en favor de personas en situación de necesidad, dificultad o riesgo social, las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos municipales en los términos recogidos en los convenios y normativa reguladora de las mismas, aquellas subvenciones cuyo otorgamiento venga impuesto por una norma de rango legal, y aquellas otras que con carácter excepcional se otorguen y en las que se acredite razones de interés público, social económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria. Del artículo 17 resulta que las subvenciones otorgadas por el procedimiento especial de concesión deberán ser aprobadas por acuerdo o resolución del órgano municipal competente, que con carácter general el instrumento para canalizar la subvención será un convenio con el beneficiario de la subvención, y que el convenio o el acuerdo de concesión deberán contener como mínimo la definición del objeto de la subvención, la indicación del carácter singular o extraordinario de la misma, las razones que acrediten el interés público, social, económico o humanitario y las que justifican la dificultad de su convocatoria, el régimen jurídico aplicable, el beneficiario, la cuantía, forma de pago y consignación presupuestaria, las obligaciones del beneficiario y el régimen de justificación de la aplicación dada a la subvención.

VIGÉSIMO.- Ninguno de los acusados ha estado privado de libertad por estos hechos».

SEGUNDO.- La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: «Condenamos a Doña Custodia Celia como autora penalmente responsable de un delito de falsedad en documento oficial

cometido por particular, de los artículos 392 y 390.1.2º del Código Penal, con fa concurrencia de la circunstancia agravante, del artículo 22.7º del Código Penal, de prevalerse la referida señora de su carácter público, de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 del Código Penal, tos dos últimos sin circunstancias modificativas de la responsabilidad Penal, y todos ellos en relación de concurso ideal conforme al artículo 77 del Código Penal, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión y a la pena de 8 años de inhabilitación absoluta con el contenido establecido en el artículo 41 del Código Penal Absolvemos a Doña Custodia Celia del delito de fraude a la administración del artículo 436 del Código Penal por el que fue acusada.

Condenamos a Doña Rosa Yolanda como autora penalmente responsable de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, de los artículos 392 y 390.1.2º del Código Penal, con la circunstancia agravante del artículo 22.7º del Código Penal, prevalerse de su carácter público; de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y como autora por cooperación necesaria de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1, con aplicación del artículo 65.3 del Código Penal por no tener dicha señora la disponibilidad de los caudales públicos por razón de su cargo, sin que en los dos últimos delitos concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad Penal, con aplicación el artículo 77.2. del Código Penal, al estar los delitos cometidos en relación de concurso ideal. Imponemos a la señora Rosa Yolanda las penas de 2 años 6 meses y 15 días de prisión y de 10 meses y 15 días de multas con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias. Además imponemos como pena accesoria a la de prisión la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena

Absolvemos a Doña Rosa Yolanda del delito de fraude a la administración del artículo 436 del Código Penal por el que fue acusada.

Condenamos a Don Segismundo Mario como autor penalmente responsable de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, de los artículos 392 y 390.1.2º del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante, del artículo 22.7º del Código Penal, de prevalerse el referido señor de su carácter público, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión y a la pena de 9 meses de multa con cuota diaria de 3 euros En caso de impago de la multa el señor Segismundo Mario deberá cumplir una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Absolvemos a Don Cosme Leovigildo, Don Pascual Dionisio, Don Anton Benedicto y Don Eloy Justino de los delitos por los que fueron acusados en el presente procedimiento.

Declaramos la nulidad de la resolución dictada el 25 de enero de 2008 por Doña Custodia Celia como presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad en la que se declaró que la ayuda correspondiente a «Tecnología Innovación Sanitaria S.L.» por la adquisición de suelo en el parque tecnológico agroalimentario de Jerez era de un 40 % sobre el precio de venta.

Condenamos a Doña Custodia Celia y a Doña Rosa Yolanda, con carácter solidario, a abonar al Ayuntamiento de Jerez la cantidad de 122.360 euros, que devengará el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago.

Absolvemos a los demás acusados de las pretensiones de responsabilidad civil dirigidas contra ellos y absolvemos también a «Tecnología Innovación Sanitaria S.L.», actualmente denominada «Sistema de innovación de fluidos S.L. de la pretensión relativa a responsabilidad civil dirigida contra ella.

Condenamos a Doña Custodia Celia a abonar 3/21 partes de las costas causadas en este procedimiento, incluyendo esa misma proporción de las generadas por la intervención de la Abogacía del Estado y del Ayuntamiento de Jerez como acusadores.

Condenamos a Doña Rosa Yolanda, a abonar 3/21 partes de las costas causadas en este proce-

dimiento, incluyendo esa misma proporción de las generadas por la intervención de la Abogacía del Estado y del Ayuntamiento de Jerez como acusadores.

Condenamos a Don Segismundo Mario a abonar 1/21 parte de las costas causadas en este procedimiento, incluyendo esa misma proporción de las generadas por la intervención de la Abogacía del Estado, pero no por la intervención del Ayuntamiento de Jerez que retiró la acusación contra él.

Declaramos de oficio las restantes 14/21 partes de las costas».

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron recursos de casación por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL y por quebrantamiento de forma e infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Custodia Celia y por Rosa Yolanda, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo la representación de Custodia Celia, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.E.Crim. y del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24.2 de la Constitución Española. SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.E.Crim. y del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción de precepto constitucional, en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española. Indebida admisión de la acusación particular de la Administración General del Estado. TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.E.Crim. y del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción de precepto constitucional, en concreto infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española. CUARTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.E.Crim. y del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción de precepto constitucional, por vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. QUINTO: Infracción

de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del artículo 390.2 del Código Penal. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal. SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del artículo 432 del Código Penal. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por infracción del artículo 116 del Código Penal, existencia de enriquecimiento injusto. NOVENO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error de hecho en la apreciación de la prueba. DÉCIMO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1º de la L.E.Crim., por indebida inadmisión de medios de prueba propuestos en tiempo y forma y pertinentes, relevantes y necesarios para la defensa.

La representación de Rosa Yolanda, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la LECrim., por infracción del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E., en relación con el art. 53.1 del propio texto constitucional. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 432.1 del Código Penal. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 392 del Código Penal en relación al artículo 390.1.2º del mismo texto legal. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal en relación al artículo 28, párrafo 2º, apartado b) del Código Penal. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 28, párrafo 2º, apartado b), en relación a los artículos 432.1 y 404 del Código Penal. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 110 del Código Penal en relación al 111, 112 y 113 del mismo Código. SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error de hecho en la apreciación de la prueba. OCTAVO (Numerado como Noveno en el recurso del recurrente): Quebrantamiento de forma al amparo del art.

850.1º de la L.E.Crim., como consecuencia de la inadmisión de la prueba testifical interesada de Dª Lucia Eugenia.

El MINISTERIO FISCAL formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim, por infracción del art. 436 en relación con el art. 77 del Código Penal por indebida inaplicación.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 10 de noviembre pasado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez, de fecha 20 de febrero de 2015, condena a la recurrente Dª Custodia Celia, Alcaldesa del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, como autora de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, de los arts. 392 y 390.1.2º CP, con la concurrencia de la circunstancia agravante 22.7º CP, de un delito de prevaricación del art. 404 CP y de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 CP, todos ellos en relación de concurso ideal, a las penas de 4 años y 6 meses de prisión y 8 años de inhabilitación absoluta.

Asimismo condena a la recurrente Rosa Yolanda, Concejal del Ayuntamiento de Jerez, como autora de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, de los arts. 392 y 390.1.2º CP, con la agravante del art. 22.7º; de un delito de prevaricación del art. 404 CP y como cooperadora necesaria de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1, con aplicación del art. 65.3 CP, todos ellos en relación de concurso ideal, a las penas de 2 años, 6 meses y 15 días de prisión y 10 meses y 15 días de multa.

Frente a ella se alzan los recursos de las dos condenadas, fundados en un total de dieciocho motivos y el recurso del Ministerio Fiscal fundado en un motivo único.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que en el año 2003 el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera recibió del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, (M.A.P.A.) una subvención de once millones de euros para, entre otras finalidades, la creación y puesta en funcionamiento de un Centro Agroindustrial en Jerez, incluyendo la urbanización de un Parque Empresarial destinado a la instalación de empresas relacionadas con el sector agroalimentario.

El 16 de febrero de 2005, con la intervención de la Alcaldesa Dª Custodia Celia, se fijaron las bases para la venta de las parcelas del Parque Agroalimentario, haciendo constar la voluntad del Gobierno Local de repercutir el importe de la subvención ministerial en los empresarios que adquiriesen las parcelas. En el acuerdo adoptado se indicó que era necesario *«un procedimiento de enajenación por el que realmente se garantice que las parcelas finales del Parque Agroalimentario cumplan el objetivo fundamental para el que se destinaron: servir de base industrial a la actividad agropecuaria de nuestracomarca»*, para lo cual se realizarían dos informes técnicos. En abril de 2005 se cambió la denominación de «Centro Agroalimentario» por la de «Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez». El 19 de julio de 2005 se fijaron, por una entidad municipal presidida por la Alcaldesa, los criterios de valoración de empresas para su ubicación en el «Parque Tecnológico Agroindustrial de Jerez», que deberían ser tomados en consideración en los informes técnicos. En esos criterios la máxima puntuación posible era de 14 puntos, y se tomaba en consideración la relación con el desarrollo rural y con la actividad agropecuaria. La puntuación máxima de 14 puntos daría lugar a un 40 % de minoración en el precio de la parcela, 12 puntos 30 % de minoración, 10 puntos 25 % de minoración y 9-8-7-6 puntos 20 % de minoración. Conforme a dichos criterios se fueron adjudicando las parcelas, en sucesivas reuniones del Comité correspondiente.

El 30 de septiembre de 2005 se constituyó «Tecnología e Innovación Sanitaria S.L.», (T.I.S.A.), cuyo objeto social era la comercialización y representación de suministros y material clínico, los

sistemas de mantenimiento técnico del material y maquinaria médica, la asesoría sobre esas cuestiones, la limpieza y mantenimiento de edificios y jardinería, los sistemas de seguridad y la hostelería.

El 10 de julio de 2006 T.I.S.A. presentó una solicitud para incorporarse al Parque Agroalimentario de Jerez. En esa solicitud T.I.S.A. indicó que el generador de oxígeno de T.I.S.A. permitiría mejorar la asistencia a los pacientes y ofrecer un coste económico inferior en el oxígeno hospitalario o industrial, con mejoras en el transporte, manipulación y seguridad. En la solicitud se indicó que la inversión prevista era de 7.585.162 euros y que se crearían 25 puestos de trabajo.

En relación a esa solicitud Constancio Carlos, ingeniero agrónomo, que estaba encargado de emitir los informes técnicos de valoración de los solicitantes de incorporación al Parque Agroalimentario, comentó las dificultades que veía para poder informar favorablemente la incorporación de esa empresa al Parque Agroindustrial por tratarse de una empresa dedicada a la actividad sanitaria. Tras esos comentarios, la Alcaldesa, D^a Custodia Celia, habló con Constancio Carlos y le dijo que tratase con cariño a esa empresa, facilitándole diversa documentación y un teléfono de contacto.

Seguidamente Constancio Carlos contactó con un asesor de T.I.S.A. al que le expuso las razones por las que consideraba que la disparidad entre su actividad y la propia del Parque impedía la adjudicación solicitada. El 22 de noviembre de 2006 T.I.S.A. presentó una nueva solicitud de incorporación al Parque en la que indicó como actividad principal la fabricación de generadores de oxígeno y nitrógeno para la acuicultura, dirigida a sectores como los de tratamiento de aguas residuales, industria hortofrutícola y conservera, congelación de alimentos en túneles por nitrógeno, conservas de fruta y hortalizas.

El 29 de enero de 2007 la Alcaldesa, D^a Custodia Celia, firmó un certificado en el que se expresaba que la Comisión de Seguimiento «*procederá a adjudicar, en su próxima reunión y en aplicación de los criterios de valoración aprobados, parcelas de este espacio empresarial entre las que se en-*

cuentra la parcela NUM000, con una superficie total de 6.440 metros cuadrados de extensión superficial y una edificabilidad total de 4.546'64 metros cuadrados, solicitada y afianzada por la entidad mercantil Tecnología e Innovación Sanitaria S.L.». Efectivamente, en la siguiente reunión, celebrada el 16 de abril de 2007, se adjudicó una parcela a T.I.S.A.

Esa adjudicación se basó en una ficha de valoración realizada por el Sr Constancio Carlos, en la que se le adjudicaba **a TISA una valoración de 9 puntos, que no permitía concederle la desgravación del 40%**, y añadiendo una nota con el siguiente contenido: «*Aunque la empresa reúne los requisitos formales para incorporarse al PTA (sobre todo en lo referente al desarrollo tecnológico) debe tenerse en cuenta que su actividad principal es el suministro de oxígeno ahospitales, por lo que su actividad no encajaría con los objetivos del Parque Agroindustrial. Con todo, se ha considerado positivamente la intención de la empresa de desarrollar una línea de trabajo vinculada al sector agroalimentario en los términos señalados anteriormente. Asimismo, se ha tenido en cuenta la adjudicación anterior de suelo a empresas dedicadas a la producción de componentes y aditivos alimentarios, creándose las condiciones para configurar una agrupación de empresas vinculadas a dicho sector. Lo mismo se podría decir de empresas relacionadas con tecnologías del agua.*».

El 18 de mayo de 2007 se firmó el contrato privado de compraventa de la parcela adjudicada entre T.I.S.A., y la Alcaldesa de Jerez, D^a Custodia Celia.

Aunque T.I.S.A. había obtenido la adjudicación de la parcela, la Alcaldesa decidió que iba a concederle una ayuda del 40 % del precio. La ficha técnica que otorgaba 9 puntos a la propuesta de T.I.S.A. era un impedimento para ello porque un adjudicatario valorado con 9 puntos sólo tenía derecho a un 20 % de minoración. Por ello D^a Custodia Celia le dijo a la concejal D^a Rosa Yolanda que solicitase al Sr Constancio Carlos la realización de otro informe técnico que reconociese los 14 puntos necesarios a la solicitud de

T.I.S.A. para concederle la minoración del 40 % del precio.

Doña Rosa Yolanda, que era la Delegada Municipal de la que dependía el señor Constancio Carlos, conociendo que el objetivo del nuevo informe era aprobar una subvención del 40 % del precio de la parcela adjudicada a T.I.S.A, le solicitó al señor Constancio Carlos que realizase ese informe con 14 puntos. El señor Constancio Carlos no accedió a hacer el informe en los términos interesados y mantuvo que los 9 puntos indicados en la ficha técnica eran correctos. Posteriormente fueron diversos empleados de la Delegación de Fomento quienes insistieron al Sr Constancio Carlos que debía hacer el informe porque «arriba» estaban esperándolo. Finalmente decidió redactar un nuevo documento, en términos más favorables, pero en el que se mantiene la valoración de nueve puntos.

Este documento lo envió por correo electrónico el señor Constancio Carlos a la Concejala D^a Rosa Yolanda y al Jefe de Gabinete de la Alcaldesa, que es actualmente su marido, dado que los mensajes electrónicos para la Alcaldesa se dirigen habitualmente a las direcciones de correo oficiales de su gabinete.

Puesto que el documento redactado por el señor Constancio Carlos no era suficiente para conceder la subvención del 40 % del precio de la parcela, una o más personas no identificadas, con conocimiento de la Alcaldesa, realizaron una serie de modificaciones en el mismo, de manera que en el último párrafo del escrito se indicó que la puntuación total sería de 14 puntos sobre 14 (un 100 %), sustituyendo así la indicación del documento elaborado por el señor Constancio Carlos en el que se había indicado que los puntos eran 9 sobre 14 (un 64 %).

Ya que el señor Constancio Carlos no estaba dispuesto a reconocer los 14 puntos de valoración, las acusadas D^a Custodia Celia y D^a Rosa Yolanda decidieron que ese documento tenía que firmarlo otro empleado municipal. Entre el 23 y el 25 de enero de 2008, D^a Rosa Yolanda llamó a un funcionario subordinado del Departamento del Sr Constancio Carlos, el Sr Segismundo Mario, para que acudiese urgentemente a la Alcaldía,

donde le dijo que tenía que firmar un informe, porque al señor Constancio Carlos no lo localizaban, diciéndole que todo estaba correcto. El señor Segismundo Mario, confiando en la Concejala, firmó el documento, con una firma ilegible y sin indicar su nombre. La Concejala conocía que se había alterado el documento y la puntuación, introduciendo la concesión de 14 puntos, así como que el señor Constancio Carlos se negaba a firmar un documento en el que se concediesen más de 9 puntos a la solicitud de T.I.S.A.

Una vez firmado, el documento alterado se incorporó al expediente administrativo. El 25 de enero de 2008 se dictó una resolución por la Alcaldesa en el que se establecía que «*La ayuda que corresponde a Tecnología Innovación Sanitaria S.L.*» por la adquisición de suelo en el Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez es de un 40 % sobre el precio de venta. «La resolución la firmó doña Custodia Celia sabiendo que la solicitud de incorporación al parque de T.I.S.A. había sido valorada con 9 puntos, lo cual sólo permitía una subvención del 20 % del precio de venta, y que el informe incorporado al expediente había sido elaborado modificando el borrador remitido por el señor Constancio Carlos, subiendo la puntuación de 9 a 14 puntos, en contra del criterio técnico.

El 6 de junio de 2008 se firmó la escritura pública de venta de la parcela a T.I.S.A. en la que 244.720 euros fueron abonados «mediante la aplicación de la ayuda que corresponde a la entidad compradora», T.I.S.A., Esta escritura se firmó por la Alcaldesa, como Presidenta de la sociedad municipal EMUSUJESA. Con esa misma fecha EMUSUJESA emitió una factura que en uno de sus apartados indicaba: «*Aplicación subvención 244.720 euros*». Se realizó un apunte contable de aplicación de la subvención por compensación contable, que era el mecanismo habitual entre entidades dependientes del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, siendo el Ayuntamiento de Jerez quien dispuso de una partida de 244.720 euros de su presupuesto para aplicarla a parte del precio pagado por TISA por esa parcela.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE LA CONDENADA D^a Custodia Celia.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de la condenada D^a Custodia Celia, por la vía del art 5 4^o de la LOPJ, alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, garantizado en el art 24 2^o CE.

Considera la recurrente, condenada por los delitos de prevaricación, falsedad y malversación en relación de concurso ideal, que no existe prueba directa de los hechos declarados probados y que la prueba indiciaria es manifiestamente insuficiente, estimando que los indicios son inconsistentes, débiles y ambiguos. De modo específico insiste en que no existe prueba alguna, ni directa ni indiciaria, respecto del delito de falsedad.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;
- b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,
- c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y
- d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a

la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5^o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

TERCERO.- Como se ha expresado, la recurrente ha sido condenada por los delitos de prevaricación, falsedad y malversación, en relación de concurso medial. En relación con los delitos de prevaricación y malversación concurre prueba directa de los elementos objetivos del delito, ya que la resolución administrativa que materializa la prevaricación y constituye el instrumento de la malversación fue dictada personalmente por

la recurrente el 25 de enero de 2008, en su calidad de Alcaldesa de Jerez, y de Presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, dato indiscutido, documentalmente acreditado y reconocido por la propia parte recurrente.

Lo que se cuestiona en el delito de prevaricación, con la consiguiente incidencia en el de malversación, es la concurrencia del requisito subjetivo, «a sabiendas de su injusticia», que es lo que se ha acreditado a través de prueba indiciaria. Pero ha de tenerse en cuenta que la prueba de este elemento subjetivo del delito de prevaricación, que constituye la esencia de la cuestión controvertida en este recurso, al referirse a elementos internos (lo que el autor conoce, pretende o desea), no puede ser determinado generalmente por prueba directa, precisamente porque no se trata de un hecho del mundo exterior perceptible por los sentidos, sino mediante un juicio de inferencia deducido a través de un proceso intelectual, razonado y razonable, de los datos fácticos concurrentes que figuren en la declaración probatoria de la sentencia. Es decir que la acreditación del elemento subjetivo del tipo de prevaricación a través de la prueba de indicios constituye un supuesto generalizado, que no aporta motivo alguno para cuestionar la resolución impugnada.

CUARTO.- Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la de esta Sala han reconocido la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (Ver, entre las más recientes, la STS 500/2015, de 24 de julio.

Las STC 133/2014, de 22 de julio y STC 146/2014, de 22 de septiembre resumen la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, con cita de las SSTC 126/2011, 109/2009 y 174/1985, entre otras:

A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: **a)** el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; **b)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; **c)** para que se pueda comprobar la razo-

nabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y **d)** este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre «una comprensión razonable de la realidad normalmente vividay apreciada conforme a criterios colectivos vigentes».

Y en esta STC 133/2014, se reseñan los requisitos necesarios para valorar el control de la racionalidad de la valoración probatoria del Tribunal de Instancia desde la perspectiva del respeto al derecho constitucional de presunción de inocencia, lo que se reitera en nuestra reciente STS 500/2015, de 24 de julio.

«El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento ‘cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada’ (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4)» (FJ 23).

«Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero, se afirma «que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que ‘el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posi-

bles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos» (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero, se establece que nuestro parámetro de control «respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera 'insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable' (por todas STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5)» (FJ

4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011, FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre, 70/2007, de 16 de abril, 104/2006, de 3 de abril, 296/2005, de 21 de noviembre, 263/2005, de 24 de octubre, y 145/2005, de 6 de junio.»

«Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio, «también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio, FJ 2)».

Frente a ello han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y

desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, «cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo.

Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC247/1993, de 15 de julio, FJ 1).»

QUINTO.- Asimismo esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha elaborado un consistente cuerpo de doctrina en relación con la prueba indiciaria, sistematizando sus requisitos de un modo, a nuestro entender, más acabado que la doctrina constitucional y que permite un adecuado control de la razonabilidad de la valoración probatoria del Tribunal de Instancia desde la perspectiva propiamente casacional.

En sentencias como la reciente de 28 de mayo de 2015 (núm. 318/2015), o las de 22 de octubre de 2014 (núm. 720/2014), núm. 444/2014, de 9 de junio, núm. 359/2014, de 30 de abril, núm. 433/2013 de 29 de Mayo, núm. 533/2013, de 25 de junio, 25 de enero de 2001 (núm.1980/2000), 12 de mayo (649/1998), 14 de mayo (584/1998) y 22 de junio (861/1998) de 1998, 26 de febrero (269/1999), 10 de junio (435/1999) y 26 de noviembre (1654/1999) de 1999, 1 de febrero (83/2000), 9 de febrero (141/2000), 14 de febrero (171/2000), 1 de marzo (363/2000), 24 de abril (728/2000), y 12 de diciembre (1911/2000) de 2000, hemos reiterado la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia y señalado sus requisitos, formales y materiales, que son:

1º) Desde el punto de vista formal:

a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que —aun cuando pueda ser sucinta o escueta— es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2º) Desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia.

A) En cuanto a los indicios es necesario:

a) Que estén plenamente acreditados;

b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa;

c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar;

d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los

hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

El control casacional tiene límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado razonablemente probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no cabe, en principio, su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación como lo dispuesto en el art. 741 de la Lecrim y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia, salvo supuestos de valoración arbitraria. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no puede cuestionarse por esta vía la valoración que —de la prueba testifical, por ejemplo— ha realizado el Tribunal sentenciador, sobre la base de la inmediación y la contradicción, para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado, siempre que dicha valoración sea razonable.

El segundo supone admitir que el control de la racionalidad de la inferencia no conlleva la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y tampoco por el del recurrente, sino únicamente comprobar que dicha inferencia responde a las reglas de la lógica y del criterio humano y que respeta la prohibición de la arbitrariedad.

Se trata exclusivamente de excluir aquellos supuestos en los que en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias (canon de la lógica o cohesión) o en los que la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada, derivándose de los indicios un amplio abanico de conclusiones alternativas (canon de la suficiencia o calidad de la conclusión), o bien se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales (canon de la constitucionalidad de los criterios).

En tercer lugar, queda fuera del ámbito del recurso casacional, (siempre que sea razonable) la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las

pruebas de descargo practicadas —que el Tribunal valora con inmediación, apreciando su verosimilitud y otorgándoles o no credibilidad— o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia objetiva, contradicción con otros datos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal «a quo», siempre que responda, como hemos dicho, a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En cuarto lugar, en cuanto a la forma de analizar los indicios debe alertarse frente al error de pretender valorarlos aisladamente, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero y 1 de marzo del 2000 entre otras muchas). El análisis desagregado o aislado de cada indicio, como islotes robinsonianos fuera del contexto integrado por la dinámica de los hechos y el resto de los elementos indiciarios interrelacionados, resulta manifiestamente contrario a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos sobre la teoría de las probabilidades, como ha señalado esta Sala, por ejemplo en las sentencias de 24 de octubre de 2000 y 21 de enero de 2001.

Por último debe añadirse que, como destacan las sentencias de 9 de junio de 1999 (núm. 918/1999) y 17 de noviembre de 2000, (núm. 1755/2000), siempre que concurren pruebas de cargo suficientemente serias de la participación del acusado en el hecho delictivo, la apreciación como indicio adicional —o más bien contraindicio— de la acreditación de la falsedad de la coartada del acusado o de la manifiesta inverosimilitud de sus manifestaciones exculpatorias, no significa invertir la carga de la prueba ni vulnera el principio «nemo tenetur», pues se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delic-

tivo, y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por su incredibilidad, no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna.

SEXTO.- En el caso actual el Tribunal sentenciador ha aplicado de modo correcto la doctrina sobre la prueba indiciaria, en relación con la valoración del elemento subjetivo del delito de prevaricación, y subsiguientemente de la malversación asociada a ésta. Más tarde analizaremos la cuestión del delito de falsedad, íntimamente relacionado.

En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado

materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1 de julio).

Y en el caso actual, este conocimiento de la injusticia de la resolución por parte de la recurrente es manifiesto, ya que antepone el contenido de su voluntad a cualquier otra consideración.

En primer lugar consta que la recurrente, al tener conocimiento de que el técnico encargado de realizar las valoraciones no consideraba posible otorgar a la solicitud de TISA la máxima valoración, pues no se trataba de una empresa agropecuaria, le llamó para solicitarle expresamente que tratase a esa empresa «con cariño».

Este primer indicio no lo traemos a colación porque implique un interés espurio por parte de la Alcaldesa, ni una propuesta de actuación delictiva, pues su interés por otorgar facilidades a la instalación de la empresa TISA en su localidad puede estar razonablemente motivado por el deseo de promover legítimamente el desarrollo industrial de Jerez, y la creación de puestos de trabajo, promoción que forma parte de los deberes de su cargo, sin que la expresión utilizada implique necesariamente la propuesta de comisión de irregularidad alguna.

Pero este indicio cobra especial relevancia para poner de relieve que la Alcaldesa estaba al tanto de las circunstancias que rodeaban la solicitud de la empresa TISA para instalarse en el Parque Agroalimentario, y de las dificultades generadas por la actividad médica a la que se dedicaba, que no era, en principio, compatible con la finalidad para la que se había recibido la subvención ministerial ni con el Acuerdo adoptado bajo la Presidencia de la recurrente conforme al cual era necesario seguir *«un procedimiento de enajenación por el que realmente se garantice que las parcelas finales del Parque Agroalimentario cumplan el objetivo fundamental para el que se destinaron: servir de base industrial a la actividad agropecuaria de nuestra comarca»*.

En definitiva, este indicio permite razonablemente concluir que la Alcaldesa conocía desde el principio la naturaleza de esta empresa y la imposibilidad de que le fuese otorgada la máxima calificación, y con ella la máxima subvención, por lo que ilumina lo sucedido en la totalidad del proceso y, en conjunto valorado junto con el resto del material indiciario al que nos referiremos seguidamente, permite concluir razonablemente que la Acusada firmó las resoluciones que adjudicaban a la citada empresa la máxima calificación, y le vendían la parcela con el máximo descuento, *«a sabiendas de su injusticia»*.

SÉPTIMO.- La firma de la resolución arbitraria no determina, en absoluto, la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. En sentencias de esta Sala, como la citada, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. Las Autoridades y funcionarios de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, y generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, pero en el caso actual el indicio expresado (la intervención personal de la Alcaldesa al comienzo del procedimiento para pedir al técnico que tratase con cariño la solicitud) pone de relieve que la acusada había expresado un especial interés por la empresa adjudicataria, que era consciente de las condiciones que limitaban la posibilidad de concederle subvenciones relevantes, condiciones que ella misma había aprobado, y que estaba perfectamente al corriente de la imposibilidad de alcanzar el máximo de subvención sin actuar irregularmente.

Un segundo indicio empleado por el Tribunal sentenciador, es la certificación firmada por la propia recurrente en el sentido de que a la empresa TISA se le iba a adjudicar una parcela del Parque Agropecuario en la siguiente reunión

del órgano competente para ello. En principio ya resulta extraño que se certifique el resultado de una decisión administrativa, que debe tomar un órgano colegiado, antes de esta decisión se adopte. Pero lo relevante, a efectos indiciarios, en el caso actual, es que esta certificación pone de relieve el minucioso seguimiento de la acusada recurrente del procedimiento de adjudicación de la parcela solicitada por dicha empresa en el Parque Agropecuario. Seguimiento que razonablemente obliga a concluir que la resolución finalmente adoptada por la recurrente no fue tomada en un asunto del que desconociese sus características, y pudiese ignorar la arbitrariedad de la concesión de la puntuación máxima, sino en un asunto que conocía minuciosamente, y que siguió de forma particularizada.

Un tercer indicio se encuentra relatado en el conjunto de presiones sufridas por el técnico Sr Constancio Carlos, para que modificase su informe. Después de la intervención personal de la Alcaldesa, pidiéndole que tratase a la empresa TISA «con cariño», el Sr Constancio Carlos emitió un informe favorable, que permitía la adjudicación de la parcela con una subvención del 20%, pero no con la puntuación máxima dado que no se trataba de una empresa agropecuaria, que era a las que estaban destinadas prioritariamente las subvenciones. La Alcaldesa había aprobado los criterios de valoración y conocía estas circunstancias, que imposibilitaban la puntuación máxima para TISA, pero una vez adjudicada provisionalmente la parcela el Sr Constancio Carlos comenzó a recibir presiones de su entorno, según se le decía procedentes de la superioridad, para que modificase el informe. Una inferencia razonable, no suficiente por sí misma pero si en valoración conjunta con el resto de los indicios concurrentes, es la de que dichas presiones solo podían proceder de la propia Alcaldía, dado el interés mostrado por ella en el asunto y la dificultad de que se interpusiesen cargos inferiores en un asunto que la propia Alcaldesa había llevado personalmente en su fase más delicada de interesar al técnico un dictamen favorable.

Un cuarto indicio consiste en que el propio técnico, que tuvo que elaborar un segundo infor-

me en el que sin embargo mantuvo la misma puntuación, remitió el nuevo informe por correo electrónico al Jefe de Gabinete de la Alcaldesa, y en lo sucedido a continuación. No vamos a entrar en las alegaciones del Jefe de Gabinete en el sentido de no haber leído el correo, pues dado el interés mostrado por la Alcaldesa en este asunto resulta manifiestamente inverosímil que su propio Jefe de Gabinete no atendiese el correo y no le informase debidamente. La Sala sentenciadora lo razona suficientemente. Pero lo manifiesto es que se produce a continuación una falsificación del informe, y unas gestiones para que el informe falsificado se firme por otro funcionario, que únicamente pueden comprenderse desde la perspectiva de que la propia Alcaldesa, máxima autoridad municipal, tuvo necesariamente que interesar y autorizar esta manipulación.

La intervención personal de la Concejala Delegada constituye un indicio adicional. Ésta no ha declarado de modo directo que siguió instrucciones de la Alcaldesa, pero dada la posición que ocupaba en el Ayuntamiento, y lo delicado de las gestiones realizadas (en realidad delictivas, y lo cierto es que ha sido condenada por ello), es inimaginable que pudiese referirse a alguien diferente cuando manifestó que realizó esta gestión porque se lo pidieron «otras personas», a las que no identificó. Solo la autoridad de la Alcaldesa podía imponer a la Concejala Delegada que realizase esta gestión, según las normas ordinarias de la experiencia, pues la Alcaldesa era la única que podía tener sobre la Concejala la ascendencia necesaria para que accediese a realizarla.

La firma de la adjudicación, con el dictamen falseado y sin poner objeción alguna, constituye un nuevo indicio, pues por todo lo expresado es manifiesto que la recurrente tenía necesariamente que conocer que la empresa adjudicataria no podía alcanzar, en absoluto, la puntuación máxima. La Sala sentenciadora se refiere a otros indicios, la celeridad de los trámites, la ausencia de solicitud expresa de la subvención por parte de TISA, la excepcionalidad de la ayuda, el carácter jerárquico del Ayuntamiento que hace inimaginable que los técnicos decidiesen un asunto de esta relevancia sin el conocimiento de la Alcaldesa,

la eliminación de una serie de condiciones impuestas inicialmente en la escritura pública de compraventa, etc. Pero son indicios adicionales, no imprescindibles, pues estimamos que los indicios anteriormente consignados y razonablemente valorados, ponen de manifiesto sin duda de clase alguna que la adjudicación de la parcela y la concesión de la subvención máxima se realizaron con pleno conocimiento de la Alcaldesa y de la Concejala Delegada sobre la injusticia de la resolución.

Procede, por todo ello, la desestimación del motivo en lo que se refiere a los delitos de prevaricación y malversación.

OCTAVO.- Por lo que se refiere al delito de falsedad debemos llegar a la misma conclusión.

Es conocida la doctrina de esta Sala (STS 287/2015, de 19 de mayo, entre las más recientes), en el sentido de que el delito de falsedad no constituye un delito de propia mano que exija la realización material de la falsedad por el propio autor, sino que admite su realización a través de persona interpuesta que actúe a su instancia, por lo que la responsabilidad en concepto de autor no precisa de la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación bastando el concierto y el previo reparto de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que es autor tanto quien falsifica materialmente como quien en concierto con él se aprovecha de la acción con tal de que tenga el dominio funcional sobre la falsificación.

Este supuesto es el aplicable al caso de autos, al conocer perfectamente la recurrente la falsedad del informe suscrito por un funcionario subalterno que no era el autor del informe originario, después de que el informe inicial hubiese sido alterado de modo determinante.

Los mismos indicios anteriormente expresados avalan esta conclusión, dado que la falsificación del informe se convirtió en un medio indispensable para alcanzar el fin interesado de conceder la máxima subvención a la empresa favorecida. Una vez fracasadas las gestiones amigables sobre el técnico competente para emitir el dictamen exigido por las normas aprobadas por la propia

Alcaldesa, (petición de que la solicitud fuese tratada «con cariño»), y también las presiones internas para que realizase un segundo informe más favorable (realizado, pero manteniendo en el fondo la puntuación inicial), era necesario desistir de la operación de conceder a esta empresa una inmerecida puntuación máxima, o manipular el informe cambiando su contenido esencial. Pues bien, esto último fue lo que se hizo.

Esa decisión solo pudo ser adoptada por la acusada, dado el papel desempeñado en el conjunto de la operación, ya que, en primer lugar, no podía ser realizado a sus espaldas, pues la Alcaldesa conocía la imposibilidad de conseguir de otra forma un informe favorable y por tanto tenía que firmar la resolución sobre la base de un informe firmado por alguien que no fuese el técnico competente. Y, en segundo lugar, no podía ser realizado sin su aquiescencia y colaboración, pues ningún funcionario podía arriesgarse a manipular un informe técnico dirigido a la Alcaldía, ni tenía interés alguno para ello, y solo la propia Alcaldesa recurrente podía conseguir de la Concejala Delegada que otro técnico se aviniese a firmar el informe manipulado.

En consecuencia, no existe ninguna hipótesis alternativa razonable a que la operación, que exigía necesariamente como instrumento esencial la manipulación del informe, se pudiese realizar sin el impulso y aquiescencia de la Alcaldesa. Era ésta, además, la que iba a beneficiarse de la falsificación del dictamen, al permitir que su resolución del expediente pudiese superar las objeciones de la Intervención, que obviamente se producirían si la concesión de la máxima subvención no estuviese apoyada en un dictamen con la máxima puntuación.

En definitiva, valorados en su conjunto los plurales indicios existentes, relacionándolos racionalmente, surge como conclusión natural de las normas ordinarias de la lógica y la experiencia que la falsificación se realizó a instancia de la recurrente, que fue quien se aprovechó de la documentación falseada, conclusión que supera el canon de la lógica o cohesión interna, y el canon externo de la suficiencia o calidad de la conclu-

sión, por lo que el motivo debe ser íntegramente desestimado.

NOVENO.- El segundo motivo de recurso, también por la vía del art 5 4º de la LOPJ, denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haberse otorgado legitimación a la Administración General del Estado como acusación particular. Se alega que la indemnización se acordó en beneficio del Ayuntamiento, por lo que no existía perjuicio alguno para el Estado, y no debió admitirse la personación de la Abogacía del Estado, ni incluir sus costas en la condena. El motivo carece de fundamento.

El art 109 Lecrim otorga la posibilidad de ser parte como acusador particular al ofendido por el delito, por lo que la legitimación para actuar en tal condición en el proceso no depende necesariamente de la condición de perjudicado, en el sentido de beneficiario de la responsabilidad civil. Como recuerda la reciente STS núm. 754/2015, de 17 de noviembre, constituye un error manifiesto denegar la condición de acusación particular al ofendido por el delito para ligar esta condición exclusivamente a quien sucesivamente fuese el titular del patrimonio dañado, o excluir como acusador a quien no pudiese ejercitar la acción civil, pues en tal caso todo el que fuese indemnizado perdería la condición de acusador particular.

El ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral por la comisión del hecho delictivo, e incluye tanto a la víctima directa como a los terceros (art 113 CP).

En el caso actual el Estado es ofendido por el delito porque el dinero malversado, incrementando ilícitamente la ayuda o subvención que recibió la empresa adjudicataria, procedía en su mayor parte de una subvención de once millones de euros concedida al Ayuntamiento de Jerez por el Ministerio de Agricultura, con una finalidad específica. El Estado se convierte en ofendido por el delito en la medida en que dichos fondos son malversados por miembros del Ayuntamien-

to, desviándolos de la finalidad acordada, por lo que con independencia de la calificación jurídica acogida finalmente o de la titularidad final de la indemnización, su legitimación como acusador en el proceso está plenamente justificada. Cuestión distinta es que la indemnización se conceda al Ayuntamiento, en la medida en que los fondos recibidos de la Administración del Estado, con una finalidad específica, se han integrado en su patrimonio y deben volver al organismo encargado de darles el referido destino, pero ello no excluye la condición de ofendido por parte del Estado, en la medida en que, como ya hemos señalado, esta condición no sigue necesariamente los cambios que en la titularidad patrimonial puedan producirse.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DÉCIMO.- El tercer motivo de recurso, también al amparo del art 5 4º de la LOPJ, alega vulneración del principio acusatorio por considerar que el Tribunal se ha servido de indicios que no han sido objeto de la acusación. Se refiere a hechos relativos a otros expedientes y a un dato colateral analizado en la prueba relativa a los correos electrónicos recibidos por el Jefe de Gabinete de la Alcaldesa.

Conforme a la doctrina de esta Sala (STS 241/2014, de 26 de marzo) el principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, con lo que se preserva estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, en condiciones tales que pueda defenderse, lo que protege especialmente el derecho de defensa.

Aunque este principio no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en sentencias ya clásicas núm. 17/1988, núm. 168/1990, núm. 47/1991, y en las de 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994, consagró una constante doctrina conforme a la cual «los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto con-

sagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo» (STS núm. 1590/1997, de 30 de diciembre, entre muchas otras).

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a los aspectos esenciales de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescindiera de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación; y a la pena interesada por las acusaciones (Pleno jurisprudencial esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2006), ya que *«el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa»*.

El principio acusatorio, por lo tanto, y en lo que ahora interesa, contiene una prohibición, dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Dicha forma de proceder afecta al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente en la acusación. También lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado. Y desde otro punto de vista, vulnera el de-

recho de defensa, pues el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que son hechos que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral. Ahora bien, como se ha señalado, en lo que se refiere a los hechos objeto de acusación, el principio acusatorio solo exige que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, siendo perfectamente posible que el Tribunal prescindiera de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada.

En el caso actual, el Tribunal sentenciador no ha añadido ningún hecho relevante para la acusación. Sencillamente en la valoración de la prueba ha apreciado elementos probatorios obrantes en el proceso, y discutidos en el juicio oral, que han sido sometidos a contradicción, y que no figuraban minuciosamente relacionados en el escrito de acusación, porque éste no puede ni debe ser omnicompreensivo en relación con todos los datos, incluso colaterales o de escasa relevancia, que puedan ser valorados por el Tribunal sentenciador en su análisis probatorio.

El juicio oral constituye el momento esencial del proceso penal, en el que debe practicarse la prueba. La contradicción a la que se somete la prueba puede, y debe, dar lugar a que aparezcan elementos de convicción, fruto de la viveza de los interrogatorios, que no estén expresamente relacionados en los escritos de acusación, y el hecho de que el Tribunal los tome en consideración no vulnera el principio acusatorio. Lo que prohíbe este principio es que la condena se fundamente en hechos sustancialmente diferentes de los que han sido objeto de acusación, no que el Tribunal valore datos o elementos de convicción sometidos a contradicción en el juicio, que no apareciesen minuciosamente relacionados en la calificación acusatoria, pues lo contrario fosilizaría el juicio.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El cuarto motivo de recurso, también al amparo del art 5 4º LOPJ, alega infracción del art 14 CE, que proclama el principio de igualdad ante la ley. Alega la parte recurrente que dos empresas que solicitaron adquirir parcelas en el Parque Agropecuario finalmente desistieron, y las parcelas las adquirió una tercera a la que le concedieron la máxima valoración de 14 puntos, en un informe del Sr Constancio Carlos, e incluso posteriormente se elevó a 15, más de lo permitido. Se alega que no se debió penalizar el hecho enjuiciado, cuando se han cometido otras irregularidades no sancionadas.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el reconocimiento de la lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige, en primer lugar, la acreditación de un «tertium comparationis», ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria.

En segundo lugar, también se precisa la identidad de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la ley. Igualmente, es necesaria la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de «la referencia a otro» exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

Por último, además, se exige que el tratamiento desigual se concrete en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una ratio decidendi sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la

inadvertencia; concluyendo que lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (por todas, STC 105/2009, de 4 de mayo, FJ 4).

En el caso actual no nos encontramos ante ninguno de estos supuestos, y lo único que alega la parte recurrente es que habría hipotéticamente otros supuestos de irregularidades que no han sido objeto de condena. El principio acusatorio impide que analicemos esos otros supuestos que no han sido objeto de acusación alguna. Pero, en cualquier caso, esos supuestos delitos adicionales no afectarían al sancionado en la sentencia de instancia, pues cada cual responde de su propia conducta.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMOSEGUNDO.- El quinto motivo, por infracción de ley, alega vulneración del art 390 1 2º CP.

Considera la parte recurrente que la afirmación de la sentencia en el sentido de que el documento no era auténtico porque no se había realizado una valoración técnica que atribuyese 14 puntos de valoración a la solicitud de TISA contradice el relato fáctico, pues en éste se afirma que personas no identificadas modificaron el documento inicial, por lo que el nuevo documento no es falso sino que responde a los criterios técnicos de esas personas no identificadas.

Y también estima que el documento es genuino, pues fue firmado por otro funcionario, que asumió su autoría.

El motivo no puede ser estimado. La sentencia aplica la modalidad de falsedad prevenida en el art 390 1 2º, simulando un documento en todo

o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

Con carácter general, (STS núm. 309/2012, de 12 de abril y 331/2013, de 25 de abril, entre otras) el delito de falsedad documental consiste en la plasmación gráfica de una mutación de la realidad que se apoya en una alteración objetiva de la verdad, de manera que será falso el documento que exprese un relato o contenga un dato que sea incompatible con la verdad de los hechos constatados.

Y también se ha establecido (STS 331/2013, de 25 de abril), contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo, y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24 de septiembre; núm. 845/2007, de 31 de octubre; y 165/2010, de 18 de febrero, entre otras).

Pues bien, en el caso actual se ha producido una alteración objetiva de la verdad, pues el informe inicial elaborado por el técnico competente para su confección, el ingeniero agrónomo Sr Constancio Carlos, ha sido manifiestamente alterado por personas ignotas, a instancia de la recurrente, modificando su contenido esencial, la valoración de la solicitud en nueve puntos, que fue sustituida por catorce, y con ello se han afectado tanto la función probatoria como la garantizadora del documento, pues lo que acredita o prueba el documento no es cierto, dado que el informe técnico genuino establecía otra cosa, y la persona firmante tampoco es la misma que la que ha realizado las manifestaciones que en el documento se le atribuyen.

La doctrina mayoritaria de esta Sala ha optado en la aplicación del art 390.1.2º CP 95 (simular un documento, en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad), por una interpretación lata del concepto de auten-

tidad, conforme con su significado literal, incluyendo en dicha modalidad falsaria tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad), como los de formación de un documento esencialmente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de autenticidad objetiva).

En el caso actual concurren ambos supuestos. En primer lugar, el contenido del documento objetivamente auténtico, el dictamen emitido por el técnico competente para elaborarlo, se ha alterado de una forma sustancial (lo que también determina la aplicación concurrente de la modalidad primera de falsedad del art 390 1, alterar un documento en alguno de sus elementos esenciales), lo que implica en cualquier caso la simulación de un documento que induce a error sobre su autenticidad objetiva.

Y, en segundo lugar, en la firma del documento se ha incorporado a un capataz del servicio, persona que en realidad no tuvo intervención en su redacción (lo que también determina la aplicación concurrente de la modalidad tercera de falsedad documental, art 390 1 3º «suponiendo en un acto la intervención de persona que no la ha tenido»), lo que también implica la simulación de un documento que induce a error sobre su autenticidad subjetiva, o genuinidad.

Es decir, que la falsedad cometida es triple: alterar un documento en sus elementos esenciales, simular un documento induciendo a error sobre su autenticidad y hacer intervenir en el mismo a una persona que no la ha tenido.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Asimismo debe destacarse que esta falsificación documental, que conforme a su tipificación legal influye de modo determinante en la gravedad de la pena impuesta, dota a la conducta enjuiciada de una especial gravedad. En efecto, la actuación de la recurrente no se limitó a dictar una resolución manifiestamente arbitraria (prevaricación), permitiendo con ello que un tercero sustrajese caudales públicos que la Alcaldesa tenía a su cargo por razón de sus funciones (malversación),

sino que utilizó como instrumento la falsificación de un documento oficial, atacando con ello la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos suscritos por los funcionarios públicos y cuestionando la esencia misma del buen funcionamiento de la administración, pues si se manipulan desde el ámbito político los elementos esenciales de los documentos oficiales que sirven de sustrato a los expedientes administrativos, se burla la última garantía de los ciudadanos en el funcionamiento fiable de los servicios públicos.

DECIMOTERCERO.- El sexto motivo, también por infracción de ley, alega vulneración del art 404 CP (prevaricación) por aplicación indebida. Considera la parte recurrente que no concurre el delito de prevaricación, en primer lugar porque la resolución no es arbitraria, dado que otra empresa, La Ibense Bornay, también recibió subvención. En segundo lugar que tampoco era injusta porque estaba basada en un informe técnico con respecto al cual no se ha probado que no correspondiese a una valoración técnica adecuada y en tercer lugar que en todo caso nos encontraríamos ante una mera irregularidad administrativa y no ante un delito de prevaricación.

Como recuerda la reciente STS 259/2015, de 30 de abril, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales; 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E).

Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras) «el delito

de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es lamera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...».

El Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como «arbitrarias» las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso Intelhorce).

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;
- 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
- 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;
- 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

En el caso actual concurren los referidos requisitos. En primer lugar no se cuestiona que en la

recurrente, Alcaldesa de Jerez, concurre la condición de Autoridad, y que por parte de dicha recurrente se ha dictado una resolución en un asunto administrativo, concretamente en un procedimiento de adjudicación de una parcela, que comprometía caudales públicos. En concreto el 25 de enero de 2008 se dictó una resolución por la Alcaldesa en el expediente administrativo de adjudicación de las parcelas del Parque Agropecuario, en la que se establecía que: La ayuda que corresponde a Tecnología Innovación Sanitaria S.l.» por la adquisición de suelo en el Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez es de un 40 % sobre el precio de venta.

En segundo lugar tampoco es cuestionable la referida resolución era objetivamente contraria a derecho, pues a la empresa TISA, dedicada fundamentalmente a actividades relacionadas con la medicina, no le podía corresponder en ningún caso la ayuda máxima para instalarse en el Parque Agroalimentario conforme a las propias normas establecidas por el Ayuntamiento que presidía la recurrente, en las que se comprometían a seguir un procedimiento que garantizara que en el Parque Tecnológico Agroalimentario de Jerez las parcelas cumpliesen el objetivo fundamental para el que se destinaron: Servir de base industrial a la actividad agropecuaria de la comarca.

La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento (prescindir del informe emitido por el técnico competente, y sustituirlo por un dictamen manipulado, firmado por un capataz, sin cualificación ni competencia para suscribirlo), como en el contenido sustancial de la resolución, pues afirmar que a la citada empresa le correspondía la ayuda máxima, en contra de lo que manifiestamente se deducía tanto de su actividad como de la puntuación otorgada por el técnico competente, es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta. Las normas eran de una claridad apabullante: a una puntuación de 9 puntos, que era la atribuida a TISA en el dictamen del técnico competente, le correspondía una ayuda del 20 %, y para conce-

der la ayuda máxima del 40% era necesaria una valoración, también máxima, de 14 puntos, que el técnico se negaba a otorgar.

Conviene resaltar, como se ha hecho en otras sentencias de esta Sala, que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

Y en el caso actual es lo que sucedió, pues al saltarse la recurrente el procedimiento, sustituyendo el informe del técnico competente, por otro manipulado e inauténtico, que aparentaba sustentar la calificación de 14 puntos, pudo la Alcaldesa dictar la resolución adjudicando la

ayuda máxima, sin oposición de la Intervención Municipal, es decir pudo saltarse los controles administrativos procedentes.

4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; que en el caso actual se manifiesta en haber adjudicado a la empresa TISA una ayuda de 244.720 euros, cuando solo le correspondía la mitad.

5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

En el presente caso, la decisión de la Alcaldesa recurrente de adjudicar la ayuda máxima a la empresa TISA constituyó una resolución adoptada con el único sustento de su exclusiva voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional.

El seguimiento de todo el proceso así lo indica. Primero se influye sobre el funcionario competente para que trate con cariño a la empresa. Seguidamente, visto que no le adjudica la puntuación máxima, necesaria para la concesión de la ayuda máxima, se le presiona para que cambie el informe. Y, por último, como el nuevo informe tampoco daba cobertura a la máxima subvención que arbitrariamente quería conceder la Alcaldesa, se manipula el informe y se sustituye por otro firmado por un capataz. La arbitrariedad del proceso es manifiesta.

Concurren, en consecuencia, todos los elementos integrantes del delito de prevaricación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO.- Frente a ello, y como se ha expresado, se efectúan tres alegaciones.

En primer lugar que la resolución no es arbitraria, dado que otra empresa, la Ibense Bornay, también recibió subvención. Esta alegación es irrelevante porque no consta en absoluto que respecto de dicha empresa hayan concurrido las circunstancias, por ejemplo la falsificación del informe técnico, que han concurrido en el caso ahora enjuiciado.

En segundo lugar que la resolución no era injusta porque estaba basada en un informe técnico con

respecto al cual no se ha probado que no correspondiese a una valoración técnica adecuada, alegación carente del menor fundamento, pues está acreditado que el informe emitido por el técnico competente fue manipulado y sustituido por otro realizado por mera complacencia.

Y en tercer lugar que, en todo caso, nos encontraríamos ante una mera irregularidad administrativa y no ante un delito de prevaricación, alegación absolutamente inconsistente, pues las circunstancias anteriormente expuestas (primero se influye sobre el funcionario competente para que trate con cariño a la empresa, segundo se le presiona para que cambie el informe, y tercero, se manipula el informe y se sustituye por otro firmado por un capataz), ponen manifiestamente de relieve que no nos encontramos ante una simple irregularidad administrativa, sino ante una manifiesta arbitrariedad.

Como se señala en la STS. 600/2014 del 3 de septiembre, entre otras, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios (STS 259/2015, de 30 de abril).

La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada —desde el punto de vista objetivo— no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la reso-

lución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

En el caso actual, es claro que fue exclusivamente la voluntad personal de la Alcaldesa, y su deseo imperiosos de adjudicar a la empresa TISA la subvención máxima, lo que motivó una vulneración absoluta del procedimiento prevenido para valoración de la puntuación correspondiente a dicha empresa, forzando un informe favorable y finalmente falsificándolo, burlando totalmente los controles prevenidos para optimizar el gasto de los fondos públicos, e incurriendo en una absoluto desprecio de los procedimientos administrativos, establecidos precisamente para velar por el gasto responsable de los fondos públicos. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, como ya se ha expresado

DECIMOQUINTO.- El séptimo motivo, por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega vulneración del art 432 CP (delito de malversación). Estima la parte recurrente que no hay malversación de fondos públicos en primer lugar porque el importe de la subvención no fue destinado a un fin particular sino a un fin de interés público como era la instalación de una empresa en el Parque Tecnológico Agropecuario de Jerez, en segundo lugar porque no ha quedado acreditado que TISA no tuviese derecho a la subvención, en tercer lugar porque no ha existido un actuar doloso y en cuarto lugar porque no concurre ánimo de lucro.

El cauce casacional elegido exige el respeto del relato fáctico, por lo que en todo caso debemos partir para su resolución de lo establecido en los hechos probados, sin que pueda volverse a discutir aquí las cuestiones ya resueltas al referirnos al delito de falsedad o al de prevaricación.

Como señala la STS 1051/2013, de 26 de septiembre, «el delito de Malversación de caudales públicos tiene como presupuestos: a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en

una función pública; b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y d) sustrayendo —o consintiendo que otro sustraiga— lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de enero). Se consume con la sola realidad dispositiva de los caudales (STS310/2003, de 7 de marzo)».

Por lo que se refiere a la primera impugnación (el importe de la subvención no fue destinado a un fin particular sino a un fin de interés público como era la instalación de una empresa en el Parque Tecnológico agropecuario de Jerez), su desestimación se impone pues lo cierto es que el dinero malversado no fue destinado a la instalación de la empresa en el Parque, sino a que la empresa se ahorrara más de cien mil euros al adquirir en propiedad una parcela que se iba a integrar en su patrimonio, con independencia del destino que se diese a la parcela. Es cierto que para fomentar dicha instalación estaba previsto subvencionarla en determinadas condiciones, pero al duplicar arbitrariamente la cantidad a la que la empresa tenía derecho, la Alcaldesa desvió fondos públicos de su destino y dispuso de ellos, como si fuesen propios, en beneficio de la empresa adjudicataria, permitiendo a la citada empresa lucrarse indebidamente con fondos públicos que no le correspondían.

La segunda alegación (que no ha quedado acreditado que TISA no tuviese derecho a la subvención) carece también de fundamento, pues debe respetarse el relato fáctico, y como ya se ha expuesto exhaustivamente en el análisis de los anteriores motivos, a TISA se le duplicó arbitra-

riamente la subvención a la que tenía derecho, incluso falsificando el informe técnico.

La tercera alegación (no ha existido un actuar doloso), también carece de fundamento, porque el dolo en este delito comprende el conocimiento de que los fondos son públicos, lo que conocía sobradamente la Alcaldesa recurrente, y de que su disposición es ilícita, lo que también constaba a la Alcaldesa que había participado en la aprobación de la normativa reguladora de la concesión de las subvenciones y conocía que la empresa TISA no podía alcanzar el máximo de valoración para obtener el máximo de subvención. Y también conocía que, de hecho, no había obtenido dicho máximo, por lo que fue necesario manipular el informe técnico para dar ilícita cobertura a la operación.

La cuarta alegación (que no concurre el elemento subjetivo del tipo, ánimo de lucro propio o ajeno) tampoco puede ser admitida, pues este elemento subjetivo añadido a la figura por el Código Penal de 1995 ha de ser interpretado como propósito de cualquier tipo de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, y siendo también indiferente que el móvil o causa última de la liberalidad sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el deseo de enriquecer a los terceros, pues en cualquier caso estas finalidades últimas son ajenas al tipo.

En consecuencia, el hecho de que la recurrente disponga ilícitamente de fondos públicos en beneficio de terceros, consciente de que les proporciona un enriquecimiento, provecho o ventaja ilícitos, en perjuicio del patrimonio municipal, integra el ánimo de lucro. Con independencia de que el fin último sea el de conceder una mera liberalidad para beneficiar a una compañía y así facilitar ilícitamente la instalación de la empresa en la comarca, pues lo requerido por el tipo es que la conducta enjuiciada incluya un propósito de enriquecimiento o ganancia, que puede ser, bien directo para el sujeto público implicado, o bien indirecto cuando su interés radique en propiciar el lucro de un tercero a costa del erario público, pues tal interés tendría en todo caso una incuestionable dimensión económica de signo

negativo para los fondos públicos (STS 79/2007, de 7 de febrero).

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMOSEXTO.- Es cierto que el delito de malversación de caudales públicos ha sido modificado por la reforma operada en la LO 1/2015. Esta modificación es relevante pues, siguiendo el modelo germánico que tanto ha influido en la reciente reforma, se ha abandonado nuestra definición consolidada del delito de malversación de caudales públicos, bien delimitada por la doctrina jurisprudencial, para construir un nuevo modelo en el que se transforma la malversación en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal (art 252) y apropiación indebida (art 253,) a los que se remite de modo expreso el nuevo art 432, cuando tengan por objeto el patrimonio público. Esta modificación, que parece responder al mero mimetismo pues es sabido que al no existir propiamente en Alemania un delito específico de malversación de caudales públicos los supuestos correspondientes se tienen que resolver mediante la aplicación del tipo de administración desleal (266 StGB), puede provocar problemas interpretativos pues, como ha señalado acertadamente la doctrina, la modalidad de malversación construida por mera remisión a la administración desleal del patrimonio privado puede generar distorsiones al no ser totalmente equiparable la finalidad de la gestión del patrimonio público y el privado.

Ahora bien, lo que ahora interesa a los efectos de la aplicación retroactiva de la norma penal más beneficiosa, es determinar si la conducta sancionada como malversación de caudales públicos en la sentencia impugnada es también típica conforme a la nueva definición de la malversación, y, en su caso, si está sancionada de modo más benévolo. Para ello se ha dado traslado a las partes, que no han cuestionado que la conducta enjuiciada continúe siendo típica como malversación en la nueva redacción, y además interesan se mantenga la aplicación de la normativa anterior, por estimarla más beneficiosa.

La cuestión no es sencilla, pues se ha sostenido doctrinalmente que los supuestos de distracción,

antes comprendidos en la modalidad ordinaria de malversación apropiatoria, deberían tratarse ahora como administración desleal de patrimonio público, lo que indudablemente puede introducir un cambio de enfoque, no sometido a contradicción en la sentencia impugnada que fue dictada con anterioridad a la modificación legal. Pero en el caso actual esta cuestión no se ha planteado, por lo que podemos considerar que nos encontramos ante un supuesto de malversación apropiatoria que debe ser sancionada manteniendo la regulación anterior, por resultar más beneficiosa, dado que al ser su cuantía superior a 50.000 euros la nueva regulación impondría la aplicación de la modalidad agravada prevenida en el nuevo art 432 3 b (CP 2015).

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado

DECIMOSEPTIMO.- El octavo motivo, al amparo del art 849 2º de la Lecrim, alega error de hecho en la valoración de la prueba en relación con la aplicación del art 116 CP.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013, entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos siguientes:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;

2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba deter-

minada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim.; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

En el caso actual no concurren los referidos requisitos. La parte recurrente plantea una cuestión totalmente ajena a este cauce casacional, una cuestión que no es de carácter fáctico sino jurídico. Alega que se ha interpretado indebidamente el art 116 CP, ya que al anular la sentencia impugnada la adjudicación prevaricadora la empresa TISA debería devolver la subvención recibida, por lo que no existiría perjuicio y no debería haberse condenado a la recurrente a indemnización alguna.

El motivo debe ser desestimado, pues el cauce casacional elegido es totalmente ajeno a la cuestión planteada. En cualquier caso la cuestión relativa a las consecuencias civiles de la nulidad de la adjudicación y a la eventual devolución de la subvención, deberán resolverse en ejecución de sentencia, sin que afecten a la necesidad de condenar en la sentencia impugnada a las responsables penales al pago de la indemnización del perjuicio sufrido por las arcas municipales como consecuencia directa de los hechos delictivos objeto de sanción (art 116 CP), estableciéndose en cualquier caso en este precepto las normas procedentes de solidaridad e, incluso, repetición cuando hubiese varios responsables.

DECIMOCTAVO.- El noveno motivo alega también error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º de la Lecrim. Alega

la parte recurrente que la Sala no ha tomado en consideración un presunto error cometido por el Sr Constancio Carlos en otro informe, lo que es relevante porque cuestiona la fiabilidad técnica del perito Sr Constancio Carlos en sus informes. La doctrina de esta Sala (sentencia 834/96, de 11 de Noviembre, entre otras muchas), admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando:

a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario;

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del Tribunal. En el primero porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos, como dice la sentencia nº 310/95, de 6 de Marzo, ante un «discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico».

En el caso actual no concurre ninguno de dichos requisitos, por lo que el motivo tiene que ser desestimado. Lo que pretende la parte recurrente no es acreditar documentalmente un error manifiesto del Tribunal sentenciador, sino interesar

de esta Sala una nueva valoración del conjunto de la prueba a partir de un supuesto error del perito en otro caso diferente. Y esta pretensión es manifiestamente inadmisibles en este cauce casacional.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Por ello, la jurisprudencia es tajante cuando excluye de relevancia en este cauce casacional los supuestos en que el error que se denuncia no se pruebe directamente por el documento invocado, sino que lo que se solicite exija valorar otros medios probatorios o realizar deducciones que no se deriven inmediatamente del documento invocado.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMONOVENO.- El décimo motivo, por quebrantamiento de forma, denuncia la denegación indebida de una prueba propuesta en tiempo y forma. Alega la parte recurrente que durante el juicio solicitó la práctica de una prueba testifical para cuestionar la credibilidad del testigo Sr Constancio Carlos, prueba consistente en la declaración de la inicial abogada del denunciante, y fundamentada en que al folio 558 figura un escrito presentado por el denunciante Abel Balbino del que se desprende el conocimiento de actuaciones sometidas a secreto sumarial, escrito preparado por su abogada.

Esta Sala ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva de las garantías fundamentales y del derecho a un «juicio justo» con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (artículo 24.2) y los Con-

venios Internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico por vía de ratificación (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), pero también ha señalado, de modo continuado y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (S.T.C. 36/1.983 de 11 de mayo, 89/1.986 de 1 de julio, 22/1.990 de 15 de febrero, 59/1.991 de 14 de marzo y S.T.S. Sala 2ª de 7 de marzo de 1.988, 29 de febrero de 1.989, 15 de febrero de 1.990, 1 de abril de 1.991, 18 de septiembre de 1.992, 14 de julio de 1.995 y 1 de abril de 1.996), que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su necesidad y posibilidad.

El reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto a su admisión, la pertinencia de las pruebas propuestas «rechazando las demás» (Art. 659 y concordantes de la Lecrim), y en cuanto a su práctica, la necesidad de las pruebas admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o indebidas dilaciones.

Como señalaban entre otras, las Sentencias de esta Sala de 1 de abril y 23 de Mayo de 1.996, esta facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como suspensiones irrazonables generadoras de indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

Consecuencia de lo anterior, y en su desarrollo, la doctrina jurisprudencial de esta Sala viene exigiendo una serie de requisitos para la impugnación casacional por esta vía:

a) La diligencia probatoria ha de ser solicitada en tiempo y forma. Si se trata de testigos, con expresión de nombre, apellidos, domicilio y re-

sidencia, conforme al art. 656 de la Ley procesal, bien de forma expresa o como adhesión al escrito de calificación propuesta por otra parte procesal.

b) La prueba debe ser declarada pertinente por el Tribunal y haber sido programada su celebración para el juicio oral, en el caso de que el recurso se interponga por falta de práctica de la prueba en el juicio.

c) La parte recurrente debe haber reclamado la subsanación de la falta (art 849 5º Lecrim), impugnando la inadmisión. Los distintos procedimientos previstos en la Ley procesal dan lugar a distintas soluciones legales como respuesta procesal obligada de la parte en caso de denegación de la admisión de una prueba pues, mientras en el procedimiento ordinario, el art. 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitarla, en el Abreviado, por el contrario, los arts. 785 y 786.2 exigen la reproducción de la petición de prueba en el juicio oral y, caso de nueva denegación, la formulación de protesta.

d) Tratándose de prueba testifical se ha venido exigiendo la formulación de las preguntas que se pretendía realizar al testigo cuya declaración se ha denegado o, en su caso, se ha denegado la suspensión del juicio oral pese a su incomparencia. Este requisito se ha matizado y no juega con la misma intensidad en todos los supuestos, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puede deducirse las preguntas que se pretendía realizar al testigo y, consecuentemente, la valoración de la decisión judicial. En todo caso, no se trata de un presupuesto formal pues lo que se pretende a través de este requisito es posibilitar el juicio de pertinencia tanto del Tribunal de instancia, al adoptar su decisión, como del Tribunal de casación al revisarla.

e) Que sea «posible» la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización hasta el límite que permita el derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

f) En caso de denegación en el juicio de la práctica de una prueba previamente admitida, se exige conforme a lo prevenido en el citado art

884 5º de la Lecrim con carácter general para los motivos de casación encauzados a través del art 850, que la parte que intente interponer el recurso hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes, o la oportuna protesta, causa de inadmisión que se convierte en este trámite resolutorio en causa de desestimación.

A su vez en la STS Sentencia: 355/2015, de 28 de mayo, se recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una

interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero, y 70/2002, de 3 de abril); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio; 359/2006, de 18 de diciembre; y 77/2007, de 16 de abril).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar.

En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado,

encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero; 19/2001, de 29 de enero; 73/2001, de 26 de marzo; 4/2005, de 17 de enero; 308/2005, de 12 de diciembre; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre).

VIGÉSIMO.- En el caso actual no concurren los requisitos enunciados para que pueda estimarse vulneración del derecho a la prueba. Ni la prueba fue solicitada en el momento procesal oportuno, ni era pertinente, ni en modo alguno podría calificarse de decisiva.

No fue solicitada en el momento procesal oportuno, pues se pidió en plena celebración del juicio, pese a referirse a una cuestión que la propia parte recurrente alega que constaba en las actuaciones, folio 558, por lo que podría haberse solicitado en el trámite legalmente establecido de calificación y proposición de pruebas. No era procedente porque se interesó la declaración de un Letrado, que había intervenido en la causa, sobre cuestiones atinentes a su labor profesional durante la misma, lo que está amparado por el secreto profesional sobre las relaciones entre abogado y cliente en el ejercicio del derecho de defensa. Y no era decisiva pues resulta irrelevante que el Sr Constanancio Carlos pudiese haber realizado algún comentario sobre los hechos varios años después de producirse, sin que ello afecte a su credibilidad.

La Sala sentenciadora desestimó razonada y razonablemente la extemporánea solicitud de prueba argumentando que «La defensa de la señora Custodia Celia, con la adhesión de otras defensas, propuso durante la celebración de juicio que se oyese como testigo a doña Lucia Eugenia, que fue concejal del Ayuntamiento de Jerez, argumentando como fundamento para esa pretensión el artículo 729.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según el cual podrán practicarse las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de las declaraciones de un testigo. Alegó la parte proponente que el testigo señor Abel Balbino manifestó en juicio que doña

Lucia Eugenia habría sido la redactora de un escrito presentado por el señor Abel Balbino el 12 de noviembre de 2010 y unido al procedimiento al folio 558. En ese escrito se había indicado que se entendía que de lo manifestado por quienes habían declarado como testigos se deducía la veracidad de los hechos contenidos en el escrito de denuncia. Argumentó la defensa de la señora Custodia Celia que podría haber sido el señor Constanancio Carlos quien hubiese informado a la señora Lucia Eugenia del contenido de esas declaraciones testimoniales prestadas bajo el secreto del sumario y que esclarecerse hecho sería relevante para determinar el valor probatorio de la declaración del señor Constanancio Carlos. No compartimos ese razonamiento de la defensa de la señora Custodia Celia pues consideramos irrelevante para la valoración de la credibilidad del señor Constanancio Carlos que en noviembre de 2010, o en fechas anteriores, hubiese podido comentar con otras personas algún aspecto de los hechos investigados, ocurridos en los años 2007 y 2008, o de su declaración en la fase de instrucción, prestada el 27 de octubre de 2010, (folios 552 y 553 de las actuaciones), en las que sólo mencionó a la empresa «Tecnología Innovación Sanitaria S.L.» para negar ninguna relación con ella. El resto de esa declaración del señor Constanancio Carlos se limitó a indicar cómo se decidía sobre la admisión de las empresas en el parque tecnológico agroalimentario y su intervención en el informe elaborado respecto a las empresas del grupo Bornay. Lo que el señor Constanancio Carlos hubiese podido comentar con terceras personas sobre esa declaración no añadiría nada a la credibilidad de sus declaraciones posteriores y especialmente en juicio en relación a la valoración que le merecía la solicitud de T.I.S.A., los documentos que realizó al respecto y la concesión de una subvención a dicha entidad por importe equivalente al 40 % del precio de venta de la parcela».

En consecuencia, la denegación de la prueba aparece razonablemente motivada.

VIGESIMOPRIMERO.- El art 729 3º Lecrim permite practicar excepcionalmente «las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto

ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles».

El ejercicio por el Tribunal de las facultades que le otorga el art. 729 de la Lecrim, puede ser objeto de control casacional, como hemos dicho en nuestra Sentencia de 6 de julio de 2000, y reiterado en las STS 306/2003, de 4 de abril y STS 276/2012, de 2 de abril. Ahora bien, lo que debemos realizar en el ámbito casacional no es sustituir la decisión del Tribunal sentenciador por la nuestra, sino constatar que el Tribunal de Instancia ha motivado su decisión de un modo razonable. En el caso actual las razones que expresa la Audiencia, en el sentido de que «*consideramos irrelevante para la valoración de la credibilidad del señor Constanancio Carlos que en noviembre de 2010, o en fechas anteriores, hubiese podido comentar con otras personas algún aspecto de los hechos investigados, ocurridos en los años 2007 y 2008, o de su declaración en la fase de instrucción, prestada el 27 de octubre de 2010*», son suficientes para justificar su denegación.

El art. 729, en sus apartados 2.º y 3.º, de la Lecrim, constituye el cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates (STS 1100/2002, de 13 de junio). El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la Ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la Lecrim, vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de Justicia. Para la doctrina actual, es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación.

La jurisprudencia de esta Sala —como recordaba la STS 1186/2000, de 28 de junio— ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al

Tribunal atribuye el art. 729 de la Lecrim puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la Lecrim, por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la sentencia 2706/1993, de 1 de diciembre, que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729 de la Lecrim. Entre otras, sentencias de 22 de enero de 1.992, 2709/1.993, también de 1 de diciembre, de 21 de marzo de 1.994, 23 de septiembre de 1.995, 4 de noviembre de 1.996, 27 de abril y 11 de noviembre de 1.998, 7 de abril y 15 de mayo de 1.999).

La incorporación tardía de las pruebas, sin embargo, sólo es posible si el Tribunal «las considera admisibles» según expresión del propio art. 729.3.º; y en este caso, fundadamente estimó que no lo eran.

VIGESIMOSEGUNDO.- Además de la razón expuesta por la Audiencia, (que la prueba solicitada era irrelevante para cuestionar la credibilidad del testigo Sr Constanancio Carlos), y lo ya expresado en esta sentencia casacional, (que la prueba podía haberse solicitado en su momento pues los datos relevantes obraban en el sumario), concurre otra razón adicional para apreciar la inadmisibilidad de la prueba. En efecto, lo que se interesa era el llamamiento a declarar de un testigo para que se pronunciase sobre hechos conocidos con ocasión de actuar como Letrado defensor de una de las partes en esta misma causa, lo que afecta al derecho profesional.

El art. 24.2, párr. 2.º, CE. 78 establece que «La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». El CP. 95, en el art. 199, sanciona al que revele secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio, con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. El art. 542.3 LOPJ dispone que «*Los abogados deberán guardar secreto de todos los*

hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos». El art. 416.2 de la Lecrim dispensa de la obligación de declarar establecida en su art. 410 al Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, norma que la STS de esta Sala de 5 de noviembre de 1994, entre otras, extiende por analogía a los Letrados de las acusaciones particulares pues también están obligados por el secreto profesional.

A la vista de este entorno normativo, y sin necesidad de profundizar más en la interesante temática del secreto profesional del abogado, es claro que una prueba propuesta que exige a un Abogado declarar sobre un hecho o noticia conocido a través de su intervención procesal en el proceso es claramente inadmisibles por contravenir el secreto profesional.

El recurso, en consecuencia, debe ser íntegramente desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE LA CONCEJAL Rosa Yolanda.

VIGESIMOTERCERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de la Concejala Rosa Yolanda, al amparo del art 852 Lecrim, alega vulneración de la presunción constitucional de inocencia. Denuncia la insuficiencia de la prueba practicada, reiterando en parte lo expresado en el motivo correlativo por la anterior recurrente. Alega que desconocía que el documento que dio a firmar al Sr Segismundo Mario tenía por objeto incrementar la subvención para TISA, y que ella era únicamente un «corre, ve y dile».

En respuesta a este motivo debemos dar por reiterada la doctrina general expuesta sobre el derecho a la presunción de inocencia y sobre la prueba indiciaria. En el caso actual disponemos de una contundente prueba directa de que fue personalmente la propia recurrente la que obtuvo la firma del Sr Segismundo Mario en el documento falsificado. Su actuación fue tan determinante y contundente, que es manifiestamente inverosímil que pudiese desconocer el contenido y finalidad del documento. Ella misma

reconoció que leyó el documento, por lo que necesariamente conocía que afectaba a TISA, y le adjudicaba la máxima puntuación en el concurso. Su maniobra buscando la firma de un tercero, y la artimaña utilizada para justificar que no lo hiciese su autor inicial, ponen de relieve que conocía la discrepancia entre ambos documentos, es decir la falsedad. Testificalmente está acreditado, además, que esta recurrente fue la que instó al perito originario para que modificase su dictamen.

La Sala sentenciadora, a cuya fundamentación nos remitimos en esta materia, razona expresamente que «La señora Rosa Yolanda reconoció que ella había leído el documento, lo cual nos parece que pone de manifiesto que conocía su contenido y trascendencia, pues el documento es muy esclarecedor ya que en las primeras líneas se indica que su objetivo es conceder una posible subvención a T.I.S.A., mientras que en sus últimas líneas se dice con claridad que los puntos concedidos a esa empresa son 14, (el 100 %), y que esa puntuación debe ser tenida en cuenta a la hora de aplicar una posible minoración en el precio de compra del suelo, haciendo mención expresa a la ordenanza municipal de subvenciones y la ley de subvenciones. El señor Segismundo Mario explicó en juicio que él leyó el documento y le dijo a la señora Rosa Yolanda que él no sabía de eso, pese a lo cual la señora Rosa Yolanda insistió en que el señor Segismundo Mario debía firmar el documento y le urgíó a hacerlo, no dándole la oportunidad de consultar con terceras personas o incluso con el señor Constanancio Carlos. La señora Rosa Yolanda sabía que la finalidad del informe era conseguir los 14 puntos de valoración para T.I.S.A. a efectos de una subvención, pues en ese sentido le había solicitado la señora Rosa Yolanda al señor Constanancio Carlos que emitiese un informe, tal y como éste explicó en juicio. La señora Rosa Yolanda en sus declaraciones negó que la solicitud de ese informe fuese idea suya, pero tampoco identificó a la persona o personas de las que partió esa petición. Nos parece indudable que la señora Rosa Yolanda no actuó en solitario ni cuando le pidió al señor Constanancio Carlos el informe con los 14

puntos ni cuando consiguió que el señor Segismundo Mario firmase un documento en el que se reconocía esos 14 puntos. Hay que tener en cuenta que la necesidad de los 14 puntos estaba vinculada únicamente al incremento de la ayuda a T.I.S.A., cuestión sobre la cual la señora Rosa Yolanda carecía de competencia. El propósito de que los puntos pasasen de 9 a 14 *sólo tenía sentido a efectos de la concesión de la ayuda máxima, pues para los demás la puntuación era irrelevante pues ya se había resuelto favorablemente el acceso de T.I.S.A. al parque tecnológico agroalimentario. Está acreditado documentalmente que de las varias decenas de adjudicatarios de parcelas, sólo T.I.S.A. y la Ibense Bormay consiguieron resoluciones en las que se les reconociese esa ayuda. Por tanto el procedimiento de concesión de ayudas no era automático ni rutinario y no pudo impulsarse por la actuación de ningún técnico, sino que era una decisión que se apartaba de la práctica diaria y con una importante repercusión económica, que tuvo que ser adoptada por las personas competentes, que eran quienes ostentaban la presidencia y la vicepresidencia tanto del I.P.D.C. como de EMUSUJESA, la señora Custodia Celia y el señor Cosme Leovigildo, según resulta de la documentación aportada por el Ayuntamiento».*

El razonamiento de la Audiencia es impecable y responde a las reglas de la lógica y la experiencia, apoyándose en testimonios directos, en algunos casos de la propia recurrente. Por todo ello concurre base suficiente para estimar que la Concejal recurrente se integró personalmente en el conjunto de la manobra, desempeñó un papel decisivo en la falsedad, y cooperó necesariamente a la prevaricación y la malversación. El motivo debe ser desestimado.

VIGESIMOCUARTO.- El segundo motivo, por infracción de ley, denuncia la vulneración del art 423 1º CP, por indebida aplicación. Niega en el mismo que no concurren los elementos de la malversación. Considera que no concurre ánimo de lucro en ninguna de las partes.

El motivo debe ser desestimado por las razones ya expuestas en el motivo de la anterior recurrente. El ánimo de lucro ha de entenderse en

el sentido de proporcionar un beneficio ilícito, lo que es claro que ambas acusadas pretendían al favorecer a la empresa TISA, lo hubiese solicitado expresamente ésta, o no. El ánimo de lucro ha de ser interpretado, pues, como propósito de cualquier tipo de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, y siendo también indiferente que el móvil o causa última de la liberalidad sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el deseo de enriquecer a los terceros, pues en cualquier caso estas finalidades últimas son ajenas al tipo.

La Sala sentenciadora razona acertadamente sobre la participación de la recurrente en este delito, como cooperadora necesaria, señalando: «*Sólo en el caso de la señora Rosa Yolanda apreciamos que sea cooperadora necesaria del delito de malversación de caudales públicos. La señora Rosa Yolanda fue quien consiguió el falso informe técnico de valoración otorgando la máxima puntuación posible que era necesario para poder conceder la máxima ayuda posible, incrementando en 122.360 euros la ayuda a la que habría tenido derecho T.I.S.A. conforme a los 9 puntos de valoración obtenidos. Al conseguir ese informe la señora Rosa Yolanda cooperó a la malversación con un acto sin el cual no se habría ejecutado, (artículo 28 del Código Penal). Además la señora Rosa Yolanda sabía que el informe falso que ella había conseguido iba a usarse con la finalidad de otorgar una subvención a T.I.S.A., pues así constaba en el documento que ella admitió en juicio que había leído antes de conseguir que lo firmase el señor Segismundo Mario. Y también sabía la señora Rosa Yolanda que la puntuación tenía una repercusión en el importe de la subvención y que la señora Custodia Celia quería que el informe reconociese 14 puntos, la máxima puntuación posible, pues así resultaba también del documento en su último párrafo y de la negativa del señor Constancio Carlos a reconocer una puntuación superior a 9 puntos y la insistencia con que se le solicitó la puntuación máxima, solicitud en la que intervino la señora Rosa Yolanda. Puesto que la señora Rosa Yolanda era Concejal cuando realizó esas acciones, cumple el requisito*

de ser autoridad pública, aunque es cierto que no tenía esos caudales públicos a su disposición por razón de sus funciones. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de marzo de 2014, explicó que ya tenía dicho que «si bien el «extraneus» no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación —inducción y cooperación necesaria— que se equiparan a la autoría a los efectos penales, porque en definitiva se trata de tipos creados por el código penal en su Libro Primero». Las acusaciones han tenido en cuenta el hecho de que la señora Rosa Yolanda no tuviese a su disposición los caudales públicos por razón de sus funciones y han solicitado que se aplique el artículo 65.3 del Código Penal que señala que cuando en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor podrá imponerse la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate. De acuerdo con todo lo expuesto, concluimos que la señora Rosa Yolanda debe responder como autora por cooperación necesaria del delito de malversación de caudales públicos por el que fue acusada, teniendo en cuenta la aplicación del artículo 65.3 del Código Penal que solicitaron todas las acusaciones». El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

VIGESIMOQUINTO.- El tercer motivo, por infracción de ley, denuncia la vulneración de los preceptos relativos al delito de falsedad.

De nuevo debemos referirnos a la respuesta dada en el recurso anterior. El delito de falsedad no es de propia mano, por lo que la recurrente no tiene necesidad de haber participado personalmente en la acción falsaria, para ser responsable del mismo, pero es que en el caso actual la recurrente intervino personalmente en la suplantación del documento original por el falsario, obteniendo una firma mendaz para ocultar la suplantación. El motivo carece de fundamento.

La Sala sentenciadora razona suficientemente la condena de esta recurrente señalando que «Doña Rosa Yolanda hizo que el señor Segismundo Mario firmase el documento pese a que ella

era consciente de que el señor Segismundo Mario no había intervenido en su elaboración y no había tenido ni tiempo ni ocasión de contrastar el mayor o menor acierto técnico de su contenido. Además la señora Rosa Yolanda sabía que el técnico competente para la emisión de ese informe, el señor Constancio Carlos, había elaborado un borrador en el que había sostenido que la valoración correcta era de 9 puntos, y la señora Rosa Yolanda también era consciente de que el documento que presentó al señor Segismundo Mario para que lo firmase era el resultado de la modificación de ese borrador, cambiando totalmente el sentido de muchas de las apreciaciones que contenía y elevando la puntuación atribuida a la empresa solicitante desde 9 hasta 14 puntos, con la consiguiente repercusión económica. La señora Rosa Yolanda, aunque no firmase el informe, tuvo el dominio funcional de la acción pues fue ella quien convenció al señor Segismundo Mario para que lo firmase, alegando que era urgente, que el autor del documento era el señor Constancio Carlos, que no había problema y que lo único que pasaba era que no localizaban al señor Constancio Carlos. La señora Rosa Yolanda no le permitió al señor Segismundo Mario realizar ninguna comprobación, ni siquiera una lectura concienzuda del documento, ni le facilitó acceso a los datos necesarios para realizar una verdadera valoración técnica. Por todo ello la señora Rosa Yolanda sabía que el señor Segismundo Mario no estaba en condiciones de asumir como opinión técnica propia lo que decía el documento que ella le presentó a la firma. Hasta tal punto era consciente de ello que ni siquiera se preocupó de comprobar si el señor Segismundo Mario tenía los conocimientos técnicos precisos para elaborar un informe de ese tipo e hizo caso omiso a las reticencias que expresó el señor Segismundo Mario. El conocimiento que tuvo la señora Rosa Yolanda de todo lo sucedido y la forma en que actuó ponen de manifiesto que, dolosamente, intervino de forma decisiva en la simulación del documento induciendo a error sobre su autenticidad, (art. 390.1.2º del Código Penal). Las acusaciones pretenden que la señora Rosa Yolanda sea condenada como autora de un delito del artí-

culo 390 que castiga a la autoridad o funcionario público que cometa las conductas allí descritas cuando lo haga «en el ejercicio de sus funciones». En la Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 26 de octubre de 2009, se explica que en ese caso el único facultado para alterar mendazmente el contenido de un documento «ha de ser el propio funcionario con competencia para confeccionar el auténtico, pues de otro modo tan sólo nos encontraríamos ante un delito de falsedad llevada a cabo por particular, en el que su autor se prevale de su condición de funcionario con la consiguiente aplicación de la correspondiente agravante». Aunque la señora Rosa Yolanda era la concejal titular de la Delegación de Medio Rural del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y la realización del informe estuviese atribuido a su Delegación, ella personalmente carecía de competencia para realizar ese informe que debía ser efectuado por personal que desempeñase un puesto de trabajo técnico que incluyese entre las funciones atribuidas la realización de informes técnicos de valoración. Por ello consideramos que la señora Rosa Yolanda cometió el mismo delito que el señor Segismundo Mario, el delito del artículo 392 en relación con el 390.1.º del CP «.

La Sala ha razonado debidamente la condena impuesta a la recurrente por el delito de falsedad. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGESIMOSEXTO.- El cuarto motivo, por infracción de ley, denuncia la vulneración del art 404 CP, delito de prevaricación.

Ya hemos reiterado que el cauce casacional de la infracción de ley requiere el respeto del relato fáctico. La recurrente niega su participación en el delito por no ser la autoridad responsable de adoptar la decisión prevaricadora, pero al mismo tiempo cuestiona los hechos declarados probados. En éstos se aprecia con claridad que para la realización de la prevaricación era necesaria la obtención previa del documento falsificado que permitiría que la decisión prevaricadora y malversadora pasase el filtro de la intervención.

La Sala sentenciadora razona, en relación con la participación de la recurrente en este delito, que «En cuanto a la concejal señora Rosa Yolanda,

también sabía que el técnico que tenía asignada la competencia de valoración de las solicitudes sólo puntuaba con 9 puntos a T.I.S.A, pues la señora Rosa Yolanda recibió el documento no firmado en el que el señor Constancio Carlos insistió en esos 9 puntos. Puesto que la señora Rosa Yolanda tuvo en su poder tanto el borrador elaborado por el señor Constancio Carlos como el documento modificado y que consiguió que firmase el señor Segismundo Mario, habiendo admitido la señora Rosa Yolanda que leyó el segundo, no tenemos duda de que la señora Rosa Yolanda era consciente de las modificaciones introducidas, así como del destino para el que iba a utilizarse el documento, como ya hemos indicado. Y por supuesto la señora Rosa Yolanda, que fue la que consiguió directamente que el señor Segismundo Mario firmase el documento, sabía que esa firma no era más que una formalidad para dar la apariencia de informe a lo que en realidad no lo era, pues a la señora Rosa Yolanda no se le podía escapar que el señor Segismundo Mario no había tenido posibilidad de comprobar si lo que indicaba el documento que se le presentó a la firma respondía a la realidad. Hasta tal punto era consciente de ello la señora Rosa Yolanda que no se preocupó siquiera de asegurarse de que el firmante del documento tenía la cualificación técnica necesaria para emitir un informe como el que se le estaba solicitando, siendo el resultado que el señor Segismundo Mario, que era capataz, que nunca había firmado informes y que ha admitido que no estaba capacitado para firmar una valoración técnica como la que se le presentó y en la que acabó estampando su firma, como querían las dos acusadas, la señora Custodia Celia y la señora Rosa Yolanda, a las que sólo interesaba hacerse con una apariencia de informe que justificase la concesión de la ayuda a T.I.S.A. por el máximo importe permitido. El artículo 404 del Código Penal señala que este delito puede cometerlo una autoridad o un funcionario público. El artículo 24 del Código Penal dice que a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. El apartado segun-

do de ese artículo 24 señala que se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. Tanto la señora Custodia Celia, que intervino en estos hechos como alcaldesa de Jerez de la Frontera, pues de esa condición derivaban sus cargos en el I.P.D.C. y en «EMUSUJESA», como la señora Rosa Yolanda, que intervino como concejal del referido municipio, están incluidas en el artículo 24 y se da por tanto el último requisito que faltaba para considerarlas autoras de un delito de prevaricación del artículo 404 del código penal. La Alcaldesa fue quien firmó la resolución prevaricadora y la concejal señora Rosa Yolanda debe ser considerada autora de ese delito por aplicación del artículo 28 del código penal que considera autores a quienes cooperan a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se habría efectuado».

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGESIMOSÉPTIMO.- El quinto motivo, por infracción de ley, denuncia la indebida aplicación del art 28 1º CP, en relación con los delitos de prevaricación y malversación.

El motivo, según expone la propia parte recurrente, ha sido ya desarrollado en los motivos anteriores. En consecuencia debe ser desestimado, por lo ya expuesto extensamente en la argumentación con la que se ha dado respuesta a los anteriores motivos.

VIGESIMOCTAVO.- El sexto motivo, por infracción de ley, denuncia la vulneración de los arts. 110, 111, 112 y 113 CP, reiterando lo expuesto en el motivo octavo del anterior recurso. Por economía procesal nos referimos a la contestación que se ha dado a dicho motivo.

VIGESIMONOVENO.- El séptimo motivo se formula por error en la valoración de la prueba al amparo del art 849 2º Lecrim. Alega que la recurrente no conocía el informe inicial del perito Sr Constancio Carlos.

El motivo carece de fundamento pues no aporta documento fehaciente alguno que acredite el supuesto error del Tribunal de Instancia, por lo que no tienen cabida en este cauce casacional, con-

forme a lo ya expresado al responder al motivo correspondiente del recurso anterior.

TRIGÉSIMO.- El octavo motivo, numerado erróneamente como noveno en el escrito de recurso, se articula por quebrantamiento de forma, y denuncia la inadmisión de una prueba al amparo del art 850 1º. Lecrim. Se trata de la misma prueba testifical a la que se refiere el motivo correlativo de la anterior recurrente, apoyándose en la misma argumentación. En consecuencia, debe ser desestimado por las razones ya expuestas al resolver el referido motivo.

Procede, por todo ello, la desestimación de la totalidad de los motivos formulados en el presente recurso.

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

TRIGESIMOPRIMERO.- El único motivo del recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, al que se adhiere la Abogacía del Estado, se formula al amparo del art 849 1º de la Lecrim, por infracción del art 436 CP, en relación con el art 77, alegando indebida inaplicación de dichos preceptos.

Sostiene el Ministerio Público que los hechos declarados probados son constitutivos del delito de fraude administrativo, previsto y penado en el art 436 CP, pero la sentencia impugnada no lo sanciona por estimar que este delito queda absorbido por el delito de malversación de caudales públicos. Señala el Ministerio Público que la doctrina jurisprudencial mayoritaria, especialmente las sentencias más recientes, considera que estos dos delitos no se encuentran en una relación de concurso de normas, sino de delitos, por lo que no resulta aplicable el art 8º CP.

Partiendo de los hechos probados estima el Ministerio Fiscal que concurre la conducta sancionada en el art 436 porque la Alcaldesa acusada se valió de un artificio para conseguir que la ayuda pública a la empresa beneficiada se incrementase en un 40%, lo que es reconocido por la sentencia impugnada. Dicho artificio consistió en manipular el informe técnico para utilizar otro que aparentemente daba cobertura a la máxima subvención posible, que fue la concedida.

Considera asimismo, que respetando estrictamente su pretensión el relato fáctico, y planteando exclusivamente una cuestión jurídica, la naturaleza del concurso entre los delitos de fraude y malversación, no existe obstáculo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo para agravar la condena impuesta.

Cuestiona la argumentación de la sentencia de instancia, que en esta materia argumenta, en el fundamento jurídico séptimo, que: «Las acusaciones piden que se condene a la alcaldesa y a los dos concejales como autores de un delito de fraude a la administración del artículo 436 del código penal y a los tres socios de T.I.S.A. como cooperadores necesarios de ese mismodelito, en la redacción vigente a la fecha de ocurrir los hechos. Esa redacción es la que estaba en vigor con anterioridad a la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio y se refiere a la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público. No apreciamos que exista prueba de un concierto entre la Alcaldesa o alguno de los concejales y los socios de T.I.S.A. para que la ayuda fuese del 40 % en lugar del 20 %. No se ha probado que existiese una relación previa entre la Alcaldesa o los concejales acusados y los socios de esa empresa ni tampoco se ha podido acreditar que hubiese ningún tipo de contraprestación por parte de esos socios al incremento de la ayuda. Pero pensamos que sí se dio la segunda conducta pues la señora Custodia Celia, que era la autoridad que podía resolver sobre la concesión y cuantía de la ayuda, se sirvió de un artificio para conseguir que la ayuda se incrementase hasta el 40 %. El artificio consistió en conseguir que se emitiese un falso informe de valoración técnica que puesto en relación con la normativa establecida por el consejo rector del I.P.D.C. permitía que se defraudase el interés económico del Ayuntamiento de Jerez pues la obtención de la máxima puntuación de 14 puntos de valoración le correspondía la máxima ayuda posible, el 40 % del precio de la parcela. El

artículo exige que esa conducta la cometa una autoridad o funcionario público que intervenga por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos. Al cometer los hechos la señora Custodia Celia era una autoridad pública que intervino por razón de su cargo en el expediente administrativo de liquidación de la ayuda económica, cuantificando su importe. Esa ayuda constituye un 'haber público' en el sentido que señaló la Sentencia de la Sala de lo Penal de 16 de febrero de 2005, que explicó que la expresión «haberes públicos» no tenía que entenderse reducida a los sueldos de los funcionarios sino que «haberes públicos» sería «el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponde a una persona pública.» La concejal señora Rosa Yolanda también se sirvió de ese artificio sabiendo que con ello ese falso informe T.I.S.A. conseguía la puntuación precisa para tener derecho a la ayuda del 40 % del precio de la parcela. No obstante, no vamos a condenar a la señora Custodia Celia y a la señora Rosa Yolanda por ese delito pues creemos que en este concreto caso el delito de malversación de caudales públicos por el que han sido condenadas absorbe el delito de fraude. Somos conscientes de la existencia de Sentencias del Tribunal Supremo que con carácter general se pronuncian en sentido contrario, como son las de 28 de febrero de 2014 y la de 7 de mayo de 2014. Sin embargo, esta última admite que puede producirse la absorción «en aquellos supuestos de fraude en su modalidad de concierto con el interesado y la posterior malversación en los supuestos de consentimiento de la sustracción.» No es ese nuestro caso, pues hemos indicado que no existe prueba del concierto para defraudar y sí de la utilización de un artificio para defraudar. Pero igual que el Tribunal Supremo admite esa excepción, creemos que en este concreto caso también habría absorción porque el artificio empleado se agotó en su uso respecto a T.I.S.A., de forma que no era posible utilizarlo en lo sucesivo para otras defraudaciones, sino que habría sido preciso conseguir otro falso informe técnico de valoración respecto a la empresa en cuestión. En esas circunstancias,

nos parece que es de aplicación lo que razonó la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de noviembre de 2013), en la que dijo que «la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio». En el concreto caso de la actuación de las señoras Custodia Celia y Rosa Yolanda el peligro creado por la acción subsumible en un posible delito de fraude se agotó en la malversación, sin que hubiese peligro de nuevos fraudes, por lo que consideramos que deben ser absueltas de ese delito. Como deben serlo los demás acusados por el mismo, respecto a los que ni siquiera apreciamos que exista prueba de que se concertasen para defraudar o usasen un artificio paradefraudar».

TRIGESIMOSEGUNDO. - El Ministerio Fiscal no comparte la argumentación utilizada para excluir del concurso delictivo el delito de fraude, haciendo referencia a la reciente STS 806/2014, de 13 de diciembre, dictada en un supuesto de fraude de IVA.

Señala dicha resolución que «La posibilidad de concurso ideal entre los delitos de malversación (art. 432 CP) y fraude (art. 436 CP) es admitida por la jurisprudencia y, desde luego, lo que carece del más mínimo sentido es que el fraude (de penalidad inferior) absorbiese la malversación. Eso supondría que el atentado a otro bien jurídico acarrearía una disminución en la pena. Absurdo.

El art. 432 castiga a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, con las penas de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. Por su parte el art. 436 contiene la siguiente tipicidad: «La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los inte-

resados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años».

En ambos delitos aparece como sujeto activo una autoridad o funcionario público. Los dos se refieren a una conducta defraudatoria de carácter patrimonial.

En el delito del art. 432, además, se requiere ánimo de lucro y una modalidad sustractiva. La pena es en principio sensiblemente mayor, aunque para la perfección delictiva se exige el efectivo perjuicio o sustracción de los fondos o caudales.

La pena del delito del art. 436 es más leve, pero el delito se consuma con el mero concierto con la finalidad de defraudar. No es preciso que se consuma el fraude. La bilateralidad es condición del art. 436: el delito del art. 432 puede ser individual; el delito del art. 436 exige un funcionario público y un interesado. Solo así se podrá hablar de «concierto» que es vocablo que implica aunar voluntades distintas. Es un delito por definición plurisubjetivo (sin entrar ahora en si ha supuesto algún cambio la tipificación en 2010 de la conducta del particular concertado). El art. 436 CP describe un delito de naturaleza netamente tendencial o de mera actividad, que viene a castigar verdaderos actos preparatorios. No necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude. Basta la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo.

Con un núcleo central común en la tipicidad hay elementos específicos en cada uno de los delitos que los especializan. Desde un punto de vista el

delito del art. 432 es especial frente al delito del art. 436 (abarca la efectiva producción del perjuicio patrimonial). Desde otro punto de vista, sin embargo, lo es el art. 436 (se refiere a actividades concretas y recoge una actividad concertada). Ante dos tipos igualmente especiales habría que acudir al principio de alternatividad, si no juega antes el de consunción. Pero con carácter previo hay que decidir si estamos en verdad ante un concurso de normas o, más bien, como sostiene la jurisprudencia mayoritaria, ante un concurso de delitos.

La identificación de objetos de tutela diferentes en cada una de las infracciones lleva a la admisión del concurso de delitos, tesis que se ha venido a consolidar en la jurisprudencia de esta Sala, pese a titubeos iniciales.

La STS 696/2013, de 26 de septiembre se decanta abiertamente por la compatibilidad de ambas infracciones: «Sostiene la recurrente que se ha producido el error iuris en la medida en que la aplicación de la norma penal de malversación permite comprender íntegramente el desvalor de la conducta, infringiéndose en otro caso el principio *ne bis in idem*. Así la inducción al fraude queda absorbida en la autoría del delito de malversación de caudales públicos, conforme al art. 8.3 CP. Se considera que existe un concurso de normas, no de delitos, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringir el citado principio, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.

2. La sentencia da respuesta, en su fundamento jurídico noveno, a la objeción de la recurrente, al señalar la compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consuma con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente. Además la compatibilidad con el delito de malversación ha sido reconocida por la jurisprudencia en varias ocasiones, además de la que cita la sentencia recurrida, (STS. 16.2.1995).

Y, en efecto, como ya vimos, con relación al motivo sexto, es el de fraude un delito de mera actividad, que se consuma con que exista la concertación con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito y debe sancionarse en concurso medial, siendo pues, compatible con el delito de malversación (SSTS 7 de septiembre de 2002, y 1537/2003, de 27 de septiembre)».

También en este supuesto tenemos que optar por la dualidad delictiva que, por lo demás, comportará una relevancia penológica ínfima.

Ciertamente reduce el margen de recorrido punitivo, pero siempre con una pena única ya muy condicionada por el concurso de otro delito de falsedad y la continuidad (arts. 77 y 74.1 CP).

Lo que es inviable es entender que el fraude consume la malversación (art. 8 CP).

A favor del concurso de delitos milita la diferencia de bien jurídico detectable en ambos tipos. En la malversación predomina el bien jurídico patrimonio de la administración aunque combinado con un deber de fidelidad del funcionario y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración. Es tópico en la doctrina hablar de esa doble naturaleza. Pero se subraya el contenido patrimonial. En la actualidad, tanto doctrina como jurisprudencia analizan este delito aludiendo a ese binomio: observan en él un componente patrimonial, en cuanto se lesionan los intereses económicos de la Administración, pero destacan junto a ello la deslealtad del funcionario que infringe los deberes inherentes a la función que tiene encomendada.

Es verdad que la conducta típica consiste tanto en sustraer como consentir que otro sustraiga (modalidad esta segunda que parece acercarnos al fraude). Pero de cualquier forma basta la sustracción desnuda, aunque no vaya acompañada de artificio.

En el delito del art. 436 predomina sin embargo como bien jurídico la transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos. Por eso no se exige el efectivo perjuicio. Si éste se produce entrará en juego el otro bien jurídico lesionado: el de la malversación. La malversación no abarca el total desvalor de la conducta consistente tanto

en el artificio y concierto con terceros (se lesionan los principios de objetividad y transparencia) como en el efectivo perjuicio del patrimonio público. Y el fraude no contempla el efectivo perjuicio patrimonial exigido por la malversación.

La coherencia punitiva invita a la doble calificación en régimen de concurso ideal. Si fuese de otra forma nos encontraríamos con que el delito de fraude que tiene asignada una pena de prisión de uno a tres años, además de la pena de inhabilitación, vería absurdamente reducida su sanción si consideramos que siempre queda consumido por la malversación, cuando ese concierto lograrse su objetivo de efectiva defraudación y el monto de ésta no superase los cuatro mil euros (prisión comprendida entre seis meses y tres años además de una multa y suspensión). No es asumible esa consecuencia: un fraude sin perjuicio patrimonial merecería menos pena cuando sí se produjo también la lesión patrimonial, aunque lo fuera en cuantía moderada.

Y menos asumible es que la malversación se vea recompensada cuando además va acompañada de la conducta castigada en el art. 436 CP.

Así pues, el fraude del art. 436 admite el concurso medial con el posterior delito de malversación de caudales públicos. Ni el principio de consunción ni el de alternatividad ni el de especialidad solventan satisfactoriamente esa cuestión. Es un concurso de delitos y no de normas. No hay consunción, ni propia ni impropia. Y si hubiese consunción, desde luego que la lex consumens sería el art. 432»

TRIGESIMOTERCERO.- La doctrina de esta Sala, en consecuencia, parece dar la razón al Ministerio Público. En efecto, el delito de fraude, de mera actividad, no puede absorber al de malversación, de resultado, que constituye un paso más avanzado en la progresión del perjuicio patrimonial a los caudales públicos. El fraude pone en peligro el patrimonio público, la malversación lo lesiona de modo efectivo. No responde a los principios propios del Derecho Penal que el fraude inicial pueda consumir la malversación final. La cuestión inversa es más compleja. El fraude, que consiste en un concierto de la Autoridad o funcionario con los interesados o en el uso de

cualquier otro artificio para defraudar a un ente público, constituye ordinariamente un medio o instrumento para la malversación, por lo que su relación punitiva es la de concurso medial. Si no se llega a consumar la malversación de caudales públicos, se sancionará exclusivamente el fraude. Si se consuma la malversación a través del fraude, se sancionarán ambos en concurso medial.

Y precisamos que se trata de un concurso medial porque el fraude es el instrumento para cometer la malversación, y no de un concurso ideal porque no nos encontramos ante un mismo hecho, ya que generalmente ambos delitos exigen conductas diferenciadas y sucesivas. Distinción que hoy es conveniente realizar, porque la reforma de 2015, a través de una modificación insuficientemente explicada, ha separado la penalidad de ambas modalidades de concurso aunque las siga regulando en el mismo precepto (Art. 77, CP 2015).

En consecuencia, el delito de fraude seguido de malversación debe sancionarse, ordinariamente, en relación de concurso medial, consolidando con ello la doctrina establecida en la STS 806/2014, de 13 de diciembre, entre otras.

TRIGESIMOCUARTO.- Ahora bien, la condena como concurso de delitos, y no de normas, exige que la sanción del delito más grave (la malversación) no abarque el total desvalor de la conducta, consistente en estos casos tanto en el artificio y concierto con terceros propios del fraude (que lesionan los principios de objetividad y transparencia), como el efectivo perjuicio del patrimonio público, propio de la malversación. De otro modo vulneraríamos el principio non bis in idem, sancionando doblemente una conducta cuyo desvalor ya está comprendido en la sanción de una sola de ellas.

Pues bien, por esta vía debe darse la razón al Tribunal de Instancia, y desestimarse el recurso del Ministerio Público. En efecto, en el específico caso actual, nos encontramos con que no se ha producido concierto alguno con los interesados, pues el Tribunal sentenciador considera que no se ha probado, y absuelve a los terceros. No concurre, en consecuencia, la modalidad de fraude por concierto.

Nos resta la modalidad de fraude por uso de artificio. En el caso enjuiciado, el artificio consiste en la falsificación de un informe pericial necesario en el proceso de contratación. Pero esta falsificación ya se ha sancionado específicamente, como delito de falsificación de documento oficial. La Sala sentenciadora ha condenado a las recurrentes por un triple concurso de delitos, falsificación, prevaricación y malversación de caudales públicos, en concurso medial. Sancionar además la falsificación, en su calidad de artificio, como constitutiva de un delito adicional de fraude, constituye una punición duplicada, que vulneraría el principio non bis in ídem, pues el desvalor de dicha conducta ya ha sido tomado en consideración a través del delito de falsedad.

En consecuencia, estimamos que en el supuesto actual, el triple concurso ya abarca la totalidad del desvalor de la conducta, y no procede añadir un cuarto tipo delictivo, como interesa el Ministerio Fiscal. El recurso, en consecuencia debe ser desestimado.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de los recursos interpuestos, con imposición de costas a los recurrentes, con la exclusión del Ministerio Fiscal.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por infracción de ley por el MINISTERIO FISCAL y por quebrantamiento de forma e infracción de

ley e infracción de precepto constitucional por Custodia Celia y por Rosa Yolanda contra Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, de fecha 20 de febrero de 20015, en causa seguida a Custodia Celia y Rosa Yolanda por delitos de prevaricación, malversación y falsedad documental. Condenamos a las acusadas recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos, con declaración de las costas de oficio del recurso del Ministerio Fiscal.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia 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

Cándido Conde Pumpido Tourón José Manuel Maza Martín

Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral García

Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

JUAN ALEMANY GARCÍAS

Doctor en Derecho. Abogado

(Tol 5558335)

Cabecera: Urbanismo. Aprobación definitiva de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella. Disconformidad a Derecho de la finalidad pretendida con el plan. Ausencia de estudio de sostenibilidad económica y de evaluación ambiental estratégica. Recurrente: PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S. L.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: Rafael Fernández Valverde

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 03/11/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Quinta

Número Recurso: 1200/2014

COMENTARIO:

El Tribunal Supremo ha declarado nulo el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Marbella de 2010, un documento que debía devolver a la ciudad la seguridad jurídica, los suelos de equipamientos públicos y que legalizó más de 16.500 viviendas construidas irregularmente. En tres sentencias distintas difundidas este miércoles, el Supremo estima los recursos de una comunidad de propietarios y dos sociedades contra otras tantas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), que rechazaron sus impugnaciones contra el nuevo plan.

Las tres resoluciones del Supremo llegan a la misma conclusión: el planeamiento vigente de Marbella es nulo de pleno derecho por varios motivos, como que el PGOU no tenía potestad para legalizar lo ilegalmente construido; que no cumple las normas de evaluación de los efectos medioambientales; y la ausencia de un informe de sostenibilidad económica. Respecto al primer punto se ha de considerar que los planeamientos urbanísticos municipales están para regular situaciones urbanísticas futuras, y en ningún caso puede verse condicionada la potestad del planeamiento por situaciones fácticas irregulares, o bien que existe expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística o bien que se encuentran en situación de

fuera de ordenación, ya que el planeamiento no es el instrumento jurídico adecuado para regularizar situaciones al margen de la ley y menos darle una salida legal, porque, en todo caso, las normas contenidas en el planeamiento tienen carácter reglamentario, y por lo tanto en ningún caso pueden ir en contra de lo dispuesto en las leyes urbanísticas. Hemos de diferenciar por la doctrina, entre el ser y el deber ser. La norma (ser) no debe adaptarse a los supuestos de hechos concretos (deber ser) porque si así fuera, estaríamos cambiando las funciones normativas de regulación jurídica. De hecho el único caso reciente que conozco es la disposición adicional décima de la Ley de Ordenación y Suelo de Baleares del 2014 al posibilitar legalizar parcelas en suelo rústico en la que se den unos determinados supuestos de prescripción de la infracción urbanística. Este caso es lo que no se puede permitir en un planeamiento como el de Marbella, intentando regularizar situaciones jurídicas que ya nacieron al margen de la ley, y debe ser la misma la que debe regular dichos supuestos y no dejarlo al arbitrio de los planeamientos municipales, inspirados y justificados por el *ius variandi*. El plan de 2010 resultó controvertido desde el principio y contó con decenas de impugnaciones. La mayoría de los recursos tenían que ver con el sistema de compensaciones que estableció el PGOU para normalizar la situación irregular en la que se encontraban numerosas viviendas que habían sido construidas contraviniendo el planeamiento entonces vigente, de 1986. El plan contemplaba legalizar hasta 16.500 viviendas mediante el pago de compensaciones económicas y en suelo. Dejó fuera de la ordenación otras 1.500 y hay sentencias que han declarado ilegales construcciones que el plan normalizaba y propietarios que no aceptan pagar compensaciones, de ahí que llegue a la conclusión que los planeamientos, no pueden regularizar situaciones al margen de la ley ni tan siquiera con coeficientes normalizadores de muy dudosa legalidad. El Alto Tribunal admite en sus resoluciones el «excepcional» el contexto en el que se aprobó el PGOU marbellí y asegura ser consciente de «la situación de generalizada ilegalidad urbanística» existente en el municipio, como consecuencia de las numerosas actuaciones llevadas a cabo «al margen —o contra—» lo previsto en el anterior plan. «Igualmente —dada la generalizada amplitud de ilegalidad— somos conscientes de la excepcionalidad de la situación creada, con repercusiones en el ámbito de la gestión política de la ciudad», señalan los jueces en referencia a la disolución del Gobierno municipal de Marbella. Los jueces de la Sala de lo Contencioso también aseguran ser conscientes del intento municipal y autonómico (la Junta apoyó la revisión del plan y dio el visto bueno al documento definitivo) para la regularización del modelo urbanístico de la ciudad. Pero advierten que su **obligación es controlar la legalidad de ese**

documento y sostienen que no pueden avalarlo. Las razones por las que se anula el plan son varias. La primera, porque el Supremo cree que el Ayuntamiento no tenía la potestad para legalizar, a través del PGOU, miles de viviendas construidas ilegalmente, por lo ya comentado en el párrafo anterior. Las viviendas que el plan regulariza ya habían sido declaradas ilegales por los tribunales y la potestad para decidir si se ejecuta o no una sentencia «corresponde exclusivamente» a los jueces, advierte el Supremo. «No resulta de recibo pretender blindar jurídicamente situaciones de infracción judicialmente declaradas al socaire de un nuevo planeamiento», señala el tribunal, que sostiene que el plan que el Ayuntamiento y la Junta concibieron para Marbella no pretende «hacer ciudad», sino «rehacer ciudad». «Rehacerla no porque se pretenda su rehabilitación (...) sino porque la hecha en el pasado lo ha sido de forma ilegal. Su razón de ser, no es futuro de Marbella, sino su pasado», concluye el tribunal.

La entidad recurrente interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el cual esgrime diferentes motivos contra la sentencia señalada:

1. Existencia de coeficientes injustificados e ilegales, en cuanto prevé unidades de ejecución deficitarias en las que solo existen deberes para los propietarios.

2. No enjuicia el supuesto cuestionado, enjuiciado —por la vía de la cita de otra sentencia— un supuesto distinto referido a un suelo ilegalmente construido.

3. No responde al argumento relativo a la ausencia de amparo legal en la LOUA de la normalización que el Plan contempla, contrario, además, a preceptos constitucionales y legales del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril (TRLR76).

4. Ausencia de respuesta a la alegación de la demanda relativa a la imposibilidad, de conformidad con el TRLR08, de una finalidad re-dotacional, imponiendo nuevos deberes al titular de SUC.

5. E, igualmente, la sentencia no se pronuncia sobre la ilegalidad de la carga prevista en el artículo 103.5.f de las Normas del PGOU, de conformidad con los artículos 9.2.c y 16.1 del TRLR08.

El Tribunal Supremo apunta que el nuevo PGOU incumple la exigencia de la directiva europea sobre evaluación medioambiental y carece de un informe de sostenibilidad económico. Hemos de destacar que la sentencia recurrida, planteaba una serie de coeficientes irregulares para paliar la si-

tuación injusta desde la perspectiva urbanística, proveniente de una situación anterior a la regulación del planeamiento y ello no puede permitirse que un planeamiento posterior lo recoja respecto a situaciones jurídicas, anteriores, sino que es en sede de disciplina urbanística, donde deberían ser debatidos los asuntos referentes a las situaciones urbanísticas al margen de la ley. Los coeficientes correctores, son precisamente para ayudar a que presupuestos de hecho idénticos, por estar en zonas diferentes tengan las consecuencias jurídicas lo más parecidas posibles, criterios que se aplican en sede de gestión urbanística, concretamente en los proyectos de reparcelación cuando la equidistribución de beneficios y cargas no sea aplicable por igual a toda la unidad de ejecución. Además debemos destacar que el planificador debe recoger la realidad de los hechos contravertidos sin que el planeamiento sobrepase los márgenes de la ley, así es interesante señalar la STS de 19 de Diciembre del 2002 en la que señala que la potestad del planeamiento constituye un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador que ha de definirlo necesariamente en función de la realidad de los hechos, quedando la Administración vinculada a esa realidad fáctica, y a ello responde el carácter reglado del suelo urbano. Así, también, la STS del 21 de Septiembre de 1987, «La definición de suelo urbano constituye un límite a la potestad de planeamiento...de suerte que la Administración queda vinculada por una realidad que ha e reflejar en sus determinaciones clasificatorias...la clasificación de urbano constituye un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador, sino que debe ser definido en función de la realidad de los hechos, con alusión, incluso, a la fuerza normativa de lo fáctico». La STS 16 de Enero 2003: «Tampoco puede ser objeto de estimación la alegación de desviación de poder ejercida por el Ayuntamiento, en base a que el Ayuntamiento clasificó como urbanos, terrenos que en el momento de la aprobación de las Normas Subsidiarias estaban clasificados como suelo no urbanizable, porque en primer lugar hemos de recordar que la clasificación de suelo urbano es de carácter reglado, no siendo discrecional la facultad del planeamiento para materializar tal clasificación, sino que ha de seguir necesariamente la realidad fáctica existente en el momento de aprobarse el instrumento de planeamiento, sobre la existencia de los servicios urbanísticos previstos en los artículos 78 de la Ley de Suelo de 1976 y 21 del Reglamento de planeamiento, no constando en los autos la situación fáctica de los terrenos o parcelas sobra la dotación de esos servicios.»

En tres contundentes sentencias conocidas el 4 de noviembre de 2015, el Tribunal Supremo (TS) declara contraria al Ordenamiento jurídico la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Marbella de 2010 y en consecuencia declara su nulidad.

El TS razona en estas sentencias las causas de nulidad:

Una primera hace referencia a la ausencia de la evaluación ambiental estratégica en la forma que requería el artículo 8.1 y el anexo 1 de la Ley 9/2006 de 28 de abril sobre Evaluación de los Efectos de determinados Planes y Programas en el Medio Ambiente y que traspone al ordenamiento interno la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. El TS considera que el Estudio de Impacto Ambiental que consta en el expediente de elaboración del PGOU no acomete realmente un análisis de las diferentes alternativas razonables, incluida la alternativa cero (dejar de realizar el plan) mediante su estudio comparado desde la perspectiva de la potencial afectación que pudieran ocasionar unas u otras al medio ambiente.

Otra causa de nulidad es la falta en el expediente de un Informe de Sostenibilidad Económica en los términos requeridos en el artículo 15.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo. La administración está obligada a acompañar este informe en las actuaciones de nueva urbanización, reforma o renovación y de dotación, lo cual nunca se llevó a cabo.

Pero además de estas dos causas, el TS enumera otras:

1.- No corresponde al ámbito de la potestad de planeamiento modular la legalización de lo ilegalmente construido.

El Alto Tribunal recuerda que la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales compete al órgano judicial que haya conocido del asunto en primera o única instancia, como así recogen la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y, de manera más genérica, la propia Constitución Española en su artículo 117.3.

Una sentencia podrá resultar de imposible ejecución si existe una modificación sobrevenida de la normativa aplicable, pero ese extremo y sus consecuencias deben ser declarados por el órgano judicial que las dictó. Es decir, con la sola modificación del planeamiento no se pueden legalizar automáticamente a posteriori las edificaciones que, aunque sean conformes con el nuevo planeamiento, no lo fueran con el anterior del que tuvieron origen.

Declara el TS que no basta para legalizar esas obras irregulares con la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico, sino que debe instarse del órgano competente, en este caso el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), la oportuna legalización.

La potestad administrativa de planeamiento se desvirtúa si se aleja del fin normativamente predeterminado. Su cometido es la consecución de una ordenación racional del espacio físico comprendido en su ámbito, es decir,

la ordenación del territorio sobre el que tiene capacidad normativa. El fin de la potestad de planeamiento no puede ser la legalización o «normalización» de lo construido ilegalmente, porque entonces se apartaría no solo de su finalidad sino también de su ámbito de actuación (ver sentencias señaladas en la página

2.- No está en manos del planificador alterar o desfigurar el concepto de SUNC.

Suelo Urbano No Consolidado (SUNC) sería aquel en el que se puede edificar pero que carece de todas las dotaciones, bien porque aún no se desarrollaron o porque las existentes son insuficientes, por lo que no basta con la concesión de la Licencia de Obra para construir, sino que se precisa de otros requisitos más gravosos para sus propietarios, como la cesión gratuita de un porcentaje del aprovechamiento al Ayuntamiento o la urbanización de la parcela (viales, plazas, etc.).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene estableciendo que la diferencia entre ambas categorías de suelo urbano es reglada, es decir, que la administración viene obligada a categorizar un suelo como urbano consolidado o no, cuando concurran los requisitos legalmente establecidos.

En distintas sentencias el TS declara inadmisibles que terrenos que indubitadamente cuentan con los servicios exigibles para su consideración como suelo urbano consolidado y que están plenamente consolidados por la edificación, pierdan su categoría y pasen a ser SUNC por la sola circunstancia de que el nuevo planeamiento contemple para ellos una determinada transformación urbanística.

El TS considera que la revisión del PGOU de Marbella de 2010 abusa de la figura del SUNC Transitorio, no previsto en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, para categorizar a las construcciones que adolecen de alguna irregularidad, como un exceso de aprovechamiento, sin que esté acreditado el concreto déficit de dotaciones que lo justificaría (ver STS 19 diciembre 2002, STS 21 septiembre 1987, STS 16 enero 2003, pág. 7 y 8).

3.- No puede el planificador alterar los mecanismos legales de responsabilidad.

El PGOU establece en el artículo 3.1.1.4.2º de las Normas que «no se sustraerán al cumplimiento de las obligaciones y deberes establecidos por la legislación urbanística, aun no siendo los propietarios actuales, los promotores de aquellas actuaciones irregulares que el presente Plan asume mediante su adecuada normalización». Del mismo modo y en el artículo 10.3.12.4 se abunda en que «en ningún caso se entenderá que el promotor de la actuación irregular objeto de normalización ha quedado sustraído de las obligaciones y deberes establecidos por la obligación urbanística apli-

cable o exigibles para los actos de ejecución de las mismas, subsistiendo éstas hasta su total satisfacción».

El TS declara que las cargas solo pueden corresponder a quienes, en la actualidad, figuren como propietarios o titulares de los inmuebles respecto de los que se haya producido un pronunciamiento de ilegalidad. La numerosa jurisprudencia se apoya en el artículo 19 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, según el cual la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario, por lo que el nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral.

4.- No se pueden requerir nuevas prestaciones que alteren el equilibrio del derecho de propiedad y que, además, dependan de la modulación del nivel de legalización realizado por el propio planificador.

El PGOU establece una serie de compensaciones económicas, incluso a quienes ya no son propietarios, según sea el exceso de aprovechamiento y el déficit de dotaciones, para finalmente poder financiar las infraestructuras, equipamientos y servicios necesarios en la zona y para regularizar, compensar o suplir los resultados de las actuaciones ilegales.

El TS estima que esto no tiene respaldo en normativa con rango de Ley y que, además, aunque en principio tiene como destino la obtención de nuevas dotaciones, su objetivo, como todo el proceso de normalización es el de penalizar a posteriori las infracciones cometidas y con ello intentar su legalización. La anulación del PGOU supone en primer lugar que el planeamiento vigente para la ciudad de Marbella se retrotrae al antiguo PGOU del año 86, es decir, a un plan aprobado hace casi 30 años, lo que hace urgente que el Ayuntamiento y la Junta de Andalucía se pongan manos a la obra para la redacción de un plan que de una vez por todas resuelva el problema del urbanismo en Marbella.

En lo que respecta a las viviendas que estaban sujetas a la normalización prevista en el PGOU ahora anulado, éstas pasan a estar fuera de planeamiento en una especie de limbo legal. Dichas viviendas, a tenor de las sentencias del Supremo, no pueden ser legalizadas por la aprobación de un plan nuevo y tampoco dicho plan debe tener como objetivo, siguiendo el razonamiento del Tribunal, la legalización de lo construido fuera de planeamiento. Será, por tanto, potestad del órgano judicial competente declarar en su caso la legalidad o no de dichas viviendas de manera individualizada y las consecuencias que de ello se han de derivar.

Se percibe en Marbella cierta incomodidad por la incertidumbre que genera la nulidad del PGOU por el hecho de que la ciudad carezca de un

plan de ordenación acorde a las necesidades reales y por la situación de limbo legal en la que se quedan un buen número de viviendas, pero esto no debe distraernos del hecho de que el plan desde principio se redactó mal, tanto en sus formas como en su contenido y prueba de ello fue la gran cantidad de alegaciones e impugnaciones que se presentaron.

Finalmente la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo sección quinta falla lo siguiente:

1. Que debemos declarar y declaramos haber lugar al Recurso de Casación 1200/2014 interpuesto por la entidad PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S.L., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo 677/2010.

2. Que debemos anular, y anulamos y casamos, la citada sentencia.

3. Que debemos estimar y estimamos el Recurso Contencioso-administrativo 677/2010, formulado por la entidad PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S.L. contra:

a. La Orden de 25 de febrero de 2010, del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de la JUNTA DE ANDALUCÍA, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella, con la reserva de la subsanación de las deficiencias observadas en el instrumento de planeamiento, supeditando su registro y publicación al cumplimiento de las mismas. La citada Orden fue publicada en el BOJA de 24 de marzo de 2010 (nº58) en virtud de Resolución de 5 de marzo de 2010 de la Dirección General de Urbanismo de la citada Consejería de Obras Públicas y Vivienda.

b. La posterior Orden de 7 de mayo de 2010, de la Consejería de Obras Públicas y Viviendas de la Normativa Urbanísticas de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella, aprobada por Orden del Consejero de vivienda y Ordenación del Territorio de 25 de febrero de 2010 (BOJA de 20 de mayo de 2010, nº 97).

4. Que declaramos dichas Órdenes, y la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella por las mismas aprobada, contrarias al Ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, las anulamos.

5. Que no hacemos expresa imposición de las costas causadas en la instancia y en casación.

SENTENCIA En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el **Recurso de Casación 1200/2014** interpuesto por la entidad

PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S. L., representada por la Procuradora D^a. Paloma Barbadillo Gálvez y asistida de Letrada, promo-

vido contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en fecha 17 de enero de 2014, en el Recurso Contencioso-administrativo 677/2010, sobre aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella.

Han sido partes recurridas el **AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**, representado por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes y asistido de Letrado y la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, representada y asistida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Málaga, se ha seguido el Recurso Contencioso-administrativo 677/2010 promovido por la Entidad **PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S. L.**, en el que han sido partes demandadas el **AYUNTAMIENTO DE MARBELLA** y la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, contra la Orden dictada en fecha 25 de febrero de 2010, por el Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, que aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 17 de enero de 2014, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

«*DESESTIMAR el presente Recurso Contencioso-Administrativo. Sin costas.*».

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de la entidad **PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S. L.** presentó escrito preparando el recurso de casación, que fue tenido por preparado mediante Diligencia de Ordenación de 14 de marzo de 2014, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad **PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S. L.** compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 5 de mayo de 2014 el escrito de interposición del recurso de

casación, en el cual, tras exponer los argumentos que consideró oportunos, solicitó a la Sala dicte Sentencia estimando los motivos de casación alegados, casando y anulando la sentencia dictada, y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por Providencia de fecha 25 de junio de 2014, ordenándose también por Diligencia de ordenación de 15 de julio de 2014 entregar copia del escrito de interposición del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que llevaron a cabo la representación del **AYUNTAMIENTO DE MARBELLA** y la Letrada de los Servicios Jurídicos de la **JUNTA DE ANDALUCÍA** mediante escritos presentados en fecha 24 de septiembre y 16 de octubre de 2014, respectivamente.

SEXTO.- Por Providencia de 22 de julio de 2015 se señaló para votación y fallo el día 30 de septiembre de 2015, fecha en la que, efectivamente, se inició la misma, que ha concluido el día 27 de octubre de 2015.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso de Casación 1200/2014 la Sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó en fecha de 17 de enero de 2014, en su Recurso Contencioso-administrativo 677/2010, por medio de la cual se desestimó el formulado por la entidad **PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S. L.** (con independencia de lo que expresaran las partes y la sentencia) contra:

1º. La Orden de 25 de febrero de 2010, del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella, con la reserva de la subsanación de las deficiencias observadas

en el instrumento de planeamiento, supeditando su registro y publicación al cumplimiento de las mismas. La citada Orden fue publicada en el BOJA de 24 de marzo de 2010 (nº 58) en virtud de Resolución de 5 de marzo de 2010 de la Dirección General de Urbanismo de la citada Consejería de Obras Públicas y Vivienda.

2º. La posterior Orden de 7 de mayo de 2010, de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, por la que se dispone la publicación de la Normativa Urbanística de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella, aprobada por Orden del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de 25 de febrero de 2010 (BOJA de 20 de mayo de 2010, nº 97).

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad **PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S. L.**, y, se fundamentó para ello, en síntesis, y, por lo que en el recurso de casación interesa, en las siguientes consideraciones, dadas en respuesta al escrito de demanda de la Comunidad recurrente:

1º. En el primero de sus Fundamentos Jurídicos la sentencia de instancia sintetizó las pretensiones de la entidad recurrente, así como las de índole desestimatoria de la Junta de Andalucía y del Ayuntamiento de Marbella.

2º. En los Fundamentos Segundo y Tercero la Sala analiza las características de los terrenos de su propiedad (solar sito en el Paseo Marítimo de Marbella) que entiende reúnen los requisitos para ser considerados Suelo Urbano Consolidado (SUC), destacando el origen de los mismos (adquiridos del Ayuntamiento mediante Convenio de permuta por unos locales destinados a fines sociales), y considerando, por otra parte, que la denominada Normalización no se corresponde con ninguno de los fines asignados al planeamiento urbanístico, sin que exista fundamento para su clasificación como Suelo Urbano No Consolidado (SUNC) de conformidad con la pericial aportada.

3º. En el siguiente Fundamento Cuarto, la sentencia resume las alegaciones de las partes demandadas oponiéndose a la demanda, reco-

nociendo la calificación del solar en el anterior PGOU de 1986 como de equipamiento público, y rechazando la manifestación contenida en la demanda relativa a la ausencia en el Plan de justificación alguna en relación con la actuación aislada, limitándose a analizar el área a normalizar así con el destino dotacional de la misma ya establecido en el PGOU de 1986. Por otra parte, la sentencia deja constancia de la argumentación jurídica de la oposición de las Administraciones demandadas, con base en el artículo 45.2.B.a.1, y otros, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) y del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (RPU) —artículos 16.2 y 29.3—, así como base con la Memoria de Ordenación del Plan (Capítulo 2.2.2), justificando de forma expresa la carga de 50 euros por unidad de aprovechamiento establecida en el artículo 10.3.5.f) de las Normas.

4º. La sentencia, en el Fundamento Quinto, se remite a la anterior sentencia de la propia Sala de 24 de junio de 2013, en la que se negaba para unos terrenos la condición de SUC. Con tal finalidad la Sala reproduce el artículo 45 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), que regula este tipo de suelo como el de SUNC, añadiendo a continuación:

«Así pues tenemos que el precepto que transcribimos se refiere no solo a servicios, y, a infraestructuras, que la Sala no duda que la finca posea, sino también a «dotaciones públicas precisas» que al igual que aquellas no solo deben comprender las obras de la urbanización sino que deben tener la proporción o las características adecuadas para servir a la urbanización que sobre ellas exista o se construya en el futuro.

Pues bien es a estas dotaciones públicas a las que se refiere el PGOU para incluir estos terrenos entre el suelo urbano no consolidado y a la vista de la prueba practicada podemos decir que no ha quedado acreditado que las dotaciones públicas se hayan completado. Puede que se hayan hecho cesiones pero no se justifica que sean las necesarias ni que con ello se cumpla el requisi-

to legalmente exigido. Y con esto nos referimos fundamentalmente al conjunto de sistemas y elementos que se caracterizan por estar destinados al servicio de la población como vías públicas, servicios urbanos, espacios libres públicos y equipamientos.

Pues bien la Sala entiende que la actora no ha acreditado haber realizado las necesarias cesiones para estas dotaciones públicas al haberse vulnerado el Plan para el que preveía la construcción en el terreno de autos de viviendas unifamiliares adosados cuando en realidad se han construido viviendas plurifamiliares con el aumento que ello conlleva de densidad de población cuando no se ha llevado a efecto, como decimos, reserva de suelo para espacios libres y equipamientos.

Lo anterior viene plasmado en la Memoria de Ordenación del PGOU respecto al ARG-NG-8 «La Carolina Sur» que, como nos indica la demandada pone de manifiesto que en ese ámbito nunca concurrieron todas las dotaciones públicas precisas y que, en definitiva el conjunto residencial objeto de las presentes actuaciones se construyó con infracción de las reservas establecidas para espacios libres y equipamientos lo que obliga a su clasificación como suelo urbano, pero no consolidado.

Recuerda también la Administración autonómica que por sentencia de la Sala de 13 de junio de 2006, recaída en recurso 1939/00 se anuló la licencia de obras para el conjunto Residencia Las Cañas, Urb. La Carolina Sur URP-NG-18.»

5º. En el Fundamento Sexto la sentencia analiza el argumento relativo a la imposición de las cargas previstas para la áreas de regularización previstas en el Plan como consecuencia del denominado proceso de normalización, señalándose que «Ninguna objeción plantea a la Sala la adecuación de dicho mecanismo al ordenamiento jurídico, que, desde luego concibe como finalidad de la actividad urbanística la consecución de un «... desarrollo sostenible y cohesionado de las ciudades y del territorio...»

A continuación, en el mismo Fundamento la sentencia se refiere al apartado 2.2.2 de la Memoria de Ordenación del Plan impugnado, señalando

que en dicho apartado la Memoria «justifica su finalidad normalizadora, conceptuada ante todo no por sí sola, sino como integrada en la propuesta de nueva ordenación urbanística de la ciudad, finalidad que, por lo tanto, en términos generales, no puede ser discutida como procedente, ello, claro está, sin perjuicio de lo que pudiera resultar del examen particular que en cada supuesto pueda realizarse a la vista tanto de los pronunciamientos contenidos en unas y otras declaraciones judiciales emitidas, como de las situaciones que en cada caso hayan pretendido instaurarse con el nuevo plan, examen que, desde luego, no corresponde hacer ahora».

Pues bien, a tal efecto, «en este orden de ideas y en relación con el meritado objetivo, que el plan impugnado plantea», la sentencia, a continuación, recuerda la jurisprudencia de esta Sala sobre el «ius variandi en situaciones afectadas por pronunciamientos judiciales, doctrina que puede verse extractada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2011 (casación 2245/2010), referida a la imposibilidad legal de ejecución de sentencia como de simple carácter administrativo, cuando tiene lugar en el ámbito del urbanismo mediante la aprobación —con posterioridad a una resolución jurisdiccional— de un nuevo planeamiento que viene a adaptarse, o a «legalizar», la actuación previamente anulada». También cita, sobre tales extremos relativos a las facultades de ordenación urbanística tras la anulación de un planeamiento, las SSTS de 22 de enero de 1997, 30 de enero de 2001, 10 de diciembre de 2003, 4 de mayo de 2004, 5 de abril de 2001 y 31 de marzo de 2010 (y las que, a su vez, en esta se citan).

Tras ello, y descendiendo a lo concreto, la Sala llega, sobre este extremo, a la siguiente conclusión:

«Así las cosas, en el supuesto examinado la exclusión de aquel elemento intencional que pueda hacer reprobable la finalidad utilizada por el planificador se evidencia en el caso ante la especial justificación, extensamente desarrollada en el citado apartado 2.2.2 de la Memoria de Ordenación, que representa la situación que trata de abordarse, en modo alguno configurada

por la resolución de aisladas irregularidades, sino que se extiende a la necesidad de dotar de ordenación a una ciudad entera ante la indisciplina urbanística generalizada, caracterizándose por la extensión indiscriminada de los conflictos institucionales y legales planteados, hasta el punto de haberse producido la retirada de las atribuciones urbanísticas a la Corporación local (llevada a cabo en virtud de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre), situación que en coherencia con su generalidad, el Plan impugnado aborda también con criterios generales, los cuales, por tanto, se muestran en principio ajenos a toda finalidad espuria o desviada, tendente a conseguir el beneficio particular de unos determinados ciudadanos en perjuicio de otros.

Desde esta perspectiva general, se observa también asimismo cómo la nueva intervención administrativa a través del plan cuestionado, lejos de tratar de soslayar los presupuestos legales cuya carencia pudo determinar la ilegalidad de las anteriores actuaciones urbanísticas, viene precisamente a colmar tales carencias entonces observadas, relacionadas, precisamente, con la ausencia de plan, presupuesto este en cuya falta, como es suficientemente conocido, se basaron por lo común los pronunciamientos de esta Sala al anular licencias entonces otorgadas, y que, justamente, viene a suministrar la nueva ordenación, llenando así los vacíos entonces observados.

La posible finalidad subjetiva desviada, tendente al incumplimiento de lo acordado judicialmente, se descarta también si se repara en que el autor del instrumento impugnado, es decir, la Administración autonómica, resultó ser el principal promotor en su día de los procesos dirigidos frente a anteriores actuaciones declaradas ilegales. Es difícil, pues, llegar a entender que quien promovió entonces la acción de la justicia pueda ahora pretender incumplir las decisiones judiciales que obtuvo en su favor».

Por último la sentencia concluye el Fundamento Sexto en los siguientes términos:

«De todas formas, sin discutir la procedencia del mecanismo empleado por el plan, la mercantil recurrente discute su participación en las conse-

cuencias que de dicho mecanismo se derivan, y en particular respecto de la obligación de hacer frente a las compensaciones establecidas por el plan para los propietarios del área. Como se ha dicho, el suplico de la demanda pide que se releve a la actora y a sus componentes, de toda obligación derivada de aquel procedimiento de normalización. Finalmente, para todo ello, la actora acude básicamente al concepto de tercero de buena fe y por tanto, sin citarlo, a lo establecido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En este punto, debe recordarse una vez más que según establece hoy el artículo 7 de la Ley de Suelo, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, el derecho de propiedad se concibe como estatutario, noción extraíble de la función social que, según el artículo 33 CE, delimita el contenido de los derechos a la propiedad privada y a la herencia, y que como decía la STC 37/1987 (en relación con la Ley de Reforma Agraria de Andalucía; FJ 2), diversifica los estatutos de la propiedad en virtud de la «... progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer...», dando lugar a «...diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derechos de propiedad recaer».

Todo ello con la consecuencia directa de la fijación de dicho régimen de acuerdo con la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, a la que, como establece el artículo 3.1 de la misma Ley, corresponderá fijar el conjunto de facultades, deberes y cargas que conforman aquel estatuto, y que, sin perjuicio de las que puedan suministrar otros regímenes jurídicos o estatutos (el agrario, por ejemplo), se integra básicamente a través del conjunto de planes urbanísticos, encabezados por el Plan General de Ordenación Urbanística, y a los que corresponde llevar a cabo esa ordenación de acuerdo con las previsiones normativas de rango superior».

6º. En el Fundamento Séptimo, la sentencia de instancia considera que «mediante la delimitación de las correspondientes áreas de regulari-

zación, el plan impugnado ha cumplimentado la función que tiene atribuida en relación con la delimitación del contenido de la propiedad inmobiliaria», recordando la doctrina de esta Sala sobre la distinción entre revisión y modificación de los planes (citando las SSTs de 22 de enero de 1988 y 29 de mayo de 2009), e insistiendo en que en el supuesto de autos se trata de la Revisión del PGOU.

La sentencia termina señalando: «No es apreciable, ni ha sido acreditado por la actora que, en tales determinaciones urbanísticas, hubiera incidido la Administración en arbitrariedad o subjetivismo caprichoso pues el ensombrecimiento de la corrección de la actividad administrativa tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, ha actuado al margen de la discrecionalidad, con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad, la seguridad jurídica, o con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones, nada de lo cual se ha acreditado, así como un actuar injustificado ni una lesión de derechos que impida el despliegue de una actividad planificadora que debe entenderse tendente a mejorar la ciudad y siendo así que efectivamente se pretende modificaciones de espacios públicos, calificación de los terrenos y asignación de usos, el camino para su realización, habida cuenta de su justificación, es la revisión aprobada y recurrida, máxime cuando se ha de tener en cuenta, también, la salvaguarda del interés de los particulares mediante los mecanismos compensatorios previstos en los distintos sistemas de actuación, como fuere el derivado de la expropiación, posibilidad en la que el pago del justiprecio de las fincas expropiadas deja a sus propietarios indemnes de cualquier perjuicio, al recibir en dinero su valor y, ello, implicaría que procedería la compensación mediante transferencia de aprovechamiento en otro ámbito con exceso o mediante expropiación.

Las anteriores potestades encuentran su justificación legal en los arts. 2.3 y 9 de la Ley 7/02 de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Por otra parte, no se puede obviar, por ser de conocimiento directo por esta Sala, la situación urbanística de Marbella anterior a la presente revisión y, siendo uno de sus objetivos, la normalización urbanística de la ciudad en orden a la obtención efectiva de las zonas libres y equipamientos necesarios, respondiendo a objetivos de interés general que trascienden de la simple voluntad de regularizar y, siendo compatible con estas premisas, no se puede dudar de la legalidad de la posible integración de lo construido ilegalmente, como se prevé en el art. 17.2 de la LOUA».

7º. Por último, en el Fundamento Octavo la sentencia de instancia concluye: «Por lo demás, según señalan las demandadas, el plan incluye explicación más que suficiente sobre los criterios de fijación de los coeficientes de regularización, sin que, por lo tanto, se observe el déficit justificativo que sobre este particular se reprocha al instrumento, aunque sin señalarse en qué ha consistido el desconocimiento por el propio plan de los criterios allí establecidos a tal fin».

TERCERO.- Contra esa sentencia ha interpuesto la entidad recurrente recurso de casación, en el cual esgrime dos motivos de impugnación:

1º.- Al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) —esto es, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión—, considerando que la sentencia incide en incongruencia omisiva así como en falta de motivación.

En concreto se expone que la sentencia no tiene en consideración, y, por otra parte, deja sin contestación y pronunciamiento, las siguientes cuestiones:

- a) Existencia de coeficientes injustificados e ilegales, en cuanto prevé unidades de ejecución deficitarias en las que sólo existen deberes para los propietarios.
- b) No enjuicia el supuesto cuestionado, enjuiciado —por la vía de la cita de otra sentencia— un

supuesto distinto referido a un suelo ilegalmente construido.

c) No responde al argumento relativo a la ausencia de amparo legal en la LOUA de la normalización que el Plan contempla, contrario, además, a preceptos constitucionales y legales del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLS08) y del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril (TRLS76).

d) Ausencia de respuesta a la alegación de la demanda relativa a la imposibilidad, de conformidad con el TRLS08, de una finalidad re-dotacional, imponiendo nuevos deberes al titular de SUC.

e) E, igualmente, la sentencia no se pronuncia sobre la ilegalidad de la carga prevista en el artículo 103.5.f) de las Normas del PGOU, de conformidad con los artículos 9.2.c) y 16.1 del TRLS08.

Por otra parte, la sentencia carece de motivación —al margen de la anterior incongruencia omisiva— en relación con la cuestión relativa a que el PGOU (artículos 3.1.1.4.2º y 10.3.12.4) impone los deberes a quienes ya no son propietarios del suelo ni de las viviendas, rompiendo, pues, con la justificación en el carácter estatutario de la propiedad del suelo. Por otra parte, la motivación relativa a la justificación del carácter de SUC se basa en un premisa equivocada, por cuanto la Sala ha partido de que se trata, el de autos, de un suelo ilegalmente edificado (con el de la sentencia a la que se remite), cuando el de la recurrente es un suelo no edificado.

2º.- Al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LRJCA —esto es, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate—, se considera que se ha producido la infracción de los siguientes preceptos:

a) De (1) los artículos 24 y 33 de la Constitución (CE), así como 7 y 19 del TRLS08, porque, al aceptar la sentencia el proceso de normalización que realiza el PGOU, altera el concepto legal y constitucional del carácter estatutario de

la propiedad, imponiendo deberes más allá de la condición de titular del suelo a quienes ya no son propietarios, haciéndolo, además por vía reglamentaria fuera del marco legal de la potestad reglamentaria.

Igualmente se entiende (2) que el carácter punitivo del proceso normalizador infringe principios y normas que regulan el derecho administrativo sancionador, así como el artículo 9 del TRLS08; se entiende (3) producida infracción del artículo 9.3 CE, al legalizar la sentencia un planeamiento general en el que el carácter irregular del proceso urbanizador, del que deriva la imposición de cargas de normalización, se asigna arbitrariamente; infracción, también, del (4) artículo 72.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (RGU), como norma estatal supletoria, en cuanto del proceso de normalización resultan unidades de ejecución absolutamente deficitarias y donde sólo existen cargas para los propietarios; de (5) los artículos 7, 12, 14 y 16 TRLS08 y 78 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril (TRLS76), dado el carácter reglado del SUC y negar la sentencia esta clasificación; por (6) infracción de los artículos 9.2.c) y 16.1 TRLS08, como consecuencia de la imposición de la carga del artículo 10.3.5.f) del PGOU; y, en fin, (7) por infracción de los artículos 16.2 y 29.3 del RGU, por cuanto el proceso de normalización supone que las dotaciones se fijan no porque resulten necesarias por razones de ordenación actual, sino por razones de la previa ilegalidad del proceso urbanístico anterior, no tratándose de dotaciones del nuevo PGOU en sentido estricto sino de penalizaciones por incumplimiento del anterior PGOU.

CUARTO.- No vamos, sin embargo, a contestar de forma expresa a los anteriores motivos de impugnación, pues, la Orden de 25 de febrero de 2010, del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía —por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella, con la reserva de la subsanación de las deficiencias observadas en el instrumento de pla-

neamiento—, y la posterior Orden de 7 de mayo de 2010, de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la misma Junta de Andalucía —por la que se dispuso la publicación de la Normativa Urbanística de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella, aprobada por Orden antes citada de 25 de febrero de 2010—, han sido anuladas por recientes SSTs de esta Sala y Sección.

En consecuencia, de conformidad con los principios de unidad de doctrina y economía procesal, hemos de proceder a ratificar la nulidad decidida con base en las mismas argumentaciones contenidas en las SSTs de 27 (2) y 28 de octubre de 2015 pasado, dictadas en los Recursos de casación 313/2014, 2180/2014 y 1346/2014, cuyos fundamentos de anulación procedemos a reiterar de forma muy resumida.

A) En la STS de 27 de octubre de 2015 pasado, dictadas en el Recurso de casación 313/2014 hemos procedido a decretar la nulidad de las Órdenes y Revisión impugnadas al no ajustarse al Ordenamiento jurídico el proceso de normalización contenido en las mismas, exponiendo los siguientes argumentos:

«1º. No corresponde al ámbito de la potestad de planeamiento modular la legalización de lo ilegalmente construido.

(...) Este tipo de planeamiento, pues, no cuenta con respaldo legislativo, pues el mismo no contempla «hacer ciudad» sino «rehacer ciudad», pero rehacerla, no porque se pretenda su rehabilitación, regeneración o renovación, sino porque la hecha, en el pasado, lo ha sido de forma ilegal. Por ello, su destino, su razón de ser, no es futuro de Marbella, sino su pasado. Y la legalización del pasado debe someterse —pues así lo ha dispuesto el legislador—, en su caso, al sistema antes expuesto. Da la sensación que la exigencia de nuevas dotaciones no viene impuesta por el nuevo Plan, sino que se imponen como consecuencia de las ilegalidades derivadas del incumplimiento del Plan anterior».

«(...) No resulta posible, pues, compatibilizar la normalización (vía obtención dotacional) sin tomar en consideración, con toda su potencialidad y eficacia, las nulidades jurisdiccionalmente

declaradas, pues, se insiste, no resulta posible legalización alguna, en función —sin más— del nuevo planeamiento, por cuanto, de forma individualizada, ha de recorrer el proceso de legalización por la vía de la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia. Las ilegalidades, pues, no admiten ejecución por la vía de las alternativas del planeamiento. El cometido de todo plan consiste en la consecución de una ordenación racional del espacio físico comprendido dentro de su respectivo ámbito. El ordenamiento jurídico atribuye a la Administración la potestad de planeamiento con vistas a la realización del indicado objetivo. Como cualquier otra potestad administrativa, así, pues, la potestad de planeamiento está al servicio de un fin normativamente predeterminado. De este modo, se desnaturaliza la auténtica finalidad de los planes si se apartan de la finalidad que les es propia y buscan satisfacer otra en su lugar o junto a ella. En definitiva, sólo en la medida en que sirvan a su finalidad típica vendrá a estar justificado el ejercicio de la potestad de planeamiento por parte de la Administración.

(...) La Memoria del PGOU —cuyos datos esenciales en el particular que nos ocupa han sido expuestos más arriba— representa el instrumento a través del cual el plan justifica su propia racionalidad; o, si se prefiere, dicho en otros términos, por medio de la Memoria del plan se justifica que las determinaciones de ordenación adoptadas por el mismo se ajustan a la racionalidad y resultan coherentes con el modelo territorial escogido; atendiendo, sin embargo, a los datos proporcionados por la Memoria de referencia, en el caso que nos ocupa, la «Normalización» viene a erigirse, como se ha expuesto, en una de las directrices básicas del PGOU de Marbella, y, de este modo, puede colegirse, el PGOU se aparta de la finalidad típica que le es propia y que tiene asignada por el ordenamiento jurídico».

2º. No está en manos del planificador alterar o desfigurar el concepto de SUC.

(...) Por otra parte, las nuevas dotaciones no pueden tener su apoyo en el pasado, esto es, es su declarada ilegalidad, sino en el futuro, esto

es, en la discrecional decisión técnica del planificador —en ejercicio del *ius variandi* del que está investido— completando la ciudad con lo que realmente la misma necesita y no tratando de aprovechar lo ilegalmente construido.

(...) Por ello, conforme a lo expuesto, no resulta jurídicamente aceptable —constituyendo una técnica acreedora de censura por nuestra parte— el expuesto y generalizado recurso a la categoría del SUNC, como fórmula empleada de manera indiscriminada y como modo de tratar de solventar todas las patologías en que ha podido incurrirse con anterioridad a la Revisión del PGOU, pudiendo deducirse que, en realidad, no es por la sola voluntad del planificador por lo que se clasifican muchos ámbitos como SUNC, sino porque se considera que han existido irregularidades en los mismos.

3º. No resulta jurídicamente posible proceder a la alteración por el planificador de los mecanismos legales de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes urbanísticos, considerando como principio esencial la atribución de la misma a los promotores de las construcciones en contra de lo previsto en el artículo 19 del TRLS08.

(...) Obvio es que las cargas cuya imposición se pretende —con independencia de su viabilidad jurídica— sólo corresponden a quienes, en la actualidad, figuran como propietarios o titulares de los inmuebles respecto de los que se haya producido un pronunciamiento de ilegalidad, pues la imposición a quien no es propietario no tiene fundamento en el carácter estatutario de la propiedad urbana, y, menos aún, cuando la imposición se pretende por vía reglamentaria, como es la del planeamiento.

La imposición de tales cargas lo es —tiene su fundamento— en función del interés público propio de la potestad de planeamiento, pero no para «sancionar» actuaciones anteriores que lesionaron tal interés público y que, posiblemente, han salido temporalmente vía prescripción del ámbito de su exigencia, detectándose, en todo caso, una aproximación a una presunción de culpabilidad general, propia de los sistemas sancionadores.

(...) Esta atribución de cargas a los no propietarios rompe con el estatuto de la propiedad inmo-

biliaria, pues, sencillamente, se imponen obligaciones conectadas con la propiedad a quien ya no es propietario: el principio de la equidistribución de beneficios y cargas no puede convertirse en la finalidad del plan, antes bien, constituye su consecuencia necesaria.

4º. Por último, igualmente carece de apoyo la exigencia de nuevas prestaciones que alteran el equilibrio del derecho de propiedad y que además dependen de la modulación del nivel de legalización realizado por el propio planificador.

(...) De esta forma se procede a una imputación de cargas y gravámenes individuales —incluso, como hemos examinado antes, a quienes ya no son propietarios—, que carece de respaldo en norma alguna con rango de ley, desarrollándose tal imputación sin el seguimiento de ningún procedimiento tramitado de forma individual y con todas las garantías previstas para este tipo de exacciones económicas, y que, si bien cuenta con el destino inmediato de la obtención de nuevas dotaciones, en el fondo —como todo el proceso de normalización— lo que pretende es penalizar —ahora— las antiguas infracciones permitidas y autorizadas conforme a un Plan anterior, y, con ello, intentar su legalización».

B) En la STS de 27 de octubre de 2015 pasado, dictada en el Recurso de casación 2180/2014 hemos procedido, igualmente, a decretar la nulidad de las Órdenes y Revisión impugnadas, exponiendo los siguientes argumentos en torno a las deficiencias de la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) y del Informe de Sostenibilidad Económica del mismo PGOU:

Por lo que hace referencia a la EAE, expusimos: «(...) En efecto, el EIA que consta en el expediente de elaboración, bajo la rúbrica de Descripción esquemática de las determinaciones del Plan y Alternativas posibles o seleccionada, no acomete realmente un análisis de las diferentes alternativas razonables, mediante su estudio comparado desde la perspectiva de la potencial afectación que pudieran ocasionar unas u otras al medio ambiente.

No cabe, por tanto, presumir sin mayores explicaciones —como hace la sentencia— que es suficiente para colmar las exigencias de la Directiva

2001/42/CE y de la Ley estatal por la que se incorpora ésta al ordenamiento jurídico español, con el mero hecho de que se haya confeccionado un EIA acorde con los requisitos de procedimiento y contenido exigidos por la normativa andaluza así como que, de alguna manera, los distintos epígrafes en que se organiza su índice admiten cierta equiparación con los apartados que contiene preceptivamente el Anexo I de la Ley 9/2006...

(...) En definitiva, cabe reiterar aquí cuanto hemos razonado hasta ahora en relación con la pérdida de razón de ser y de sentido útil que representan estos trámites esenciales como la EAE cuando se proyectan sobre un plan urbanístico que, en realidad, mira más al pasado que al futuro, desnaturalizando así las ideas capitales de cautela, previsión, prevención y planificación —económica o ambiental, según el caso— que justifican su obligatoriedad.

En otras palabras, la EAE que la Ley 9/2006 preceptúa no sólo no existe porque no se haya emitido en el curso de la elaboración del PGOU de Marbella sino que, atendida la vocación de legalización, normalización o, en palabras de la memoria, «...comprensión urbanística... en un contexto con múltiples particularidades de naturaleza política, social, económica, institucional, fruto de una gestión anómala y de un desentendimiento en las décadas pasadas...», diagnóstico que concluye con el compromiso asumido de que «...el Plan General que ahora se presenta tiene como objetivo y reto devolver el crédito perdido a la disciplina urbanística en general...», el documento ambiental que se hubiera podido emitir no podría, dada la situación preexistente, alcanzar la finalidad que le es propia».

Y, en relación con el Informe de sostenibilidad económica, añadimos lo siguiente:

«Según el art. 14 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en su redacción originaria, se entiende por actuaciones de transformación urbanística: a) Las actuaciones de urbanización, que incluyen: 1) Las de nueva urbanización, que suponen el paso de un ámbito de suelo de la situación de suelo rural a la de urbanizado para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edi-

ficación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística. 2) Las que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado. b) Las actuaciones de dotación, considerando como tales las que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación de la urbanización de éste.

Sentado lo anterior, conviene aclarar que el concepto de sostenibilidad económica a que se refiere el legislador estatal en el artículo 15.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo no debe confundirse con el de viabilidad económica, más ligado al sentido y finalidad del estudio económico-financiero, sino que va relacionado con dos aspectos distintos, la justificación de la suficiencia del suelo productivo previsto y, el análisis del impacto de las actuaciones previstas en las Haciendas de las Administraciones Públicas intervinientes y receptoras de las nuevas infraestructuras y responsables de los servicios resultantes. Por otra parte, desde una perspectiva temporal el informe de sostenibilidad económica ha de considerar el coste público del mantenimiento y conservación de los nuevos ámbitos resultantes en función de los ingresos que la puesta en marcha de la actuación vaya a generar para las arcas de la Administración de que se trate. Es decir, mientras el estudio económico-financiero preverá el coste de ejecución de la actuación y las fuentes de financiación de la misma, el análisis de sostenibilidad económica no se ha de limitar a un momento o período temporal limitado, sino que ha de justificar la sostenibilidad de la actuación para las arcas públicas desde el momento de su puesta en marcha y en tanto siga generando responsabilidad para la Administración competente respecto de las nuevas infraestructuras y servicios necesarios. En definitiva, el Estudio Económico debe demostrar la viabilidad económica de una intervención de ordenación detallada en un Sector o ámbito concreto y el informe o memoria de sostenibili-

lidad económica debe garantizar analíticamente que los gastos de gestión y mantenimiento de las infraestructuras y servicios en ése Sector o ámbito espacial pueden ser sustentados por las Administraciones públicas, en especial la Administración local competente en la actividad urbanística. (...) A partir de los anteriores razonamientos, nos encontramos en disposición de resolver sobre sí, en este caso, se han cumplidos tales previsiones. En el presente caso, la sentencia de instancia no contiene ninguna referencia a la denunciada ausencia del informe de sostenibilidad económica; no obstante, un estudio del expediente administrativo, nos permite concluir que, el mismo, resulta ser inexistente en este caso.

Hemos de empezar por destacar que el Ayuntamiento de Marbella era plenamente consciente de su exigibilidad. En efecto, a los folios 1 a 7 del expediente, obra un informe del interventor municipal fechado el 12 de julio de 2007, con carácter previo a la aprobación inicial, en el que se hace referencia a la previsión contenida en el precepto aplicable, y se informa en el sentido de su exigibilidad. De la misma forma, al folio 8, consta informe del jefe del servicio técnico de Obras y urbanismo, de la misma fecha que el anterior, en el que, tras reiterar la exigencia del informe de sostenibilidad económica, se alude a la necesidad de informe por los Servicios económicos municipales.

Los referidos informes constan expresamente citados y trascritos en el acuerdo municipal de 19 de julio de 2007, por el que se aprueba inicialmente el Plan.

Pese a tales informes, ni el equipo redactor, ni la asesoría jurídica de urbanismo, ni el secretario municipal, en los sucesivos informes evacuados, hacen referencia a este tema, no siendo sino hasta un nuevo informe de intervención, obrante al folio 1373 del expediente, cuando se vuelve a reiterar el contenido del art. 15.4.

De la misma forma, al folio 1620, obra informe del Área de Planeamiento y Gestión, de fecha 17 de julio de 2009, en el que, en relación con las infraestructuras y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del tan reiterado precepto, se remite al informe de la Unidad Técnica de

Infraestructuras (folio 1655), informe de fecha 20 de julio de 2009, en el que exclusivamente se señala, al referirse al estudio económico financiero, que «En resumen y análisis de los resultados obtenidos, para obtener la cantidad de inversión, tanto pública como privada, referida a la edificabilidad total, así como al detalle por agente, no se han tenido en cuenta las actuaciones que sí han sido consideradas en el estudio, pero que se encuentran sin programar, por lo que, si se contabilizasen estas actuaciones, el esfuerzo inversor por agente sería mayor que el señalado en el documento. Por otra parte, la cantidad respecto al esfuerzo inversor anual de la Administración Local es mayor que la indicada».

A la luz de tales actuaciones queda suficientemente acreditado que el informe de sostenibilidad económica no figura entre la documentación del plan, lo que se constata igualmente de la mera comprobación del índice documental del mismo aportado en la instancia».

Por último la STS reitera las argumentaciones contenidas en torno a la improcedencia del proceso de normalización.

C) En la STS de 28 de octubre de 2015 pasado, dictada en el Recurso de casación 1346/2014 hemos procedido, igualmente, a decretar la misma nulidad, compartiendo las argumentaciones ya citadas en las dos anteriores SSTs:

Así, la STS señala, antes de reproducir las argumentaciones contenidas en la STS de 27 de octubre de 2015:

«(...) hemos declarado la nulidad del propio Plan que es impugnado, por razones que afectan al núcleo mismo del instrumento de planeamiento, esto es, a la naturaleza y finalidad del PGOU de Marbella que seguidamente vamos a reproducir, y que cabe resumir en la carencia de amparo en la potestad de planeamiento ejercitada para llevar a cabo una regulación como la que se efectúa, presidida por la consideración de que el Plan se proyecta más sobre el pasado que sobre el futuro, dado el diseño de normalización o regularización de situaciones urbanísticas ya consumadas que se reconoce como objetivo primordial en la Memoria de información.

«En efecto, el EIA que consta en el expediente de elaboración, bajo la rúbrica de Descripción esquemática de las determinaciones del Plan y Alternativas posibles o seleccionada, no acomete realmente un análisis de las diferentes alternativas razonables, mediante su estudio comparado desde la perspectiva de la potencial afectación que pudieran ocasionar unas u otras al medio ambiente.

No cabe, por tanto, presumir sin mayores explicaciones —como hace la sentencia— que es suficiente para colmar las exigencias de la Directiva 2001/42/CE y de la Ley estatal por la que se incorpora ésta al ordenamiento jurídico español con el mero hecho de que se haya confeccionado un EIA acorde con los requisitos de procedimiento y contenido exigidos por la normativa andaluza así como que, de alguna manera, los distintos epígrafes en que se organiza su índice admiten cierta equiparación con los apartados que contiene preceptivamente el Anexo I de la Ley 9/2006...

(...) Pues bien, la entidad recurrente pone el acento, de entre todos los requisitos enunciados e incumplidos, en la ausencia de evaluación de las diferentes alternativas, incluida la denominada alternativa cero —que no es otra que dejar de realizar el plan, como esta Sala ya ha señalado en sentencias precedentes, como la pronunciada el 19 de diciembre de 2013 en el recurso de casación nº 827/2011—, examen comparativo que en el EIA brilla completamente por su ausencia, ya que la sentencia —y, mediatamente, la propia Junta de Andalucía en su contestación— tratan de justificar esa observancia en el hecho de que el punto 2.2 del estudio ambiental lleve por rúbrica la de «alternativas posibles o seleccionada», lo que no resulta convincente cuando a la vista del epígrafe puede observarse que no sólo no se evalúan las distintas alternativas, sino que ni siquiera se describen de modo claro y preciso, de modo que podamos conocer cuáles serían y, menos aún, se consignan las «razones de la selección de las alternativas previstas y una descripción de la manera en que se realizó la evaluación» (apartado h); como tampoco consta el «informe previsto sobre la viabilidad económica de las alternativas» (Anexo I, letras h) y k), que es

una exigencia específica de la Ley 9/2006 que no cabe entender cumplida, como apodícticamente señala la sentencia, con las meras indicaciones generales del estudio económico. A tal efecto, la sentencia reconoce la omisión de tal informe, que trata de salvar afirmando que «[...] respecto del planeamiento urbanístico general, supuesto en el que nos encontramos no son exigibles otros contenidos en términos económicos que los recogidos en el apartado Programación de Actuaciones y Estudio Económico, que consta en las págs. 519-583, apartado 6, Memoria de Ordenación, DVD 1)».

En definitiva, la completa falta de estudio comparativo de las alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, así como de exposición de la denominada alternativa cero, hacen incurrir al PGOU de Marbella en la nulidad pretendida, al haberse prescindido de la preceptiva EAE, así como de la Memoria ambiental consecuente, efectuadas conforme a las prescripciones de la Ley 9/2006 y de la Directiva 2001/42/CE en que se inspiran.

(...) Pues bien, como hemos visto en los anteriores fundamentos jurídicos, la propia memoria de información del PGOU de Marbella (página 17) pone de relieve que uno de sus designios inspiradores, de singular importancia y que impregna el plan en su conjunto, es el de normalizar las indeseables situaciones urbanísticas pasadas contrarias a la legalidad, siendo bastante con dejar constancia de las numerosas previsiones que contiene en relación con el suelo urbano no consolidado y con el no urbanizable.

En definitiva, cabe reiterar aquí cuanto hemos razonado hasta ahora en relación con la ausencia del informe de sostenibilidad económica y, en particular, con la pérdida de razón de ser y de sentido útil que representan estos trámites esenciales cuando se proyectan sobre un plan urbanístico que, en realidad, mira más al pasado que al futuro, desnaturalizando así las ideas capitales de cautela, previsión, prevención y planificación —económica o ambiental, según el caso— que justifican su obligatoriedad.

En otras palabras, la EAE que la Ley 9/2006 preceptúa no sólo no existe porque no se ha

emitido en el curso de la elaboración del PGOU de Marbella sino que, atendida la vocación de legalización, normalización o, en palabras de la memoria, «...comprensión urbanística... en un contexto con múltiples particularidades de naturaleza política, social, económica, institucional, fruto de una gestión anómala y de un desentendimiento en las décadas pasadas...», diagnóstico que concluye con el compromiso asumido de que «...el Plan General que ahora se presenta tiene como objetivo y reto devolver el crédito perdido a la disciplina urbanística en general...», el que se hubiera podido emitir no podría, dada la situación preexistente, alcanzar la finalidad que le es propia.

En tal contexto y en presencia de tales designios del PGOU —vueltos en significativa medida hacia el tratamiento urbanístico de situaciones ya consumadas e irreversibles—, la evaluación ambiental estratégica pierde buena parte de su finalidad institucional justificadora, la de anticipar la protección ambiental antes de la toma de decisiones que puedan comprometer negativamente el medio ambiente, aspiración que queda despojada de su razón de ser y por ello frustrada cuando la evaluación de las posibles alternativas razonables a que se refiere el Anexo I de la Ley se ve impedida o gravemente debilitada, al venir determinada forzosamente por situaciones de hecho anteriores sobre las que la evaluación estratégica no podría intervenir preventivamente, ni tampoco conjurar sus eventuales riesgos para el medio ambiente».

QUINTO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto conlleva que no formulemos expresa condena al pago de las costas causadas en el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la LRJCA, sin que, por otra parte, existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes, conforme a lo dispuesto en los artículos 68.2, 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

SEXTO.- No procede, por otra parte, ordenar, a efectos de publicidad y eficacia *erga omnes* de la nulidad del PGOU impugnado que declaramos, la publicación del fallo en el mismo diario oficial en que tuvo lugar la de la disposición anulada, como

ordena el artículo 72.2 de la LRJCA, al haber sido ya ordenada dicha publicación en las tres SSTS de 27 (2) y 28 de octubre de 2015, dictadas en los Recursos de casación 313/2014, 2180/2014 y 1346/2014, cuyos fundamentos de anulación hemos reiterado, de forma resumida, en la presente sentencia.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 y 107.2 de la misma LRJCA.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO:

1º.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al **Recurso de Casación 1200/2014** interpuesto por la entidad **PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S. L.**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Málaga, en fecha 17 de enero de 2014, en el Recurso Contencioso-administrativo 677/2010.

2º.- Que debemos anular, y anulamos y casamos, la citada sentencia.

3º.- Que debemos estimar y estimamos el **Recurso Contencioso-administrativo 677/2010**, formulado por la entidad **PROMOCIONES PLAYA DE AHUMADA, S. L.** contra:

1. La Orden de 25 de febrero de 2010, del Consejo de Vivienda y Ordenación del Territorio de la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella, con la reserva de la subsanación de las deficiencias observadas en el instrumento de planeamiento, supeditando su registro y publicación al cumplimiento de las mismas. La citada Orden fue publicada en el BOJA de 24 de marzo de 2010 (nº 58) en virtud de Resolución de 5 de marzo de 2010 de la Dirección General de Urbanismo de la citada Consejería de Obras Públicas y Vivienda.

2. La posterior Orden de 7 de mayo de 2010, de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la **JUNTA DE ANDALUCÍA**, por la que se dispone la publicación de la Normativa Urbanística

de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella, aprobada por Orden del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de 25 de febrero de 2010 (BOJA de 20 de mayo de 2010, nº 97).

4º.- Que declaramos dichas Órdenes, y la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella por las mismas aprobada, contrarias al Ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, las anulamos.

5º. Que no hacemos expresa imposición de las costas causadas en la instancia y en casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

SOCIAL

MARIO BARROS GARCÍA

Abogado. Uría Menéndez

(Tol 5662240)

Cabecera: Indemnización por despido improcedente de indefinido no fijo, aplicando la DTr 5ª de la Ley 3/2012. Hechos probados que son erróneamente interpretados por la sentencia de suplicación. Extinción del contrato de indefinido no fijo. Despido improcedente. Indemnización a quien trabaja desde 1993: lo devengado en febrero de 2012 actúa como tope, por sobrepasar 720 días, aunque no se alcancen las 42 mensualidades. Clarifica y concuerda STS 29 septiembre 2014 (rec. 3065/2013) y STS 2 de febrero de 2016 (rec. 1624/2014).

Jurisdicción: Social

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 18/02/2016

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Sección: Primera

Número Sentencia: 118/2016

Número Recurso: 3257/2014

RESUMEN:

PUNTOS DESTACADOS.

- 1) Hechos probados que son erróneamente interpretados por la sentencia de suplicación.
- 2) Extinción del contrato de indefinido no fijo. Despido improcedente.
- 3) Indemnización a quien trabaja desde 1993: lo devengado en febrero de 2012 actúa como tope, por sobrepasar 720 días, aunque no se alcancen las 42 mensualidades.

COMENTARIO

1. Introducción

Por medio de su sentencia de 18 de febrero de 2016 (Tol 5662240) la Sala de lo Social del Tribunal Supremo viene a aclarar y sentar pautas interpretativas para la aplicación de los límites máximos de la fórmula indemnizatoria

establecida en la disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (la «**Ley 3/2012**») para los contratos de trabajo iniciados con anterioridad al 12 de febrero de 2012. Dicha norma ha pasado a integrarse, como disposición transitoria 11ª, en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Se trata de una cuestión que está rodeada de cierta polémica y debate, en tanto que la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014 (*Tol 4538560*), con una fundamentación verdaderamente escueta, parecía sustentar una interpretación diferente de la que resulta de la sentencia objeto del presente comentario.

2. Antecedentes de la sentencia y cuestiones objeto de debate

El pronunciamiento trae causa de una demanda por despido interpuesta por un trabajador que prestaba servicios para el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya bajo varios contratos temporales y cuya relación laboral fue extinguida por amortización de su plaza.

La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Girona el 8 de noviembre de 2013, reconoció el carácter de trabajador indefinido no fijo del demandante, pero desestimó su reclamación por considerar ajustada a Derecho la extinción de su contrato de trabajo.

Por medio de sentencia de 20 de junio de 2014, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya estimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador. La sentencia parte de la premisa de que, en el ámbito de la Administración, la extinción de los contratos de interinidad por vacante y de los indefinidos no fijos ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores. Comoquiera que no se respetó esa exigencia en el caso de autos, la extinción contractual ha de considerarse improcedente. Por ello, la Sala de suplicación establece una indemnización de 74.386,87 euros, que fue posteriormente corregida por auto aclaratorio y fijada en la suma de 79.471,94 euros.

La sentencia de suplicación fue recurrida en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo tanto por el trabajador como por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.

El recurso del empleador se dirigía a combatir el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña relativo a la exigencia de que la amortización de un puesto de indefinido no fijo se lleve a efecto través del cauce establecido en los artículos 51 o 52 del Estatuto de los Trabajadores,

invocando como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 18 de febrero de 2014. No obstante, el Departamento de Justicia renunció a su recurso antes de que el Tribunal Supremo tuviera ocasión de pronunciarse. En todo caso, la sentencia razona al respecto que ese recurso carecía de contenido casacional, pues existe abundante doctrina unificada en el sentido en el que resolvió la sentencia recurrida, como es la establecida en las sentencias de 24 de junio de 2014 (*Tol 4462440*), 8 de julio de 2014 (*Tol 4495597*) y 11 de febrero de 2015 (*Tol 4764022*).

El recurso del trabajador se dirige a la revisión del importe de la indemnización por despido procedente acordada por la Sala de suplicación. De ello resulta la necesidad de que el Tribunal Supremo analice en su sentencia la antigüedad tenida en cuenta para el cálculo de la referida indemnización, ya que se produjo una sucesión de contratos temporales, así como la forma en la que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña interpretó y aplicó la disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012.

Aunque este comentario se dirige principalmente a al examen del pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con este segundo punto, se hará una somera reseña de la resolución de la primera de las cuestiones mencionadas, pues incluye también algunos extremos de interés.

3. Antigüedad computable en el caso de contratos temporales sucesivos

En los incombatisos hechos probados de la sentencia de instancia consta que el trabajador estuvo vinculado a la Administración empleadora mediante varios contratos de duración determinada, del tipo y con la vigencia temporal que se indican a continuación:

- Contrato de fomento de la ocupación, al amparo del Real Decreto 1989/1984, desde el 1 de agosto hasta el 8 de octubre de 1992.
- Contrato de interinidad por sustitución, del 23 al 25 de noviembre de 1992.
- Nuevo contrato de fomento de la ocupación, desde el 4 de enero de 1993 hasta el 3 de enero de 1994.
- Contrato de sustitución a trabajadores con reserva del puesto de trabajo, del 4 de enero de 1996 al 24 de marzo de 2013.

En su recurso de casación para la unificación de doctrina, el trabajador denuncia que la indemnización por despido improcedente se calculó teniendo en cuenta la fecha de inicio de su último contrato (4 de enero de 1996), cuando debió tomarse la del contrato anterior (4 de enero de 1993). Se arguye a este respecto que existe un error material en los hechos pro-

bados que sitúan la extinción del contrato últimamente referido en el 3 de enero de 1994, ya que, en realidad, se habría extinguido el 3 de enero de 1996, es decir, el día anterior al de inicio del siguiente contrato, por lo que no existiría solución de continuidad entre ellos.

Es de ver que el trabajador no había instado en sede suplicación la corrección del error mencionado a través del cauce establecido en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. A este respecto, el Tribunal Supremo recuerda que la identidad de la controversia en la que ha de sustentarse el recurso de casación unificadora ha de examinarse a partir de los términos en los que se ha planteado el debate en suplicación, de forma que cualquier motivo que se traiga *ex novo* a casación sin haberse planteado previamente en suplicación tiene vedada su revisión por el Tribunal Supremo. Del mismo modo, se reitera que *«el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta [...], como sobre los criterios legales en materia de presunción judicial»*.

Por su parte, el Ministerio Fiscal informó a favor de la inadmisión del recurso por las razones que se acaban de indicar.

A pesar de todo ello, el Tribunal Supremo, con un criterio ciertamente antiformalista, admite el motivo y lo resuelve de forma favorable al recurrente.

Así, la Sala razona que el hecho de que el contrato inmediatamente anterior al que se tuvo en cuenta para el cálculo de la indemnización concluyó el día 3 de enero de 1996 (y no el mismo día de 1994) se deduce de lo alegado en la demanda y de la prueba documental obrante en autos, pues está acreditado que se celebraron dos prórrogas al citado contrato, hasta el punto de que en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia recurrida se hace referencia a *«los contratos de 1 de agosto a 8 de octubre de 1992 y de 4 de enero de 1993 a 3 de enero de 1996»*. Todo ello revela, a juicio de la Sala, que se trata de un mero error material que genera una discordancia interna en la sentencia *«por lo que el razonamiento que realiza el juez a quo en el Fundamento Segundo es una premisa que ha de ser considerada en su globalidad, y no sólo su argumentación jurídica. Aunque consignados en lugar inadecuado, los hechos en que se basa la fundamentación deben ser considerados como probados, de acuerdo con nuestra doctrina constante»*, motivo por el cual la Sala realiza una *«integración de los hechos probados con lo expuesto en la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado»*.

Superado de este modo el requisito de admisibilidad del recurso, la contradicción con la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999

(rec. 2779/1998), citada como sentencia de contraste, se manifiesta de modo evidente. Conforme a esta sentencia, que es acreedora de la reiterada doctrina de la Sala, el tiempo de servicio sobre el que ha de calcular la indemnización por despido improcedente cuando existe una secuencia de contratos temporales es el acumulado por el transcurso de todos ellos, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en su desenvolvimiento, y ello con independencia de que los contratos anteriores al que desencadena la declaración de improcedencia hayan sido o no ajustados a Derecho.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya contra la que se alza el recurso tomó en consideración únicamente el tiempo de prestación de servicios bajo el último de los contratos celebrados entre las partes, por lo que no se ajusta a la doctrina del Tribunal Supremo, lo que conduce a la estimación del recurso en este punto.

4. Cálculo de la indemnización por despido improcedente para contratos anteriores al 12 de febrero de 2012. Interpretación de la Disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012

4.1. Planteamiento de la cuestión

Como consecuencia de la modificación del *dies a quo* para el cálculo de la indemnización operada por la Sala según se acaba de exponer, la propia Sala entra a calcular el importe de la indemnización por despido improcedente que corresponde al trabajador en el nuevo escenario.

En este contexto, la Sala examina el contenido y alcance de la disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012, cuyo contenido se reproduce en la disposición transitoria 1ª del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, y su aplicación al presente caso.

La citada disposición transitoria 5ª dispone, en su apartado segundo, lo siguiente:

«La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá

ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso».

La corrección del error material en punto a la antigüedad del actor a tener en cuenta para el importe indemnizatorio efectuada por la Sala lleva a que haya de considerarse a estos efectos el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1993 (en lugar del 4 de enero de 1996) y el 24 de marzo de 2013. De ahí resulta que la indemnización devengada, a razón de 45 días de salario por año de servicio, entre el 4 de enero de 1993 y el 12 de febrero de 2012 asciende a 862,5 días de salario, que es una cantidad superior a 720 días e inferior a 42 mensualidades de salario, por lo que la Sala ha de aplicar los topes máximos a la cuantía indemnizatoria fijados en la disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012.4.2

4.2. La interpretación realizada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo había tenido ya ocasión de aplicar los referidos límites con anterioridad, concretamente en su sentencia de 29 de septiembre de 2014 (*Tol 4538560*). Esta sentencia resulta un tanto desconcertante, no sólo por la interpretación que postula de la disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012, sino también por el escaso fundamento argumental en el que se sustenta su fallo.

La mencionada sentencia trae causa de la demanda interpuesta por dos trabajadoras contra la decisión empresarial de extinguir sus contratos de trabajo en el marco de un despido colectivo. La primera trabajadora, Dª Camino, tenía una antigüedad de 18 de marzo de 1980 y un salario diario de 46,06 euros. La fecha de inicio de la relación laboral de la segunda de las trabajadoras, Dª Lourdes, era el 3 de octubre de 1989 y su salario diario de 39,35 euros. Ambas trabajadoras fueron despedidas con efectos de 18 de octubre de 2012. La sentencia de instancia calificó los despidos como procedentes.

En sede de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) revocó la sentencia de instancia, declaró improcedentes los despidos de las trabajadoras recurrentes y fijó el importe de sus respectivas indemnizaciones en 33.163,2 euros, en el caso de Dª Camino, y 28.296 euros para Dª Lourdes. En ambos casos, la cuantía indemnizatoria corresponde a 720 días de salario.

Sin embargo, a 12 de febrero de 2012, la indemnización de 45 días de salario por año de servicio que correspondía a D^a Camino superaba ya las 42 mensualidades de salario. Por su parte, a esa misma fecha, D^a Lourdes acumulaba una antigüedad de 22 años y 4 meses, lo que, según refiere el propio Tribunal Supremo, equivale a una indemnización de 1008 días de salario.

Por ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014 considera que la Sala de suplicación ha aplicado incorrectamente los topes indemnizatorios establecidos por la disposición transitoria 5^a de la Ley 3/2012.

Así, en el caso de D^a Camino, el Tribunal Supremo fija en 42 mensualidades de salario el importe de su indemnización.

La mayor significación de este pronunciamiento judicial viene dada, sin embargo, por el importe de la indemnización concedida a D^a Lourdes, ya que la Sala concluye que *«los parámetros de antigüedad a considerar son de inicio el 3-10-1989, primer límite la entrada en vigor del R.D.L. 3/2012, lo que supone 22 años y cinco meses, en total 1008 días, superando 720 días anteriores a la vigencia del R.D.L., por lo que también es acreedora a superar ese límite indemnizatorio que se sustituye por el de 42 mensualidades, si bien en este caso la suma del indicado periodo y el posterior, 22 días supone un total de 1030 días, inferior a 42 mensualidades, que se traduce en una indemnización de 40530,5 euros, practicando en su caso el descuento de lo percibido en el mismo concepto»*.

De lo anterior se desprende que si el montante indemnizatorio devengado hasta el 12 de febrero de 2012 supera el tope de 720 días de salario, se continúa generando indemnización hasta un máximo de 42 mensualidades de salario.

4.3. La doctrina de la sentencia de 18 de febrero de 2016

El Tribunal Supremo afirma que su sentencia de 29 de septiembre de 2014, a la que se acaba de hacer referencia, constituye una *«primera aproximación al tema»*, por lo que en esta nueva sentencia se dicta *«con ánimo de clarificar [la] doctrina»* de la Sala y precisar el alcance de la disposición transitoria 5^a de la Ley 3/2012, norma que se considera que ha suscitado *«dificultades interpretativas»*.

Sobre estas bases, en su sentencia de 18 de febrero de 2016, la Sala avala una interpretación literal de la citada disposición, que el propio Tribunal Supremo expone en los siguientes términos:

«a) La Disposición Transitoria solo se aplica a los supuestos en que el contrato se ha celebrado con anterioridad a 12 de febrero de 2012 [...]».

b) Cuando, por aplicación de este precepto, se toman en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012 «el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario».

c) De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el periodo anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.

d) En sentido contrario, la norma implica que si por el periodo de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.

e) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.

f) Quienes a 12 de febrero de 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el periodo posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.

g) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, «prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año» en los dos supuestos».

La sentencia concluye aplicando la anterior doctrina al asunto sometido a su revisión. Tal y como dejó sentado la propia sentencia, la fecha de inicio de la relación laboral a los efectos del cálculo de la indemnización es el 4 de enero de 1993 y su salario regulador asciende a 109,24 euros diarios. El contrato fue extinguido el 24 de marzo de 2013, lo que hace que el tiempo de servicio hasta el 12 de febrero de 2012 sea de 19 años y 2 meses o, lo que es lo mismo, 230 meses.

A razón de que 45 días de salario por año de servicio, esta antigüedad da lugar a una indemnización de 862,5 días [= 45 x (230/12)], que es una cantidad superior al tope de 720 días e inferior al de 42 mensualidades (1260 días) establecidos en la disposición adicional 5ª de la Ley 3/2012. En consecuencia, se fija el importe de la indemnización en la cantidad, 862,5 días de salario, que equivale a un metálico de 94.219 euros [= 862,5 x 109,24],

sin que, por lo tanto, el trabajador genere ningún importe indemnizatorio adicional por el trabajo prestado con posterioridad al 12 de febrero de 2012.

4.4. Comentario

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016 pone fin a la incertidumbre y debate sobre la interpretación de los topes a la cuantía indemnizatoria fijados en la disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012 para los contratos de trabajo anteriores al 12 de febrero de 2012 que, en buena parte, surgieron como consecuencia de la interpretación de esa norma —no explicitada con total claridad— que se efectuó en la sentencia de ese mismo Tribunal de 29 de septiembre de 2014.

La Sala acoge un criterio hermenéutico literalista, conforme al cual, como se ha expuesto, se declara que la DT 5ª establece los tres topes que se indican a continuación a la indemnización por despido improcedente de 45 días de salario por año de servicio de trabajadores empleados antes de la fecha indicada:

i. En primer lugar, 720 días de salario.

ii. No obstante, si la indemnización resultante a 12 de febrero de 2012 con arreglo al módulo legal fuera ya superior a esa cifra, se aplicará el número de días devengado de esa forma, que será el *«importe indemnizatorio máximo»* (segundo tope).

iii. Esta última cantidad no podrá ser superior, en ningún caso a 42 mensualidades de salario (tercer tope).

De esta forma, en el caso de que la indemnización correspondiente al periodo anterior a 12 de febrero de 2012 sea superior a 720 días de salario, como se ha señalado de forma gráfica, el importe indemnizatorio queda «congelado», lo que lleva implícita la consecuencia de que —como confirma la propia sentencia— *«el ulterior trabajo resulte inocuo desde la perspectiva de la Disposición Transitoria Quinta»*.

Esta interpretación es avalada por el propio Tribunal Constitucional en su Auto 43/2014, de 12 de febrero de 2014, en el que se inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3801/2013, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero. En su fundamento jurídico 5, el Tribunal Constitucional proclama la conformidad constitucional de la tantas veces referida disposición transitoria 5ª, y señala lo siguiente:

«En cuanto a la primera de las previsiones específicas cuestionadas —el apartado 2 de la disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 3/2012—, ya hemos señalado que, en esta norma, el legislador es-

tablece un sistema de cálculo dual de la indemnización por despido improcedente para los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley: en concreto, el precepto indica que respecto al período de prestación de servicios anterior a la entrada en vigor de dicha norma, la indemnización se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio —esto es, se respeta el criterio previamente vigente— y, para el tiempo posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, la indemnización se calcula a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio —esto es, se aplica la nueva cuantía introducida en el art. 56.1 LET por el citado Real Decreto-ley—. A ello añade la disposición cuestionada que «[e]l importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso»».

Es de ver que el Tribunal Constitucional no sólo declara constitucional la disposición transitoria 5ª de la Ley 3/2012, sino que su razonamiento toma como punto de partida la concreta interpretación literal que, hasta la sentencia del Tribunal supremo de 29 de septiembre de 2014 era generalmente admitida, sobre el sistema de cálculo dual para los contratos formalizados con anterioridad al Real Decreto-ley 3/2012. Asimismo, el Tribunal Constitucional se pronuncia expresamente sobre la validez constitucional de las cuantías y topes indemnizatorios establecidos en la citada transitoria, sin introducir ninguna clase de matizaciones o interpretaciones que se aparten de su tenor literal. Así, el Tribunal Constitucional concluye que:

«Finalmente, respecto a las variaciones introducidas por el Real Decreto-ley 3/2012 en el factor multiplicador y en el tope máximo de la indemnización por despido improcedente —y que encuentran reflejo en el cuestionado apartado 2 de la disposición transitoria quinta—, también hemos de negar la arbitrariedad que, según el órgano proponente, concurre en la decisión legislativa de asignar a estos elementos una magnitud distinta antes y después de la citada norma, no cuestionándose directamente en el Auto la suficiencia de los valores numéricos otorgados, sino sólo su carácter tasado y su modificación. A este respecto, basta reiterar que, como ya antes hemos indicado, la posibilidad de atribuir valores tasados a los elementos de cálculo de la indemnización adecuada por despido improcedente, así como la de

proceder a su revisión normativa, son facultades que quedan dentro de la libertad de configuración atribuida al legislador por el art. 35.2 CE».

En otro orden de cosas, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial acordó el 13 de diciembre de 2015 la constitución de un grupo de trabajo para estudiar los criterios de cómputo legales indemnizatorios por extinción de contrato de trabajo. Fruto de ello ha sido la elaboración de una aplicación informática para el cálculo de indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, que se ha puesto a disposición de los operadores jurídicos y ciudadanos en general a fin de proporcionarles seguridad jurídica. Según se indica en el comunicado del Consejo General del Poder Judicial en el que se informa de su creación, esta herramienta permite obtener la *«indemnización de la extinción del contrato de trabajo, según causas de extinción y calificación tasadas por la ley y la vigente doctrina jurisprudencial que la interpreta»*, si bien se expresa que sus *«resultados no son vinculantes»*.

La herramienta está disponible en la página web del consejo General del Poder Judicial, en la siguiente dirección:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-indemnizaciones-por-extincion-de-contrato-de-trabajo/>

Sentencia En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA DE GIRONA, representado y defendido por el Abogado de la Generalitat y D. Hermenegildo, representado y defendido por el Letrado Sr. Reyes I Gracian, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de junio de 2014 y del auto de aclaración de dicha sentencia de 23 de junio de 2014, en el recurso de suplicación nº 1315/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Girona, en los autos nº 368/2013, seguidos a instancia de D. Hermenegildo contra el DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA DE GIRONA, sobre despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Girona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimo la demanda de impugnación de despido promovida por D. Hermenegildo contra el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña»

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- El demandante ha venido prestando servicios por cuenta del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña para la prestación de servicios de educador en el centro educativo

Montilivi de Gerona mediante contrato de fomento de ocupación al amparo del RD 1989/84 entre el 1 de agosto y el 8 de octubre de 1992, del 23 al 25 de noviembre de 1992 por contrato de interinidad para la sustitución de D. Pedro, mediante contrato de fomento de ocupación al amparo del RD 1989/84 entre el 4 de enero de 1993 y el 3 de enero de 1994 y desde el 4 de enero de 1996 hasta el 24 de marzo de 2013 por medio de contrato para sustituir trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo código L006132 (no controvertido y documental obrante en folios 46 a 196). El salario del demandante a efectos de despido es de 109,24 euros brutos diarios en cómputo anual, con prorrateo de pagas extras (certificado de empresa obrante en folio 164).

2º.- Por acuerdo de Gobierno de 28 de agosto de 2012 fue acordada la amortización del puesto de trabajo que ocupaba el demandante con efectos de 24 de marzo de 2013 (no controvertido y folios 179 a 191). Fue presentada reclamación previa, que fue desestimada (no controvertido y folios 8 a 12).

3º.- La parte demandante no ostenta ni ha ostentado la representación individual o colectiva de los trabajadores (no controvertido)».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de duplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos estimar como estimamos el recurso de duplicación interpuesto por D. Hermenegildo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Girona de 8 de Noviembre de 2013 en autos 368/13 de aquel juzgado seguidos a instancia del recurrente frente al DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA y revocando la misma debemos declarar y declaramos improcedente el despido del actor acordado por la empresa demandada y, en consecuencia, condenamos al Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse el despido o a su

elección a que le abone una indemnización de 74.386,87 euros pudiendo ejercitar su derecho de opción en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, y entendiéndose que opta por la readmisión en el supuesto de no ejercitarlo».

Por el Letrado de D. Hermenegildo se presentó escrito de aclaración de sentencia que fue resuelto por auto de fecha 23 de junio de 2014, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: «Ha lugar a aclarar el fallo de la sentencia de 20 de junio de 2014 dictada en este rollo en el sentido de que la cantidad a satisfacer como indemnización por despido improcedente es la de 79.471,94 euros dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la referida resolución».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en su aplicación, se interpusieron recursos de casación para la unificación de doctrina a nombre del DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA DE GIRONA y D. Hermenegildo. Con fecha 15 de octubre de 2015 el Letrado de la Generalitat de Catalunya presentó escrito solicitando se tenga por desistido del recurso.

Por el Letrado Sr. Reynes I Gracian en representación de D. Hermenegildo, mediante escrito de 10 de octubre de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: **PRIMERO.-** Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999. **SEGUNDO.-** Se alega la infracción del art. 56.1.b) del ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 7 de mayo de 2015 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 16 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión debatida posee varias vertientes. La primera se refiere al procedimiento para la extinción de los contratos de interinidad por vacante en la Administración Pública. La segunda, al cálculo de la antigüedad a los efectos de la indemnización por despido improcedente. La tercera, al modo de hallar el importe indemnizatorio cuando entran en juego las previsiones transitorias respecto de contrataciones anteriores a 2012.

1.Hechos litigiosos.

Puesto que fracasó la revisión intentada en suplicación, los hechos que hemos de tener en cuenta para la resolución del caso son los reflejados como tales por la sentencia de instancia y que ya han sido reproducidos más arriba. Basta, de momento, con realizar una síntesis de los mismos:

El trabajador ha venido prestando servicios para el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña desde el 01/08/1992, mediante diversos contratos temporales, hasta que fue extinguida la relación laboral por amortización de la plaza.

La sentencia de instancia reconoció al trabajador su condición de indefinido no fijo, pero desestimó la demanda de despido al considerar adecuada a Derecho la extinción operada.

2.La sentencia recurrida.

La sentencia de suplicación ahora impugnada estima el recurso del trabajador y revoca la resolución de instancia. Considera que, en el ámbito del empleo público, la extinción de los contratos de interinidad por vacante y de los indefinidos no fijos debe llevarse a cabo con arreglo a lo previsto en los arts. 51 y 52 ET; al no haberse hecho así, declara el despido improcedente, con las consecuencias legales derivadas de dicha declaración, ascendiendo la indemnización fijada a la cuantía de 74.386,87 €.

La empleadora solicitó aclaración de la sentencia a lo que la Sala accedió fijando la indemnización calculada desde el 04/01/1996 (fecha de celebración del último contrato) y con arreglo a la Disp. Tansit. 5ª Ley 3/2012, en 79.471,94 €.

3. El recurso de casación unificadora de la Administración empleadora.

El Abogado de la Generalidad de Cataluña, en representación de la Administración, recurre en casación unificadora e invoca como sentencia referencial la dictada por la Sala de Baleares el 18 de Febrero de 2014 (rec. 440/2016), que declara la validez de la extinción por amortización de la plaza de un trabajador indefinido no fijo que prestaba servicios en el Instituto Balear de la Juventud, sin necesidad de acudir al despido por causas objetivas contempladas en los arts. 51, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores.

Resulta evidente que la sentencia recurrida es la que se adecua a la doctrina de la Sala establecida a partir de la STS 24/06/2014 (R. 217/2013), reiterada, entre otras, y en lo que a los trabajadores indefinidos no fijos se refiere, por las SSTS 08/07/2014 (R. 2693/2013) y 11/02/2015 (R. 840/2014), lo que determina que el recurso hubiera debido ser inadmitido por falta de contenido casacional.

Antes de que esta Sala realizara cualquier pronunciamiento acerca del referido recurso, mediante escrito de 7 de octubre de 2015, al amparo del artículo 450 LEC, el Abogado de la Administración demandada formalizó expresa renuncia al mismo. En concordancia con ello, mediante su Decreto de 19 de octubre de 2015 el Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala declaró desistido el recurso de casación para la unificación de doctrina.

4.El recurso de casación unificadora interpuesto por el trabajador.

A) El 10 de octubre de 2014 tuvo entrada en el registro del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el recurso de casación unificadora interpuesto por el trabajador.

Se aduce que la antigüedad para el cálculo de la indemnización es superior a la tenida en cuenta por la sentencia de suplicación. El recurso le reprocha que no ha tenido en cuenta que entre el penúltimo y el último contrato no hay solución de continuidad, alegando la existencia de un error material en los hechos probados, que fijan la fecha de extinción del contrato anterior en el día 03/01/1994, cuando en realidad fue el

03/01/1996, celebrándose el último contrato el día siguiente, el 04/01/1996.

B) De conformidad con lo previsto en el artículo 226.3 LRJS, el Ministerio Fiscal emitió su Informe el 9 de julio de 2015, considerando improcedente que esta Sala entrase a resolver una cuestión que no había sido debatida en suplicación.

5. Estructura de nuestra sentencia.

Queda expuesta la razón por la que solamente hayamos de examinar uno de los dos recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos en su día. Por ello, una vez clarificado el objeto litigioso en su actual configuración (Fundamento Primero) y a la vista de cuanto expone el Ministerio Fiscal pero también por tratarse de un presupuesto procesal del recurso de casación unificadora (art. 219.1 LRJS) habremos de prestar atención detallada a la concurrencia de la preceptiva identidad entre las sentencias comparadas y a la eventual existencia de algún obstáculo que impida examinar la pretensión del trabajador recurrente, en particular el planteamiento de cuestión nueva (Fundamento Segundo).

Tras despejar esos obstáculos podremos entrar de lleno en la cuestión referida al cálculo de la indemnización, único tema realmente debatido ante esta Sala (Fundamento Tercero). Tras ello podrá darse final respuesta al recurso (Fundamento Cuarto).

SEGUNDO.- Sentencias contrastadas y debate suscitado.

1. Presupuesto y alcance del recurso de casación unificadora.

Son cuatro los temas que vamos a despejar con carácter preliminar, a fin de poder realizar posteriormente la remisión a ellos y así aligerar el razonamiento: 1) el modo en que ha de apreciarse la contradicción entre sentencias; 2) la necesidad de que lo debatido se haya planteado en suplicación; 3) la imposibilidad de revisar los hechos probados; 4) los márgenes de la solución a que lleguemos.

A) El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser —a salvo del supuesto contemplado en el

número 2 de dicho artículo— una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales», SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

B) La Sala ha señalado, con reiteración, que el carácter extraordinario del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que la identidad de la controversia se establezca teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que todo motivo formulado en este recurso que no coincida con el recurso de suplicación constituye una cuestión nueva, dado que la identidad, a efectos de la contradicción exigida en el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se produce a partir de la controversia en suplicación, en cuanto el término de referencia en el juicio de contradicción «es una sentencia que al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada

por los motivos propuestos por el recurrente en el recurso de suplicación».

La identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que la contradicción basada en una cuestión no suscitada en la sustanciación de la suplicación impide que dicha contradicción pueda ser apreciada, de modo que, en definitiva, nada hay que unificar, objeto de este recurso extraordinario, cuando no existen doctrinas contrapuestas, porque una de las sentencias comparadas no abordó el problema, SSTS 15/04/2013 (R. 772/2012), 16/04/2013 (R. 1331/2012), 21/07/2014 (R. 2099/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

C) Hemos de llamar la atención sobre la imposibilidad de que en casación unificadora se inste una revisión directa o indirecta de los hechos declarados probados. La finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba [SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013)] pues es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta [SSTS de 01/06/10 (R. 1550/2009), 14/10/10 (R. 1787/2009), 06/10/10 (R. 3781/2009), 15/10/10 (R. 1820/2009), 31/01/11 (R. 855/2009), 18/07/11 (R. 2049/2010), 05/12/11 (R. 905/2011)], como sobre los criterios legales en materia de presunción judicial [SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 26/11/2013 (R. 2471/2011), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013), 17/06/2014 (R. 1057/13)].

La finalidad de este recurso es «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando

el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que —acertada o no— no puede corregirse a través de este recurso» [SSTS de 12/03/2013 (R. 1531/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/12)].

D) Es cierto que la Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario (SSTS 03/06/94 —rcud 1881/93—; [...] 17/12/07 —rcud 4661/06—; y 23/12/08 —rcud 3199/07—). Este Tribunal «no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida» (SSTS 29/09/03 —rcud 4775/02—; 16/01/06 —rcud 670/05—; y 07/07/06 —rcud 1077/05—).

Pero cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno).

Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. «Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» (STC 172/1994, de 7/ Junio, FJ 3).

2. La sentencia de contraste (STS 16 abril 1999, rec. 2779/1998).

A efectos de contraste se ha invocado la STS de 16 abril 1999 (rec. 2779/1998). Aborda un pleito por despido de trabajador al servicio de Correos y Telégrafos, estando centrada la discusión en el modo de calcularse la indemnización por despido improcedente. La sentencia de suplicación toma en cuenta el último de los contratos de la serie, pero la nuestra accede a la pretensión del trabajador para que se contabilice el tiempo de servicio de todos ellos, sean o no ajustados a Derecho.

Esta resolución recopila numerosos precedentes y sintetiza la evolución experimentada por la propia Sala. La doctrina que allí acogemos puede sintetizarse mediante la reproducción de un par de fragmentos de la propia sentencia:

Quando a una declaración de despido improcedente han precedido varios contratos temporales, la indemnización legal de cuarenta y cinco días por año de servicios ha de calcularse tras una consideración conjunta y global de todos esos contratos, y no tras el análisis único del último concluido.

El tiempo de servicio a que se refiere el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (...) debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma.

Aquí estamos ante la injustificada terminación de un contrato que, también por irregularidades, asumió condición de temporalmente indeterminado o indefinido. Por lo que, la calificación de despido improcedente que de ello se sigue debe ser reparada con la indemnización que, con carácter general, establece la legislación vigente, o sea, cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, incluido el prestado bajo la cobertura de los diversos contratos temporales suscritos entre las partes.

3. La sentencia recurrida (STSJ Cataluña 20 junio 2014, rec. 1315/2014).

Recordemos que el Juzgado de lo Social había desestimado la demanda del trabajador y que éste formalizó recurso de suplicación. La STSJ Cataluña de 20 junio 2014 (rec. 1315/2014), ahora recurrida, reproduce los hechos declara-

dos probados en la instancia y que más arriba quedaron transcritos; en ellos se observa la siguiente secuencia contractual:

Contrato de fomento del empleo (RD 1989/1984): del 1 de agosto al 8 de octubre de 1992.

Contrato de interinidad por sustitución: del 23 al 25 de noviembre de 1992.

Contrato de fomento del empleo (RD 1989/1984): del 4 de enero de 1993 al 3 de enero de 1994.

Contrato de sustitución a trabajadores con reserva del puesto: del 4 de enero de 1996 al 24 de marzo de 2013.

La STSJ acoge el criterio de que el trabajador poseía la condición de indefinido no fijo y de que la extinción de su contrato había de seguir los trámites de los arts. 51 y 52.c ET, sin que bastara con amortizar la plaza desempeñada. Al no haberlo entendido así la sentencia del Juzgado procede a revocarla y a estimar el recurso «con las consecuencias legales inherentes a tal declaración». Sin razonamiento especial alguno, el fallo establece en 74.386,87 euros el importe de la indemnización que la Generalitat habría de satisfacer si no readmitiese al trabajador.

La empleadora condenada, con amparo en el artículo 267 LOPJ, interesó aclaración del importe indemnizatorio y la Sala catalana dictó el Auto de 23 de junio de 2014. Su parte dispositiva acuerda aclarar el fallo de la sentencia «en el sentido de que la cantidad a satisfacer como indemnización por despido improcedente es la de 79.471,94 euros dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la referida resolución».

La motivación del Auto indica que se actúa «teniendo en cuenta que la fecha inicial de prestación de servicios a efectos del cómputo indemnizatorio es la de 4 de enero de 1996».

4. Examen de la contradicción y de las controversias suscitadas.

A) La STS de 16 de abril de 1999 (rec. 2779/1998), como se ha visto, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador a los efectos de que la indemnización por despido improcedente fuera fijada desde el inicio de la relación laboral, coincidente con la

fecha de celebración del primer contrato temporal. La sentencia considera que la contratación temporal fue fraudulenta y tiene en cuenta que los contratos temporales están encadenados sin solución de continuidad.

La sentencia recurrida también estima el recurso del trabajador y asume su pretensión básica (que la extinción contractual sea considerada improcedente). Mantiene el relato de hechos probados de la instancia y realiza su cálculo indemnizatorio tomando como base «la fecha inicial de prestación de servicios a efectos del cómputo indemnizatorio». Eso implica no contabilizar el periodo de servicios anterior, con la consiguiente minoración de la cuantía indemnizatoria.

B) El Informe del Fiscal subraya que la sentencia recurrida en ningún momento examinó la posibilidad del cómputo íntegro de los servicios prestados a través de la cadena de contratos, sino que simplemente se limitó a fijar la antigüedad en una fecha determinada, sin motivación alguna, atendiendo a los hechos probados de la sentencia de instancia. Esta circunstancia impide resolver ahora la cuestión así planteada, al no haberse pronunciado sobre la misma la sentencia recurrida.

C) Tiene razón en sus observaciones el Ministerio Fiscal. Lo que ha hecho la sentencia recurrida es aplicar la doctrina de la sentencia de contraste a los hechos declarados probados; hechos que pueden adolecer de errores, pero que no fueron combatidos a través del recurso de suplicación y que la Sala de Barcelona toma como presupuesto para fijar «la fecha inicial de prestación de servicios a efectos del cómputo indemnizatorio». Entre el 3 de enero de 1994 y el 4 de enero de 1996 media un dilatado vacío y esa solución de continuidad hace que se roma la unidad del vínculo. Aunque el Auto aclaratorio omite cualquier explicación acerca del modo de calcular la indemnización, se trata de una interpretación verosímil y, desde luego, de un dato objetivo.

A los efectos del recurso de casación unificadora interpuesto, a lo que debemos ceñirnos, resulta relevante:

El trabajador no interesó del Juzgado la corrección de errores materiales acerca del periodo de prestación de servicios.

El trabajador no solicitó en su recurso de suplicación la corrección de los datos sobre la duración del contrato de trabajo suscrito en enero de 1993.

La Sala de suplicación resolvió sobre los hechos declarados probados.

El trabajador no instó aclaración de la favorable sentencia de suplicación que había obtenido (antes o después del Auto complementario).

El recurso de casación unificadora tampoco ha denunciado vicios internos de la sentencia recurrida (concediendo menos de lo pedido, albergando contradicciones, etc.).

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación (también excepcional en el caso de la unificadora) impide que construyamos los motivos del recurso o que la parte suscite cuestiones ausentes del debate de suplicación, o que revise los hechos declarados probados.

D) A pesar de todo lo anterior, el dato que la parte actora pretende hacer valer en este recurso extraordinario es cierto pues así se deduce de lo alegado en la demanda (hecho primero) y de la documental aportada (docs 5, 6 y 7) donde consta que celebró dos prórrogas del contrato firmado el 04/01/1993 con fecha de finalización del 03/01/1994 y prorrogado hasta el 03/01/1996, celebrando las partes un nuevo contrato el 04/01/1996. En consecuencia, es claro que se trata de un mero error material. Ahora bien, recordemos los límites que la casación impone respecto de la fijación de lo acaecido.

No es posible en unificación de doctrina rectificar los hechos declarados probados. Ahora bien, lo que sucede en este caso es que los mismos vienen formulados con evidente error y discordancia interna. Hasta aquí se ha venido razonando sobre los que aparecen así reflejados en el correspondiente apartado de la sentencia dictada por el Juzgado. Pero, en su Fundamento jurídico segundo, tal resolución declara al trabajador como indefinido no fijo precisamente teniendo en cuenta que «los contratos de 1 de agosto a

8 de octubre de 1992 y de 4 de enero de 1993 a 3 de enero de 1996 fueron celebrados con infracción del art. 5.2 DCT 1989/1984», indicando que la suma de ambos periodos tiene una duración de 3 años y 2 meses, y por tanto superior a la fijada en ese precepto, a la sazón aplicable. La sentencia de duplicación parte precisamente del dato de que el trabajador es indefinido no fijo, sin cuestionarlo, por lo que el razonamiento que realiza el juez *a quo* en el Fundamento Segundo es una premisa que ha de ser considerada en su globalidad, y no sólo su argumentación jurídica. Aunque consignados en lugar inadecuado, los hechos en que se basa la fundamentación deben ser considerados como probados, de acuerdo con nuestra doctrina constante.

En consecuencia, por cuanto respecta a la existencia de la contradicción entre las sentencias, entendemos que la misma concurre puesto que en un caso no se tiene en cuenta la antigüedad desde el inicio de la relación y en el otro sí, siendo la sentencia de contraste la que alberga la doctrina de la Sala.

TERCERO.- Cálculo de la indemnización.

Puesto que los tres años de prestación de servicios (entre 1993 y 1996) al amparo de un contrato temporal deben contabilizarse a efectos de la indemnización por despido improcedente, queda por despejar el modo de cuantificarla.

1.Elementos fácticos del cálculo.

Coherentemente con lo dispuesto respecto de la demanda (art. 104.a LRJS) el legislador exige que las sentencias por despido incorporen como hechos probados los datos sobre antigüedad, concretando los periodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido (art. 107.a LRJS).

En nuestro caso, realizando la referida integración de los hechos probados con lo expuesto en la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado, y valorando la cadena de contrataciones, el resultado es el siguiente:

Hay que contabilizar como periodo de prestación de servicios el que media desde 4 de enero de 1993 hasta 24 de marzo de 2013.

El salario/día a efectos indemnizatorios es de 109,24 €.

2. La Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

A) El escueto razonamiento jurídico del Auto de aclaración dictado el 23 de julio de 2014, al calcular la indemnización de despido, se limita a exponer que resulta aplicable al caso lo previsto en la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012. El texto de su número 2 es el siguiente:

«La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.»

B) No es fácil determinar el exacto alcance que posea esta norma intertemporal, dirigida a dulcificar la rebaja de la cuantía indemnizatoria que la Ley 3/2012 llevó a cabo (de 45 a 33 días por año; de 42 a 24 mensualidades como máximo). En la STS 29 septiembre 2014 (rec. 3065/2013) realizamos una primera aproximación al tema, conforme a la cual si el día 12 de febrero de 2012 se hubieran superado los 720 días indemnizatorios (aplicando el módulo de 45 días por año) sería posible seguir devengando indemnizaciones (a razón de 33 días por año) hasta alcanzar el módulo de las 42 mensualidades.

Posteriormente, al resolver el recurso 1624/2014, en la STS de 2 de febrero de 2016 hemos advertido que el importe indemnizatorio por el período

de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a cuarenta y dos mensualidades en ningún caso, con independencia de que posteriormente se hayan prestado servicios.

C) Sobre la base de las referidas sentencias, a la vista de los datos que el presente caso arroja, y con ánimo de clarificar nuestra doctrina, interesa que precisemos el alcance que consideramos adecuado a la citada Disposición Transitoria:

a) La Disposición Transitoria solo se aplica a los supuestos en que el contrato se ha celebrado con anterioridad a 12 de febrero de 2012; la fecha inicial de cómputo, en supuestos (como el presente) de unidad esencial del vínculo es claro que se retrotrae hasta el inicio del periodo computable.

b) Cuando, por aplicación de este precepto, se toman en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012 «el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario».

c) De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el periodo anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.

d) En sentido contrario, la norma implica que si por el periodo de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.

e) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.

f) Quienes a 12 de febrero de 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el periodo posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.

g) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, «prorrrateándose por meses los

periodos de tiempo inferiores a un año» en los dos supuestos.

3. Cálculo de la indemnización en el presente caso.

A) En su recurso de casación unificadora, el trabajador interesa que se aplique la doctrina de la sentencia de contraste y «se reconozca la antigüedad del actor desde 4/01/1993 y se calcule la indemnización con arreglo a esta antigüedad, fijándose el importe de la indemnización, salvo error u omisión, en 89.134,27 €».

B) Por las razones expuestas más arriba, hay que atender la petición del trabajador y tomar como fecha inicial de prestación de sus servicios el día 4 de enero de 1993, es decir, tres años antes de la fecha indicada por el aludido Auto de aclaración.

C) Por ministerio de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012 (actual Transitoria Undécima del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, dimanante del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) deben diferenciarse dos periodos de prestación de servicios, actuando la fecha del 12 de febrero de 2012 como separadora.

Para el tiempo anterior a 12 de febrero de 2012 opera una indemnización de «45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año». Eso significa que debemos contabilizar diecinueve años y dos meses de actividad; el prorrateo por meses desemboca en el devengo de 3,75 días indemnizatorios por cada mensualidad de servicios prestados ($45:12 = 3,75$).

Puesto que 19 años ($19 \times 12 = 228$) y dos meses equivalen a doscientas treinta mensualidades ($228 + 2 = 230$), el total de días indemnizatorios ($230 \times 3,75 = 862,5$) supera los 720 días indemnizatorios.

D) Ello significa que opera la excepción: la indemnización será de 862,5 días de salario. Prescribe la norma que «se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso». Es evidente que esa cuantía máxima ($42 \times 30 = 1260$ días) está muy alejada de la devengada por el trabajador (862,5 días).

La transformación de esos días indemnizatorios (862,5) en cantidad monetaria (862,5 x 109,24 = 94.219) arroja una cifra distinta a la reconocida en el fallo inicial de la sentencia (74.386,87 €) y en el Auto aclaratorio (79.471,94 €) pero también a la interesada por el recurso casacional (89.134,27). Comprobación práctica e inmejorable de las dificultades interpretativas que la norma en cuestión suscita.

E) De acuerdo con lo razonado en el apartado anterior, aunque no se hubiera alcanzado el máximo indemnizatorio absoluto de las 42 mensualidades, el tiempo de servicios posterior a 12 de febrero de 2012 es inhábil para acrecentar la cuantía fijada. Dicho de otro modo: al entrar en vigor la reforma legislativa de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, respetado por Ley 3/2012) el trabajador ha prestado servicios por tiempo superior a 19 años y eso provoca que el ulterior trabajo resulte inocuo desde la perspectiva de la Disposición Transitoria Quinta aplicable al caso.

CUARTO.- Resolución del recurso.

De conformidad con el artículo 228.2 LRJS hemos de declarar que la sentencia recurrida ha quebrantado la unidad de doctrina. Conforme establece la sentencia de contraste, cuando a una declaración de despido improcedente han precedido varios contratos temporales, la indemnización legal de cuarenta y cinco días por año de servicios ha de calcularse tras una consideración conjunta y global de todos esos contratos, y no tras el análisis único del último concluido. En consecuencia, resolviendo el debate suscitado en suplicación hemos de estimar el recurso interpuesto por D. Hermenegildo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Girona de 8 de Noviembre de 2013 en autos 368/13 de aquel juzgado seguidos a instancia del recurrente frente al DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. Su despido debe declararse improcedente, condenando al Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse el despido o a su elección a que le abone una indemnización de 94.219 euros pudiendo ejercitar su derecho de opción en el plazo

de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, y entendiéndose que opta por la readmisión en el supuesto de no ejercerlo.

La determinación de un importe indemnizatorio diverso del interesado por el trabajador genera dudas, pero no presenta obstáculos insalvables: Primero porque la solicitud contenida en el recurso de casación se hace «salvo error u omisión». Segundo, porque en el recurso de suplicación, que estamos ahora resolviendo, pedía que se le pagase «la máxima indemnización legal».

Tercero, porque no estamos sujetos a un rígido sistema de alternativas en la identificación de cuál sea la solución legalmente aplicable.

Cuarto, porque la cuantía en cuestión, al cabo, no deja de ser el resultado matemático de interpretar la norma y de aplicar los parámetros legales para el cálculo de la indemnización por despido.

Los términos en que está redactado el artículo 235.1 LRJS conducen a que no proceda la imposición de costas en el presente caso.

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

FALLO:

1) Estimamos el recurso de casación de doctrina interpuesto por D. Hermenegildo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 20 de junio de 2014, en el recurso de suplicación 1315/2014, que revocamos.

2) Resolviendo el recurso de suplicación formalizado por el Sr. Hermenegildo, revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Girona de 8 de Noviembre de 2013 en autos 368/13, seguidos a instancia del recurrente frente al DEPARTAMENT DE JUSTICIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA.

3) Declaramos improcedente el despido del actor acordado por la empleadora demandada y, en consecuencia, condenamos al Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya a su inmediata readmisión en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse el despido o a su elección a que le abone una indemnización

de 94.219 € (noventa y cuatro mil doscientos diecinueve euros) pudiendo ejercitar su derecho de opción en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, y entendiéndose que opta por la readmisión en el supuesto de no ejercitarlo.

4) No ha lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONSTITUCIONAL

GABRIEL NAVARRO AZPIROZ

Asesor Jurídico-Letrado del Gobierno de Navarra

Consejero Técnico de la Subdirección de Régimen Jurídico Autonómico (MINHAP, Dirección General de Coordinación de competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales)

(Tol 5573759)

Cabecera: Sentencia 259/2015, de 2 de diciembre de 2015. Soberanía y unidad de la nación; principio democrático y primacía incondicional de la Constitución, lealtad constitucional y fidelidad a la Constitución; procedimiento de reforma constitucional: nulidad de la resolución parlamentaria que «declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república». Reforma constitucional inconstitucional. Clausula suelo conocimientos financieros. Especial trascendencia constitucional

Jurisdicción: Constitucional

Ponente: Andrés Ollero Tassara

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 02/12/2015

Fecha publicación: 12/01/2016

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Pleno

Número Sentencia: 259/2015

Número Recurso: 6330/2015

Supuesto de hecho: Impugnación de disposiciones autonómicas 6330-2015. Formulada por el Gobierno de la Nación respecto de la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.

RESUMEN:

Identificación

Órgano	Pleno
Magistrados	Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez.
Tipo y número de registro	Impugnación de disposiciones autonómicas 6330-2015
Fecha de resolución	02/12/2015

Síntesis y resumen

Síntesis Descriptiva	Impugnación de disposiciones autonómicas 6330-2015. Formulada por el Gobierno de la Nación respecto de la resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.
Síntesis Analítica	Soberanía y unidad de la nación; principio democrático y primacía incondicional de la Constitución, lealtad constitucional y fidelidad a la Constitución; procedimiento de reforma constitucional: nulidad de la resolución parlamentaria que declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república.

Disposiciones generales citadas

- Reglamentos y resoluciones enjuiciados
- **Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015. Inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.**
- En general (anula)
- Disposiciones generales citadas
- **Constitución española, de 27 de diciembre de 1978**
- Preámbulo, f. 5
- Artículo 1, ff. 1, 3
- Artículo 1.1, ff. 4, 5, 7
- Artículo 1.2, ff. 4, 6, 7
- Artículo 2, ff. 1, 3 a 7
- Artículo 3.2, f. 5
- Artículo 3.3, f. 5
- Artículo 9.1, ff. 1, 3, 4, 7
- Artículo 23, f. 1
- Artículo 87.2, f. 7
- Artículo 148.1.17, f. 5
- Artículo 161.2, ff. 1, 2
- Artículo 164, f. 1
- Artículo 166, f. 7
- Artículo 167, f. 5
- Artículo 168, ff. 1, 3, 5, 7
- Disposición final única, f. 5
- **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. Tribunal Constitucional**
- En general, f. 5
- Artículo 1, f. 4
- Artículo 76, ff. 1, 2
- Artículo 77, ff. 1, 2
- **Reglamento del Parlamento de Cataluña. Texto refundido de 15 de octubre de 1987**
- Artículo 164, ff. 1, 2
- Artículo 165, f. 2

- **Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio. Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña**
 - En general, f. 4
 - Artículo 1, ff. 1, 4 a 7
 - Artículo 2.4, ff. 1, 3, 7
 - Artículo 4.1, f. 1
 - Artículo 55.1, f. 2
 - Artículo 55.2, ff. 1, 2
- **Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013. Aprueba la declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña**
 - En general, ff. 1, 2, 7
- **Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015. Inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.**
 - Apartado 1, f. 5
 - Apartado 2, ff. 3, 4
 - Apartado 3, ff. 3, 4
 - Apartado 5, f. 3
 - Apartado 6, ff. 3, 6
 - En general, ff. 1 a 5, 7
 - Anexo, f. 3
 - Apartado 8, ff. 3, 5
 - Apartado 9, f. 5

1. OBJETO DEL PROCESO, TIPO DE RECURSO, PARTES Y SALA

Objeto:

El Pleno del Tribunal Constitucional, por unanimidad, ha estimado la impugnación promovida por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, contra la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, adoptada el 9 de noviembre de 2015, *"sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015"*, y su Anexo, declarando en consecuencia su inconstitucionalidad y nulidad.

La resolución recurrida, adoptada por el Pleno del Parlamento de Cataluña a iniciativa de diversos grupos parlamentarios, toma como fundamento último de la misma, el resultado *"obtenido en las pasadas elecciones del 27 de septiembre de 2015 (el cual) se basa en una mayoría en escaños de las fuerzas parlamentarias que tienen como objetivo que Cataluña sea un estado independiente y en una amplia mayoría sobe-*

ranista en votos y escaños que apuesta por la apertura de un proceso constituyente no subordinado." En virtud de la consideración expuesta, la resolución objeto de recurso, supone la declaración solemne del "inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república", y "la apertura de un proceso constituyente ciudadano, participativo, abierto, integrador y activo para preparar las bases de la futura constitución catalana". Con tal objeto se proponen la tramitación de las denominadas "leyes de proceso constituyente, de seguridad social y de hacienda pública". Este fundamento, el de la representatividad democrática, es el que, posteriormente, se convierte en alegato ante el Alto Tribunal, permitiendo al Parlamento de Cataluña manifestar que la Resolución se ampara en un principio de «legitimidad democrática» superior a cualquier otro principio constitucional.

Respecto del Anexo de la citada resolución, también objeto de recurso, supone un conjunto de "medidas que deberá aplicar el futuro gobierno de Cataluña destinadas a blindar derechos fundamentales afectados por decisiones de las instituciones del Estado español". Tales medidas afectan a las materias que a continuación se relacionan, constituyendo todas ellas medidas impuestas a implementar por el futuro Gobierno de un Estado Catalán, resumiéndose en las siguientes: 1. Pobreza energética; 2. Vivienda; 3. Sanidad; 4. Educación; 5. Garantía de las libertades públicas; 6. Administraciones locales; 7. Refugiados; 8. Derecho al aborto; 9. Financiación de un plan de choque social y gestión de la deuda.

Tipo de recurso:

Impugnación de disposiciones autonómicas (Título V de la LOTC 2/1979, de 3 de octubre (Tol 230758): Arts. 76 y 77, en relación con el artículo 161.2)).

Partes:

- Gobierno de la Nación, representado por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional, como parte impugnante.
- Parlamento de Cataluña, representado por el Letrado del Parlamento, como parte impugnada.

Sala:

Pleno del Tribunal Constitucional.

2. DISPUTA JURÍDICA

I. Objeto

El presente recurso se enmarca dentro del denominado "*proceso independentista, separatista o soberanista*" iniciado por determinados grupos parlamentarios en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La controversia se plantea en relación a diversas cuestiones.

La primera de ellas gira en torno a la idoneidad de la resolución recurrida como objeto de recurso, pues mientras el Gobierno de la Nación entiende que se trata de un acto de los subsumibles en el Título V de la LOTC 2/1979, de 3 de octubre (*Tol 230758*), impregnado de efectos jurídicos y, por lo tanto, impugnabile ante el TC, el Parlamento de Cataluña defiende que los actos propios del derecho parlamentario escapan a dicho control y son objeto, exclusivamente de un control político pero no judicial.

La segunda, de carácter más sustantivo, se centra en dilucidar la capacidad del Parlamento de Cataluña para, tomando como fundamento la representatividad alcanzada en las urnas, adoptar un acto fundacional que suponga el inicio del "*proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república*", superponiendo el principio de Estado democrático, al de Estado de Derecho.

II. Argumentos de las partes

II.1. La Abogacía del Estado comienza su alegato defendiendo la idoneidad de la Resolución 1/XI como objeto de recurso. Arguye que aquélla ostenta la naturaleza de disposición sin fuerza de ley de la Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma y, en consecuencia, es impugnabile por los trámites del Título V de la LOTC 2/1979 (*Tol 230758*). Insiste la representación del Estado en la necesidad de considerar la resolución objeto de recurso, junto con su Anexo, como un "*todo*" o "*conjunto sistemático, ordenado por medios inconstitucionales y no democráticos*".

Entiende la parte actora que la resolución impugnada incurre en un doble vicio de inconstitucionalidad. Por un lado supone la violación de los artículos 1, 2, 9.1), 23, 164 y 168, todos de la CE (*Tol 173304*), así como del principio de lealtad constitucional y del deber de fidelidad a la Constitución; a tales conculcaciones añade la demanda la de los artículos 1, 2.4) y 4.1) del Estatuto de Autonomía de Cataluña (*Tol 962780*). Finalmente, expone la Abogacía del Estado que el objeto de recurso infringe el "*sistema de distribución de competencias*", constitucional y estatutario, entre el Estado y la Comunidad Autónoma. En síntesis, sostiene la Abogacía del Estado que la

Resolución 1/XI atribuye al Parlamento de Cataluña la condición de "*poder constituyente*" vulnerando el concepto de la "*indisolubilidad de la nación*" y *mermando la titularidad de la soberanía nacional que reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*". Defiende que la única vía de la que dispone el pueblo catalán para constituirse en Estado, es a través de los cauces previstos en la propia Constitución (ex. art. 168), y que el contenido de la resolución adoptada infringe el artículo 1.1) CE, en lo que se refiere a la configuración del Estado español como un Estado de Derecho, y, la que constituye una de sus principales manifestaciones, el artículo. 9.1) CE, que establece el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución como norma suprema del Ordenamiento Jurídico.

II.2. El Letrado del Parlamento de Cataluña esgrime en defensa de la resolución adoptada que ésta no es sino la expresión de un principio democrático manifestado en las urnas a través del libre ejercicio democrático del derecho fundamental de participación política (art. 23.2) CE). Defiende que el acto, por su naturaleza jurídica, que vincula a uno de "*naturaleza estrictamente política*", queda sujeto, exclusivamente, a "*los mecanismos de control de carácter político previstos en los reglamentos parlamentarios*" y, por lo tanto, la resolución no resulta revisable por el TC. En este sentido, argumenta que la Resolución 1/XI no es sino una declaración de voluntad y de intenciones. Finalmente la representación demandada subraya la necesidad de limitar el control del Tribunal sobre las actuaciones y debates parlamentarios.

3. FUNDAMENTOS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En síntesis, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la cuestión controvertida puede resumirse en las siguientes consideraciones:

1. El TC estima que la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña se constituye como un objeto idóneo de recurso. El Alto Tribunal basa esta decisión en su anterior doctrina, a la que alude expresamente, recogida en la **STC 42/2014, de 25 de marzo (Tol 4843326)**. Entiende que la resolución impugnada es adecuado objeto de recurso en tanto en cuanto reúne los caracteres que han de concurrir en una resolución emanada de un órgano de una CCAA para que resulte impugnabile; a saber: **que posea naturaleza jurídica, que sea manifestación de la voluntad institucional de la Comunidad Autónoma** (esto es, que proceda de órganos capaces de expresar la voluntad de ésta y no se presente como un acto de trámite en el procedimiento de que se trate), **y que tenga capacidad para pro-**

ducir efectos jurídicos, siquiera indiciariamente, aunque tales efectos no resulten vinculantes.

2. La resolución objeto de impugnación es comprendida por el Alto Tribunal como un "todo" o conjunto. Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional, en contra de su práctica habitual, esto es, el examen de constitucionalidad respecto de cada uno de los preceptos que pudieran resultar impugnados de forma individualizada, acoge las tesis de la Abogacía del Estado, y entiende que el enjuiciamiento constitucional de la Resolución 1/XI impugnada, ha de ser estudiada en su conjunto, teniendo en cuenta la finalidad última de la disposición y el sentido conjunto de sus apartados.

3. El primer parámetro de enjuiciamiento lo constituye el concepto de «*soberanía nacional*», proclamado en el artículo 1.2) de la CE. El TC atribuye la titularidad de la soberanía nacional al pueblo español, y **manifiesta la imposibilidad de que la misma pueda fraccionarse e individualizarse en una concreta Comunidad Autónoma.**

4. Con fundamento en el artículo 9.1) de la Carta Magna, el Tribunal recuerda "*el imperio de la Constitución como norma suprema*" **incompatible con el reconocimiento de derechos, por parte de instancias territoriales históricas, anteriores a aquélla**, resultando como consecuencia un "*cualificado deber de acatamiento a dicha norma fundamental*" por parte de "*los titulares de cargos públicos*".

5. El Tribunal niega el fundamento último de la resolución recurrida, en que el Parlamento de Cataluña basa su defensa, y que se circunscribe al "*mandato democrático*" que la Cámara considera que han expresado las urnas. Entiende el TC que tal fundamento no es conforme a Derecho en tanto en cuanto, "*no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda: la legitimidad de una actuación o política del poder público consiste básicamente en su conformidad a la Constitución y al ordenamiento jurídico*". **El "principio democrático"**, al que alude la parte demandada, **no puede ser comprendido aisladamente, sino en conjunción con los de "Estado social y de derecho"**.

6. La consideración de la Comunidad Autónoma de Cataluña como "*sujeto de derecho*" de conformidad con los términos del artículo 1 de su Estatuto de Autonomía, **encuentra y tiene sentido, exclusivamente, dentro del respeto a la Constitución** que, a su vez, es la norma que otorga validez al propio Estatuto, y a su artículo 1 en cuanto emana de aquella.

7. Por último, el Tribunal Constitucional reconoce y admite que, si bien la Constitución es la "*lex superior*" de nuestro Ordenamiento, **ello no implica**, en modo alguno, **que sea una "lex perpetua"** y que, por tanto,

la misma es modificable siempre y cuando se respeten los procedimientos establecidos para ello en el propio texto constitucional.

COMENTARIO

1. Antecedentes jurisprudenciales

Comprender de una forma más efectiva, y en un marco jurídico correcto, la resolución judicial objeto del presente análisis, exige sin duda una breve referencia de aquéllos supuestos que, con anterioridad al presente, el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la función que tiene encomendada, se ha visto obligado a examinar, y que guardan gran relación con la sentencia sobre la que versa este comentario.

Así, la actual resolución adoptada en el denominado «*proceso independentista o soberanista catalán*» tiene sus ecos más lejanos en lo que en su momento se conoció como el «*Plan Ibarretxe*» y que afectaba a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Sin ánimo de ser profusos, nos limitaremos a señalar que el citado Plan escogió como instrumento jurídico para alcanzar una finalidad más o menos similar a la de la Resolución que es objeto de la **STC de 2 de diciembre de 2015 (Tol 5573759)**, el de la «*Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.*» El resultado de la denominada por los medios «*vía Ibarretxe*», finalizó mediante la **Sentencia del Pleno del TC núm. 103/2008, de 11 de septiembre de 2008**, y que, por unanimidad, decidió la inconstitucionalidad de la citada norma. Resumiendo al máximo el contenido de aquella histórica sentencia, podemos decir que el Alto Tribunal consideró que la CA del País Vasco, al convocar la citada consulta, había infringido el sistema de distribución de competencias previsto en el bloque de constitucionalidad. La norma en cuestión violaba el artículo 149.1.32^a de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva para autorizar la convocatoria de consultas populares mediante referéndum.

Sentado el precedente anterior, y dejando a un lado la **STC del Pleno núm. 31/2010, de 28 de junio de 2010 (Tol 1880189)**, que vino a enjuiciar la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña en la modificación operada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (Tol 962780), pues en opinión de este autor no puede en modo alguno equipararse, ni por el cauce, ni

por la finalidad pretendida, con las que a continuación se citarán, hemos de hacer una breve referencia a otras resoluciones que, dictadas también por el Tribunal Constitucional, se han producido en relación con la Comunidad Autónoma catalana a propósito del nuevo estatus que la misma pretende alcanzar en su relación con el Estado español, y de las que se ha ido *nutriendo* la STC de 2 de diciembre de 2015.

Mediante **sentencia del Tribunal Constitucional núm. 42/2014, de 25 de marzo (ToI 4182201)**, el Pleno estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Gobierno de la Nación, respecto de la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprobó la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña. La resolución judicial acordó la inconstitucionalidad y nulidad del denominado principio primero titulado «Soberanía» de la Declaración aprobada y, desestimó el recurso en relación con las referencias al «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña» contenidas en la Declaración aprobada, siempre y cuando se interpretaran en el sentido que se exponía en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de esta sentencia.

El Tribunal fundó su estimación del recurso en la afirmación de que *«el reconocimiento que lleva a cabo el pueblo de Cataluña como "sujeto político y jurídico soberano" resulta contrario a la Constitución española y... de esto se infiere que en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España»*. Por contraposición, desestimó la impugnación del derecho a decidir siempre y cuando este derecho fuera comprendido como parte del derecho de participación política que existe en todo el territorio nacional, incluida la Comunidad Autónoma de Cataluña; derecho que sólo puede ejercitarse dentro de los límites del concepto de soberanía, y a través de los referéndums, consultas y competencias propias de cada administración.

El interés jurídico de esta última sentencia resulta incuestionable pues, en gran medida, la **STC 259/2015, de 2 de diciembre (ToI 5573759)**, objeto del presente comentario, encuentra gran parte de su fundamento jurídico y sentido en lo consignado en aquélla, a la cual se remite en gran parte de su exposición.

No podemos dejar de citar las **SSTC 31/2015 (ToI 4736188)**, **32/2015 (ToI 4775454)**, ambas de 25 de febrero, y por las que se declararon inconstitucionales determinados artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, y el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, del Presidente de la Generalitat de Cataluña, así como sus ane-

xos, de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña.

Finalmente y como última referencia jurisprudencial previa a la STC de 2 de diciembre de 2015 (*Tol 5573759*), con fecha **11 de junio de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional dicta la Sentencia 138/2015 (Tol 5423849)**, en el seno del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación, respecto de las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014.

Las citadas resoluciones constituyen los hitos jurisprudenciales fundamentales, en los que ha de enmarcarse la **STC núm. 259/2015, de 2 de diciembre (Tol 5573759)**.

2. Análisis de la STC núm. 259/2015, de 2 de diciembre (*Tol 5573759*)

2.1. Partiendo de la innegable importancia que la presente sentencia suscita en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, en atención fundamentalmente al objeto de controversia, y dejando a un lado cualquier consideración de naturaleza que no sea la estrictamente técnica o jurídica, y que ha de ser la que constituye precisamente el objeto del presente comentario, debemos de comenzar por el examen, propiciado por ambas representaciones procesales, en torno a la cuestión de si la Resolución 1/XI constituye objeto idóneo, o no, de un recurso de inconstitucionalidad de aquéllos a que se refieren los artículos 76 y 77 de la LOCT 2/1979 (*Tol 230758*), bajo la rúbrica "*Impugnación de disposiciones autonómicas*" (Título V). Sí procede adelantar que, a mi modo de ver, es ésta una de las cuestiones más interesantes en tanto en cuanto, desde una perspectiva jurídica, implica mayor novedad jurisprudencial que las cuestiones de orden sustantivo o de fondo que, no carentes de la mayor importancia, resultan, en mi opinión, más evidentes a efectos de un análisis jurídico.

En relación a tales artículos, previamente procede recordar que el TC ya se pronunció sobre los mismos en su **sentencia 16/1984, de 6 de febrero (Tol 79306)**, de la siguiente forma: "*Los arts. 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional configuran (...) un procedimiento que, aun cuando coincidente en sus trámites con el conflicto positivo de competencias (por remisión del art. 77 a los arts. 62 a 67 de la Ley Orgánica), encuentra sustantividad propia precisamente en supuestos, como el presente en los que el Gobierno imputa a una disposi-*

ción sin fuerza de ley de Comunidad —o, en su caso, a una resolución de alguno de sus órganos— un vicio de inconstitucionalidad que, no consistiendo en la infracción del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no podría ser, en razón del rango infralegal de la disposición impugnada, eficazmente denunciado a través del recurso de inconstitucionalidad, únicamente procedente contra "disposiciones normativas o actos con fuerza de ley" (art.2. 1a) de la LOTC), ni se avendría tampoco, en razón del objeto de la pretensión deducida, a los límites del conflicto positivo de competencias, legalmente contraído a las controversias que opongan al Estado y a las Comunidades Autónomas o a estas entre sí acerca de la titularidad de las "competencias asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas".

En este mismo sentido se manifestó el Tribunal Constitucional en la **Sentencia 42/2014, de 25 de marzo (Tol 4182201)**, en virtud de la cual estimó parcialmente, por unanimidad, el recurso del Gobierno contra la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña.

Sentado lo anterior y respecto de la Resolución 1/XI, objeto de enjuiciamiento por la STC de 2 de diciembre de 2015, la Abogacía del Estado entiende que en dicha resolución concurren los caracteres necesarios para que pueda proceder su examen por el TC; la representación del Parlamento de Cataluña justifica la falta de idoneidad de la misma en que ésta no contiene «fuerza legal de obligar» y en que, en consecuencia, se trata de un «acto parlamentario de naturaleza estrictamente política» que no entra en la esfera de control del Tribunal Constitucional pues su intervención implicaría tanto como prohibir o impedir el debate político en sede parlamentaria.

La opinión de este autor no puede por menos que coincidir con la del Tribunal Constitucional y ello por las siguientes razones.

Con anterioridad a la **Sentencia del Pleno del TC núm. 103/2008, de 11 de septiembre de 2008** en relación con la Ley Vasca por la que se arbitra una «convocatoria y regulación de una consulta popular» en esa Comunidad, el TC ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la idoneidad del recurso de inconstitucionalidad respecto de las disposiciones autonómicas, a través de un **Auto, resolución núm. 135/2004, de 20 de abril (Tol 368294)**, a propósito de la impugnación del Acuerdo del Gobierno Vasco, de 25 de octubre de 2003, por el que se aprobaba una denominada «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi». Mediante

dicha resolución el TC acordó la inadmisión del recurso de inconstitucionalidad formulado por el Abogado del Estado bajo la siguiente argumentación: *«Lo relevante, a efectos de nuestra jurisdicción, es el contraste entre la Constitución y las proposiciones jurídicas que revistan la forma requerida en cada caso por la Ley Orgánica en la regulación de los distintos procesos constitucionales. Así, será de la competencia del Tribunal el control de la constitucionalidad de las leyes (recurso y cuestión de inconstitucionalidad), la garantía de los derechos fundamentales (frente a actos y disposiciones), la defensa de competencias (a propósito de actos, omisiones, disposiciones, etc.) y, en lo que ahora importa, la garantía de la Constitución frente a «resoluciones» de órganos de las Comunidades Autónomas en el sentido de los arts. 76 y 77 LOTC. Sólo si se parte de la existencia de una «resolución» propiamente tal, podrá examinarse, a continuación, si la «infracción» por ella producida es realmente una infracción de constitucionalidad. El proceso lógico es, en definitiva, el inverso al recorrido por el Abogado del Estado.»*

Tal aseveración, y que aplicada al supuesto enjuiciado, impidió conocer del fondo del asunto, resultó ser el punto de partida de la posterior afirmación sostenida por el Pleno a través de su **sentencia 42/2014, de 25 de marzo (Tol 4182201)**, y en virtud de la cual, ahondando en su razonamiento anterior, señaló que: *«para que una resolución de una Comunidad Autónoma pueda ser objeto de impugnación a través del referido proceso constitucional es necesario que posea naturaleza jurídica; que sea, además, manifestación de la voluntad institucional de la Comunidad Autónoma, esto es, que proceda de órganos capaces de expresar la voluntad de ésta y no se presente como un acto de trámite en el procedimiento de que se trate; y, por último, que tenga, siquiera indicia-riamente, capacidad para producir efectos jurídicos»*. Efectos jurídicos que, según palabras del propio Tribunal «no se agota en lo vinculante».

Examinada la rotundidad de los términos, con poco margen a la interpretación, que se contienen en la declaración del Parlamento de Cataluña resulta evidente, a juicio de quien suscribe, que los requisitos exigidos por el TC para que una resolución resulte subsumible en el Título V de la LOTC 2/1979 (Tol 230758), a efectos de resultar impugnabile, concurren en el presente supuesto. Así, la resolución objeto de impugnación es el producto de un órgano con legitimidad democrática como es el Parlamento de Cataluña, que actúa en el ejercicio de una competencia autonómica (*«control e impulso de la acción política y de gobierno»* (art. 55.2 EAC)) y mediante el procedimiento reglamentariamente establecido por la norma de la Cámara. Nos encontramos por tanto ante una resolución que, indudablemente, ha de

ser calificada como de «*resolutoria de un procedimiento de carácter no legislativo*», y que ha sido aprobada por los trámites previstos en la Sección VI del Capítulo III del Título IV del Reglamento del Parlamento de Cataluña (Tol 776759), rubricado «*Las propuestas de resolución*» (artículos 164 y 165). Estos requisitos, sin duda, son los más fáciles de comprobar y los que menos controversia suscitan.

Mayores dificultades, sin embargo, podrían existir en el enjuiciamiento sobre si la concreta disposición, tal y como señala el TC, resulta «*capaz de producir efectos jurídicos propios y no meramente políticos*». Dicho ello, y como ya advertíamos, la rotundidad de las afirmaciones vertidas en la Resolución 1/XI y en cuya virtud se postula «*solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán*» y la «*apertura de un proceso constituyente ciudadano*» (...) para preparar las bases de la futura constitución catalana», así como la adopción de: «*las medidas necesarias para abrir este proceso de desconexión democrática, masiva, sostenida y pacífica con el Estado Español de manera que permita el empoderamiento de la ciudadanía a todos los niveles y en base a una participación abierta, activa e integradora*», difícilmente pueden ser calificadas como el Letrado del Parlamento catalán proponía en su escrito de contestación a la demanda; esto es, como actos de naturaleza estrictamente política y carentes de cualquier efecto jurídico, máxime cuanto, a través del Anexo que forma parte de la resolución recurrida, se proponen un conjunto de medidas, en campos muy determinados y concretos, cuya «*aplicación*» obliga al futuro Gobierno de Cataluña¹.

Respecto a la necesidad de que la resolución sea capaz de producir efectos jurídicos al objeto de que la misma pueda resultar constitucionalmente enjuiciable, interesa destacar lo que el TC ya acertó a decir en su **sentencia 42/2015** (Tol 4182201): «*En segundo lugar, el carácter asertivo de la Resolución impugnada, que «acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir», no permite entender limitados sus efectos en el ámbito parlamentario al terreno estrictamente político, puesto que reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y este cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento (art. 146.4 del Reglamento del Parlamento de Cataluña). En suma, este Tribunal considera que, sin perjuicio de su marcado carácter político, la Reso-*

¹ Medidas que, en mi opinión, de forma evidente infringen el sistema de distribución competencial existente entre Estado y CCAA. Opinión compartida por la Abogacía del Estado, pero respecto de la cual pocas referencias existen en la STC de 2 de diciembre de 2015.

lución 5/X tiene carácter jurídico y, además, produce efectos de esta naturaleza.»

Procede apuntar que el propio Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.166/2015, evacuado precisamente al objeto de formular la impugnación por el Gobierno de la Nación respecto de la Resolución 1/XI, en aplicación del artículo 22.6) de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril² (Tol 277805), apreció también, sin género de dudas, los efectos jurídicos de ésta: *«Así pues, el propio tenor de la Resolución expresa palmariamente un contenido con pretendido efecto jurídico innovador que se hace extensivo al orden institucional y normativo del Estado, de lo cual es colofón el apartado noveno en el que se declara la voluntad de iniciar negociaciones y de poner tal voluntad en conocimiento del Estado español, de la Unión Europea y del conjunto de la comunidad internacional. Procede concluir, por tanto, que la Resolución es un acto jurídico susceptible de ser impugnado, así como que el procedimiento regulado en el Título V de la LOTC es el adecuado a tal efecto».*

La apreciación realizada por el Tribunal Constitucional, completamente acertada a nuestro juicio, adquiere mayor énfasis o rotundidad si la contraponemos a la que el mismo órgano adoptó ante la concreta solicitud de suspensión del debate parlamentario catalán, peticionada por diversos grupos parlamentarios, respecto del acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña, de 27 de octubre de 2015, por el que se admitió a trámite la *«propuesta de resolución sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales»*. Así, los recurrentes vieron rechazada sus peticiones con base, entre otros, a los siguientes pronunciamientos (**ATC 190/2015, de 5 de noviembre de 2015. (Tol 5584237)**): *«De otra, este Tribunal ha destacado, como uno de los fundamentos del sistema democrático, que el Parlamento es la sede natural del debate político y que el eventual resultado del debate parlamentario es cuestión que no debe condicionar anticipadamente la viabilidad misma del debate (en este sentido, ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 6 (Tol 368294)). En este caso la petición cautelar trasciende a la función propia del recurso de amparo, promoviendo un control de constitucionalidad sobre una resolución que no se ha adoptado y cuyo contenido último se desconoce.»*

La Resolución 1/XI no constituye, a diferencia del supuesto anterior, una resolución que tenga como objeto el inicio de un debate parlamentario a

² En la redacción dada por la Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

cuya votación habrá de esperarse para conocer la posición de la Cámara y el contenido de su resolución, sino que aquélla representa el fin del debate y la decisión formalizada de la Cámara sobre una cuestión; decisión que en el caso presente, además de las manifestaciones que contiene, las traduce en concretas actuaciones y mandatos al futuro Gobierno a través de su Anexo. La resolución por tanto, además de reunir todos los requisitos formales para permitir su enjuiciamiento por el TC como objeto idóneo de recurso, es indudable que tiene capacidad de producir efectos jurídicos.

Antes de abandonar las cuestiones de índole procesal, interesa también llamar la atención sobre el hecho de que el Tribunal, acogiendo en este punto el alegato del Abogado del Estado, haya procedido al enjuiciamiento de la Resolución, junto con su Anexo, como un «todo» o conjunto, sin que la misma haya sido analizada a través de cada uno de los puntos que la integran. El fundamento de tal decisión se expresa en el razonamiento jurídico tercero y que el Tribunal manifiesta de la siguiente manera: *«Se realizará este enjuiciamiento teniendo en cuenta que persigue en sus varios apartados un objetivo unívoco y muestra una indiscutible unidad de sentido. Cada uno de esos apartados sucesivos y su anexo final aparecen como concreción y desarrollo de un designio unitario que anima, en su conjunto, el acto impugnado. El Tribunal considera que el acto parlamentario impugnado es un todo que ha de ser enjuiciado como tal, a la vista de sus varios enunciados.»*

La importancia de esta cuestión procesal es, a nuestro entender, la de subrayar cómo, en un asunto tan controvertido y con tan pocas probabilidades de no ser declarado inconstitucional, la alternativa, bien defendida, a la alegación manifestada por el Abogado del Estado, hubiera podido suponer la posibilidad de que el Tribunal evaluara los distintos puntos de la declaración de una forma independiente y, en consecuencia, quizás, la parte recurrida hubiera podido salvar de la tacha de inconstitucionalidad, dependiendo de los argumentos de fondo sustentados, parte de la resolución impugnada. Así sucedió precisamente en la **sentencia del Tribunal Constitucional núm. 42/2014 (ToI 4182201)** ya citada, y en la que el Pleno desestimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprobaba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, declarando la constitucionalidad de parte de la citada resolución interpretada en los términos expuestos en la propia sentencia.

2.2. Dejando ya a un lado las cuestiones de índole procesal, la idoneidad de la resolución como objeto del proceso, y su examen constitucional como un «todo» o conjunto, llega el momento de ahondar en los fundamentos jurí-

dicos o sustantivos que han permitido al Tribunal apreciar la inconstitucionalidad de la Resolución 1/XI.

Los razonamientos que han llevado al Tribunal Constitucional a declarar la infracción del orden constitucional vigente por parte de la resolución objeto de recurso son en realidad, a juicio de quien suscribe, de evidente sentido jurídico y se basan en principios de derecho fundamentales que, a pesar de su evidencia, no dejan de ser de capital importancia. Manifestación de ello puede ser, quizás, no ya sólo el hecho de la unanimidad de los Magistrados constituidos en Pleno para adoptar la decisión, y que ha posibilitando la exclusión de cualquier voto particular, sino también la no particularmente llamativa extensión de los fundamentos jurídicos que integran la resolución judicial y que, sin embargo, son rotundos en sus afirmaciones y no dejan resquicio de duda sobre su sentido.

La **STC de 2 de diciembre de 2015** (Tol 5573759) entiende que la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña supone la infracción constitucional de los siguientes preceptos de la Carta Magna: artículos 1.1), 1.2), 2), 9.1), 23 y 168, así como la de los artículos 1 y 2.4) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Tol 962780).

En este punto procede recordar que la Resolución cuyo contenido se enjuicia se constituye, a juicio del TC, como un «*acto fundacional del «proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república.»*» Tal afirmación, de la que cuelgan las demás contenidas en la Resolución 1/XI, chocan frontalmente con los principios básicos constitucionales del Ordenamiento Jurídico español. Es indiscutido que la actual configuración del Estado Español tiene como punto de partida la residencia de la soberanía nacional en el pueblo español (art. 1.2) de la CE), pueblo concebido como «*sujeto unitario*» [**STC 259/2015** (Tol 5573759)]; soberanía que no puede ser troceada o dividida en cuanto el texto constitucional garantiza la «*indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*» (art. 2 de la CE). Así dispuesto, la Constitución, como norma suprema que obliga no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, no es sino el fruto, precisamente, de la «*unidad del sujeto soberano*». Sobre estos fundamentos, se decide la configuración del Estado español como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) de la CE).

Dicho esto, procede recordar lo que el propio Estatuto de Autonomía de Cataluña, establece a través de sus artículos sus artículos 1 y 2.4), que: «*Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente*

Estatuto, que es su norma institucional básica» (art. 1). Por su parte, el artículo 2.4 establece que «Los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña y se ejercen de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución», tras determinar en el artículo 2.2 que «La Generalitat está integrada por el Parlamento, la Presidencia de la Generalitat, el Gobierno y las demás instituciones que establece el Capítulo V, del Título II».

Sobre esta base normativa interesa destacar la afirmación realizada por el Alto Tribunal, no sólo ya en su **STC de 2 de diciembre** (Tol 5573759), sino también en la núm. **42/2014** (Tol 4843326), a propósito de la titularidad de la soberanía y en cuya virtud: *«en el actual ordenamiento constitucional sólo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano. Un acto de este poder que afirme la condición de 'sujeto jurídico' de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la Constitución, reside únicamente en el conjunto del pueblo español. Por ello, no cabe atribuir su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo».*

Entendemos que tal afirmación es de capital importancia pues, inhabilitada la opción de cualquier fraccionamiento en relación a la titularidad de la soberanía nacional, ello implica, en opinión de este comentarista, la imposibilidad de cualquier proclamación o proceso independentista que no pase por las Cortes Generales y que, a tenor del artículo 66 de la Carta Magna, son las únicas que representan al pueblo español en su conjunto (art. 66.1) de la CE).

Sentadas las líneas fundamentales que conducen a la declaración de inconstitucionalidad de las afirmaciones contenidas en la Resolución 1/XI, obvias como ya hemos indicado a nuestro parecer, sí guarda mayor interés, no tanto por lo elaborado de la argumentación sino por lo novedoso de la misma, la alegación, sino única sí la fundamental, realizada por la parte demandada en defensa del objeto impugnado. Ésta pasa por sostener la existencia de un *«mandato democrático»* del cuerpo electoral catalán, y que el Parlamento interpreta como a favor de la concepción y creación de un Estado independiente, que justificaría el incumplimiento de cualquier otro principio o mandato consagrado en la Constitución y en el propio Estatuto de Autonomía.

Ante tal afirmación subrayamos la respuesta del Tribunal Constitucional: *«En el Estado social y democrático de Derecho configurado por la*

Constitución de 1978 no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda: la legitimidad de una actuación o política del poder público consiste básicamente en su conformidad a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Sin conformidad con la Constitución no puede predicarse legitimidad alguna. En una concepción democrática del poder no hay más legitimidad que la fundada en la Constitución.»

La respuesta, en contraposición a la legación, formulada, además de estar repleta de sentido común, es imprescindible para la marcha de cualquier organización. Lo contrario sería tanto como permitir que cualquier institución conformada por cauces democráticos representativos, por el hecho de ser expresión de una voluntad popular, pudiera adoptar decisiones que, justificando la representatividad democrática, estuvieran fuera, no ya del orden constitucional, sino de cualquier orden legal.

La argumentación del Tribunal encuentra su punto y seguido en algo tan evidente como la afirmación de que la *«Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de lex perpetua»*, y recuerda que, precisamente, esa legitimidad democrática, en relación con la posibilidad de manifestar un sentir distinto o diferenciado, encuentra su cauce a través de los propios mecanismos previstos en el texto constitucional (art. 168 y concordantes de la CE); mecanismos a través de los cuales pueden conciliarse los principios de Estado democrático y Estado de derecho sin imponer la primacía de un valor respecto de otro.

3. Actuaciones jurídicas posteriores a la STC de 2 de diciembre de 2015 (Tol 5573759).

*No nos resistimos a finalizar el presente comentario sin aludir a determinadas actuaciones de indudable contenido jurídico, y que el propio Parlamento de Cataluña, posteriormente, ha adoptado con fundamento en la Resolución 1/XI, a pesar de su declaración de inconstitucionalidad por la **STC núm. 259/2015** (Tol 5573759).*

Relacionadas, las mismas son las siguientes:

- La resolución del Parlamento catalán (publicada en el DOGC del 20 de enero de 2016) y en cuya virtud, al amparo del artículo 65 del Texto Refundido del Reglamento del Parlamento de Cataluña, se crea la comisión de estudios denominada "Comisión del Proceso Constituyente".

- La creación, denominación y determinación del ámbito de competencia del Departamento de Asuntos Exteriores, Relaciones Institucionales y Transparencia de la Generalidad de Cataluña.
- La formulación de solicitudes, dirigidas al Parlamento de Cataluña por determinados grupos parlamentarios catalanes, peticionando la continuidad en la tramitación de las ponencias registradas de las denominadas «*Leyes de desconexión*».
- Creación de distintas estructuras vinculadas al desarrollo del autogobierno, y derogación del Decreto del Comisionado para la Transición Nacional (que estaba ya suspendido por el Tribunal Constitucional).
- Convocatoria de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente para el pasado 8 de marzo, a fin de nombrar un nuevo Presidente de la misma, y determinar el plan de trabajo de la Comisión.
- Nuevo cambio de denominación del Departamento de Asuntos Exteriores, Relaciones Institucionales y Transparencia que pasa a denominarse Departamento de Asuntos y Relaciones Institucionales y Exteriores y Transparencia.

*La relación expuesta, además de pretender ofrecer al lector un más completo mapa de las actuaciones de contenido jurídico desarrolladas tras la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución 1/XI por parte de la **STC de 2 de diciembre de 2015** (Tol 5573759), pretende significar, por su gran novedad desde la perspectiva jurídica del orden procesal constitucional, el tipo de tramitación procesal escogida por el Estado en relación a la impugnación de alguna de tales medidas y que, simplemente, queremos apuntar por si interés.*

En concreto, la medida referida a la creación de la comisión de estudios denominada "Comisión del Proceso Constituyente", en contra de la fórmula habitual de impugnación, esto es la del recurso de inconstitucionalidad fundado en el artículo 161 de la CE, ha sido impugnada a través del trámite del incidente de ejecución de sentencia, con base al artículo 92³ de la LOTC 2/1979 (Tol 230758), al considerarse que tales actuaciones se encontraban directamente relacionadas, y eran dependientes, de la Resolución 1/XI y que, por tanto, violaban la STC de 2 de diciembre de 2015 (Tol 5573759) objeto de este análisis. Entiende la parte ejecutante que la creación de una Comisión de Estudio sobre el proceso constituyente en Cataluña, implica

³ Conviene recordar que el vigente artículo 92 fue redactado en virtud del apartado tres del artículo único de la L.O. 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho («B.O.E.» 17 octubre).

introducir en el Ordenamiento Jurídico con apariencia de validez, un objeto específico, cual es el proceso constituyente en Cataluña, que ha sido ya declarado inconstitucional por la citada sentencia de forma explícita.

Salvando la cuestión del hecho de que, a diferencia de la regulación legal del recurso de inconstitucionalidad, llamémosle directo, y cuyo artículo 161.2) de la CE permite solicitar la suspensión automática del objeto de recurso a diferencia del trámite del incidente que no permite esta suspensión, sin duda resulta novedosa la elección de este mecanismo de impugnación. Este incidente, a la fecha de realización de este comentario, ya ha sido admitido a trámite por el TC en virtud de providencia de fecha 3 de marzo de 2015 (Nº de asunto: 6330-2015), pero habrá que esperar en el tiempo al objeto de conocer los pronunciamientos del Alto Tribunal sobre la modalidad singular, y a nuestro juicio acertada, escogida por la representación procesal ejecutante sobre la aplicación de la nueva regulación contenida en el artículo 92 de la LOTC 2/1979.

Sentencia

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho, y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado
EN NOMBRE DEL REY
la siguiente

SENTENCIA

En la impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) núm. 6330-2015, promovida por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, contra la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015. Ha comparecido y formulado alegaciones el Parlamento de Cataluña. Ha sido Ponente el Magis-

trado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 11 de noviembre de 2015, el Abogado del Estado, en representación del Gobierno, impugnó, al amparo de los artículos 161.2 CE y 76 y 77 LOTC, la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015 (BOPC núm. 7, de 9 de noviembre de 2015).

En el escrito se hizo expresa invocación del artículo 161.2 CE y del segundo inciso del artículo 77 LOTC, a los efectos de que se acordase la suspensión de la Resolución impugnada.

El contenido de la Resolución impugnada (publicada en el "Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña" núm. 7, del lunes 9 de noviembre de 2015) en su versión en castellano, difundida en su día por el Parlamento de Cataluña a través de su página web, resulta del siguiente tenor:

Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.

Pleno del Parlamento de Cataluña

El Pleno del Parlamento de Cataluña, en la sesión celebrada el 9 de noviembre de 2015, ha debatido el texto de la Propuesta de resolución sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales (tram. 250-00001/11), presentada por el Grupo Parlamentario de Junts peí Sí y por el Grupo Parlamentario de la Candidatura d'Unitat Popular-Crida Constituent, y las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario de Junts peí Sí y por el Grupo Parlamentario de la Candidatura d'Unitat Popular-Crida Constituent (reg. 195), por el Grupo Parlamentario del Partit Popular de Catalunya (reg. 196) y por el Grupo Parlamentario de Catalunya Sí que es Pot (reg. 198).

Finalmente, de acuerdo con el artículo 165 del Reglamento, ha adoptado la siguiente Resolución

"PRIMERO.- El Parlamento de Cataluña constata que el mandato democrático obtenido en las pasadas elecciones del 27 de septiembre de 2015 se basa en una mayoría en escaños de las fuerzas parlamentarias que tienen como objetivo que Cataluña sea un estado independiente y en una amplia mayoría soberanista en votos y escaños que apuesta por la apertura de un proceso constituyente no subordinado.

SEGUNDO.- El Parlamento de Cataluña declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república.

TERCERO.- El Parlamento de Cataluña proclama la apertura de un proceso constituyente ciudadano, participativo, abierto, integrador y activo para preparar las bases de la futura constitución catalana.

CUARTO.- El Parlamento de Cataluña insta al futuro gobierno a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas estas declaraciones.

QUINTO.- El Parlamento de Cataluña considera pertinente iniciar en el plazo de treinta días la

tramitación de las leyes de proceso constituyente, de seguridad social y de hacienda pública.

SEXTO.- El Parlamento de Cataluña, como depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente, reitera que esta cámara y el proceso de desconexión democrática del Estado español no se supeditarán a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional, que considera falta de legitimidad y de competencia a raíz de la sentencia de junio de 2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña, votado previamente por el pueblo en referéndum, entre otras sentencias. SÉPTIMO.- El Parlamento de Cataluña debe adoptar las medidas necesarias para abrir este proceso de desconexión del Estado español, de una forma democrática, masiva, sostenida y pacífica que permita el empoderamiento de la ciudadanía a todos los niveles y se base en una participación abierta, activa e integradora.

OCTAVO.- El Parlamento de Cataluña insta al futuro gobierno a cumplir exclusivamente las normas o los mandatos emanados de esta cámara, legítima y democrática, a fin de blindar los derechos fundamentales que puedan resultar afectados por decisiones de las instituciones del Estado español, como los especificados en el anexo de esta resolución.

NOVENO.- El Parlamento de Cataluña declara su voluntad de iniciar negociaciones para hacer efectivo el mandato democrático de creación de un estado catalán independiente en forma de república, y acuerda ponerlo en conocimiento del Estado español, de la Unión Europea y del conjunto de la comunidad internacional.

ANEXO. Medidas que deberá aplicar el futuro gobierno de Cataluña destinadas a blindar derechos fundamentales afectados por decisiones de las instituciones del Estado español.

1. Pobreza energética

Para garantizar que ninguna persona se vea privada del acceso a los suministros básicos, el futuro gobierno debe desplegar las medidas para evitar la pobreza energética aprobadas mediante la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, de

modo que se garantice el derecho de acceso a los suministros básicos de agua potable, gas y electricidad a las personas y unidades familiares en situación de riesgo de exclusión residencial, mientras dure esta situación.

2. Vivienda

Para garantizar que ninguna persona se vea privada del acceso a una vivienda digna, el futuro gobierno debe trabajar en la aplicación del nuevo marco normativo regulado por la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. En este marco, el futuro gobierno debe garantizar que en procesos de desahucio de la vivienda habitual que afecten a personas y unidades familiares en situación de riesgo de exclusión residencial se cumpla, para poder hacer efectivo el desahucio, el principio de realojamiento adecuado de las personas y unidades familiares afectadas.

Asimismo, de forma urgente, el futuro gobierno debe llevar a cabo modificaciones normativas que permitan hacer efectivas las disposiciones de dicha Ley 24/2015, como es el caso del reglamento de funcionamiento de las mesas de valoración para la adjudicación de viviendas para situaciones de emergencias económicas y sociales y para otros casos de necesidades especiales en el ámbito de la Agencia de la Vivienda de Cataluña.

3. Sanidad

En el ámbito de las políticas de salud, el futuro gobierno debe garantizar el acceso universal a la atención sanitaria pública y de calidad, mediante el Servicio Catalán de la Salud (Catsalut), a todas las personas que viven en Cataluña. Ninguna persona puede quedar excluida por razones de origen, tenga o no la condición de asegurada o beneficiaria del Sistema Nacional de Salud, y con independencia de si consta o no en el padrón. Asimismo, ningún ciudadano puede verse privado de asistencia farmacéutica por motivos económicos.

De acuerdo con varias resoluciones aprobadas por el Parlamento, no pueden llevarse a cabo nuevos concursos para la gestión de centros de atención primaria.

4. Educación

El Parlamento de Cataluña interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra una gran parte del articulado de la Ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la calidad educativa, recurso que fue admitido a trámite el 3 de abril de 2014. En esta impugnación, avalada por el dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias, se argumentaba que los preceptos impugnados de dicha ley orgánica son contrarios a las competencias que corresponden a la Generalidad en esta materia, contrarios al modelo educativo catalán establecido por la Ley de educación de Cataluña y contrarios a los consensos obtenidos por el conjunto de la comunidad educativa. En coherencia con este recurso, el futuro gobierno debe velar en su actuación en materia de educación por la plena vigencia y el respeto de las competencias establecidas en favor de las administraciones catalanas y por mantener los consensos obtenidos por el conjunto de la comunidad educativa.

5. Garantía de las libertades públicas

El Parlamento de Cataluña interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, recurso que fue admitido a trámite el 21 de julio de 2015. En esta impugnación, avalada por el dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias, se argumentaba que los preceptos impugnados de dicha ley orgánica son contrarios a derechos fundamentales amparados por textos internacionales como la Declaración universal de los derechos humanos o el Convenio europeo de derechos humanos y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. En coherencia con este recurso, el futuro gobierno debe velar en su actuación en materia de seguridad ciudadana por la plena vigencia y el respeto de los derechos fundamentales mencionados.

6. Administraciones locales

Con el afán de garantizar las plenas competencias de las administraciones locales catalanas en el servicio del interés general, el futuro gobierno debe proporcionarles las herramientas de apoyo necesarias para dejar sin efecto los preceptos de

la Ley del Estado 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, promulgada de resultas de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, dictada en desarrollo del artículo 135 de la Constitución española, relativos a la limitación de competencias a los entes locales, al control del coste de los servicios y a la obligación de la priorización de la actividad económica privada.

7. Refugiados

A fin de poder dar respuesta a la grave situación humanitaria que viven los refugiados, el futuro gobierno debe generar un marco de relaciones con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) con el objetivo de dar acogida y asilo al máximo número de personas refugiadas, más allá de las decisiones adoptadas en este ámbito por el Gobierno español.

8. Derecho al aborto

En materia de derecho al aborto, el futuro gobierno debe regirse por lo estipulado en la Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

9. Financiación de un plan de choque social y gestión de la deuda

Para liberar recursos para dotar financieramente un plan de choque social, el futuro gobierno debe establecer, entre otras medidas, vías de negociación para reducir la carga de la deuda en el conjunto del gasto.

Prioritariamente, el futuro gobierno debe impulsar la renegociación de todas las financiaciones estructuradas, separando los pagos que compensan un servicio (inversión y mantenimiento) de los que constituyen un pago excesivo respecto a los tipos de interés y a las tasas de inflación actuales. Asimismo, el futuro gobierno debe instar a los concesionarios o superficiarios a redefinir los contratos estructurados, transformando la amortización de las inversiones en financiación ordinaria mediante deuda pública y eliminando el coste excesivo del capital.

Esta transformación, que debe permitir una rebaja de costes para la Generalidad que pueda aprovecharse para financiar el plan de choque social, debe ir acompañada de una revisión a

fondo de los programas presupuestarios de gasto que permita evaluar y contrastar su utilidad en momentos en que atender a la urgencia social se ha convertido en la máxima prioridad del gasto de la Generalidad, expresada en el mencionado plan de choque. Los ahorros que se obtengan de la revisión de programas deben dedicarse íntegramente al plan de choque social.

Para hacer un seguimiento de la efectividad de este objetivo y compromiso, el futuro gobierno debe crear un grupo de trabajo abierto a los grupos parlamentarios.

Asimismo, el futuro gobierno debe establecer un calendario de reuniones con los responsables de la banca residente para estudiar la posibilidad de renegociación del pago de los intereses con finalidades sociales".

2. La impugnación se funda en los motivos que a continuación sucintamente se resumen.

a) El Abogado del Estado reproduce la Resolución impugnada y a continuación se refiere a los requisitos de admisibilidad del proceso constitucional. Considera que no resulta discutible que se cumplan en este caso los requisitos de jurisdicción y competencia [arts. 161.2 CE y 2.1.º) LOTC], legitimación (arts. 161.2 CE y 76 LOTC), postulación (art. 82.1 LOTC), plazo (art. 76 LOTC) y forma (art. 85.1 LOTC), así como que la Resolución impugnada tiene la naturaleza de disposición sin fuerza de ley de la Asamblea legislativa de ' una Comunidad Autónoma y que, por lo tanto, puede ser objeto idóneo de este proceso constitucional.

Tras reproducir la doctrina de la STC 42/2014, de 25 de marzo (FJ 2), y con cita del ATC 135/2004, de 20 de abril, el Abogado del Estado entiende que la Resolución recurrida es un acto perfecto o definitivo, pues constituye una decisión adoptada por el Parlamento de Cataluña, tras debate y votación, expresiva de una manifestación institucional de la voluntad de la Cámara. En su opinión, también tiene efectos jurídicos, ya que en ella el Parlamento se considera poder constituyente en orden a la creación de una República de Cataluña, ordenando al Gobierno de la Generalidad la adopción de las medidas necesarias a tal fin, lo que incluye la elaboración de una cons-

titución, la creación de estructuras de Estado, la inaplicación de las normas estatales en Cataluña y la desobediencia a las instituciones del Estado, en particular al Tribunal Constitucional.

La Resolución, por tanto, encaja perfectamente en el objeto de impugnación de las disposiciones autonómicas del Título V LOTC, no limitándose a realizar unas proclamas políticas sin eficacia jurídica, sino que establece unos mandatos claros de inmediata repercusión jurídica dirigidos hacia el propio Parlamento, hacia el Gobierno de la Generalidad e incluso hacia los ciudadanos de Cataluña, con un contenido concreto y claramente inconstitucional.

En cuanto al alcance de la impugnación, precisa que la Resolución se impugna en su totalidad porque debe ser interpretada como un todo, como un conjunto sistemático, ordenado a la secesión de España por medios inconstitucionales y no democráticos.

b) El Abogado del Estado, bajo la rúbrica "Nuestro orden constitucional de convivencia", afirma que el pueblo español, la nación española, señaló cuáles eran sus deseos, principios y fines para la convivencia en el preámbulo de la Constitución de 1978, como manifestación de su voluntad colectiva. Reproduce parcialmente en sus alegaciones el contenido de dicho preámbulo y de los artículos 1, 2, 3 y 23 CE, para referirse seguidamente al contenido propio del Estado de Derecho, que, dice, vincula a todos los ciudadanos, que deben respetar los derechos y libertades de los demás, pero que concierne muy directamente a los poderes públicos y a los gobiernos, quienes deben actuar en la más estricta observancia del ordenamiento constitucional y del principio de legalidad.

Esos principios constitucionales esenciales y el Estado de Derecho que los garantiza resultan frontalmente atacados por la Resolución impugnada, pues pretende romper el marco de convivencia constitucional al atribuirse el Parlamento de Cataluña la condición de cámara constituyente, al cambiar el régimen de democracia representativa del que surge su legitimidad por un régimen de corte plebiscitario, al efectuar un llamamiento a los ciudadanos y al Gobierno

de Cataluña a la desobediencia de las normas comunes de convivencia y, en fin, al prescindir de los cauces constitucionales y legítimos para modificar estas normas comunes, instando otros de ruptura unilateral.

Expone el contexto en el que se inserta la Resolución, que, afirma, no es una decisión aislada, sino la continuación de una sucesión reiterada de iniciativas y actuaciones de las instituciones de la Comunidad Autónoma, tanto del Parlamento como del Gobierno, adoptadas en la anterior legislatura y ordenadas, de forma creciente, al mismo fin rupturista.

Proceso que se inició con la Resolución 5/X del Parlamento, de 8 de marzo de 2013, por la que se aprobó la Declaración soberanista y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña, anulada, en cuanto al reconocimiento de Cataluña como entidad soberana, por la STC 42/2014. Continuó con las disposiciones y actuaciones llevadas a cabo por las instituciones de la Comunidad Autónoma en orden a la celebración de una consulta referendaria durante el último semestre de 2014, que dio lugar a las SSTC 31/2015 y 32/2015, de 25 de febrero, y 138/2015, de 11 de junio, que declararon inconstitucionales tanto las normas dictadas como la actuación de hecho del Gobierno de la Generalidad del día 9 de noviembre. Aquel proceso se manifiesta también, principalmente, con la aprobación de la Ley catalana 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, en la que se incluyen previsiones dirigidas a crear estructuras de Estado en el ámbito de la Hacienda Pública, la Seguridad Social, el patrimonio, las infraestructuras estratégicas y la regulación de los mercados, del Decreto de la Generalidad 16/2015, de 24 de febrero, por el que se crea el Comisionado para la Transición Nacional, y, en fin, del Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 17 de febrero de 2015, por el que se adopta el denominado Plan Ejecutivo de Preparación de las Estructuras de Estado y el Plan de Infraestructuras Estratégicas. Normas y Acuerdo cuya suspensión el Tribunal ha acordado mantener en los AATC de 3 de noviembre de 2015, recaídos en el Recurso de Inconstitucionalidad 3493-2015 y en el Conflicto

Positivo de Competencia 3808-2015, en los que ha constatado la existencia de un denominado «proceso de transición ‘nacional» de evidente «trascendencia constitucional».

c) Las alegaciones del Abogado del Estado se centran seguidamente en lo que califica como «manifiesta inconstitucionalidad» de la Resolución impugnada por violar los artículos 1.1, 1.2, 1.3.2, 9.1, 23, 164 y 168 CE.

Entiende que la cláusula capital de la Resolución es la atribución al Parlamento de Cataluña de un poder constituyente, capaz de iniciar un proceso rupturista que se impone unilateralmente y que prescinde de cualquier respeto a los principios que informan la Constitución, con menosprecio absoluto al Estado de Derecho.

Con arreglo al artículo 1.2 CE «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». La Constitución misma es un acto constituyente del pueblo español como se refleja en su preámbulo. En el artículo 1.2 CE el término «Estado» debe tomarse en su acepción global, en la que emplea el artículo 137 CE, como ha declarado la jurisprudencia constitucional (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3; 12/1985, de 30 de enero, FJ 3; 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4), del que forman parte las Comunidades Autónomas. El propio artículo 3.1 EAC proclama el principio general de que «la Generalitat es Estado» y la STC 31/2010, de 28 de junio, la ha considerado como «afirmación indiscutible por cuanto, en efecto, el Estado, en su acepción más amplia, esto es, como Estado español erigido por la Constitución Española, comprende a todas las Comunidades Autónomas en las que aquél territorialmente se organiza [...] y no únicamente al que con mayor propiedad ha de denominarse ‘Estado central’, con el que el Estado español no se confunde en absoluto, sino que lo incluye para formar, en unión de las Comunidades Autónomas, el Estado en su conjunto» (FJ 13). Así pues, las Asambleas legislativas autonómicas (art. 152.1 CE), y entre ellas el Parlamento de Cataluña, son en este sentido también «poderes del Estado», fundados en la soberanía nacional de la que es titular el pueblo español, y no ninguna fracción de él, como lo

es el pueblo de una de las Comunidades Autónomas.

Tras reproducir seguidamente la doctrina recogida en las SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 4), 31/2010 (FF JJ 8, 9 y 11) y 42/2014 (FJ 3), el Abogado del Estado sostiene que desde la perspectiva de la Constitución no hay más que un soberano, el pueblo español (art. 1.2 CE), y que, por ello, al atribuirse el Parlamento de Cataluña el carácter de «constituyente» (apartado tercero), «como depositario de la soberanía y expresión del poder constituyente» (apartado sexto), y al remitir esta legitimidad «al mandato democrático obtenido en las pasadas elecciones del 27 de septiembre de 2015 [...]», se infringe de manera evidente el artículo 1.2 CE.

d) La Resolución impugnada es también inconciliable con el artículo 2 CE en la medida en que viola frontalmente el propio fundamento de la Constitución, la indisolubilidad de la Nación y la indivisibilidad de la patria de todos los españoles. La soberanía del pueblo catalán, como poder constituyente, supone atribuirle el derecho de secesión que podrá ejercitar si esa es su voluntad; esto es, supone atribuirle el poder de disolver, por su sola y exclusiva voluntad, lo que la Constitución proclama indisoluble y dividir lo que declara indivisible. En apoyo de este motivo impugnatorio, el Abogado del Estado reproduce la doctrina de las SSTC 103/2008 (FJ 4) y 31/2010 (FJ 12) y 42/2014 (FJ 3).

e) Igualmente viola el artículo 168 CE, precepto que disciplina el procedimiento de reforma constitucional necesario si se pretende el reconocimiento de la soberanía del pueblo catalán, es decir, el reconocimiento del derecho de una fracción o parte del pueblo español a iniciar, por su exclusiva voluntad, una etapa constituyente. Tras reproducir la doctrina sobre el llamado «derecho a decidir» de las SSTC 103/2008 (FJ 4) y 31/2010 (FJ 12), el Abogado del Estado entiende que a diferencia de la Resolución 5/X, que dio lugar a la STC 42/2014, en el caso de la Resolución ahora impugnada no cabe ninguna interpretación que la haga conforme con la Constitución, pues supone una clara ruptura unilateral del orden constitucional. Las proclamaciones en ella

enunciadas no expresan aspiraciones políticas que puedan ser encauzadas por vías democráticas o constitucionales. La condición de poder constituyente que se atribuye el Parlamento de Cataluña se asocia a una imposición unilateral que prescinde de todo cauce constitucional y democrático. Así se deduce claramente de la lectura conjunta de la Resolución y, en especial, de sus apartados primero y sexto a noveno. Por su parte, las menciones en el apartado tercero a un «proceso constituyente ciudadano, participativo, abierto, integrador y activo para preparar las bases de la futura constitución catalana» se sitúan en una dinámica plebiscitaria ajenas a la Constitución y a la Ley.

No hay mención alguna, sino claramente todo lo contrario, a la utilización de los preceptos de la Constitución que regulan la reforma constitucional, para la que goza de iniciativa el Parlamento de Cataluña (arts. 166 y 87 CE). La soberanía del pueblo de Cataluña no puede ser una estación de partida para una hipotética reforma constitucional del artículo 168 CE, sino, en todo caso, la estación de llegada en virtud de una decisión soberana del pueblo español tomada a través del procedimiento constitucionalmente prescrito, pues la reforma constitucional por la vía de este precepto ha de ser previa a la declaración de soberanía de cualquier fracción o parte del pueblo español (SSTC 103/2008, FJ 4). En este sentido, con reproducción de doctrina de la STC 42/2014, el Abogado del Estado recuerda que tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico el planteamiento de concepciones que pretenden modificar el fundamento mismo del orden constitucional, «siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable» (FJ 4).

En definitiva, el derecho del pueblo catalán a constituirse en Estado solo podría existir cuando, culminada la reforma constitucional por la vía

del artículo 168 CE, el pueblo español soberano lo reconociera de acuerdo con el procedimiento constitucionalmente prescrito para ello. No puede aceptarse que en el presente momento la titularidad del poder constituyente esté atribuida —de presenta y en acto— al pueblo de Cataluña, en contradicción expresa con los cauces constitucionales.

f) La Resolución vulnera también frontalmente el artículo 1.3 CE, que proclama que «la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria», puesto que en ella se «declara solemnemente el inicio del proceso de creación del estado catalán independiente en forma de república» (apartado segundo), así como se proclama «la creación de un estado catalán independiente en forma de república» (apartado noveno).

g) La Resolución recurrida quebranta de igual modo el artículo 1.1 CE, en lo que se refiere a la configuración del Estado español como un Estado de Derecho, y, la que constituye una de sus principales manifestaciones, el artículo. 9.1 CE, que establece que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», precepto que plasma el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

La Resolución aparece como un acto de radical insumisión a la Constitución y, por lo tanto, infractora de los artículos 1.1 y 9.1 CE. La insumisión adquiere además un carácter grosero y explícito cuando se proclama que se procede a «la apertura de un proceso /' constituyente no subordinado» (apartado primero), que «el proceso de desconexión democrática no se supeditará a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional» (apartado sexto), o que el Parlamento «adoptará las medidas necesarias para abrir este proceso de desconexión democrática, masiva, sostenida y pacífica con el Estado español de manera que permita el empoderamiento de la ciudadanía a todos los niveles y en base a una participación abierta, activa e integradora» (apartado séptimo). Se abunda en esta insumisión cuando se «insta al futuro gobierno a cumplir exclusivamente aquellas normas o mandatos emanados

de esta Cámara, legítima y democrática, a fin de blindar los derechos fundamentales que puedan estar afectados por decisiones de las instituciones del Estado español» (apartado octavo).

La libertad de un parlamento o de un gobierno autonómico para elegir políticas está jurídicamente limitada por la Constitución y el Estatuto de Autonomía y este es uno de los significados evidentes del principio de sumisión a la Constitución que contiene su artículo 9.1. Ninguna asamblea legislativa autonómica puede tomar una resolución para impulsar políticas en absoluta contradicción con la Constitución. Los efectos jurídicos de la Resolución impugnada, como ya se ha apuntado, implican que el propio Parlamento impone para sí y al Gobierno de la Generalidad unas decisiones que suponen, más que un quebrantamiento particular de un precepto constitucional, la negación de las cláusulas esenciales de la Constitución, la instauración de un principio de legitimidad en contradicción absoluta con ella.

El otro efecto jurídico se dirige a los ciudadanos (apartado tercero), impulsando la acción política de éstos sobre la base de que a ellos, y sólo a ellos, se atribuye el carácter de pueblo soberano para decidir su futuro político colectivo, lo que tampoco es compatible con el artículo 9.1 CE. Nuestra Constitución reconoce a cualquier ciudadano la libertad de opinar que su nacionalidad o región debe independizarse de España [art. 20.1.a) CE] y permite ejercitar el derecho de asociación para crear partidos políticos que incluyan la separación de España en su ideario o programa (arts. 6 y 22.1 CE). Ahora bien, ello debe encauzarse necesariamente mediante el procedimiento constitucional adecuado y en este aspecto los ciudadanos quedan también sujetos a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7).

h) La Resolución, al afirmar que ni el propio Parlamento ni el proceso de desconexión del Estado español se supeditarán a las decisiones del Tribunal Constitucional (apartado sexto), vulnera el artículo 164 CE, en relación con el artículo 87 LOTC.

Además, el Abogado del Estado afirma que al reiterar dicha Resolución la declaración de soberanía del pueblo catalán (apartados tercero y sexto), contraviene de forma directa la STC 42/2014, que declaró inconstitucional la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, desobedeciendo, de este modo, al Tribunal Constitucional.

i) La Resolución lesiona igualmente el artículo 23 CE, al atribuir el carácter de Cámara constituyente al Parlamento de Cataluña, privando al resto de los españoles de su derecho fundamental a participar en los procesos de reforma constitucional (STC 103/2008, FJ 4), y al modificar de hecho los principios y los procedimientos de la democracia representativa y los derechos de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por los cauces previstos en el citado precepto constitucional, mediante la admisión de fórmulas plebiscitarias.

La Resolución se inicia atribuyendo un carácter plebiscitario a lo que no son sino unas elecciones a un Parlamento autonómico, basado en la democracia representativa sin contenido plebiscitario alguno reconocido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Modifica, asimismo, la naturaleza del propio mandato representativo del Parlamento y de sus miembros, al atribuirles un contenido extramuros de la regulación constitucional y parlamentaria de sus funciones, derechos y obligaciones.

j) Infringe también el principio de lealtad constitucional y el deber de fidelidad a la Constitución (SSTC 25/1981, de 14 de julio, FJ 3; 18/1982, de 4 de mayo; 11/1986, de 28 de enero, FJ 5; 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 11; 13/2007, de 18 de enero, FJ 7).

La Resolución en su conjunto es un modelo de falta de lealtad constitucional en cuanto actuación unilateral, de acción directa y desconectada o no supeditada a las decisiones de las instituciones del Estado. Más allá del ámbito competencial, por lealtad constitucional debe entenderse la sujeción o acatamiento a la supremacía constitucional, lo que no implica adhesión ideológica a la Constitución, sino acatar las reglas de juego político y el orden jurídico existente y no intentar su transformación por medios ilegales. Tal deber,

por lo tanto, no es contrario a la libertad ideológica (art. 16 CE), sino que es una concreción del deber de acatamiento a la Constitución (art. 9.1 CE), que, para el caso de los titulares de los poderes públicos, se traduce en un deber general de realizar sus funciones de conformidad con aquélla.

k) El Abogado del Estado sostiene que la Resolución impugnada viola los artículos 1, 2.4 y 4.1 EAC, en los términos en los que han sido interpretados por la STC 31/2010 (FF JJ 8 y 9).

Reproduce en su escrito de alegaciones los referidos fundamentos jurídicos, con base en los cuales entiende que la legitimación democrática del Parlamento de Cataluña —como representación política del pueblo catalán del que emanan sus poderes— no le permite declarar la existencia de un poder constituyente, es decir, de un pueblo catalán soberano en competencia con el pueblo soberano español. Sin el acto de soberanía del pueblo español que reconoció el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (arts. 2 y 137 CE), no existiría un pueblo catalán como sujeto jurídico y político del derecho a la autonomía.

También contiene la declaración una referencia «al mandato democrático obtenido en las pasadas elecciones del 27 de septiembre de 2015 (que) se basa en una mayoría en escaños de las fuerzas parlamentarias que tienen como objetivo que Cataluña sea un estado independiente y en una amplia mayoría soberanista en votos y escaños que apuesta por la apertura de un proceso constituyente no subordinado» (apartado primero). Esta invocación carece de toda legitimidad porque no existe tal mandato democrático, pues las elecciones autonómicas jamás pueden investir de naturaleza constituyente a la Asamblea legislativa que resulte de ella. La calidad de ciudadano catalán lleva ciertamente consigo el «derecho a elegir a sus representantes en los órganos políticos representativos» (en este sentido, STC 31/2010, FJ 11). Sólo el pueblo español es soberano. Sólo el pueblo español, y no una de sus fracciones, puede ser «unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del

Ordenamiento». Sólo después, no antes, de un nuevo acto constituyente del soberano pueblo español —que incluye al pueblo catalán y a todos los demás «pueblos de España»— podría el pueblo de Cataluña, de manera jurídicamente legítima, declararse a sí mismo soberano. Sólo una decisión soberana del pueblo español podría reconocer de manera constitucionalmente válida la soberanía del pueblo de Cataluña.

l) Por último, el Abogado del Estado califica de manifiesta la vulneración del sistema constitucional de competencias por los apartados quinto, octavo y anexo de la Resolución.

Las normas citadas en el apartado quinto en materia de Hacienda Pública y Seguridad Social, como también las citadas en el anexo, forman parte de la voluntad del Parlamento de Cataluña de incumplir con las obligaciones derivadas de un Estado de derecho y del sistema constitucional de distribución de competencias. En la medida en que estas disposiciones forman parte de la creación de las denominadas «estructuras de Estado», debe recordarse que los AATC de 3 de noviembre de 2015, recaídos en el Recurso de Inconstitucionalidad 34932015 y en el Conflicto Positivo de Competencia 3808-2015, han mantenido la suspensión de los preceptos impugnados tanto de la Ley catalana 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, como del Decreto de la Generalidad 16/2015, de 24 de febrero, por el que se crea el Comisionado para la Transición Nacional y del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de febrero de 2015 en el que se adoptan el Plan Ejecutivo de Preparación de las Estructuras de Estado y el Plan de Estructuras Estratégicas. En especial, por lo que se refiere al apartado octavo de la Resolución, y al anexo a que se remite, lo esencial, en opinión del Abogado del Estado, no es tanto el contenido mismo, como que se incluya en la Resolución a los efectos de blindar los «derechos fundamentales que puedan estar afectados por las decisiones de las instituciones del Estado Español». Sin perjuicio de que el contenido del anexo contenga materias controvertidas, en las que existen procedimientos constitucionales no decididos, la inconstitucionalidad

de este apartado octavo y su anexo deriva de la voluntad de incumplir cualquier normativa estatal y hacerlo por una razón que repugna en un sistema democrático como el nuestro, cual es el presupuesto de que las instituciones del Estado central vulneran los derechos fundamentales de los catalanes y que, ante tan injusto presupuesto, la respuesta ha de ser incumplir la Ley.

El Abogado del Estado concluye su escrito solicitando del Tribunal Constitucional la admisión a trámite de la impugnación y que, previos los trámites legales, dicte Sentencia en la que se declare inconstitucional y nula la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.

Por un primer otrosí, habiendo invocado expresamente el artículo 161.2 CE, interesa que se acuerde la suspensión de dicha Resolución desde la fecha de interposición de la impugnación, comunicándolo al Parlamento de Cataluña, y se disponga la publicación de la suspensión en el «Boletín Oficial del Estado», en el «Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña» y en el «Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña» para que alcance conocimiento y eficacia general respecto a cualesquiera terceros (art. 64.4 LOTC, en relación con el primer inciso del art. 77, LOTC).

Por un segundo otrosí, al amparo de lo dispuesto en los artículos 87.1 y 92 LOTC, interesa que se notifique personalmente la providencia de suspensión que se dicte a la Presidenta del Parlamento de Cataluña, a cada uno de los miembros de la Mesa y al Secretario General de la Cámara, al Presidente en funciones de la Generalidad de Cataluña y, en su caso, a la persona que fuera designada para desempeñar dicho cargo, a los miembros del Gobierno en funciones de la Generalidad y, en su caso, a quienes resulten designados por el Presidente de la Comunidad Autónoma como consecuencia del acto de investidura por el Parlamento de Cataluña. Que en dicha notificación se imponga a la Presidenta del Parlamento de Cataluña, a los miembros de la Mesa y al Secretario General de la Cámara la prohibición expresa de admitir a trámite, ya sea

para su toma en consideración, ya para su debate y votación, iniciativa alguna de carácter legislativo o de cualquier otra índole que, directa o indirectamente, pretenda dar cumplimiento a la Resolución suspendida; y al Presidente de la Generalidad y miembros del Consejo de Gobierno la prohibición de promover iniciativa legislativa o de dictar norma de rango reglamentario o de realizar cualquier otra actuación con la misma finalidad. Por último, solicita que la notificación se practique a todos ellos bajo apercibimiento expreso de suspensión de funciones [art. 92.4.b) LOTC], así como de procederse por el delito de desobediencia de los mandatos judiciales, en caso de incumplimiento.

3. El Pleno del Tribunal, por providencia de 11 de noviembre de 2015, acordó admitir a trámite la impugnación; dar traslado de la demanda y documentos presentados al Parlamento de Cataluña, por conducto de su Presidenta, al objeto de que en el plazo de diez días pueda personarse en el proceso y formular las alegaciones que estime convenientes; tener por invocado por el Gobierno el artículo 161.2 CE, lo que, a su tenor y conforme dispone el artículo 77 LOTC, produce la suspensión de la Resolución impugnada y su anexo desde la fecha de interposición del recurso para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para terceros; notificar personalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.1 LOTC, la presente resolución a la Presidenta del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la Mesa y al Secretario General de la Cámara y al Presidente y demás miembros del Consejo de Gobierno en funciones de la Generalitat de Cataluña, advirtiéndoles de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir; recabar, de acuerdo con el artículo 87.2 LOTC, el auxilio jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para realizar las notificaciones, requerimientos y apercibimientos acordados y, por último, publicar el contenido de esta resolución en el «Boletín Oficial del Estado», en el «Butlletí Oficial del Par-

lament de Catalunya» y en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya».

4. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 27 de noviembre de 2015, la Presidenta del Parlamento de Cataluña, en representación y defensa de la Cámara, y en cumplimiento del Acuerdo de la Mesa de 24 de noviembre de 2015, evacuó el trámite de alegaciones confederado.

a) Señala el escrito del Parlamento de Cataluña que la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, expresa en sede parlamentaria el contenido del mandato político adquirido por los grupos parlamentarios que han ejercido la iniciativa, como consecuencia de las elecciones celebradas el pasado 27 de septiembre de 2015. Tal mandato se fundamenta en los programas electorales sometidos al libre ejercicio democrático del derecho fundamental de participación política (art. 23.2 CE), programas que, de forma clara y explícita, tenían como objetivo político prioritario iniciar el proceso de creación de un estado catalán independiente. La Resolución impugnada se habría adoptado por los representantes libremente elegidos del pueblo de Cataluña y se apoya directamente sobre los principios básicos de la democracia y el pluralismo político y obtiene su legitimación del ejercicio del derecho de participación política de los ciudadanos.

b) A continuación el Parlamento de Cataluña afirma que la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre, es un acto parlamentario de naturaleza estrictamente política, como es consustancial a las resoluciones y a las mociones resultantes del ejercicio de la función de impulso de la acción política y de gobierno. Este tipo de resoluciones no tiene otro alcance que el de expresar una voluntad, aspiración o deseo de la Cámara, quedando únicamente sujetas a los mecanismos de control de carácter político previstos en los reglamentos parlamentarios, en este caso el del art. 165.4 RPC.

Así, de acuerdo con el escrito del Parlamento, las mociones y resoluciones parlamentarias adoptadas en el ejercicio de la función de impulso o dirección del sistema político carecen de fuerza legal de obligar y tampoco pueden desplazar o

anular, por sí mismas, la aplicación del principio de legalidad al que están sujetos el Gobierno y los ciudadanos. La fuerza externa de este tipo de actos parlamentarios se limita a una simple instrucción indicativa por la que se manifiesta más una aspiración o deseo que una disposición vinculante, porque formalmente no son parte del derecho positivo. Se trata, en definitiva, de decisiones parlamentarias que por su naturaleza se mueven en el marco de la relación política entre el Parlamento y el Gobierno o en el de la expresión de una voluntad dirigida a los ciudadanos. Por tanto, debido al carácter político inherente a la naturaleza del acto, el Parlamento considera que la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre, carece de los elementos necesarios para ser objeto idóneo de un proceso jurisdiccional de inconstitucionalidad.

c) De acuerdo con el escrito del Parlamento de Cataluña, la Constitución española vigente no prohíbe ni establece límites al debate político, especialmente a aquel que se produce en sede parlamentaria, aun cuando se dé una discrepancia entre el proyecto o idea que se debate y el contenido de la Constitución. Tal y como ha reconocido repetidamente el Tribunal Constitucional, el ordenamiento constitucional no responde a un modelo de «democracia militante» que imponga a las instituciones públicas representativas un deber de adhesión positiva a dicho ordenamiento.

d) El Parlamento de Cataluña afirma que la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre, solo es, y no es nada más que una declaración de voluntad y de intenciones. Por ello, considera que la doctrina establecida con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña (Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013), que reconoce la posibilidad que las relaciones parlamentarias de impulso político puedan producir efectos jurídicos, aunque estos no sean vinculantes, debe ser necesariamente replanteada y revisada en beneficio del reconocimiento de la plena capacidad del Parlamento de Cataluña de expresar el pluralismo político de la sociedad y la voluntad mayoritaria que representa, especialmente cuando

esta voluntad se ha expresado de forma clara e inequívoca mediante un proceso electoral en que el proyecto político a que se refiere la Resolución ha constituido —siempre según el escrito del Parlamento de Cataluña— el eje central e indiscutible de la voluntad expresada por los ciudadanos de Cataluña mediante el ejercicio del derecho de sufragio universal, libre y directo.

e) El Parlamento entiende que la doctrina establecida en la STC 42/2014, de 25 de marzo, no es coherente con el sistema de responsabilidad y de control que el derecho parlamentario establece respecto de las resoluciones y mociones parlamentarias, que se fundamenta exclusivamente en un control político según lo previsto en los reglamentos de las cámaras. La reconsideración de la doctrina contenida en la STC 42/2014 resulta indispensable para preservar el equilibrio entre las instituciones, de manera que se garantice al Parlamento ejercer las funciones que le atribuye el marco constitucional y estatutario, sin que el Tribunal Constitucional pueda interferir en las mismas cuando ese ejercicio carezca del requisito necesario de juridicidad que lo legitime.

El Parlamento pide, así, al Tribunal Constitucional un ejercicio de self-restraint, necesario para asegurar que no se extralimite e invada la esfera propia de la actuación del Parlamento. Está en juego aquí, a su juicio, una de las cuestiones capitales que se plantean en el Estado constitucional contemporáneo, cual es la relación entre la justicia constitucional y la representación popular.

Todo lo manifestado conduce, según el escrito del Parlamento de Cataluña, necesariamente a la inadmisión de la impugnación por falta de objeto idóneo de un juicio de inconstitucionalidad, ya que los fundamentos del sistema constitucional y parlamentario obligan a distinguir el significado y alcance de la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre, en tanto que acto de impulso político, de las iniciativas parlamentarias o administrativas que eventualmente puedan derivarse de la misma y que, por su naturaleza, tengan capacidad para producir los efectos jurídicos necesarios para justificar, en su caso, la intervención del Tribunal Constitucional.

f) El escrito del Parlamento de Cataluña concluye solicitando del Tribunal Constitucional que dicte sentencia en la que se declare la inadmisibilidad de la impugnación de la Resolución 1/XI por ser un acto no idóneo para ser sometido a un procedimiento de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por razón de su naturaleza política y en tanto que expresión de una voluntad parlamentaria basada en el principio democrático y en el ejercicio político del pluralismo político.

5. Por providencia de 1 de diciembre de 2015, se acordó señalar para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Con invocación del artículo 161.2 CE, y por el cauce establecido en los artículos 76 y 77 LOTC, que le habilitan para impugnar ante este Tribunal «disposiciones normativas sin fuerza de ley», así como «resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas», impugna aquí el Gobierno de la Nación la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, adoptada el 9 de noviembre de 2015 (publicada en el «Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña» de la misma fecha), «sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015». Esta Resolución, transcrita en su integridad en el antecedente 1 de la presente Sentencia, es calificada de inconstitucional en la demanda del Abogado del Estado por contraria a los artículos 1, 2, 9.1, 23, 164 y 168 CE, así como al principio de lealtad constitucional y al deber de fidelidad a la Constitución; a tales conculcaciones añade la demanda la de los artículos 1, 2.4 y 4.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC, en lo sucesivo). Con independencia de que en ocasiones las aducidas contravenciones del bloque de la constitucionalidad se imputen por la demanda a concretos apartados de los nueve que integran el cuerpo principal de esta Resolución, la impugnación se formula de modo conjunto o unitario. Por ello la demanda reitera que la Resolución debe ser «interpretada como un todo», incluyendo el «anexo». El Abogado de Estado lo tacha

también de inconstitucional, no sólo en atención a las normas de la Constitución y del Estatuto de Autonomía recién citadas, sino por contravenir el «sistema de distribución de competencias», constitucional y estatutario, entre el Estado y la Comunidad Autónoma.

Igualmente violaría el artículo 168 CE, precepto que disciplina el procedimiento de reforma constitucional necesario si se pretende el reconocimiento de la soberanía del pueblo catalán, es decir, del derecho de una fracción o parte del pueblo español a iniciar, por exclusiva voluntad, una etapa constituyente.

Tras reproducir la doctrina sobre el llamado «derecho a decidir» de las SSTC 103/2008 (FJ 4) y 31/2010 (FJ 12), el Abogado del Estado entiende que a diferencia de la Resolución 5/X, que dio lugar a la STC 42/2014, en el caso de la Resolución ahora impugnada no cabe ninguna interpretación que la haga conforme con la Constitución, pues supone una clara ruptura unilateral del orden constitucional. Las proclamaciones en ella enunciadas no expresan aspiraciones políticas que puedan ser encauzadas por vías democráticas o constitucionales. La condición de poder constituyente que se atribuye el Parlamento de Cataluña se asocia a una imposición unilateral que prescinde de todo cauce constitucional y democrático. Por otra parte, las menciones a un «proceso constituyente ciudadano, participativo, abierto, integrador y activo para preparar las bases de la futura constitución catalana» se sitúan en una dinámica plebiscitaria ajenas a la Constitución y a la Ley.

En representación del Parlamento de Cataluña, su Presidenta se ha personado y formulado las alegaciones expuestas en los antecedentes. Se aduce en ellas, en síntesis, que la Resolución 1/XI fue adoptada por la Cámara en ejercicio de su función de impulso de la acción política y de gobierno (art. 55.2 EAC y art. 164 del Reglamento del propio Parlamento) y que únicamente en tal contexto debería ser valorada. Dicha Resolución expresaría el mandato político asumido por los grupos que la promovieron en las elecciones de 27 de septiembre de 2015, que se apoya como

principios básicos en la democracia y el pluralismo político.

Una Resolución como esta, estrictamente política a juicio del Parlamento de Cataluña, no tendría otro alcance que el de expresar una voluntad, aspiración o deseo de la Cámara; carecería pues de fuerza de obligar, sin poder tampoco desplazar la aplicación del principio de legalidad. En consecuencia, la Resolución impugnada no podría ser objeto idóneo de un proceso jurisdiccional de inconstitucionalidad, ya que sostiene que la voluntad política que expresa no conculcaría el marco constitucional y estatutario, al no prohibir este la expresión y defensa de proyectos políticos no coincidentes con la Constitución, citando a tal efecto la STC 42/2014, de 25 de marzo.

Al carecer de juridicidad, la Resolución 1/XI no tendría por ello capacidad de generar infracción constitucional alguna; en este punto, se sugiere que debiera ser replanteada la doctrina de la citada STC 42/2014, por no ser coherente con el sistema de responsabilidad que el Derecho parlamentario establece respecto de las resoluciones y mociones parlamentarias para su control político. Con el sistema sí se consideran coherentes la SSTC 180/1991, de 23 de septiembre, y el ATC 135/2004, de 20 de abril. Esta reconsideración sería necesaria para preservar el equilibrio entre instituciones, de modo que el Tribunal Constitucional no interfiera en las funciones del Parlamento cuando estas carezcan de juridicidad. Por todo ello, la representación del Parlamento de Cataluña pide la inadmisión de la presente impugnación.

Así planteados los términos de recurso y antes de iniciar el examen de fondo de esta controversia constitucional, el Tribunal considera necesario declarar que ha otorgado al asunto que resuelve prioridad en su resolución, porque la trascendencia constitucional del mismo, de la que da cumplida cuenta el análisis subsiguiente, así lo exige.

2. La idoneidad de una Resolución del tipo de la impugnada como posible objeto del proceso constitucional de los artículos 161.2 CE y 76 y 77 LOTC, que el Abogado del Estado afirma y que, por el contrario, la representación del Parlamen-

to catalán niega, es una cuestión ya resuelta en la STC 42/2014, de 25 de marzo.

Dijimos entonces que para que una resolución de una Comunidad Autónoma pueda ser objeto de impugnación a través del referido proceso constitucional es necesario que posea naturaleza jurídica; que sea, además, manifestación de la voluntad institucional de la Comunidad Autónoma, esto es, que proceda de órganos capaces de expresar la voluntad de ésta y no se presente como un acto de trámite en el procedimiento de que se trate; y, por último, que tenga, siquiera indiciariamente, capacidad para producir efectos jurídicos (FJ 2; con cita del ATC 135/2004, de 20 de abril).

La Resolución 1/XI ha sido dictada por el Parlamento, órgano de la Comunidad Autónoma que representa al pueblo de Cataluña (art. 55.1 EAC), en el ejercicio de una función estatutariamente conferida, cual es la de control e impulso de la acción política y de gobierno (art. 55.2 EAC), a través del procedimiento parlamentario reglamentariamente establecido al efecto (arts. 164 a 165 RPC). Se trata, por lo tanto, de un acto parlamentario que, sin perjuicio de su veste política, tiene también una indudable naturaleza jurídica; que pone fin, asimismo, a un procedimiento parlamentario, pues constituye una manifestación acabada de la voluntad de la Cámara de inicio o apertura de un determinado proceso político, con independencia de su posterior control parlamentario y, en su caso, del resultado del mismo; y que emana, además, de un órgano capaz de expresar la voluntad institucional de la Comunidad Autónoma.

De otra parte, la Resolución es capaz de producir efectos jurídicos propios y no meramente políticos, pues aunque pudiera entenderse carente de efectos vinculantes sobre sus destinatarios —la ciudadanía, el Parlamento, el Gobierno y el resto de instituciones de la Comunidad Autónoma—, «lo jurídico —como afirmamos en la STC 42/2014 (FJ 2)— no se agota en lo vinculante». En efecto, en primer lugar, la Resolución impugnada en cuanto «declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república» y

«proclama la apertura de un proceso constituyente [...] para preparar las bases de la futura constitución catalana», en un anunciado marco de «desconexión» del Estado español, es susceptible de producir efectos jurídicos, ya que tales pronunciamientos pueden entenderse como el reconocimiento a favor de aquellos órganos y sujetos a los que encomienda llevar a cabo esos procesos, especialmente el Parlamento y el Gobierno de la Comunidad Autónoma, «de atribuciones inherentes a la soberanía superiores a las que derivan de la autonomía reconocida por la Constitución a las nacionalidades que integran la Nación española» (STC 42/2014, FJ 2). Entre otras manifestaciones, resulta expresiva de dicho reconocimiento, en este caso, la autocalificación del Parlamento de Cataluña «como depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente» (apartado sexto).

En segundo lugar, el carácter aseverativo de la Resolución, al proclamar de presente la apertura de un proceso constituyente dirigido a la creación de un estado catalán independiente en forma de república, «no permite entender limitados sus efectos en el ámbito parlamentario al terreno estrictamente político, puesto que reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y ese cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento» (art. 165 RPC) [ibidem].

En suma, al igual que concluimos en la STC 42/2014 en relación con la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprobó la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, también hemos de reconocer ahora que la Resolución impugnada, sin perjuicio de su marcado carácter político, tiene capacidad para producir efectos de naturaleza jurídica, por lo que procede afirmar su idoneidad como objeto del presente proceso constitucional.

3. La demanda impugna «en su totalidad» esta Resolución, a la que reprocha haber infringido los preceptos constitucionales y estatutarios relacionados en el fundamento 1 que antecede, así como los principios de lealtad constitucional y de fidelidad a la Constitución (SSTC 25/1981,

de 14 de julio, FJ 3; 18/1982, de 4 de mayo; 11/1986, de 28 de enero, FJ 5; 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 11; 13/2007, de 18 de enero, FJ 7). Considera que la lealtad constitucional debe entenderse como la sujeción a la supremacía constitucional, lo que no implica adhesión ideológica a la Constitución, sino acatamiento de las reglas de juego político y el orden jurídico existente y no intentar su transformación por medios ilegales. No respeta, en fin, el «sistema de distribución de competencias» entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña. Esta última censura se dirige, sobre todo, a los apartados 5 y 8 del cuerpo principal de la Resolución y a su anexo. En lo que se refiere a la conculcación de los artículos 1, 2 y 9.1 CE (Título Preliminar), el Abogado del Estado entiende que estamos ante un caso de «radical inconstitucionalidad», de «insumisión» igualmente «radical» a la Constitución y de «ruptura unilateral del orden constitucional»; apreciaciones todas ellas que le llevan a denunciar que el acto impugnado supone «más que un quebrantamiento particular de un precepto constitucional, la negación de las cláusulas esenciales de la Constitución Española» y «la instauración de un principio de legitimidad en contradicción absoluta con ella».

Sobre la base de cuanto queda dicho, es preciso examinar la constitucionalidad de la Resolución impugnada. Se realizará este enjuiciamiento teniendo en cuenta que persigue en sus varios apartados un objetivo unívoco y muestra una indiscutible unidad de sentido. Cada uno de esos apartados sucesivos y su anexo final aparecen como concreción y desarrollo de un designio unitario que anima, en su conjunto, el acto impugnado. El Tribunal considera que el acto parlamentario impugnado es un todo que ha de ser enjuiciado como tal, a la vista de sus varios enunciados.

En la STC 42/2014 el Tribunal apreció que del tenor de algunos de los «principios» incorporados a la entonces impugnada «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña» —excluido, por inconstitucional precisamente el referido a tal «soberanía»— se desprendería que la Declaración controvertida no

excluía «seguir los cauces constitucionalmente establecidos para traducir la voluntad política expresada en la resolución en una realidad jurídica» (FJ 3). Esto permitió, examinados y valorados aquellos principios, una interpretación conforme a la Constitución del llamado «derecho a decidir» como «aspiración política susceptible de ser defendida en el marco de la Constitución» [FJ 4.c)]. En idéntica línea argumental, en relación con la locución «pueblo de Cataluña» del que, de conformidad con el art. 2.4 EAC, emanan «los poderes de la Generalitat», el Tribunal sostuvo que el pueblo de Cataluña no es un «sujeto jurídico que entre en competencia con el titular de la soberanía nacional cuyo ejercicio ha permitido la instauración de la Constitución de la que trae causa el Estatuto que ha de regir como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma». En otras palabras, «los ciudadanos de Cataluña no pueden confundirse con el pueblo soberano concebido como «la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fuente de la Constitución y del Ordenamiento» (STC 12/2008, FJ 10) [STC 31/2010, FFJJ9y 11]. Que tal aspiración política puede ser defendida respetando la Constitución y, singularmente, los procedimientos para su revisión formal cabe reiterarlo ahora. No es menos claro que la Resolución aquí impugnada —a diferencia de lo que consentía, en algunos de sus pasajes, la enjuiciada en la STC 42/2014— permite entender que el Parlamento de Cataluña, al adoptarla, está excluyendo la utilización de los cauces constitucionales (art. 168 CE) para la conversión en un «estado independiente» (apartado segundo) de lo que hoy es la Comunidad Autónoma de Cataluña. El Parlamento, en efecto, «proclama la apertura de un proceso constituyente (...) para preparar las bases de la futura constitución catalana» (apartado tercero); se compromete a tramitar en determinado plazo una ley, junto a otras, de «proceso constituyente» (apartado quinto); afirma, en tanto que «depositario de la soberanía» y «expresión del poder constituyente», que en el proceso que emprende no se supeditará a las decisiones de las instituciones del Estado español y, en particular, a las de este

Tribunal Constitucional (apartado sexto); por último insta al «futuro gobierno» de la Comunidad Autónoma «a cumplir exclusivamente las normas o los mandatos emanados de esta cámara» (apartado octavo).

Determinaciones tan concluyentes como las parcialmente transcritas reclaman, en coherencia con su patente unidad de sentido, una valoración jurídico-constitucional también integral o de conjunto, sin dejar fuera el «anexo» incorporado a la Resolución. La cuestión no es, por lo que se refiere a esta última parte del acto impugnado, la compatibilidad o no con la Constitución de unas u otras de las «medidas» anunciadas o proyectadas, con los términos en que lo han sido, a lo largo de sus nueve puntos. El asunto de relieve jurídico-constitucional es ahora que tales «medidas» —todas y cada una de ellas— se requieren del «futuro gobierno» sobre la base de la proclamación que la Cámara hace de sí misma como depositaria de «la soberanía» y expresión del «poder constituyente» (apartado sexto) y, más específicamente, con el sentido y en los términos de lo afirmado en el apartado octavo: el «Parlamento de Cataluña insta al futuro gobierno a cumplir exclusivamente las normas o los mandatos emanados de esta cámara, legítima y democrática, a fin de blindar los derechos fundamentales que puedan resultar afectados por decisiones de las instituciones del Estado español, como los especificados en el anexo de esta resolución». Es así evidente la integración resultante entre el anexo y el cuerpo principal de la Resolución; también lo es que las «medidas» encomendadas al «futuro gobierno» lo son desde una resuelta posición de ajenidad al ordenamiento constitucional y a la espera de un comportamiento consecuente por parte del Gobierno de la Generalitat.

4. De la lectura de la Resolución 1/XI, de modo inequívoco, se desprende que se la considera el acto fundacional del «proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república» (apartado segundo) y a tal efecto se sirve de un lenguaje (futura «constitución», en el apartado tercero, o «soberanía» y «poder constituyente» en el sexto) que se pretende asimismo

materialmente «constitucional». Tales términos, sin embargo, figuran en la Constitución española o están presentes en la jurisprudencia de este Tribunal.

A) El «imperio de la Constitución como norma suprema» (STC 54/1983, de 21 de junio, FJ 2, y, antes aún, STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1), declarado expresamente por su artículo 9.1, trae causa de que la Constitución misma es fruto de la determinación de la nación soberana por medio de un sujeto unitario, el pueblo español, en el que reside aquella soberanía y del que emanan, por ello, los poderes de un Estado (art. 1.2 CE). Este ha de ser concebido como el conjunto de instituciones y órganos que ejercen, en todo el territorio, poder público y en el que se integran también, por tanto, las Comunidades Autónomas (STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2, y múltiples resoluciones ulteriores en igual sentido).

La soberanía de la nación, residenciada en el pueblo español, conlleva necesariamente su unidad y así lo proclama, como es notorio, el artículo 2 CE, de acuerdo con el cual la propia Constitución «se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas». La unidad del sujeto soberano es fundamento de una Constitución mediante la que la nación misma se constituye, al propio tiempo, en Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE y, entre otras, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). Se trata de un Estado también único o común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja por obra del reconocimiento constitucional de autonomías territoriales [por todas, STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4.a)], a las distintas nacionalidades y regiones que, constituidas en Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos, integran España (principio de unidad del Estado, deducible también del artículo 2 CE: SSTC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4, y 177/1990, de 15 de noviembre, FJ 3). El artículo 1.2 CE es, así, base de todo nuestro ordenamiento jurídico (STC 42/2014, FJ 3, y juris-

prudencia allí citada), de modo tal que, como se dijo en esta resolución del Tribunal, si «en el actual ordenamiento constitucional sólo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano. Un acto de este poder que afirme la condición de ‘sujeto jurídico’ de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la Constitución, reside únicamente en el conjunto del pueblo español. Por ello, no cabe atribuir su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo».

B) Como señalamos en la STC 42/2014, «en tanto que realidad socio-histórica, Cataluña (y España toda) es anterior a la Constitución de 1978» (FJ 3). Desde el punto de vista jurídico, el artículo 1 EAC define su posición en el actual marco constitucional, disponiendo al respecto que «Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto, que es su norma institucional básica». Este Tribunal ha considerado que la declaración recogida en el precepto estatutario transcrito predica de Cataluña, «en términos constitucionalmente impecables [...] cuantos atributos la constituyen en parte integrante del Estado fundado en la Constitución. Una nacionalidad constituida en Comunidad Autónoma y cuya norma institucional básica es su propio Estatuto de Autonomía». No se presenta la Constitución, por lo tanto, como «resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores» a ella [STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3, y 247/2007, FJ 4.a)], sino como norma incondicionada y condicionante de cualesquiera otras en nuestro ordenamiento. Se trata de una norma superior, a la que todos —ciudadanos y poderes públicos— quedan sujetos (art. 9.1 CE).

Como consecuencia recae sobre los titulares de cargos públicos un cualificado deber de acatamiento a dicha norma fundamental, que no se

cifra en una necesaria adhesión ideológica a su total contenido, pero sí en el compromiso de realizar sus funciones de acuerdo con ella y en el respeto al resto del ordenamiento jurídico (en tal sentido, entre otras, SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3, y 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 5). Que esto sea así para todo poder público deriva, inexcusablemente, de la condición de nuestro Estado como constitucional y de Derecho.

El sometimiento de todos a la Constitución es «otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente» [SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 6,b)]. En el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución, que, como afirmó este Tribunal en la STC 42/2014, FJ 4 C), «requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella».

Para garantizar que esto último no ocurra se cuenta con el sistema de nuestro Estado constitucional de Derecho —los poderes públicos, pero también la ciudadanía— y, en última instancia, cuando así se le requiera, con este Tribunal Constitucional. A él corresponde «en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél» (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4).

5. La Resolución impugnada contraponen el supuesto alcance del «mandato democrático» recibido por el Parlamento de Cataluña en las elecciones de 27 de septiembre de 2015 (apartados primero y noveno), o el carácter «legítimo y democrático» del Parlamento de Cataluña por idéntica razón (apartado octavo), a la legalidad y la legitimidad de las instituciones del Estado, en particular de este Tribunal Constitucional, al que se considera directamente «carente de legitimidad y competencia». El referido «mandato

democrático» justificaría el anuncio de que las decisiones del Parlamento de Cataluña «no se supeditarán» a las adoptadas por las instituciones del conjunto del Estado, así como la apertura de un proceso constituyente «no subordinado», esto es, unilateral, calificado de «ciudadano, participativo, abierto, integrador y activo». En su escrito de alegaciones, el Parlamento de Cataluña reitera que la Resolución «se apoya directamente sobre los principios básicos de la democracia y el pluralismo político».

La Resolución 1/XI pretende, en suma, fundamentarse en un principio de legitimidad democrática del Parlamento de Cataluña, cuya formulación y consecuencias están en absoluta contradicción con la Constitución de 1978 y con el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ello trastoca no solo los postulados del Estado de Derecho, basado en el pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, sino la propia legitimidad democrática del Parlamento de Cataluña, que la Constitución reconoce y ampara.

En el Estado social y democrático de Derecho configurado por la Constitución de 1978 no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda: la legitimidad de una actuación o política del poder público consiste básicamente en su conformidad a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Sin conformidad con la Constitución no puede predicarse legitimidad alguna. En una concepción democrática del poder no hay más legitimidad que la fundada en la Constitución.

Por lo demás, el principio democrático, que constituye un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico reflejado en el art. 1.1 CE (STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 8) y que cuenta con diversas manifestaciones constitucionales [STC 42/2014, FJ 4 a)], no puede concebirse, como principio constitucional, de forma aislada y desvinculada del conjunto del ordenamiento constitucional y sus procesos. Como argumentaremos a continuación, la primacía incondicional de la Constitución es garantía de la democracia tanto por su fuente de legitimación y por su contenido como por la previsión misma de procedimientos para su reforma.

a) En cuanto a su fuente de legitimación, la Constitución Española formalizó la voluntad del poder constituyente. El pueblo soberano, concebido como la unidad ideal de imputación del poder constituyente, ratificó en referéndum el texto acordado previamente por sus representantes políticos. La primacía incondicional de la Constitución también protege el principio democrático, «pues la garantía de la integridad de la Constitución ha de ser vista, a su vez, como preservación del respeto debido a la voluntad popular, en su veste de poder constituyente, fuente de toda legitimidad jurídico-política» [STC 42/2014, FJ 4 c)]. Por ello, es misión de este Tribunal velar por que se mantenga la primacía incondicional de la Constitución, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18).

b) Por lo que respecta a su contenido, la Constitución se fundamenta en el respeto de los valores de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la justicia, el pluralismo político, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. El principio democrático, como principio constitucional, debe interpretarse, en consecuencia, a la luz del conjunto del ordenamiento constitucional y de sus procesos (normas electorales, reglas de procedimiento, derechos fundamentales, protección de las minorías o reforma constitucional, por citar algunas manifestaciones significativas). A los efectos del presente proceso conviene considerar en particular la conexión del principio democrático con dos rasgos preeminentes de nuestro Estado constitucional: el pluralismo político y el pluralismo territorial. Entre los valores superiores que la Constitución de 1978 propugna se encuentra ciertamente el del pluralismo político, pieza cardinal de nuestro orden de convivencia y que el Parlamento de Cataluña invoca en sus alegaciones como fundamento de la Resolución impugnada. Como los demás valores y principios constitucionales, también el de pluralismo político constituye un valor positivado. Se nutre de —y consiste en— contenidos y procedimientos irrenunciables que son a su vez condiciones y requisitos previamen-

te consensuados. La Constitución proclama un mínimo de contenidos y establece unas reglas de juego insoslayables para los ciudadanos y los poderes públicos. De forma que, cuando este Tribunal ejerce el control de constitucionalidad de normas y actos que le encomienda su Ley Orgánica, no debe imponer constricciones indebidas al principio democrático que se expresa con arreglo a los cauces constitucionales, y debe respetar sus opciones políticas (STC 108/1986, FJ 18). Ese marco constitucional mínimo de referencia mantiene unida a la comunidad política dentro de los parámetros del pluralismo político. Lo que caracteriza a la democracia es la continua toma de decisiones y la apertura a todas aquellas posibilidades que fueron desestimadas en el pasado por cualesquiera razones. Todo ello proporciona capacidad evolutiva al constitucionalismo pluralista propio de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

El pluralismo político no agota, con todo, las ricas expresiones del pluralismo que ampara la Constitución. Dejando ahora al margen el pluralismo lingüístico y cultural que también protege (Preámbulo, arts. 3, apartados 2 y 3, y 148.1.17 y disposición final única CE), debemos subrayar la dimensión estructuradora de nuestro Estado constitucional que tiene la autonomía constitucionalmente reconocida a las nacionalidades y regiones.

La indisoluble unidad de la Nación española que afirma el art. 2 CE se combina con el reconocimiento del derecho de las nacionalidades y regiones a la autonomía. El derecho a la autonomía se encuentra así proclamado en el núcleo mismo de la Constitución junto al principio de unidad. Mediante el ejercicio de aquel derecho, la Constitución garantiza la capacidad de las Comunidades Autónomas de adoptar sus propias políticas en el marco constitucional y estatutario. Es la propia norma fundamental la que obliga a conciliar los principios de unidad y de autonomía de las nacionalidades y regiones. Principios que, naturalmente, también se reflejan debidamente articulados en el Estatuto de Autonomía de Cataluña: «Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autó-

noma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica» (art. 1 EAC).

c) Precisamente por fundarse el Estado de Derecho en el principio democrático y por garantizarse la democracia misma a través de ese Estado de Derecho, la Constitución no constituye un texto jurídico intangible e inmutable. La previsión de la reforma constitucional, como se desarrollará en un fundamento jurídico posterior, reconoce y encauza la aspiración, plenamente legítima en el marco constitucional, dirigida a conseguir que el poder constituyente constitucionalizado en los arts. 167 y 168 CE revise y modifique la norma fundamental.

De todo lo anterior se infiere que no puede oponerse una supuesta legitimidad democrática de un cuerpo legislativo a la primacía incondicional de la Constitución. El texto constitucional refleja las manifestaciones relevantes del principio democrático, cuyo ejercicio, por tanto, no cabe fuera del mismo [STC 42/2014, FJ 4 a)]. Por ello, el ordenamiento jurídico, con la Constitución en su cúspide, en ningún caso puede ser considerado como límite de la democracia, sino como su garantía misma.

6. De acuerdo con lo establecido por este Tribunal aceptar a «Cataluña como sujeto de derecho en los términos señalados en el art. 1 de su propio Estatuto de Autonomía implica naturalmente la asunción del entero universo jurídico creado por la Constitución, único en el que la Comunidad Autónoma de Cataluña encuentra, en Derecho, su sentido. En particular, supone la obviedad de que su Estatuto de Autonomía, fundamentado en la Constitución Española, hace suyo, por lógica derivación, el fundamento propio que la Constitución proclama para sí, esto es, 'la indisoluble unidad de la Nación española' (art. 2 CE), al tiempo que reconoce al pueblo español como titular de la soberanía nacional (art. 1.2 CE), cuya voluntad se formaliza en los preceptos positivos emanados del poder constituyente» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 8).

La Resolución impugnada desconoce y vulnera las normas constitucionales que residen en el pueblo español la soberanía nacional y que, en

correspondencia con ello, afirman la unidad de la nación española, titular de esa soberanía (arts. 1.2 y 2 CE). Se trata de una infracción constitucional que no es fruto, como suele ocurrir en las contravenciones de la norma fundamental, de un entendimiento equivocado de lo que la misma impone o permite en cada caso. Es resultado, más bien, de un expreso rechazo a la fuerza de obligar de la Constitución misma, frente a la que se contraponen, de modo expreso, un poder que se reclama depositario de una soberanía y expresión de una dimensión constituyente desde los que se ha llevado a cabo una manifiesta negación del vigente ordenamiento constitucional. Se trata de la afirmación de un poder que se pretende fundante de un nuevo orden político y liberado, por ello mismo, de toda atadura jurídica.

7. La Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de *lex perpetua*. La nuestra admite y regula, en efecto, su «revisión total» (art. 168 CE y STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Asegura así que «sólo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución» (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2). Todas y cada una de las determinaciones constitucionales son susceptibles de modificación, pero «siempre y cuando ello no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales», pero para ello es preciso que «el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a estos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable» (STC 138/2015, de 11 de junio, FJ 4, y jurisprudencia allí citada). Es plena la apertura de la norma fundamental para su revisión formal, que pueden solicitar o proponer, entre otros órganos del Estado, las asambleas de las Comunidades Autónomas (arts. 87.2 y 166 CE); como ya tuvo oportunidad de recordar este Tribunal hace poco más de año y medio, en la STC 42/2014 (FFJJ 3 y 4) relativa al examen de constitucionalidad de la Resolución

5/X de 23 de enero de 2013 adoptada por el Parlamento de Cataluña. Ello depara la más amplia libertad para la exposición y defensa públicas de cualesquiera concepciones ideológicas, incluyendo las que «pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediante la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12). El debate público, dentro o fuera de las instituciones, sobre tales proyectos políticos o sobre cualesquiera otros que propugnarán la reforma constitucional goza, precisamente al amparo de la misma Constitución, de una irrestricta libertad. Por el contrario, la conversión de esos proyectos en normas o en otras determinaciones del poder público no es posible sino mediante el procedimiento de reforma constitucional. Otra cosa supondría liberar al poder público de toda sujeción a Derecho, con daño irreparable para la libertad de los ciudadanos.

El Parlamento de Cataluña ha optado por aprobar, a través del procedimiento parlamentario propio de las propuestas de resolución, la Resolución 1/XI, cuyo contenido incide directamente, como ya se ha puesto de manifiesto, sobre cuestiones reservadas en su tratamiento institucional al procedimiento de reforma constitucional del artículo 168 CE. Por consiguiente, ha de estimarse también vulnerado el citado precepto constitucional, al no haberse seguido el cauce constitucionalmente establecido para abordar una redefinición del orden constitucional como la que se pretende con aquella Resolución.

La Cámara autonómica no puede erigirse en fuente de legitimidad jurídica y política, hasta arrogarse la potestad de vulnerar el orden constitucional que sustenta su propia autoridad. Obrando de ese modo, el Parlamento de Cataluña socavaría su propio fundamento constitucional y estatutario (arts. 1 y 2.4 EAC, antes citados), al sustraerse de toda vinculación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, e infringiría las bases del Estado de Derecho

y la norma que declara la sujeción de todos a la Constitución (arts. 1.1 y 9.1 CE). Este Tribunal dijo ya en la STC 103/2008 que el respeto a los procedimientos de reforma

constitucional es inexcusable, de modo que «tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica» (FJ 4). Esto es lo recogido en realidad en la Resolución 1/XI, cuya apariencia de juridicidad —por provenir de un poder sin duda legítimo en origen— debe ser cancelada mediante la declaración de inconstitucionalidad que aquí se decide.

Como afirmamos en la STC 42/2014 (FJ 4), el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución. Cuando, por el contrario, se pretenden alterar aquellos contenidos de manera unilateral y se ignoran de forma deliberada los procedimientos expresamente previstos a tal fin

en la Constitución, se abandona la única senda que permite llegar a ese punto, la del Derecho.

Apreciada la inconstitucionalidad de la Resolución impugnada por su infracción de los artículos 1.1, 1.2, 2, 9.1 y 168 CE, así como de los artículos 1 y 2.4 EAC, no es preciso ya hacer declaración adicional alguna sobre las demás infracciones constitucionales que la demanda ha imputado a este acto.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,
Ha decidido

Estimar la impugnación promovida por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, contra la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, adoptada el 9 de noviembre de 2015 (publicada en el «Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña» de la misma fecha), «sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015» y su anexo, declarando en consecuencia su inconstitucionalidad y nulidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil quince.